

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**A natureza jurídica do Contrato de Investimento:
Subsídios para uma construção a partir da influência
do *direito* do investimento estrangeiro**



JOÃO FILIPE DE OLIVEIRA GRAÇA

Coimbra
2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FACULDADE DE DIREITO

2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**A natureza jurídica do Contrato de Investimento:
Subsídios para uma construção a partir da influência
do *direito* do investimento estrangeiro**



JOÃO FILIPE DE OLIVEIRA GRAÇA

Dissertação apresentada no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas
Menção: Direito Administrativo
Orientador: Prof^ª. Doutora Suzana Tavares da Silva

Coimbra
2013

Lista de siglas e abreviaturas

- AICEP – Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal
- Al. – Alínea
- Al's. – Alíneas
- API – Agência Portuguesa para o Investimento
- Art. – Artigo
- Art's. – Artigos
- ASEAN – Association of Southeast Asian Nations
- BIT – Bilateral Investment Treaty
- BIT's – Bilateral Investment Treaty's
- C. Civ. – Código Civil
- CCP – Código dos Contratos Públicos
- CEE – Comunidade Económica Europeia
- CI – Contrato de Investimento
- CIRDI – Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos
- CPA – Código do Procedimento Administrativo
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CSC – Código das Sociedades Comerciais
- DL – Decreto-Lei
- DR – Decreto Regulamentar
- ETIJ – Estatutos do Tribunal Internacional de Justiça
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- ICC – International Chamber of Commerce
- ICSID – International Center for Settlement of Investment Disputes
- IDE – Investimento Directo Estrangeiro
- IE – Investimento Estrangeiro
- IE's – Investimentos Estrangeiros
- L – Lei
- LCIA – London Court of International Arbitration
- MAI – Multilateral Investment Agreement

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul
MIGA – Multilateral Investment Guarantee Agency
NAFTA – North American Free Trade Agreement
OCDE – Organization for Economic Cooperation and Development
OMC – Organização Mundial do Comércio
PCA – Permanent Court of Arbitration
PGR – Procuradoria-Geral da República
QREN – Quadro de Referência Estratégica Nacional
SACU – Southern African Customs Union
SCC – Stockholm Chamber of Commerce
STA – Supremo Tribunal Administrativo
TC – Tribunal Constitucional
TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte
TCAS – Tribunal Central Administrativo do Sul
TCE – Tratado da Carta da Energia
TCEu – Tratado da Comunidade Europeia
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TRIM's – Agreement on Trade-Related Investment Measures
UE – União Europeia
UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law
UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development
UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law
WAIPA – World Association of Investment Promotion Agencies

Índice

1. Primeira Parte – O contexto dinâmico do IE	9
1.1 – A autonomização do IE	9
1.2 – Exemplos históricos de limitações e restrições ao IE.....	18
1.3 – Cooperação <i>versus</i> Hegemonia: A tensão dialéctica na construção de um regime internacional de IE	24
1.3.1 – Os desafios do IE para os países que o recebem	25
1.3.2 – Os desafios para os países exportadores de IE	32
1.4 – O actual contexto português na rede global de captação do IE.....	39
1.4.1 – A ambiência competitiva na captação do IE	39
1.4.2 – A recente inclusão do IDE no quadro de <i>competências exclusivas</i> em matéria de política comercial comum no TFUE	41
1.4.3 – A concreta realidade portuguesa na captação do IE.....	48
1.5 – As manifestações do IE.....	55
1.5.1 – Investimento Directo Estrangeiro	57
1.5.2 – Investimento de Carteira ou de Portefólio.....	62
1.6 – Conclusão da Primeira Parte.....	63
2. Segunda Parte – O Estado e a actividade jurídico-económica	65
2.1 – As mutações do Estado e as suas implicações em termos jurídico-económicos	65
2.1.1 – <i>Estado-de-polícia</i>	66
2.1.2 – <i>Estado Liberal</i>	66
2.1.3 – <i>Estado Social</i>	67
2.1.4 – <i>Estado Regulador</i>	71
2.2 – A <i>ratio</i> incentivadora do IE no ordenamento jurídico português	79
2.3 – Contratos Económicos	82
2.3.1 – A tese do <i>contrato</i>	85
2.3.2 – A tese do <i>acto-condição</i>	86
2.4 – Contrato de Investimento	91
2.4.1 – Regime Contratual enquanto regime especial do <i>Contrato de Investimento</i> . 95	
2.4.2 – Cláusulas de Estabilização e Cláusulas de Intangibilidade	98
2.4.3 – Relacionamento do <i>Contrato de Investimento</i> com <i>Acordos Internacionais de Investimento</i>	101

2.5 – Conclusão da Segunda Parte	109
3. Terceira Parte – A natureza jurídica do Contrato de Investimento a partir de subsídios doutrinários	111
3.1 – A natureza jurídica do Contrato de Investimento à luz do Direito Privado .	111
3.1.1 – A posição de Casalta Nabais	112
3.1.2 – A posição de Tânia Cunha.....	113
3.1.3 – A posição de Cabral de Moncada	114
3.1.4 – Implicações de uma perspectiva privatística do <i>Contrato de Investimento</i> .	115
3.2 – A natureza jurídica do Contrato de Investimento à luz do Direito Público ...	120
3.2.1 – Particularidades da qualificação jurídica do <i>Contrato de Investimento</i> como um <i>Contrato Administrativo</i>	121
3.2.2 – <i>Contrato de Investimento</i> e o CCP.....	123
3.2.3 – Implicações de uma perspectiva publicista do <i>Contrato de Investimento</i> ...	128
3.3 – A natureza jurídica do Contrato de Investimento à luz do Direito Internacional	131
3.3.1 – A relação interestadual: O <i>Tratado</i>	132
3.3.2 – A relação Investidor – Estado: O <i>Contrato</i>	135
3.4 – A natureza jurídica do Contrato de Investimento à luz do Direito Transnacional	142
3.5 – Conclusão da Terceira Parte	145
4. Bibliografia:.....	148

Apresentação

Ao intitularmos o presente trabalho: “A natureza jurídica do Contrato de Investimento: Subsídios para uma construção a partir da influência do *direito* do investimento estrangeiro”, visamos esclarecer, ao longo do texto, as forças que confluem na construção de um regime jurídico internacional de *IE* que, reflexivamente, acabam por influenciar os mecanismos consensuais mobilizados na sua concretização, designadamente, o *CI*.

Deste modo, é importante sublinhar que a abordagem trilhada consta, sobretudo, da análise aos mecanismos internacionais mobilizados para alcançar este desiderato, atribuindo-se especial destaque à *arbitragem ICSID*. É nosso propósito, assim, descortinar até que ponto as dimensões que subjazem a uma realidade que é vista, hodiernamente, como um dos modos susceptíveis de impulsionar o desenvolvimento económico dos Estados, passa, ou não, por ser caracterizada como um “brilho sem luz”.

A mencionada abordagem implicará, assim, compreender as implicações do *IE* num quadro de *destatalização*, fortemente caracterizado por *processos liberalizantes* e de *privatizações de public utilities*, cujas conformações jurídicas estaduais, para além da necessidade de não vilipendiarem soluções pautadas por uma *eficácia* e *eficiência*, manifestam a necessidade, não raras vezes, da inevitabilidade de *actuações multi-níveis*, resultantes de um processo de globalização e europeização, impondo-se a necessidade de serem firmados *compromissos*, *consensos* e *cooperações* num contexto de *redes*.

É deste modo que a determinação da *natureza jurídica* do *CI* implica a compreensão da conflitualidade que deriva, por um lado, dos desafios da mobilização do *direito interno* (público e/ou privado) de um *Host State* para a conformação jurídica de um *contrato*, cujas características intrínsecas manifestam uma *internacionalização do seu conteúdo* e, por outro lado, da compreensão da influência incutida por via do *plano internacional* na aplicação efectiva daquele direito, principalmente quando somos confrontados com uma *arbitragem internacional*, enquanto *mecanismo de resolução de litígios*, fortemente condicionante e mobilizadora de *precedentes*, cujos reflexos se repercutem na *prossecução de políticas públicas*.

1. Primeira Parte – O contexto dinâmico do *IE*

A primeira parte do presente estudo visa apurar os contornos que subjazem ao *IE*. Deste modo, é nosso objectivo retratar um contexto genérico dos desafios desencadeados por uma *realidade dinâmica*, tendente a ilustrar: (i) a existência de conflitualidades na construção de um regime jurídico do *IE* no plano internacional; (ii) das diferentes influências que são incutidas nos ordenamentos jurídicos nacionais, (iii) assim como nos mecanismos mobilizados para a sua “captação” e delimitação.

1.1 – A autonomização do *IE*

A crescente autonomização do *IE* é uma realidade que paulatinamente tem vindo a ser sedimentada. Todavia, consideramos não ser ilusória a constatação de que *IE* e *Comércio Internacional* se caracterizam por ilustrar duas realidades que, ao longo da história, vislumbraram uma perfeita simbiose, não obstante hoje apresentem os seus próprios itinerários, características e desafios, não deixando, no entanto, de estabelecer certos aspectos em comum.

Na verdade, o fenómeno do *Comércio Internacional*, aliado ao *IE*, não significa, não obstante o carácter de *interdependência* e *complementaridade* que se atribua a ambos¹, que estejamos na presença de duas realidades que regulam e disciplinam questões idênticas. De facto, estes dois fenómenos têm sido submetidos a profundas transformações, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que fez despoletar o início de uma cisão entre dois modelos².

Assim, o *Comércio Internacional*³, também designado por alguns como *Direito dos Negócios Internacionais*⁴, passa a ser conotado como “conjunto de regras que regem as relações comerciais de natureza privada que envolvam diferentes países” (UNITED NATIONS: 1966).

¹ Cf. COMISSÃO EUROPEIA: 2010; BREWER / YONG: 2000, 13; SMEETS: 2000, 13 e ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE: 1997, 25.

² Cf. SCHILL: 2011a, 1e *Idem*: 2011b, 904.

³ Para Lima Pinheiro, a expressão “comércio internacional” pode ser utilizada para diferenciar *relações microeconómicas*, que se traduzem nas relações entre operadores económicos que entram em contacto com a vida económica com mais do que um Estado, das *relações macroeconómicas*, que se traduzem no conjunto das transacções económicas realizadas entre Estados, sendo que, neste sentido, a expressão “comércio internacional” significará, para o autor, o mesmo que *Direito Internacional Económico* e que é tradicionalmente entendido como o conjunto de regras e princípios de *Direito Internacional Público*. Cf. LIMA PINHEIRO: 2005a, 15 e 16.

⁴ Cf. ROZAS / GRACÍA / ASENSIO: 2011, 48.

Embora exista controvérsia quanto à autonomia do *Comércio Internacional* enquanto direito autónomo⁵, constatamos que não é despicienda a sua relação com o *Direito Internacional Privado*⁶, entendido como “ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de carácter internacional” (FERRER CORREIA: 2007, 11).

Por outro lado, a conotação entre *Comércio Internacional* e *Direito Internacional Privado*, não é desconsiderada na doutrina. Segundo HELENA BRITO, “o Direito do Comércio Internacional utilizava técnicas limitadas, que, eram, afinal, e de um modo geral, as técnicas próprias do Direito Internacional Privado” (2004, 26).

É deste modo que o *carácter privado* das questões que o *Comércio Internacional* tende a tratar, para além de demonstrado pela própria noção de *Comércio Internacional* apresentada pelas NAÇÕES UNIDAS, é reforçado pelo facto do âmbito do relatório de onde a noção deriva não ser extensível ao âmbito das relações comerciais internacionais ao nível do direito público⁷.

De todo o modo, a noção apresentada por esta organização internacional é relevante porque faz acentuar, de forma clara, o *âmbito* e o *objecto* das questões segundo as quais passam a ser tratadas pelo *Comércio Internacional*, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

De facto, se até este período temporal o *Comércio Internacional* e o *IE* poderiam apresentar uma similitude argumentativa e discursiva nas questões que abordavam, progressivamente, o *Comércio Internacional* vai demarcar-se das questões relacionadas com o *IE* para se centrar no *tratamento uniforme* de um determinado tipo de questões, designadamente, de *contratos internacionais*, como a *compra e venda internacional de mercadorias*; *seguros*; *transporte internacional de mercadorias*; *arbitragem comercial*; *propriedade industrial e direitos de autor*⁸.

⁵ Cf. Expondo a questão, LIMA PINHEIRO: 2005b, 404 e ss e *Idem*: 2003, 860.

⁶ Cf. TELLES: 2010, 165 e BRITO: 2004, 60. Entendendo que o *Direito Comercial Internacional* não deve ser encarado como uma parte do *Direito Internacional Privado*, mas como uma disciplina jurídica autónoma, que apresenta uma área de sobreposição com o *Direito Internacional Privado*, TELLES: 2010, 165. Expondo a questão, LIMA PINHEIRO: 2005a, 26.

⁷ Cf. UNITED NATIONS: 1966.

⁸ Cf. BRITO: 2004, 32 e UNITED NATIONS: 1966.

Parte deste movimento vai ser impulsionado por mecanismos e instituições internacionais vocacionadas para a *unificação e harmonização de questões do foro privado* (v.g., *Leis-uniforme e Leis-modelo*), destacando-se, sobre esta matéria, o *UNIDROIT* e os seus *princípios relativos aos contratos comerciais internacionais* bem como a *UNCITRAL*⁹.

Já ao nível do *IE*, o período pós Segunda Guerra Mundial vai evidenciar a existência de necessidades específicas na reconstrução dos países afectados pela guerra. Esta necessidade determinará a premência da configuração de *novos instrumentos jurídicos*, novos *modus operandi*, adequados a proporcionarem um *regime jurídico completo, claro e executável*, com forte ênfase no *plano internacional*, susceptíveis de captar *investimentos* para o desenvolvimento dos países afectados pela guerra. É nesta ambiência que, a 25 de Novembro de 1959, vai surgir o primeiro *Bilateral Investment Treaty*, ou seja, “tratados bilaterais concluídos entre Estados com vista a fomentar o investimento estrangeiro entre eles e, por isso, e fundamentalmente a proteger o investidor estrangeiro no Estado de acolhimento” (QUADROS: 1998, 48).

Esta *primeira geração de BIT's*, caracterizada pela sua incompletude, e delegatária, principalmente a partir da década de 90, da sua *interpretação na arbitragem internacional*¹⁰, designadamente na *arbitragem ICSID*, mas também na *ICC*, na *SCC*, na *LCIA* ou na *PCA*, vai determinar o despoletar de uma abordagem específica, em virtude da sua *ratio iuris*, das questões inerentes ao *investimento*¹¹.

Esta nova abordagem vai ser reflexo da própria estrutura e conteúdo dos *BIT's*, que passam a incidir, enquanto principais questões, (i) em definições e âmbito de aplicação; (ii) promoção e condições para a entrada de investimentos e investidores estrangeiros; (iii) normas gerais para o tratamento dos investimentos e investidores estrangeiros; (iv) transferências monetárias; (v) expropriações; (vi) condições operacionais; (vii) perdas em conflitos armados ou desordem interna; (viii) modificações e (ix) resolução de litígios¹².

⁹ Cf. ROZAS / GARCÍA / ASENSIO: 2011, 61; VICENTE: 2007/2008, 172 e LIMA PINHEIRO: 2005b, 399.

¹⁰ Cf. ALSCHNER: 2013, 8 e SCHILL: 2008a, 19.

¹¹ Cf. VANDEVELDE: 2009, 14.

¹² Cf. SALACUSE: 2010, 432; SORNARAJAH: 2010, 180; SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 123 e DOLZER / STEVENS: 1995, 19 e ss.

Os países precursores desta iniciativa, a Alemanha e o Paquistão, determinaram, deste modo, uma nova forma de relacionamento que é considerada, hodiernamente, como um “*regime emergente de investimento global*” (SALACUSE: 2010, 436).

Esta nova forma de relacionamento irá substituir os *Friendship, Commerce and Navigation Treaty's*, antigas formas de relacionamento idealizadas no séc. XIX, determinando uma evolução de paradigma que enfatizava a protecção de medidas que relacionavam investimento com comércio (v.g., *navegação em águas interiores*), e não exclusivamente de questões inerentes ao *IE*¹³.

É deste modo que os *BIT's* vão impulsionar um *novo consenso internacional*, passando a constituir a principal fonte e mecanismo internacional ao nível das várias questões inerentes ao *IE*¹⁴.

Todavia, a disciplina do *IE*, entendida como *International Investment Law*, vai ser considerada, durante este período inicial, ainda num “estado embrionário” (SCHILL: 2011b, 884 e 885), principalmente centrado em debates político-internacionais ao nível inter-estadual.

De facto, as décadas de 60 e 70 vão ajudar a vincar, de forma mais acentuada, a clivagem das questões abrangidas entre *IE* e *Comércio Internacional*¹⁵. Assim, a tentativa por parte dos *países em desenvolvimento* em instaurar uma *Nova Ordem Económica Internacional*, expectante na diminuição das disparidades de poderes nas relações económicas entre *países desenvolvidos* e *países em desenvolvimento*¹⁶, bem como o incentivo à abolição de restrições ao nível do *IDE*, resultantes do *Consenso de Washington* de 1989, vão determinar novas preocupações ao nível do *IE*.

Surge, nesta época, a manifestação de diferentes ideologias, no plano internacional, sobre a conveniência e a protecção do *IE*¹⁷. Esta realidade irá ser plasmada no movimento de *nacionalizações de empresas transnacionais* nos *Host*

¹³ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 201 e 202; VANDEVELDE: 2009, 4; SCHILL: 2009, 29; SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 115 e DOLZER / STEVENS: 1995, 10.

¹⁴ Cf. SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 112.

¹⁵ Salientando uma alteração do paradigma internacional inerente à recepção do *IE* neste período, COSTA NEVES: 2001, 11.

¹⁶ Cf. MACHADO: 2006, 508 e 509 e BROWNLIE: 2003, 517.

¹⁷ Cf. SCHILL: 2011a, 5.

States, com especial incidência nos *países latino americanos* por influência da doutrina *Calvo*¹⁸, mas também nos países soviéticos¹⁹.

Em virtude destes acontecimentos caminha-se, deste modo, para a resolução de questões inerentes ao *exercício de poderes públicos*, principalmente da sua limitação e responsabilização, com particular incidência nas questões relacionadas com a adopção de actos unilaterais praticados pelos *Host States* que modifiquem ou extingam relações contratuais, existindo uma preocupação, como veremos *infra*, na aposição de *cláusulas de intangibilidade* e de *cláusulas de estabilização* sobre estas matérias. Na verdade, assiste-se a um entendimento, segundo o qual a natureza das questões sob a alçada da *arbitragem internacional* em matéria de *IE*, passam a evidenciar, cada vez mais, questões conotadas com um carácter de *direito público* nos domínios económicos²⁰.

Assim, é no despoletar de uma nova realidade, principalmente e de forma mais acérrima a partir da década de 90, quer em virtude do surgimento da *OMC* – por via do acordo de Marraquexe e, no seu seio, a existência de mecanismos próprios para a resolução de *controvérsias comerciais (Sistema de Solução de Controvérsias)*²¹ –, quer em virtude, por outro lado, da utilização exponencial dos *BIT's* no tratamento de questões específicas inerentes ao *IE*²², o “salto quântico” (WONG: 2006, 143), que se assiste ao estabelecimento de um *meio de resolução de litígios* assente num *novo tipo de arbitragem*²³.

Não obstante esta forma de *resolução de litígios* não derive exclusivamente de mecanismos internacionais *bilaterais* (v.g., *TCE* ou o *NAFTA*), a mesma irá esbater, de uma forma mais acérrima, a evolução do mero plano das *relações inter-estaduais*, com

¹⁸ A doutrina *Calvo* enfatiza a necessidade de se proceder a uma igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais. Como consequência, os Estados não devem ser julgados por outros tribunais que não os seus, existindo a necessidade de ser aplicada a lei nacional, relativamente aos estrangeiros, em circunstâncias idênticas às que o Estado mobiliza na celebração de contratos com os seus próprios nacionais. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 201, nota 232; DUARTE: 2008, 771 e LOWENFELD: 2008, 570.

¹⁹ Cf. IETTO-GUILLIES: 2011, 180; VANDEVELDE: 2009, 5; SCHILL: 2009, 29; LOWENFELD: 2008, 570 e DOLZER / STEVENS: 1995, 8.

²⁰ Cf. ROBERSTS: 2013, 38; SCHILL: 2011a, 16; *Idem*: 2011c, 1085; *Idem*: 2008a, 1; SORNARAJAH: 2010, 294 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 123.

²¹ Neste sentido, MOREIRA: 2012b, 578 e ROZAS / GARCÍA / ASENSIO: 2011, 28.

²² Cf. HALABI: 2011, 263; HARTEN: 2010, 20; *Idem*: 2005, 608; SORNARAJAH: 2010, 172; VANDEVELDE: 2009, 3 e DOLZER / STEVENS: 1995, 5.

²³ Cf. SCHILL: 2011b, 881 e HIRSCH: 1992, 166.

especial destaque na diplomacia, para se harmonizar com a emancipação e afirmação de novos sujeitos de poder (v.g., *empresas transnacionais*)²⁴.

Na verdade, estes novos sujeitos passam a dispor de verdadeiros direitos de acção susceptíveis de desencadear uma *arbitragem internacional* específica ao nível do *IE*²⁵, cujo *paradigma moderno* – por oposição a um *paradigma tradicional* que tendencialmente manifestava a necessidade do esgotamento dos meios jurisdicionais internos²⁶ –, tende a salientar um “*private right of action*” (SCHILL: 2011c, 1088), um verdadeiro “direito potestativo que assiste ao investidor estrangeiro de desencadear a arbitragem contra o Estado recetor do investimento” (VICENTE: 2011, 763).

A *arbitragem internacional* no domínio do investimento, por sua vez, vai ser encarada como uma nova forma de controlo da conduta dos Estados. Inclusive, passa a ser encarada como uma nova forma de *governança global* (através de *standards de protecção*), com impacto directo nas *políticas internas*²⁷, bem como na resolução de litígios, principalmente decorrentes do *exercício de poderes públicos de autoridade* entre *Host States* e *investidores*.

Esta característica, para GUS VAN HARTEN e MARTIN LOUGHLIN, vai determinar a necessidade de se distinguir a *arbitragem do investimento* da *arbitragem comercial internacional* em função da *natureza das questões* sobre as quais passam a versar²⁸ – facto e entendimento também aclamado, favoravelmente, na doutrina portuguesa²⁹.

É desta realidade que STEPHAN SCHILL, GUS VAN HARTEN e MARTIN LOUGHLIN aludem ao surgimento de uma *forma moderna e autónoma* de ver as questões relacionadas com o *IE*³⁰.

Ainda que esta proposta de entendimento não seja isenta de dificuldades – desde logo pelo *carácter fragmentário* desta realidade, que passa pela dissonância das decisões arbitrais; da proliferação de centros institucionalizados de *arbitragem*

²⁴ Cf. MACHADO: 2006, 283 e 284.

²⁵ Neste sentido, SCHILL: 2011a, 2; *Idem*: 2008a, 19; VANDEVELDE: 2009, 17 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 122.

²⁶ Criticando este facto, HARTEN: 2010, 34 e *Idem*: 2005, 613.

²⁷ Cf. ROBERTS: 2013, 38; SCHILL: 2011b, 897 e 898 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 148.

²⁸ Cf. SCHILL: 2011c, 1084 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 123.

²⁹ Cf. VICENTE: 2011, 763; BARROCAS: 2010, 725 e DUARTE: 2008, 776.

³⁰ Cf. SCHILL: 2011b, 880 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 123.

internacional; do número de *BIT's*; do facto de ser um sistema que convive da intersecção entre vários campos de análise (*público, privado, internacional, transnacional*)³¹ –, não impede estes autores, embora aludindo à interdependência nos planos de análise, de vislumbrarem certos elementos agregadores e exclusivos no domínio do *investimento*³².

De um modo particular é o que faz STEPHAN SCHILL. O autor, que, partindo do principal instrumento utilizado no domínio do *IE*, o *BIT*, vai evidenciar a existência de uma convergência geral quanto ao tipo de cláusulas que caracterizam este *acordo internacional de investimento*, ou seja, quanto ao seu *conteúdo*. Designadamente, vai defender a possibilidade da *cláusula da nação mais favorecida*³³ determinar, como consequência, uma manifestação da *multilateralização* de todo o sistema do investimento, ajudando a reduzir o *carácter fragmentário* que o caracteriza³⁴.

Não esquecendo o carácter *simbiótico e complementar* entre as duas realidades mencionadas³⁵, observa-se que os caminhos trilhados, afirmam, não só uma crescente expansão do *IE*, quando comparado com o *Comércio Internacional* (v.g., em domínios de *propriedade intelectual*)³⁶, como uma maior preponderância do primeiro na integração da economia mundial, quando comparado com o último³⁷. Por outro lado, esta relação *simbiótica e complementar* permite comprovar uma ruptura ou superação

³¹ Neste sentido, ROBERSTS: 2013, 6 e BJORKLUND: 2007, 118.

³² Segundo Suzana Tavares da Silva, o direito do investimento estrangeiro directo tende a emergir como um ramo de direito especial dentro do direito global ou transnacional. Cf. TAVARES DA SILVA: 2013, 119, nota 7.

³³ Segundo CABRAL DE MONCADA, a *cláusula da nação mais favorecida* “obriga um país que obtenha nas suas relações bilaterais com outro qualquer vantagens comerciais a estendê-las imediatamente às respectivas relações com países terceiros, de modo a evitar tratamentos diferenciados que prejudicariam a concorrência pois que gerariam um regime privilegiado no plano das relações comerciais bilaterais dos dois primeiros países signatários”. Cf. MONCADA: 2012b, 41.

³⁴ Cf. SCHILL: 2011b, 894 e *Idem*: 2008a, 4 e ss.

³⁵ A interconectividade entre *IE* e *Comércio Internacional* é também possível de ser constatada através do *Acordo sobre as Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio*, mais conhecido como o *acordo de TRIMS* que visa, fundamentalmente, a proibição de medidas de desempenho, adoptadas em relação a investimentos, sob pena de distorcer o comércio internacional. Neste sentido, SORNARAJAH: 2010, 66 e SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 137.

³⁶ Assim, MAYER / PFISTER: 2004, 18. Sobre a crescente expansão do *IE* face ao *comércio*, DOLZER: 2009, 827; SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 113; VITA / LAWLER: 2004, 13; GAVIN: 2001, 5 e SMEETS: 2000, 9.

³⁷ Neste sentido, BENDE-NABENDE: 2002, 40.

de um certo modelo clássico de *integração económica internacional*, segundo o qual o *Comércio Internacional* e o *IE* seriam considerados, em si mesmos, como substitutos³⁸.

De facto, o que a realidade comprova, em termos gerais, é que uma ambiência favorável ao *comércio* se revela, também ela, idónea a impulsionar o *investimento*. Exemplos desta constatação são passíveis de ser comprovados, designadamente na Europa, com o movimento de investimento europeu nos países de leste, impulsionado após o colapso do modelo económico soviético. Este facto permitiu a *internacionalização e abertura ao exterior das economias* dos países de leste, sendo estas actuações consideradas fundamentais no domínio do *IE*³⁹. O mesmo entendimento é possível de ser aplicado a Portugal e à Espanha, por via da adesão à então *CEE* em 1986, ao permitir a integração destes dois países num *espaço regional* mais dinâmico e global, possibilitando moderar os efeitos da globalização bem como usufruir das oportunidades que esta oferece⁴⁰.

Na verdade, a realidade que descrevemos adquire convergências com o entendimento da *UNCTAD*, segundo a qual, os *países em desenvolvimento*, (grupo no qual Portugal se inseria no passado), e *economias em transição*, representam, *em conjunto*, os principais destinos do *IE* na actualidade⁴¹.

Mas sendo esta a realidade que hoje tende a ser sedimentada, muito por causa da proliferação da constituição generalizada de *espaços de integração regional*, caracterizados como uma tendência do actual sistema internacional⁴², como são exemplos, *inter alia*, a *UE*, *MERCOSUL*, *SACU* ou o *NAFTA*, bem como das suas correspondentes e múltiplas *formas de integração*, que tendem a surgir sob a forma de *uniões aduaneiras*, *zonas de comércio livre*, *mercados comuns*, *uniões económicas e monetárias* e ainda em alguns casos por via de uma combinação destas diferentes formas de integração⁴³, verificamos que toda esta nova dinâmica de relacionamentos

³⁸ Cf. VANDEVELDE: 2009, 25; GAVIN: 2001, 3 e ss e FONTAGNÉ: 1999, 1 e ss.

³⁹ Salientando a necessidade de uma abertura ao exterior e à internacionalização, EASSON: 2004, 8; GUERRA-BORGES: 2001, 828; MAH / TAMULAITIS: 2000, 122 e 123; GOUVEIA: 1993, 274. Para uma análise comparativa sobre a implementação do *IDE* nos *países de leste* após o colapso da *URSS*, ALESSANDRINI: 2000, 12 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, SAMPAIO: 2000, 24 e SIMÕES: 1985, 365.

⁴¹ Cf. UNCTAD: 2012, 99.

⁴² Cf. CASSESE: 2010, 79; CUNHA: 2008, 304 e ss; VASCONCELOS: 2002, 146 e ss; AMARAL: 2000, 164 e BARROSO: 2000, 137. Salientando uma correlação entre os fluxos de *IDE* e os *espaços de integração regional*, ARNAUD: 1999, 162 e SHIHATA: 1993, 8.

⁴³ Sobre as diversas formas de integração, V., por todos, PORTO: 2009a, 218 e ss.

permite (senão mesmo impõe em virtude do processo de globalização), não só um incremento do *Comércio Internacional*, mas também do *IE*.

Todavia, também não esquecemos que a criação destes espaços pode acarretar novas “limitações” ao *IE*. Desde logo por não ser despicienda a possibilidade dos *espaços de integração regional* estabelecerem regras próprias sobre o *IE*, designadamente nos *acordos de comércio livre*, não obstante haja o entendimento de que estes acordos não visam substituir os *BIT's*⁴⁴. Por outro lado, também não é irrelevante a consideração do *regionalismo* desenvolver *atitudes discriminatórias face a países terceiros*⁴⁵.

Mas não obstante esta chamada de atenção, o que se verifica é a existência de uma economia globalizada, *em rede*, caracterizada por *relações plurilocalizadas* que esmorecem as fronteiras nacionais, em virtude da *interdependência* que a actividade económica exige e que favorece o *IE*⁴⁶.

Atendendo à história portuguesa, também podemos verificar que ambas as realidades sempre manifestaram uma elevada correspondência ou complementaridade. Um exemplo paradigmático desta asserção é possível de ser constatado com o comércio de vinho do Porto, exemplo, aliás, colhido dos mais conceituados cultores da economia dos tempos modernos para retratar este entendimento⁴⁷.

De facto, o vinho do Porto⁴⁸ apresenta a curiosidade de confirmar a presença de *IE* no território português, por via de uma melhoria das relações comerciais (internacionais) estabelecidas entre Portugal e a Grã-Bretanha, e que culminaram com a celebração do controverso *Tratado de Methuen* em 1703, qualificado, por alguns, como o primeiro grande *IE* no sentido estrito do termo em Portugal⁴⁹ e, para outros, o

⁴⁴ Neste sentido, DAN: 2010, 161.

⁴⁵ Cf. CUNHA: 2008, 64 e 65.

⁴⁶ Neste sentido, IETTO-GILLIES: 2011, 173; HIRST / THOMPSON: 2011, 28; CASSESE: 2010, 41; PORTO: 2009b, 461; DAN: 2006, 17 e 18; TEIXEIRA: 2000, 120; FALK: 1999, 55; BRITTAN: 1998, 14; FERREIRA: 1997, 27 e HAHN / GRAMLICH: 1989, 88.

⁴⁷ A consideração da produção do vinho do Porto serviu de exemplo, designadamente, na construção da *teoria do comércio internacional* de David Ricardo. Cf. RICARDO: 2001, 149 e ss. Também Adam Smith fez alusão ao vinho do Porto no que diz respeito ao estabelecimento de relações comerciais entre Portugal e a Grã-Bretanha. Cf. SMITH: 1999, 74 e ss.

⁴⁸ Para uma análise à organização institucional do vinho do Porto, MOREIRA: 1996, 882 e ss.

⁴⁹ Cf. MOREIRA: 1997, 178.

impulsionador do controlo externo português por entidades estrangeiras⁵⁰, não obstante ADAM SMITH o tenha considerado como um tratado “vantajoso para Portugal e desvantajoso para a Grã-Bretanha” (1999, 76).

Todavia, este exemplo não permite afirmar a existência de um passado relevante ao nível do *IE* no nosso país, facto comprovado, designadamente, ao nível da estrutura accionista das *Companhias Pombalinas*, segundo as quais, “o poder de sedução das companhias sobre os investidores estrangeiros não foi assinalável, daí se contarem por alguns poucos accionistas estrangeiros, mau grado as garantias legais concedidas nos factos de instituição” (FIGUEIREDO MARCOS: 1997, 525).

Esta realidade que nos é oferecida permite retirar uma ilação inicial: quer o passado, quer o presente, permitem ilustrar que a dinâmica das relações económicas ao nível do *IE* não representa um tema exclusivamente dos nossos dias, adquire a necessidade da adopção de *consensos* no plano internacional e manifesta-se numa exponencialidade de *relações jurídico-económicas plurilocalizadas* de difícil compreensão e regulação, acentuando uma elevada correspondência entre *Comércio Internacional* e *IE*.

Como resposta a esta realidade, os Estados esforçam-se na construção de novas gerações de *políticas públicas de investimento* que tendem a acentuar a *liberalização*, *promoção* e a *(des)regulação* das diversas modalidades de *IE*⁵¹, numa clara resposta contra um pragmatismo exacerbado e proteccionista, na expectativa de se adaptarem aos novos desafios globais de um desenvolvimento que, para além de sustentável, se quer socialmente responsável.

De facto, o pensamento que impera, e que consideramos não ser exclusivamente europeu mas global, é o de que o *IE* “continuará a ser no futuro aquilo que é já no presente: *um bem escasso*, guerreado quer entre os países da União, quer ainda entre estes e os países que lhe são externos” (SERRA: 2005, 362).

1.2 – Exemplos históricos de limitações e restrições ao *IE*

⁵⁰ Cf. MATOS: 1973, 86. Sobre as controvérsias em torno do *Tratado de Methuen*, V., CARDOSO: 2003, 15 e ss e MARTINS: 2003, 111 e ss.

⁵¹ Neste sentido, V., BANCO DE PORTUGAL: 2012, 20; UNCTAD: 2012, 23; MONCADA: 2007, 92; LEITE / MACHADO: 2005, 23; BENDE-NABENDE: 2002, 45; SMEETS: 2000, 11 e SHIHATA: 1993, 2.

Sendo generalizada a ânsia que hoje se verifica em torno da captação do *IE*, certo é que a mesma não corresponde a um processo linear no decurso do tempo. Na verdade, se considerarmos a evolução do tratamento deste tema por aquelas que são consideradas pela *UNCTAD* como as cinco economias mais promissoras para o período de 2012 - 2014 (China, E.U.A., Alemanha, Reino Unido e França), em torno de uma das modalidades do *IE*, o *IDE*, damos-nos conta que todos estes países, que hoje se esforçam na construção de uma globalização económica pautada pela abertura e liberalização dos mercados a todos os o que nela pretendem participar, foram, outrora, avessos à ideia da existência de *IE's* nos seus ordenamentos jurídicos.

Na verdade, esta realidade sempre foi revelada, ao longo da história, pela existência de um *direito dos estrangeiros*, ou seja, de um “conjunto de regras *materiais* que reservam para os estrangeiros um tratamento diferente daquele que o direito local confere aos nacionais” (MACHADO: 2011, 18). Assim, não surpreende, em virtude do contexto histórico, a existência deste tipo de tratamentos.

Olhemos, então, para a actuação de alguns dos países acima referidos, mas não só, a fim de confirmarmos a asserção enunciada. Se atendermos ao *ordenamento jurídico norte-americano*, constatamos que o mesmo foi frutífero em práticas avessas ao *IE*⁵². De facto, muitas foram as áreas onde os investidores estrangeiros sentiram dificuldades para a prossecução das suas actividades.

No domínio bancário, o *National Bank Act of 1864* estatuiu que, para se ser director de um banco nacional, era fundamental, para além da necessidade de se ser cidadão americano, residir no estado, território ou distrito segundo o qual o banco efectuava os seus negócios⁵³, ou ainda, e num momento posterior, mais concretamente por via da legislação bancária de 1914, se determinou a proibição do estabelecimento de

⁵² De facto, são vários os exemplos que podem ser retirados das actuações dos E.U.A. no que diz respeito à recepção do *IE*, mais concretamente ao nível do *IDE*. Assim, e apenas para salientar aquelas que nos merecem uma atenção especial, verificamos que o *Communications Satellite Act of 1962* só admitia 20% da propriedade estrangeira neste sector; o *Merchant Marine Act of 1920* determinava a necessidade da transferência da propriedade de navios norte-americanos para estrangeiros ser aprovada pela secretaria dos transportes e o *Minerals Land Leasing Act of 1920*, cuja exigência determinava a necessidade da aquisição de direitos de passagem por oleodutos ou interesses na mineração de carvão, óleos e outros minerais nos Estados Unidos por estrangeiros, estava dependente da existência, ou não, de um direito de reciprocidade por parte do estado estrangeiro a investidores americanos. Para uma análise de cada uma destas políticas, V., BREWER / YONG: 2000, 33.

⁵³ Cf. CHANG: 2004, 691 e WILKINS: 1989, 455.

sucursais de bancos estrangeiros⁵⁴. No domínio da propriedade latifundiária, mais concretamente na que incidia sobre o domínio dos recursos naturais, também era corrente a ideia segundo a qual o solo americano deveria de ser para americanos e exclusivamente detido e controlado pelos mesmos⁵⁵.

Deste modo, não surpreende que MIRA WILKINS, após uma análise à história do *IE* nos E.U.A., entre o período de 1880 a 1914, conclua que, não obstante a existência e a importância do *IE* neste período, particularmente no domínio ferroviário e minério, “as leis federais desencorajavam; limitavam ou até mesmo proibiam alguns investimentos estrangeiros” (WILKINS: 1989, 580)⁵⁶. Todavia, não deixa de ser curioso o facto de os E.U.A. terem representado a economia cujo crescimento, embora com condicionalismos, se tenha caracterizado por ser exponencial nos finais do século XIX e inícios do século XX⁵⁷.

Mas o retrato dos E.U.A., neste domínio, não representou um caso isolado. De facto, é possível encontrar práticas semelhantes na *Finlândia*, mais concretamente em 1886, onde se verificava a proibição da existência de negócios bancários por estrangeiros ou até mesmo a proibição da construção e operações ferroviárias por parte dos mesmos.

Mas mais gritante ainda foi a adopção, por parte deste país, em 1919, da necessidade de garantir antecipadamente o pagamento de impostos e outros encargos devidos, em virtude do estabelecimento de certas actividades por parte de estrangeiros neste país⁵⁸. No caso do *Reino Unido*, *França* e *Alemanha* verifica-se, após a Segunda Guerra Mundial, a adopção de mecanismos para a salvaguarda dos seus interesses nacionais em virtude da crescente hegemonia dos E.U.A. e do declínio destes países enquanto principais *players* no plano do *IE*⁵⁹.

Já no Japão, e atendendo ao período anterior a 1963, também se verificava uma limitação, em termos gerais, do controlo da propriedade estrangeira, sendo que, em indústrias consideradas vitais, era comum a existência de fortes limitações ao *IE*⁶⁰.

⁵⁴ Cf. CHANG: 2004, 694.

⁵⁵ Cf. CHANG: 2004, 692 e WILKINS: 1989, 569.

⁵⁶ Salientando a política comercial norte-americana como altamente proteccionista até ao início da Primeira Guerra Mundial, GAVIN: 2001, 3.

⁵⁷ Neste sentido, CHANG: 2004, 694.

⁵⁸ Cf. CHANG: 2004, 697 e 698.

⁵⁹ Fazendo uma análise comparada desta realidade, CHANG: 2004, 691 e ss. Sobre a hegemonia do Reino Unido ao nível do *IE*, GAVIN: 2001, 3 e BREWER / YONG: 2000, 56.

⁶⁰ Cf. CHANG: 2004, 701. Salientando limitações do *IE* em sectores estratégicos, MATOS: 1973, 49.

Mas da mera análise destas actuações é possível vislumbrar uma característica: a limitação ou restrição no acesso à *propriedade*, em termos gerais, enquanto forma de protecção de um forte movimento de *IE*⁶¹. De facto, se atendermos ao ordenamento dos E.U.A., este entendimento foi possível de ser constatado através do *Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act de 1988*⁶².

Tendo como principal objectivo evitar a *perda do controlo em sectores chave da economia*, designadamente, na rádio, transportes, petróleo e banca, manifestou o recrudescer de práticas discriminatórias entre investidores nacionais e estrangeiros, bem como a adopção de *cláusulas ou políticas de reciprocidade* que atendiam ao “clima” de abertura ao investimento entre países⁶³ – facto prementemente verificado nos E.U.A. entre os finais do século XIX e inícios do século XX no domínio da protecção de marcas⁶⁴.

Todavia, cumpre salientar que esta não foi uma característica exclusiva dos países que hoje são considerados como os grandes *players* neste domínio. Na verdade, e se considerarmos o ordenamento português, verificamos que o *IE*, quando analisada a salvaguarda dos interesses nacionais, sempre manifestou uma elevada relevância. Tal entendimento é exposto por CESAR DAS NEVES, segundo o qual, o “investimento estrangeiro sempre ocupou um lugar mais importante na política que na economia portuguesa, porque o medo da dominação estrangeira foi sempre superior às oportunidades de negócio do país” (1999, 299)⁶⁵.

Não obstante este entendimento, cumpre salientar que a presença de *IE* em Portugal, principalmente oriundo da Grã-Bretanha, E.U.A. e Alemanha, mesmo durante o período do *Estado Novo* (v.g., no domínio da exploração do volfrâmio)⁶⁶, sempre se

⁶¹ Neste sentido, WILKINS: 1989, 241.

⁶² A adopção deste acto veio permitir restringir investimentos nos E.U.A. em áreas para além dos sectores regulados pelo Governo Federal. Na verdade, entende-se que, na versão original deste acto, o Presidente dos E.U.A. poderia bloquear o *IDE* quando estivessem em causa *razões de segurança nacional*, que se encontravam estritamente definidas, designadamente, a ameaça ao comércio essencial no seu território. Cf. SORNARAJAH: 2010, 89; GRAHAM / KRUGMAN: 1991, 121e RICHARDSON: 1989, 308.

⁶³ Cf. TOLLIDAY: 2006, 3 e CHANG: 2004, 691.

⁶⁴ Cf. WILKINS: 1989, 565.

⁶⁵ No mesmo sentido, ROLLO: 2007, 80. Salientando uma alternância face às atitudes de abertura e desconfiança do *IE* no ordenamento jurídico português, SANTOS: 1985, 741.

⁶⁶ Cf. NUNES: 2010, 128.

verificou⁶⁷. No entanto, existiram períodos da nossa história que demonstram que os mesmos nem sempre foram bem recebidos. De facto, muito oscilante foi a posição de Portugal neste domínio.

Embora se tenha verificado uma progressiva abertura nesta matéria, principalmente após o final da década de 50 com a celebração da *Convenção de Estocolmo* e já na década de 60, com a entrada de Portugal em organizações internacionais como o *Banco Mundial*, *OCDE* e o *FMI* – mas que se verifica, ainda de forma mais incisiva, após a Revolução de 1974⁶⁸ –, era comum, no período antecedente a estas datas, mais concretamente no período do *Estado Novo*, a caracterização do nosso país como “um sistema político-económico introvertido e temeroso das influências inovadoras provenientes do exterior, normalmente encarados como potenciais elementos desagregadores do *status quo*” (SIMÕES: 1985, 332).

Estas características eram demonstradas nas diversas políticas que o nosso país vinha adoptando. De facto, a política de *condicionamento industrial*⁶⁹ – inicialmente dotada de um carácter provisório, mas que veio implementar uma disciplina jurídica permanente no que diz respeito à actividade industrial⁷⁰ –, conjugada com a L n.º 1994, de 13 de Abril, de 1943, que viria a ser designada como “*Lei de Nacionalização de Capitais*”, evidenciaram uma época no nosso país cujo *intervencionismo público* representava uma “*pedra de toque*” do regime de então. Daí que a imposição de barreiras à implementação de novas unidades produtivas, por via de *autorizações governamentais prévias* com o intuito de proceder a uma protecção concorrencial quer em termos nacionais quer em termos internacionais, tenha sido fundamental⁷¹.

Lapidariamente, o regime apresentava-se como “nacionalista, proteccionista e interventor, elementos que seriam contrários ao investimento estrangeiro” (NEVES: 1999, 299).

⁶⁷ Neste sentido, NEVES: 1999, 300; MOREIRA: 1997, 188 e 189 e MATOS: 1973, 205.

⁶⁸ Para uma abordagem histórico-legislativa do *IE* em Portugal V., CUNHA: 2006, 29 e ss.

⁶⁹ Esta política foi formalmente instituída pelo Decreto n.º 19354, de 14 de Fevereiro de 1931. Segundo este diploma, passam a carecer de *autorização governamental* operações tão diversas como: a instalação de novos estabelecimentos industriais ou a reabertura dos mesmos quando encerrados por período superior a dois anos; a montagem ou substituição de maquinistas, quando se verificasse um aumento da capacidade de produção instalada, e a transferência de licenças de exploração a favor de estrangeiros.

⁷⁰ Cf. CRUZ: 1966, 5 e ss.

⁷¹ Cf. SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 36; NEVES: 1999, 300; ROSAS / BRITO: 1996, 184 e 185; MATA / VALÉRIO: 1994, 191 e SIMÕES: 1985, 331.

Mas se com a revolução de Abril de 1974 este caminho poderia automaticamente ter sido alterado, constatamos, não obstante a extrema mudança de paradigma que se tenha verificado na sociedade portuguesa em múltiplos aspectos, incluindo a abertura da economia ao exterior, que o movimento de *nacionalizações* ocorrido no nosso país após esse período⁷², bem como a busca de identidade do *modelo de constituição económica* adoptado pela constituição de 1976⁷³, tenha potenciado mais uma retracção do *IE*⁷⁴.

No entanto, embora existisse um movimento radicalizante de nacionalizações, cumpre destacar o (quase) total respeito do ordenamento jurídico português para com os investidores estrangeiros. Na verdade, e invocando o T.C., “não foram nacionalizadas as empresas ou participações estrangeiras”⁷⁵. Todavia, e para uma correcta compreensão deste momento, cumpre salientar, a título excepcional e retaliatório, a nacionalização das participações do capital angolano na *Sociedade Portuguesa de Lapidação de Diamantes*⁷⁶.

Mas, se por um lado, o ordenamento jurídico português demonstrava na sua quase totalidade o respeito para com os *IE*'s, nem por isso se coibiu, no momento posterior inerente às *reprivatizações* (principalmente após a revisão constitucional de 1989 que pôs fim ao *princípio da irreversibilidade das nacionalizações*), de proceder à limitação do montante das acções ou do capital a adquirir ou a subscrever por entidades estrangeiras por via da *Lei-Quadro das Privatizações*⁷⁷, facto que ficou bem patente na sociedade portuguesa⁷⁸, não obstante já com a plena consciência da impossibilidade de proceder a esta prática aos *IE*'s que apresentassem uma proveniência europeia⁷⁹.

⁷² Para uma análise deste período V., SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 136.

⁷³ Sobre o tema, FERREIRA: 1996, 402 e ss e MIRANDA: 1987, 3 e ss.

⁷⁴ Cf. SIMÕES: 1985, 336.

⁷⁵ Cf. Acórdão do T. C. n.º 108/88. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁶ Cf. DL n.º 10-C/80, de 18 de Fevereiro.

⁷⁷ Referimo-nos ao n.º 3 do art.º 13 da L n.º 11/90, de 5 de Abril.

⁷⁸ Confirmando o nosso entendimento, é possível de ver o tratamento que o legislador nacional ofereceu às entidades estrangeiras neste domínio. Assim, sem apelarmos a um carácter exaustivo, salientamos o n.º 1 do art.º 7 do DL n.º 169/93, de 11 de Maio, que veio aprovar a alienação de 2500000 de acções detidas pelo Estado, representativas de 25% do capital social do Banco Português do Atlântico S.A; a al. d) do n.º 1 do art.º 6 do DL n.º 352/88, de 6 Outubro, que procedeu à alteração da natureza jurídica do Banco Totta & Açores E.P., convertendo-o de pessoa colectiva de direito público em pessoa colectiva de direito privado, com o estatuto de sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos; a al. d) do n.º 1 do art.º 6 do DL n.º 353/88, de 6 de Outubro, que procedeu à alteração da natureza jurídica da UNICER – União Cervejeira, E.P., convertendo-a de pessoa colectiva de direito público em pessoa colectiva de direito privado, com o estatuto de sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos; a al. d) do n.º 1 do art.º 6 do DL n.º 108/89, de 13 de Abril, que procedeu à alteração da natureza jurídica da Tranquilidade Seguros, E.P., convertendo-a de pessoa colectiva de direito público em pessoa

1.3 - Cooperação *versus* Hegemonia: A tensão dialéctica na construção de um regime internacional de *IE*

Muito mudou desde então, não só em termos nacionais como internacionais. De facto, não deixa de ser relevante a constatação de CHANG quando conclui, na alteração do paradigma vivenciado e impulsionado por parte dos grandes *players* ao nível do *IE*, para a actual tentativa de abolição das *limitações e restrições* ao fenómeno do *IE*⁸⁰.

É em virtude deste entendimento, e da conjuntura económica global que os Estados enfrentam, actualmente, que somos tentados a dizer que, mais do que um eventual “brilho sem luz”, o *IE* tende a surgir como uma das possíveis salvações em volta da penumbra que os Estados enfrentam, não só mas também, no sector económico⁸¹.

De facto, a captura de novos *IE*'s representa uma realidade dos nossos dias, realidade que se comprova nos ajustamentos às leis de *IE*; da celebração de *CI*; de *BIT*'s, assim como da necessidade de configuração de regimes fiscais tendencialmente estáveis e apelativos neste domínio⁸².

No entanto, nem por isso se isenta esta realidade de se digladiar entre virtudes e infortúnios.

Entre as *virtudes*, e em termos de *concepções gerais*, considera-se que o *IE* é susceptível de gerar benefícios, designadamente, de transferências de tecnologia; melhoria dos acessos aos mercados de exportação; dinamização do emprego local;

colectiva de direito privado, com o estatuto de sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos; a al. b) do n.º 1 do art. 8 do DL n.º 260/90, de 17 de Agosto, que procedeu à alienação de 51% do capital da Companhia Seguros Tranquilidade e a aliena b) do n.º 1 do art.º 8 do DL n.º 348/90, de 5 de Novembro, que procedeu à alienação de 51% do capital da Aliança Seguradora;

⁷⁹ Este entendimento foi expressamente afirmado pelo legislador português no preâmbulo do DL n.º 214/86, de 2 de Agosto, ao afirmar a necessidade da derrogação de normas legais que estabelecessem limitações ao investimento em Portugal, cuja origem fosse comunitária, quando tais limitações se baseassem, exclusivamente, em razões de nacionalidade. Todavia, nem por isso Portugal deixou de ser condenado no *TJUE* como o comprova o Processo C-367/98, de 4 de Junho de 2002. Disponível em www.eur-lex.europa.eu

⁸⁰ Neste sentido, CHANG: 2004, 706.

⁸¹ Salientando a inexistência de uma relação directa que comprove uma correlação entre crescimento económico e *IE*, V., GUERRA-BORGES: 2001, 828.

⁸² Cf. SALACUSE: 2010, 450.

novas formas de gestão; *know how*; introdução de novos produtos ou o estabelecimento de centros avançados em *I&D*⁸³.

Todavia, também não é isento de críticas. Isto porque se considera que em torno dos movimentos de *IE* tendem a agudizarem-se problemas em áreas tão diversas como o ambiente; a agricultura; a saúde pública; a utilização de recursos naturais sem as preocupações devidas com as necessidades locais; de deslocamentos associados às variações dos níveis de produção económicos internacionais; a criação de necessidades artificiais ou o privilégio de relações intra-grupos que fazem com que sejam ténues as relações económicas com a economia local⁸⁴.

Mas se este é, sucintamente, o retrato geral dos prós e dos contras do *IE*, também podemos afirmar que ele ganha uma especial acuidade, no *plano concreto*, tendo em conta quer os países de onde este provém, quer dos países que o recebem. De facto, a simples qualificação, já de si complicada, de um país como *desenvolvido* ou *em desenvolvimento*, não é irrelevante neste domínio. Isto porque, embora esta qualificação, no seio da OMC, derive de uma *auto-caracterização* por parte dos países membros, nem por isso exime a mesma de estabelecer determinadas consequências⁸⁵.

A título de exemplo, é possível constatar a existência, para os países que se *auto-caracterizem* como *países em desenvolvimento*, da isenção, embora temporária e susceptível de contestação, de algumas regras da OMC, designadamente, de medidas relacionadas com o comércio de investimentos (TRIM'S)⁸⁶. Outro exemplo paradigmático desta problemática reside no âmbito de protecção de determinados tipos de investimentos ao abrigo da *Convenção MIGA*, em virtude do seu artigo 14.º determinar que “[a]penas podem ser garantidos, ao abrigo do presente capítulo, os investimentos que venham a ser feitos no território de um país membro em desenvolvimento”⁸⁷.

1.3.1 – Os desafios do *IE* para os países que o recebem

⁸³ Cf. GÖRG / JABBOUR: 2009, 3; MORAN: 2006, 26; EASSON: 2004, 9; SEID: 2002, 10; SMEETS: 2000, 10 e 11; SHIHATA: 1993, 11; HIRSCH: 1992, 3 e SIMÕES: 1985, 365.

⁸⁴ Cf. MORAN: 2006, 48; UNCTAD: 2004, 27 e ss; SEID: 2002, 13 e ss e SANTOS: 1985, 741.

⁸⁵ Salientando este facto, MOTA: 2005, 462 e 463.

⁸⁶ Cf. HOEKMAN / MICHALOPOULOS / WINTERS: 2003, 5.

⁸⁷ Para uma análise em português da tradução da referida Convenção, V., FERREIRA / ATANÁSIO: 2005, 655 e ss.

Focando o tema do *IE* para os países que o recebem, qualificados na literatura internacional como *Host States* ou *capital-importing countries*, algumas questões tendem a surgir. Na verdade, estes países podem, teoricamente, adoptar duas atitudes possíveis, não obstante com certas *nuances*, no que diz respeito à *recepção* ao *IE*.

A primeira corresponde a uma *atitude “amigável”*, sendo que hoje, a mesma tende a ser representada pela generalidade dos países em virtude da influência das linhas de orientação resultantes quer do *Consenso de Washington*, (em parte apoiadas pelo *Consenso de Pequim*), quer das *directrizes do Banco Mundial* sobre o tratamento do *IE*. Como consequência, o *controlo* sobre o *IE* reside na *supervisão* e não na *autorização* deste fenómeno, existindo uma preponderância num *controlo meramente estatístico* e à *posteriori*.

Tal realidade, para além de configurar o actual caso português, resultante de uma condenação no *TJUE*, que considerou a existência de *autorizações prévias* como um meio susceptível de tornar ilusório o *princípio da livre circulação de capitais*⁸⁸, é afirmada pelo legislador nacional no preâmbulo do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, que veio estabelecer, *grosso modo*, o actual *regime contratual do CI*.

Estabelece-se, deste modo, uma estreita harmonia com a imposição da *UE*, por via da *Directiva n.º 88/361/CE*, de 24 de Julho, relativa à *livre circulação de capitais*, que impõe a supressão das restrições às movimentações de capitais efectuadas entre pessoas residentes nos Estados-membros.

De um lado diametralmente oposto, temos os países que adoptam uma *atitude “hostil”* mediante a adopção de *práticas restritivas, limitativas ou impeditivas* do *IE*, das quais também foram presentes no ordenamento jurídico português⁸⁹. Do ponto de vista desta atitude, o foco das atenções concentra-se na adopção de regimes que aludem à necessidade de *autorizações, registos prévios e discricionários*, principalmente enfatizados em sectores chave da economia⁹⁰.

O exemplo paradoxal e actual desta atitude é o caso da China, dado que não existe uma “livre entrada de capitais estrangeiros (...) porque os investimentos

⁸⁸ Cf. Processo C-367/98, de 4 de Junho de 2002. Disponível em www.eur-lex.europa.eu.

⁸⁹ Estas características eram possíveis de ser constatadas quer no DL n.º 239/76, de 6 de Abril; no DL n.º 348/77, de 24 de Agosto, e ainda no DL n.º 197-D/86, de 18 de Julho. No mesmo sentido, BRANCO: 1991, 3 e ss.

⁹⁰ Cf. HAHN / GRAMLICH: 1989, 63 e 64.

estrangeiros estão sujeitos à apreciação e autorização pelos órgãos administrativos” (DAN: 2010, 181). Por outro lado, o *Guiding Directory on Industries Open to Foreign Investment* divide a indústria chinesa em *sectores livres*, *sectores incentivados*, *sectores restritos* (acessíveis por via de *joint ventures*) e *sectores proibidos* ao nível do IE⁹¹.

Uma vez que grande parte dos *Host States* são *países em desenvolvimento e economias de transição*⁹², constatamos que o tema da *recepção* do IE acarreta sobre os mesmos problemas que não se verificam, ao menos de forma tão premente, nos *países desenvolvidos*, sendo que estes, quando comparados nestas matérias, apresentam, tendencialmente, políticas semelhantes⁹³.

Desde logo, os *países desenvolvidos* demonstram uma tendência para não evidenciarem *restrições* ou *disposições especiais* ao nível do IE em *sectores que correspondam ao desenvolvimento de alta tecnologia*, embora os *sectores estratégicos*, em regra objecto de monopólios estaduais, surjam como sectores restritos quer para investidores nacionais, quer para investidores estrangeiros⁹⁴.

Todavia, cumpre salientar que a tendência que os *países desenvolvidos*, mais concretamente os E.U.A. através do *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, e até mesmo a Alemanha no que diz respeito à aquisição de empresas alemãs por investidores estrangeiros localizados fora da UE⁹⁵, têm demonstrado, cada vez mais, um poder de *redireccionamento e limitação* do IE, principalmente nos seus sectores económicos vitais ou quando digam respeito a questões de *segurança nacional*⁹⁶.

Todavia, uma afirmação deste tipo não pretende indicar que o IE nestes países não exista ou seja menosprezado. Para tal basta observar o exemplo dos E.U.A., onde o IE, para além de historicamente ser considerado como um grande benefício para a economia norte-americana⁹⁷, é lapidaramente constatável no sector petrolífero, por via da

⁹¹ Neste sentido, DAN: 2010, 182; MORAN: 2006, 47 e LONG: 2005, 319.

⁹² Cf. UNCTAD: 2012, 99; EASSON: 2004, 5; SEID: 2002, 99; ALCABAS / BOURCIEU / VALERSTEINAS: 2000, 21 e SHIHATA: 1993, 2.

⁹³ Cf. RICHARDSON: 1989, 300.

⁹⁴ Cf. RICHARDSON: 1989, 305 e ss.

⁹⁵ Cf. STORK: 2010, 260 e ss.

⁹⁶ No mesmo sentido, UNCTAD: 2012, 100 e SORNARAJAH: 2010, 90.

⁹⁷ Cf. RICHARDSON: 1989, 282.

presença de empresas do Reino Unido, no sector químico, por parte de empresas alemãs, e no sector bancário e automóvel, por parte de empresas japonesas.⁹⁸

No entanto, uma constatação há a fazer. Isto porque o que se verifica é que a adopção de tais práticas tende a ser efectuada de um modo mais subtil do que nos *países em desenvolvimento* ou *economias de transição*, sendo estas representadas por minuciosas *leis antitrust* ou por *leis da concorrência*⁹⁹ que, não pretendendo condicionar ou dirigir a economia mas sim alcançar a eficiência dos mercados, por via da *correção de resultados* não desejados, bem como da prossecução de determinados interesses ou liberdades fundamentais (v.g., o *controlo das operações de concentração de empresas*), surgem conjugadas com uma forte *regulação económica*¹⁰⁰ que antecipa a actuação dos movimentos de *IE*, não sendo irrelevante, neste domínio, a “satisfação” de *lobbies nacionais*¹⁰¹.

Esta realidade faz realçar a inexistência de um acesso puro, ilimitado e incondicional do *IE*¹⁰², na medida em que se visa evitar “efeitos considerados indesejáveis do ponto de vista do adequado funcionamento do mercado e da prossecução de determinados fins de interesse público” (MONCADA: 2012b, 249). Deste modo, cremos que o principal problema que os *países desenvolvidos* enfrentam pauta-se por ser um problema de *controlo e redireccionamento do IE*.

Quanto aos *países em desenvolvimento* e *economias de transição*, cremos que esta questão seja mais delicada, não obstante com uma particular incidência para os primeiros.

Dado o passado subjugado ao *colonialismo* e da sujeição dos seus próprios interesses à crescente hegemonia das metrópoles, parte do desenvolvimento económico dos *países em desenvolvimento* ficou condicionado. Daí que, durante o fim do *colonialismo*, tais países se tenham deparado com um forte flagelo ao nível das suas necessidades essenciais, sendo o *IE*, mais do que um “caminho para o desenvolvimento” (KAUSHAL: 2009, 500), considerado como um mecanismo de um

⁹⁸ Cf. GRAHAM / KRUGMAN: 1991, 74 e RICHARDSON: 1989, 288. Salientando a presença de *IE* em sectores essenciais, SORNARAJAH: 2010, 81.

⁹⁹ Cf. SORNARAJAH: 2010, 98.

¹⁰⁰ Sobre o problema, GONÇALVES: 2013, 254 e 255. Sobre o conceito de *regulação económica*, V., VICENTE: 2012, 19 e ss; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 184 e 185 e D'ALBERTI: 2006, 237 e ss.

¹⁰¹ No mesmo sentido, SORNARAJAH: 2010, 92.

¹⁰² Cf. SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 134.

desenvolvimento económico propulsor da legitimação dos próprios processos de independência.

É deste modo que terminada a era do *colonialismo* e, com ela, a era do *domínio político*, seria expectável que os *países em desenvolvimento* adquirissem um direito efectivo para controlarem a entrada de *IE* nos seus territórios em virtude da sua soberania¹⁰³. Todavia, o que cremos que a *factualidade* nos oferece é que ainda é distante a afirmação da mesma por parte dos países em questão.

Na verdade, e embora os esforços que o *Direito Internacional* vá exercendo no sentido de os Estados estabelecerem relações segundo um *princípio de igualdade*, princípio esse consagrado na *Carta das Nações Unidas*, certo é que o mesmo princípio legitima que possam existir “desigualdades funcionais” impostas em virtude do mesmo princípio¹⁰⁴. Mas se este já é um problema que por si só é difícil de inverter em termos *fácticos*, cumpre salientar que o mesmo ajuda ainda mais a agudizar estes países.

Assim, e atendendo à *soberania externa*¹⁰⁵ dos mesmos, no contexto da política internacional ao nível do *IE*, verifica-se um acentuar de pressões, quer ao nível do *Banco Mundial*, do *FMI* (principalmente após o final da década de 80 com o *Consenso de Washington*), ou até mesmo da *OCDE*, na adopção de políticas que promovam *liberalizações* e *privatizações*, que favoreçam oportunidades de *fusões* e *aquisições* de *empresas públicas* a *investidores estrangeiros*¹⁰⁶.

Por outro lado, e ao nível da sua *soberania interna*¹⁰⁷, cumpre salientar que, não raras vezes, os países em questão apresentam regimes políticos pautados por instabilidades políticas¹⁰⁸, potenciando, por outro lado, a existência de *deficits de transparência* que acarretam, como consequência, o aumento de custos implícitos e assimetrias de informação ao nível do *IE*, sendo estas questões consideradas vitais para os investidores estrangeiros no domínio das políticas económicas e, como tal, valoradas negativamente¹⁰⁹.

¹⁰³ Salientando este facto, WILKINS: 1989, 88.

¹⁰⁴ Cf. MACHADO: 2006, 222 e FERREIRA: 2004, 159. Salientando a importância do *princípio da igualdade* entre os Estados no domínio das relações internacionais, BAPTISTA: 2004, 140 e 141.

¹⁰⁵ Para uma análise a este conceito, MACHADO: 2006, 183 e CANOTILHO: 2003, 90.

¹⁰⁶ Cf. SORNARAJAH: 2010, 24 e KAUSHAL: 2009, 507.

¹⁰⁷ Para uma análise a este conceito, MACHADO: 2006, 183 e CANOTILHO: 2003, 90.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, BENDE-NABENDE: 2002, 45.

¹⁰⁹ Cf. DAN: 2006, 109 e DRABEK / PAYNE: 2001, 7. Não obstante se reconheça que os regimes democráticos tendem a apresentar fluxos de *IE* mais elevados, é certo que também existem autores que chamam a atenção para o facto das *empresas transnacionais* poderem preferir regimes autoritários. Este

Face a este retrato, para além da sua reduzida *influência* no *domínio político*, é comum considerar-se que os *países em desenvolvimento* sofrem uma nova forma de domínio, principalmente no período pós Segunda Guerra Mundial.

Este domínio, numa era onde se questiona se existem limites à globalização económica¹¹⁰, pauta-se (por “deslumbramento”!), por ser *económico*, sendo efectuado por poderosas *multinacionais* que, para além poderem exercer fortes pressões políticas em seu benefício, surgem apoiadas pelos seus próprios países de origem¹¹¹, verificando-se a sua preferência em massivos *IE's* no domínio dos recursos naturais e em infra-estruturas¹¹², aos quais, não raras vezes, se associam a existência de práticas de suborno e corrupção¹¹³.

Na verdade, este facto não é alheio a uma certa consciencialização do problema ao nível internacional, sendo comum enaltecer-se a inexistência de uma correlação positiva entre riquezas naturais e desenvolvimentos económicos destes países (“*doença holandesa*”)¹¹⁴. Atendendo a este facto, verifica-se a existência de uma progressiva protecção para com os *países em desenvolvimento* no domínio dos recursos naturais, por via de uma *Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas* sobre esta matéria¹¹⁵, que visou “fornecer aos países recém-independentes um “escudo legal” contra os direitos de propriedade e reivindicações de direitos contratuais de empresas estrangeiras ou Estados que possam infringir a sua soberania económica” (KAUSHAL: 2009, 502).

De facto, a perda de soberania no domínio económico tem constituído a “*pedra de toque*” das preocupações dos países em questão, principalmente da Índia, China e Egipto, preocupações que levam à recusa da adopção de um *regime global de*

facto, deriva da possibilidade de serem oferecidos melhores condições de negócios nas suas entradas em virtude da falta de pressão popular ou reivindicações sindicais. Neste sentido, JENSEN: 2008, 79.

¹¹⁰ Cf. HIRST / THOMPSON: 2011, 28.

¹¹¹ Cf. SORNARAJAH: 2010, 280; VANDELDELDE: 2009, 11 e GAVIN: 2001, 15.

¹¹² Cf. UNCTAD: 2012, 9; GAVIN: 2001, 9 e MATOS: 1973, 58.

¹¹³ No mesmo sentido, MORAN: 2006, 89.

¹¹⁴ Referindo esta realidade, SACHS / WARNER: 2001, 828.

¹¹⁵ Referimo-nos à Resolução 1803 (XVII) da Assembleia Geral, de 14 de Dezembro de 1962, sobre a “Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais”. Desta resolução merece destaque o seu ponto 8, segundo o qual: “Os acordos de investimento estrangeiros celebrados livremente por ou entre Estados soberanos deverão ser cumpridos de boa fé; os Estados e as organizações internacionais deverão respeitar estrita e conscienciosamente a soberania dos povos e das nações sobre as suas riquezas e recursos naturais em conformidade com a Carta e com os princípios consagrados na presente resolução.” Salientando a relevância da Resolução em apreço no domínio de uma *nova ordem económica internacional*, MACHADO: 2006, 212.

*investimento*¹¹⁶. Como principais alegações desta recusa, salientam-se dois grandes argumentos.

O primeiro argumento assenta no facto de que a existência de um *regime global de investimento* representaria uma significativa perda da *soberania* ao limitar o *poder de regulação*, o que seria susceptível de atribuir a investidores estrangeiros poderes excessivos. Em segundo lugar, um *regime global de investimento* representaria uma redução da adopção de políticas de investimento ajustadas às necessidades próprias de desenvolvimento de cada país¹¹⁷.

Por outro lado, cumpre destacar que uma plena liberalização das políticas relacionadas com o *IE* não determina uma automaticidade crescente do seu fluxo, facto que leva a doutrina a dar como exemplo a comparação entre China e os países africanos¹¹⁸.

No entanto, cremos que mais do que colocar o assento tónico na questão da *soberania económica*, que tende cada vez mais a ser diluída e difícil de concretizar à luz do espírito (obsoleto e meramente formal) da *Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados*, que apela a tal entendimento ao nível do *IE*¹¹⁹, cremos que os *países em desenvolvimento* devam encetar os seus esforços na *gestão* da sua soberania.

De facto, existe a necessidade de uma efectiva adaptação aos novos paradigmas internacionais que tendem, cada vez mais, a evidenciar a necessidade de uma *colaboração e cooperação* com vista a uma verdadeira *governança económica global* destas matérias¹²⁰.

Deste modo, cremos que só desta forma os *países em desenvolvimento e economias de transição* possam proceder a uma efectiva ponderação dos problemas que

¹¹⁶ Dando conta deste facto, DAN: 2006, 215 e SEID: 2002, 110 e ss. Para uma análise do relatório elaborado em 1991 por iniciativa da França à Comissão de Desenvolvimento do Quadro Legal para o tratamento do *IE* ao nível de um quadro jurídico global e os seus princípios jurídicos essenciais V., SHIHATA: 1993, 201 e ss.

¹¹⁷ Cf. SEID: 2002, 101.

¹¹⁸ Embora a China seja um dos países que recebe mais *IE* desde 1992, não deixa de ser curiosa a comparação deste país, que apresenta um *regime restritivo de investimento*, quando comparado com os países africanos que, embora apresentem regimes de investimento mais liberais do que a China, tendem a apresentar, em termos comparativos, um menor fluxo de *IE*. Salientando a mesma realidade, KAUSHAL: 2009, 509 e 510.

¹¹⁹ Referimo-nos à al. a), do n.º 2 do art.º 2, Capítulo II – Direitos Económicos e Deveres dos Estado da Resolução n.º 3281, de 12 de Dezembro de 1974.

¹²⁰ Neste sentido, UNCTAD: 2012, 99; JACKSON: 2003, 784 e 785; SOLANA: 2001, 27; SMEETS: 2000, 19 e 20; FALK: 1999, 32 e ARNAUD: 1999, 162 e ss.

derivam da *captação do IE* num primeiro momento e, numa fase posterior, nos problemas que derivam do seu *controlo*.

1.3.2 – Os desafios para os países exportadores de *IE*

Uma vez que a internacionalização e abertura das economias potencia, cada vez mais, a facilidade da iniciativa de novos *IE's*, em virtude da procura de novos *recursos*, *mercados*, *activos* ou *eficiências*, cumpre salientar que esta realidade passou a constituir uma tendência generalizada por parte de todos os países, não sendo Portugal excepção¹²¹.

Todavia, novos problemas surgem associados a estas práticas, sendo assintomática a expressão segundo a qual “investir no estrangeiro representa uma oportunidade e um risco” (AGUIAR / GULAMHUSSEN: 2009, 51)¹²². De facto, e se atendermos ao paradigma actual, verificamos que o domínio do *IE* contraria a *imposição do uso da força física*, típica da era colonial¹²³, como “*modus*” da protecção do *IE*.

Hodiernamente, para superar a imposição do uso da força física para a protecção do *IE*, existe a necessidade, principalmente desencadeada por parte dos *países exportadores de capital*, da construção e adopção de um *regime de investimento global* pautado por três grandes áreas.

As suas preocupações manifestam-se, assim, (i) na *protecção dos investimentos estrangeiros dos seus nacionais*, visando atenuar eventuais acções negativas por parte dos *Host States*, *maxime* das *nacionalizações* e *expropriações*, principalmente nos países latino-americanos onde é comum considerar-se a sua tradição de oposição a regras internacionais relativas a *IE's*¹²⁴; (ii) na ampliação do âmbito de protecção a *direitos intangíveis* (v.g., propriedade intelectual), e (iii) na necessidade da relação do *IE* ser pautada pela existência de um conjunto de *actos administrativos (lato senso)*,

¹²¹ Cf. VANDEVELDE: 2009, 27. Para uma análise do tema no ordenamento jurídico português, LEAL: 2007.

¹²² Salientando a existência de um *risco político* no *CI*, TAVARES DA SILVA: 2013, 142.

¹²³ No mesmo sentido, SORNARAJAH: 2010, 21; CHOUDHURY: 2008,780 e WILKINS: 1989, 19.

¹²⁴ Cf. DOLZER / STEVENS: 1995, 8. Sobre a protecção do *IE* em concreto V., IETTO-GILLIES: 2011, 180 e SALACUSE: 2010, 439 e 440.

considerados essenciais para o normal funcionamento de um investimento (v.g., licenças de construção e ambientais)¹²⁵.

Atendendo à premente *arena global* na obtenção de novos *IE's*, não será ilusória a constatação dos múltiplos esforços desenvolvidos por parte dos *países exportadores de capital*, principalmente no plano internacional através dos *International Investment Agreements*, para a protecção dos seus investimentos e investidores com o intuito de alcançar uma “convergência de expectativas” (SALACUSE: 2010, 431). De facto, esses esforços desmultiplicam-se na instituição de uma diversidade de *organismos e instrumentos jurídicos internacionais* susceptíveis de alcançar tal desiderato.

É em face desta realidade que deparamo-nos, principalmente, com três possibilidades de alcançar esses objectivos, sendo elas a via *multilateral*, a via *regional* e via *bilateral*.

Quando adoptada a via *multilateral*, a ênfase é colocada na adopção de princípios de conduta que *aspiram a ter um alcance (tendencialmente) universal*, sendo estabelecida entre um elevado número de Estados, o que implica uma considerável *convergência de expectativas* entre ambos¹²⁶. Por outro lado, e com a tendência verificada para a constituição de *espaços de integração regional*, a adopção da via *regional*, tendente a proceder à convergência das regulações do *IE*, designadamente com o objectivo de evitar distorções na construção de um *mercado comum* ou de *zonas de comércio livre*, como são exemplos a *União Económica e Monetária do Oeste Africano*¹²⁷, o *NAFTA* ou a *ASEAN*, faz desta via um modo não despiciendo na adopção de certas disposições ao *nível do IE*.

Em termos europeus, como veremos, o *Tratado de Lisboa* também enfatiza a necessidade da adopção de mecanismos tendentes a convergir as diversas regulações normativas de cada Estado-membro nos domínios do *IE*.

Quanto à via *bilateral*, será utilizada e caracterizada nas relações entre um número restrito de Estados, tida por alguns autores segundo uma *lógica de reciprocidade*¹²⁸, que tende a evidenciar, segundo a doutrina, a existência de estipulações que, em regra, tendem a favorecer os interesses dos Estados “mais

¹²⁵ Cf. SORNARAJAH: 2010, 16.

¹²⁶ No mesmo sentido, MIRANDA: 2012, 60; PEREIRA / QUADROS: 2009, 183 e BRITO: 2008, 151.

¹²⁷ Para uma análise mais incisiva, UNCTAD: 2002, 123.

¹²⁸ Neste sentido, MIRANDA: 2012, 60; PEREIRA / QUADROS: 2009, 183 e BRITO: 2008, 151.

fortes”¹²⁹. Todavia, estes não têm de ser forçosamente identificados com os *países desenvolvidos*, dado que os *BIT's* surgem, também, como um dos principais instrumentos jurídicos, no domínio do *IE*, nas relações entre *países em desenvolvimento*¹³⁰.

Não obstante se entenda que a via *multilateral* tenha sido manifestamente mal sucedida¹³¹ (v.g., o *MAI*)¹³², nem por isso se pode dizer que a mesma não tenha potenciado importantes contributos no domínio do *IE*.

Esses contributos verificam-se, desde logo, na existência de organismos internacionais como a *Agência Multilateral de Garantia de Investimentos* (MIGA), (sendo hoje determinante na promoção e *garantia de riscos não comerciais* de determinados investimentos)¹³³, ou na *Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados*, apelidada de *Convenção de Washington* (visando fomentar a confiança dos investidores internacionais, principalmente nos *países em desenvolvimento*)¹³⁴, que implementou uma instância largamente utilizada como mecanismo de *resolução internacional de litígios* nos domínios do *IE*.

Referimo-nos ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), que visa a conciliação e arbitragem de disputas internacionais de investimentos, nos termos dos requisitos exigidos pelo seu art. 25.^o¹³⁵, e, nessa medida,

¹²⁹ Cf. SCHILL: 2009, 9 e 10.

¹³⁰ Cf. DAN: 2010, 173 e LOWENFELD: 2008, 554.

¹³¹ Cf. SCHILL: 2009, 19.

¹³² O *MAI* surge por iniciativa dos *países desenvolvidos* no seio da *OCDE* tendo como objectivo estabelecer um *acordo multilateral* no domínio do *IE*. Todavia, este acordo foi alvo de fortes críticas que impossibilitaram a sua adopção. Entre as principais críticas, destacam-se a fraca participação proporcionada aos *países em desenvolvimento*, facto que manifestou uma premente dificuldade em articular expectativas, principalmente no equilíbrio entre protecção dos investimentos, e a prossecução do interesse público dos Estados. Neste sentido, SCHILL: 2009, 55 e 56; VANDEVELDE: 2009, 25 e SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 123.

¹³³ São cinco os *riscos não comerciais* salvaguardados pela *MIGA* sendo eles: *inconvertibilidade da moeda e restrições a transferências; expropriações; guerra, terrorismo e distúrbios civis; incumprimento de contratos e não cumprimento de obrigações financeiras*. Cf. <http://www.miga.org/investmentguarantees/index.cfm?stid=1797>. Para uma análise desta agência em termos gerais, BARROCAS: 2010, 740 e 741; SCHILL: 2009, 48 e 49; LOWENFELD: 2008, 587 e 588; BROWNLIE: 2003, 521 e COSTA NEVES: 2001, 13 e 14

¹³⁴ Neste sentido, DUARTE: 2012a, 270 e SCHILL: 2009, 47.

¹³⁵ Segundo HIRSCH, o art. 25.^o da *Convenção de Washington* estabelece três condições cumulativas para determinar a jurisdição do *ICSID*. Assim, e em primeiro lugar, é necessário o consentimento das partes. Em segundo lugar, existe a necessidade de se verificar uma jurisdição *ratione materiae* delimitada pela necessidade: (i) de uma *disputa legal*, (ii) que *incida directamente sobre um investimento*. Em

caracterizado como um meio de despolitização na resolução de litígios¹³⁶, estimando-se “que cerca de dois terços dos litígios relativos a investimentos estrangeiros sejam presentemente submetidos ao ICSID” (VICENTE: 2011, 756).

Na verdade, o *consentimento*¹³⁷ a este meio de *resolução internacional de litígios* no seio do *IE* corresponde àquele que mais referenciado é, em termos globais, constituindo, desde logo, um dos elementos da “musculatura” do *sistema internacional do investimento*, quer em virtude da particularidade do *reconhecimento automático das suas decisões*¹³⁸, quer por representar uma superação da *doutrina Calvo*.

De facto, a relevância do *ICSID* na resolução de litígios é detectável, designadamente, no *TCE*, bem como nos vários modelos de *BIT*'s que vão sendo adoptados (v.g., Reino Unido; Holanda; Alemanha ou Suíça)¹³⁹. Por outro lado, cumpre salientar, atendendo ao modelo de *BIT* português, que o recurso à jurisdição *ICSID* surge como um dos mecanismos possíveis para a *resolução internacional de litígios*¹⁴⁰.

Mas se os esforços na construção de mecanismos idóneos às necessidades específicas que derivam do *IE* pela *via multilateral* não parecem ser idolatrados pelos Estados, o mesmo já não poderá ser dito em relação à utilização da *via bilateral*. Na verdade, esta via de construção de mecanismos do *IE*, concretizada em termos práticos por *BIT*'s, demonstra uma proliferação que é tida como exorbitante¹⁴¹. A sua relevância é de tal ordem que STEPHAN SCHILL alude à possibilidade dos *BIT*'s, em conjunto, configurarem um verdadeiro *sistema multilateral* ao nível do *IE*¹⁴².

terceiro lugar, e por fim, existe a necessidade de se verificar uma jurisdição *ratione personae*, ou seja, uma das partes da disputa tem de ser um Estado parte da Convenção, não obstante se vislumbrem regras especiais para Estados que, não sendo parte da Convenção Washington a ela podem aceder, e que a outra parte seja um nacional de um outro Estado contratante. Cf. HIRSCH: 1992, 41 e ss.

¹³⁶ Cf. SCHILL: 2009, 47.

¹³⁷ Para uma análise das especificidades do *consentimento* à arbitragem *ICSID*, VICENTE: 2011, 756 e 757; BARROCAS: 2010, 734; SÉRVULO CORREIA: 2010, 827; REGHIZZI: 2009, 7 e ss; DUARTE: 2008, 774 e ss e HIRSCH: 1992, 21.

¹³⁸ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 408 e POTTS: 2011, 1006. Sobre o *reconhecimento e execução das sentenças* proferidas pela *ICSID*, VICENTE: 2011, 757; DUARTE: 2008, 781 e ss e HIRSCH: 1992, 23. Contrapondo com o *reconhecimento e execução das decisões* sob as regras *UNCITRAL*, MORTENSON: 2010, 266.

¹³⁹ Cf. SINCLAIR: 2009a, 93. Enaltecendo a mesma realidade, DAN: 2010, 184; LIMA PINHEIRO: 2008, 96 e 97 e LOWENFELD: 2008, 570.

¹⁴⁰ Cf. VICENTE: 2011, 763.

¹⁴¹ Cf. KAUSHAL: 2009, 496. Sobre os *BIT*'s em geral, DOLZER / STEVENS: 1995, 1 e ss..

¹⁴² Cf. SCHILL: 2008a, 3.

Todavia, não obstante se saliente que os *BIT's* potenciem um aumento de *IE*¹⁴³, cumpre evidenciar que a sua *celebração* não é sinónimo inequívoco de tal factualidade¹⁴⁴. Na verdade, o exemplo paradigmático susceptível de o demonstrar é o caso brasileiro que, embora tenha procedido à celebração de diversos *BIT's*, não dispõe de nenhum em vigor¹⁴⁵.

A *celebração* de *BIT's* apresenta como principais *sujeitos activos*, na actualidade, países como a Alemanha; Reino Unido; França; E.U.A. e China. No entanto, a sua celebração não é isenta de críticas. As principais derivam, segundo a doutrina, (i) dos *BIT's* constituírem uma barreira à contratação eficiente, designadamente ao nível da distribuição de riscos¹⁴⁶; (ii) a sua utilização descontrolada potencia a existência de uma amálgama (*fragmentaridade*) assaz exigente na compreensão de regras *substantivas* que, por sua vez, influenciam as relações no *IE*¹⁴⁷ e (iii) salienta-se o facto de muitos dos países que aderem a este tipo de negociações não compreendem a forma de como as mesmas funcionam, dada a possibilidade da aposição de determinadas cláusulas e do seu próprio regime substantivo implicar uma vulnerabilidade dos Estados quanto à sua soberania¹⁴⁸.

Tal como salientado *supra*, a *via bilateral*, não obstante as críticas susceptíveis de serem apontadas aos *BIT's*, representou a premente necessidade, ao nível do *IE*, da existência de um *regime jurídico* tendencialmente *completo, claro e executável* incapaz de ser oferecido pelos mecanismos jurídicos tradicionais do *Direito Internacional* vigente após a Segunda Guerra Mundial.

De facto, o *Direito Internacional*, tido por alguns como “primitivo” e ainda assente numa lógica “*vestefaliana*”¹⁴⁹, revela-se incapaz de compreender as exigências

¹⁴³ Expondo o problema, DAN: 2010, 160.

¹⁴⁴ Cf. HARTEN: 2010, 32.

¹⁴⁵ Sobre o assunto, DAN: 2010, 165 e ss.

¹⁴⁶ Cf. HALABI: 2011, 305 e ss e KAUSHAL: 2009, 502.

¹⁴⁷ Cf. SCHILL: 2009, 11.

¹⁴⁸ Cf. TAVARES DA SILVA: 2013, 119; ALSCHNER: 2013, 7 e 8; HARTEN: 2010, 31; DAN: 2010, 185 e SORNARAJAH: 2010, 177.

¹⁴⁹ O *Direito Internacional* tende, actualmente, a ser considerado, designadamente por Steven Schwarcz, como uma “direito primitivo”, na medida em que é pautado por excessivos formalismos que tendem a repercutir-se na praticabilidade das soluções que visa potenciar. Tendendo a inverter esta realidade, os autores apelam hoje à necessidade de um *Direito Transnacional*, direito este que tende a surgir em virtude da existência de esquemas informais de cooperação. Cf. SCHWARCZ: 2002, 25. No mesmo sentido, STEWART: 2005, 635 e FALK: 1999, 67.

transnacionais inerentes às necessidades dinâmicas na obtenção de uma *coordenação e eficiência* das diversas políticas económicas globais¹⁵⁰.

É deste contexto que se alude ao facto dos *BIT's* surgirem como um *novo instrumento jurídico* cujo objectivo visa alcançar um duplo desiderato. Embora existam outras explicações que fundamentem a sua *celebração*, designadamente através da *teoria dos jogos*, das *teorias do direito em rede* e das *redes virtuais*¹⁵¹, os principais argumentos esgrimidos pela doutrina sobre este aspecto assentam em dois grandes argumentos.

Para os *Host States*, a celebração dos *BIT's* transmite um sentimento de confiança aos investidores na medida em que, à luz da ordem jurídica internacional, a *celebração* de um *BIT* surge como uma manifestação de um esforço acrescido no cumprimento de obrigações assumidas¹⁵². Todavia, para os *países exportadores de IE*, a utilização dos *BIT's* representa uma redução dos riscos inerentes à realização de *IE*. Isto porque a sua *celebração* significa, em última análise, “a recusa pelo Estado de acolhimento em aplicar ao investidor estrangeiro a lei nacional” (QUADROS: 1998, 53).

À luz deste entendimento, chama-se a atenção para o facto da relação que se protagoniza através dos *BIT's*, principalmente dos *BIT's de primeira geração*, acentuarem um relacionamento entre *países desenvolvidos* e *países em desenvolvimento*, que, não obstante possam ilustrar *simetrias* quanto à sua *estrutura*, enfatizam *assimetrias* na sua *aplicação* em função dos objectivos que visam ser concretizados¹⁵³.

Em virtude de toda esta realidade, é comum questionar-se a existência de uma *atitude hegemónica* na construção de um regime internacional de *IE*. Face ao paradigma inerente aos *países em desenvolvimento e economias de transição*, apresentando os desafios *supra* referidos, bem como a inexistência de um movimento altruístico motivado para o desenvolvimento da economia dos *Host States*¹⁵⁴, observa-se um forte fluxo de *IE* associado a políticas que promovem, entre outros aspectos, processos de

¹⁵⁰ No mesmo sentido, SALACUSE: 2010, 436.

¹⁵¹ Expondo estas teorias, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 202.

¹⁵² Neste sentido, HALABI: 2011, 266; SORNARAJAH: 2010, 187; SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 120 e WONG: 2006, 143.

¹⁵³ Cf. ROBERTS: 2013, 35.

¹⁵⁴ Neste sentido, SORNARAJAH: 2010, 292.

amplas *privatizações*¹⁵⁵, como foi possível de constatar com os casos da Rússia, da Ucrânia, do Brasil, da Argentina e da Hungria¹⁵⁶.

A realidade das *privatizações materiais*¹⁵⁷ parece ser despoletada, de um modo mais acérrimo, quando existem programas de ajuda financeira do *FMI* a países em dificuldades económicas. De todo o modo, o que se verifica nestas circunstâncias é um acréscimo de *IE* em determinados sectores económicos que se encontram, em regra, “fechados” em virtude da sua relevância para os ordenamentos jurídicos nacionais¹⁵⁸. Na verdade, não raras vezes, são estes os sectores económicos que mais capacidade e atractividade apresentam, pelo que é normal que sejam cobiçados por investidores em virtude dos recursos e das tecnologias de que dispõem.

De facto, partir do pressuposto de que toda a construção, ao nível do *IE*, representa uma certa “*teoria da conspiração*”, protagonizada por parte dos *países desenvolvidos*, torna-se algo falacioso. Isto porque se nos abstrairmos do regime implícito ao *IE* e pensarmos nos *mercados internacionais de capitais*, como subterfúgio dos *países em desenvolvimento* e *economias de transição* no financiamento do seu desenvolvimento económico, nem por isso, como enfatiza STIGLITZ, a sua posição parece melhorar em virtude da volatilidade e especulação deste género de mercados¹⁵⁹.

Toda esta realidade faz-nos crer que a hegemonia dos *países desenvolvidos* na construção de um regime internacional de *IE* seja uma realidade difícil de ser alterada, dados os riscos envolvidos na concretização de *IE*’s.

Não obstante STEPHAN SCHILL chame a atenção para a potencialidade da *cláusula da nação mais favorecida* atenuar, de certo modo, atitudes hegemónicas no seio do *IE*¹⁶⁰, queremos que seja o argumento de ANTHEA ROBERTS que desfere a existência de uma hegemonia dos *países desenvolvidos* que, por sua vez, deriva das assimetrias de *aplicação* dos *BIT*’s¹⁶¹.

¹⁵⁵ Cf. BENDE-NABENDE: 2002, 135; ALESSANDRINI: 2000, 14; MAH / TAMULAITIS: 2000, 122 e 123; SMEETS: 2000, 11 e SHIHATA: 1993, 2.

¹⁵⁶ Assim, LOWENFELD: 2008, 577; EASSON: 2004, 8 e MAH / TAMULAITIS: 2000, 122 e 123.

¹⁵⁷ Sobre o conceito, V., OTERO: 1998, 14.

¹⁵⁸ Contra, JENSEN: 2008, 132 e ss.

¹⁵⁹ Cf. STIGLITZ: 2008, 83 e 84.

¹⁶⁰ Cf. SCHILL: 2008a, 9.

¹⁶¹ Cf. ROBERTS: 2013, 35.

Mas se existe uma relação hegemónica¹⁶², cremos que a mesma não possa ser efectuada a qualquer custo, existindo a necessidade de se inculcar uma atitude *socialmente responsável*, de modo a que exista uma verdadeira *cooperação*. De facto, como salienta RUDOLF DOLZER, a *internacionalização* não é susceptível de ser promovida pela coexistência de quase duzentas ordens jurídicas internas, todas com as suas próprias preferências nacionais, processuais e materiais¹⁶³.

1.4 – O actual contexto português na rede global de captação do IE

1.4.1 – A ambiência competitiva na captação do IE

A competição estadual na obtenção de novos IEs potencia a existência de uma grande ferocidade nos mecanismos mobilizados para a sua “captura”. Esta realidade verifica-se nas diversas atitudes que os Estados vão desenvolvendo para alcançar este desiderato.

Assim, é possível constatar o desenvolvimento de iniciativas como a *criação de comités de monitorização do IE*, designadamente nos E.U.A., prática também adoptada pela Irlanda onde, após uma alteração do seu paradigma no tratamento do IE, e que lhe proporcionou o título de “*tigre celta*” (CHANG: 2004, 698), viria a instituir a *Industrial Development Authority* – autoridade cujo objectivo foi o da concessão de incentivos neste domínio¹⁶⁴. Por outro lado, não raras vezes se verifica o despoletar da criação de *zonas económicas especiais* para investidores estrangeiros, designadamente em países como Cuba, Coreia do Norte, Vietname e China, verificando-se a existência de uma diferenciação de políticas ao nível do IE em função da área geográfica¹⁶⁵.

Mas sendo estas algumas das atitudes que vão sendo sedimentadas, também constatamos que são duas as principais formas que visam *incentivar* o IE. Designadas por alguns autores como a parte inerente ao “*close the deal*” (MORAN: 2006, 38)

¹⁶² Neste sentido, HALABI: 2011, 309 e SALACUSE: 2010, 434.

¹⁶³ Cf. DOLZER: 2009, 827.

¹⁶⁴ Para uma análise a esta consideração no ordenamento jurídico irlandês, V., BARROS: 2008, 107; LEITE / MACHADO: 2005, 49 e CHANG: 2004, 698.

¹⁶⁵ Cf. LONG: 2005, 318; EASSON: 2004, 8 e GRAHAM / KRUGMAN: 1991, 122.

encontram, como paralelo mais recente, a captação de investimentos para a reconstrução da ex-Alemanha oriental¹⁶⁶.

Embora se reconheça a inexistência de uma *definição uniforme* do que constituam “incentivos ao investimento”¹⁶⁷, verifica-se que, nesta matéria, a “pedra de toque” evidencia, deste modo, duas questões fundamentais.

A primeira resulta da necessidade da aplicação do *princípio da não discriminação na atribuição de incentivos entre investidores estrangeiros e investidores nacionais*¹⁶⁸. Por outro lado, e em segundo lugar, alude-se à necessidade da *eficácia dos incentivos concedidos*, principalmente quando questionada a justificação da sua proliferação¹⁶⁹ por via de recursos públicos, mormente através de *incentivos fiscais*¹⁷⁰ (tidos como fulcrais no momento da decisão de investir)¹⁷¹, e de *incentivos financeiros*¹⁷².

¹⁶⁶ Cf. MORAN: 2006, 38.

¹⁶⁷ Neste sentido, UNCTAD: 2004, 5.

¹⁶⁸ Cf. UNCTAD: 2004, 16 e 17.

¹⁶⁹ Cf. MORAN: 2006, 40.

¹⁷⁰ Embora os *incentivos fiscais* possam ser de variada ordem, constatamos que os seus principais tipos reconduzem-se: a isenções fiscais; a taxas reduzidas de imposto para determinadas actividades ou tipos de empresas; a créditos de investimento; à depreciação acelerada de bens de capital; a deduções ou créditos para lucros reinvestidos; a taxas reduzidas de imposto retido na fonte sobre remessas para o país de origem; a reduções para a segurança social; à criação de zonas económicas especiais e a reduções na carga tributária na importação de certos produtos. Para uma análise mais pormenorizada sobre os vários tipos de *incentivos fiscais*, UNCTAD: 2004, 6 e 7; EASSON: 2004, 22 e 23; MAH / TAMULAITIS: 2000, 123; FERNANDES / SANTOS: 1993, 300 e GOMES: 1991, 101 e ss. Cumpre salientar, também, a similitude dos *incentivos fiscais* concedidos pelo legislador nacional quando comparados com as práticas internacionais. Na verdade, tal facto é susceptível de ser constatado quer nas várias *al's. do n.º 2 do art.º 41 do Estatuto dos Benefícios Fiscais, DL n.º 215/89, de 1 de Julho*, sendo novamente repetido nas várias *al's. do n.º 1 do art.º 16 do Código Fiscal do Investimento, anexo ao DL n.º 249/2009, de 23 de Setembro*, e que se traduzem: crédito de imposto; isenção ou redução de imposto municipal sobre imóveis, relativamente aos prédios utilizados pela entidade na actividade desenvolvida no quadro do projecto de investimento; isenção ou redução de imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis, relativamente aos imóveis adquiridos pela entidade, destinados ao exercício da sua actividade desenvolvida no âmbito do projecto de investimento; isenção ou redução de imposto do selo, que for devido em todos os actos ou contratos necessários à realização do projecto de investimento.

¹⁷¹ Cf. HALABI: 2011, 292; MACHADO / COSTA: 2009, 27; JENSEN: 2008, 1; CUNHA: 2006, 184; MAH / TAMULAITIS: 2000, 123; COMISSÃO DE ESTUDO DA TRIBUTAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES E PRODUTOS FINANCEIROS: 1999, 209; HAHN / GRAMLICH: 1989, 80 e ss e OCDE: 1967, 123.

¹⁷² Os *incentivos financeiros* são susceptíveis de reconduzirem-se: à concessão de subvenções; a empréstimos a taxas de juros reduzidas ou a injeções de capital. Cf. MAH / TAMULAITIS: 2000, 123. Já no ordenamento jurídico português, Eduardo Paz Ferreira, sob o mote de *subvenções financeiras*, vem a estabelecer uma divisão tripartida dos *incentivos financeiros* reconduzindo-os: a entregas directas de verbas aos beneficiários; à renúncia de créditos e à utilização de mecanismos de crédito. FERREIRA: 1989, 29 e ss.

Segundo EASSON, existe a tendência para que os países que optam pela *captação* do *IE*, prática comum à generalidade dos países, mas que se manifesta de um modo mais premente para os *países em desenvolvimento*, preferiam, na esmagadora maioria das vezes, a utilização de *incentivos fiscais*¹⁷³. Isto porque, em termos *imediatos*, os *incentivos fiscais* não representam, em regra, um custo instantâneo, constituindo, no entanto, uma *despesa fiscal*¹⁷⁴.

Já ao nível dos *países desenvolvidos*, a utilização de *incentivos fiscais* tende a assumir uma relevância acrescida na construção de um quadro normativo interno, não só favorável a quem pretende investir dentro das suas fronteiras, como proporcionar aos *IE's* internacionalizados pelos seus próprios investidores nacionais, regimes jurídicos de tributação que lhes permitam uma maior competitividade internacional¹⁷⁵.

Assiste-se, assim, nos *países desenvolvidos*, a uma preferência na utilização de *incentivos fiscais*¹⁷⁶, não no que diz respeito à sua *captação*, mas sim ao nível da *manutenção* do *IE*, já que a *captação* do *IE*, nestes países, tende a ser efectuada por via de *incentivos financeiros*¹⁷⁷.

1.4.2 – A recente inclusão do *IDE* no quadro de *competências exclusivas* em matéria de *política comercial comum* no *TFUE*

Não obstante constatararmos que a generalidade das constituições dispõem de um artigo relacionado com o *IE* (v.g., art. 87.º da Constituição portuguesa e o art. 104b.º da Constituição alemã), certo é que existem, cada vez mais, novos desafios que derivam da necessidade de uma articulação e integração constitucional com ordens jurídicas *supranacionais* e *transnacionais*¹⁷⁸. Em virtude deste facto, cremos, não raras vezes, que determinadas *normas* e *princípios constitucionais* apresentem, no domínio

¹⁷³ Cf. EASSON: 2004, 20 e UNCTAD: 2004, 5.

¹⁷⁴ Sobre a noção de *despesa fiscal*, SALDANHA SANCHES: 2007, 447 e FERREIRA: 1989, 30.

¹⁷⁵ No mesmo sentido, NABAIS: 2012, 163.

¹⁷⁶ Para uma crítica à utilização de *benefícios fiscais* como mecanismo de captação de *IE*, V., TAVARES DA SILVA: 2013, 131e ss. No mesmo sentido, embora em termos genéricos, SALDANHA SANCHES: 2010, 48 e ss.

¹⁷⁷ Cf. SORNARAJAH: 2010, 103; EASSON: 2004, 20 e 21 e UNCTAD: 2004, 5.

¹⁷⁸ Neste sentido, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 7.

económico, um “alcance necessariamente precluído”¹⁷⁹ (CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 1024).

Este facto acarreta consigo graves dificuldades na compreensão do que “*deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais*” (CANOTILHO: 2001a, 11).

Na verdade, subjacente a este problema está o facto da vertente jurídico-económica dos Estados manifestar uma crescente limitação interna ao nível das suas *intervenção unilateralis*, dada a *obrigação* de serem respeitadas determinadas *liberdades económicas*. Como consequência, existe a necessidade de certos *princípios e normas* essenciais, ordenadores da economia de cada Estado, vulgarmente idolatradas na doutrina sob a designação de *constituição económica*¹⁸⁰ (destaque-se a este respeito a importância da constituição de WEIMAR de 1919 neste domínio, não obstante já se reconhecesse a existência deste tipo de normas na Lei Fundamental soviética de 1918 e na Constituição mexicana de 1917)¹⁸¹, necessitarem de ser interpretadas em função das realidades que as envolvem¹⁸².

É em virtude deste facto que julgamos que VITAL MOREIRA efectue um reparo importante à noção de *constituição económica*. Isto porque “a qualidade jurídico-formal das normas que integram a constituição económica não é, pois, um elemento da construção do seu conceito. A sua qualidade constitucional não é elemento constituinte necessário do conceito de constituição económica” (1970, 74).

Tendo em conta esta realidade, bem como a inserção do ordenamento jurídico português no espaço da *UE* e, com ela, da recepção das *liberdades fundamentais* que regem o *mercado interno*, constatamos que parte da doutrina portuguesa alude à necessidade de *revisão* ou *supressão* do art.º 87 da C.R.P. Na verdade, o artigo em questão estabelece uma *imposição constitucional de legislação*¹⁸³ relativa à actividade económica e investimentos estrangeiros, atendendo, a necessidade dessa imposição,

¹⁷⁹ Salientando a necessidade de uma interpretação do art. 87.º da C.R.P. com o Direito da União Europeia, FONSECA: 2008, 424 e MIRANDA / MEDEIROS: 2006, 118.

¹⁸⁰ Assim, SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 33 e 34; ORTIZ: 1999, 127; FERREIRA: 1996, 402 e ss; SOUSA FRANCO / MARTINS: 1993, 16; SOUSA FRANCO: 1988, 91; CORDEIRO: 1986, 144 e MOREIRA: 1970, 41.

¹⁸¹ Cf. SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 35.

¹⁸² No mesmo sentido, STÖBER: 2008, 49.

¹⁸³ Cf. CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 1022.

acautelar um *contributo para o desenvolvimento do país; da defesa da independência nacional e da defesa dos interesses dos trabalhadores.*

Os argumentos invocados para alcançar essa *revisão* ou *supressão* derivam do facto do artigo em questão apresentar um pendor pouco liberal e, de certo modo, condicionante e, como tal, contrário à *ratio* hodierna do *IE*, sendo que a sua aplicação prática tende a manifestar-se apenas no domínio dos *IE's não europeus*¹⁸⁴.

Todavia, a pergunta que se impõe é a de saber se, de facto, será necessário proceder à *supressão* do artigo em questão. Quanto a este aspecto, cremos que não seja necessário chegar a tanto.

Como ponto de partida, é necessário não esquecer que, de facto, a *norma* apresenta um *alcance necessariamente precludido*. Na verdade, a recente extensão do âmbito de competências da *UE* absorveu o que restava do alcance da norma, ou seja, o *IE não europeu*. Com a entrada em vigor do *Tratado de Lisboa*, o *IDE* passou a integrar o conjunto de matérias que passaram a fazer parte da *política comercial comum*, de acordo com o §1 do art. 207.º *TFUE*, sendo uma das inovações apontadas ao *tratado* em questão¹⁸⁵.

Como consequência, é a *UE* que passa a deter *competência exclusiva* para regular a principal modalidade de *IE*, de acordo com a *al. e* do § 1 do art.º 3. do *TFUE*, sendo esta, por via do *Parlamento Europeu* e do *Conselho*, que passa a legislar sobre esta matéria, quer por *via legislativa*, quer por *via de acordos internacionais*¹⁸⁶. Todavia, aos Estados-membros é dada a possibilidade de serem *habilitados* ou *autorizados* a intervir nestes domínios, sendo que, neste caso, e segundo JÓNATAS MACHADO, “eles intervirão na sua qualidade de gestores do interesse comum, devendo fazê-lo em articulação com os órgãos da *UE*” (2010, 104).

A *teleologia* imanente a toda esta nova compreensão do *IE* no ordenamento jurídico europeu manifesta a necessidade de um quadro jurídico que responda a

¹⁸⁴ Cf. MONCADA: 2007, 97.

¹⁸⁵ Neste sentido, MOREIRA: 2012a, 814; *Idem*: 2012b, 584; VICENTE: 2011, 766; MESQUITA: 2011, 453 e ss e LAVRANOS: 2010, 21.

¹⁸⁶ Cf. MOREIRA: 2012a, 812. Sobre as especificidades do procedimento comum de negociação e celebração de acordos internacionais em matéria de *política comercial comum*, MESQUITA: 2011, 327 e 328.

questões que já foram objecto de acórdãos no seio do *TJUE*¹⁸⁷. A questão de fundo centra-se na necessidade da adopção de soluções que contribuam para uma efectiva *livre circulação de capitais*, na medida em que o *TFUE*, manifestando a mesma linha de continuidade de acção do TCEu, contém disposições sobre a possibilidade da *restrição*, em determinadas hipóteses concretas, dos montantes de capitais e pagamentos entre Estados-membros e países terceiros¹⁸⁸.

Em face desta realidade, verifica-se a existência de um amplo conjunto de *BIT's* celebrados quer entre Estados-membros quer entre estes e países terceiros num momento anterior à adesão da *UE*. Em virtude deste facto, cumpre salientar que, não raras vezes, a própria estrutura dos *BIT's* é composta por disposições que visam garantir aos investidores a livre transferência de pagamentos relacionados com investimentos, sem atrasos injustificados¹⁸⁹. Esta aparente cláusula inofensiva levanta, desde logo, problemas que derivam da necessidade de cada Estado-membro eliminar incompatibilidades, designadamente entre os *BIT's* e os Tratados Europeus, conforme o § 2 do art. 351.º do *TFUE*.

Manifesta-se, assim, premente a necessidade de dar uma resposta às questões que derivam dos *BIT's* celebrados entre Estados-membros, mas que se reportam a um momento anterior à adesão à *UE*, realidade fortemente verificada com os Estados-membros da Europa central e oriental após a queda do regime soviético. Todavia, a resposta avançada pela *UE* foi no sentido de combater, de forma mais imediata, as distorções que ocorrem entre os *BIT's* celebrados entre um Estado-membro e um país terceiro, como o comprova o recente Regulamento da *UE* sobre esta matéria¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Cf. Processo C-249/06, Comissão contra Reino da Suécia, 3 de Março de 2009; Processo C-118/07, Comissão contra República da Finlândia, 19 de Novembro de 2009 e Processo C-205/06, Comissão contra República da Áustria, 3 de Março de 2009. Disponíveis em www.eur-lex.europa.eu.

¹⁸⁸ Referimo-nos ao § 2 do art. 64.º e ao § único do art. 66.º, ambos do *TFUE*.

¹⁸⁹ A realidade descrita é possível de ser confirmada com o n.º 2 do art. 6.º do *Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China Sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*: “As transferências referidas neste artigo [repatriação dos investimentos e rendimentos] são efectuadas sem demora, em moeda livremente convertível à taxa de câmbio usualmente praticada, na data de transferência, no mercado da Parte receptora do investimento”.

¹⁹⁰ Referimo-nos ao REGULAMENTO (UE) N.º 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.

No entanto, não é despidianda a existência de litígios *entre Estados-membros* ao abrigo de disposições de *BIT's* (v.g., Alemanha v. República Checa)¹⁹¹. Esta realidade desencadeia, deste modo, a possibilidade de ilustrar determinadas discrepâncias entre as disposições de um *BIT*, quando comparadas com disposições que derivam dos Tratados Europeus.

A par desta discrepância, existe a possibilidade de determinadas garantias concedidas aos investidores pelos Estados-membros configurarem um obstáculo à existência efectiva de um *mercado comum*, principalmente ao nível da *circulação de capitais*, bem como da existência de uma *arbitragem internacional* que surge como uma instância privilegiada na resolução de eventuais litígios¹⁹².

Se todas estas questões já são por si só merecedoras de atenção, consideramos que a última representa um verdadeiro desafio no seio da *UE*. Sendo uma característica comum, quer nos *BIT's* celebrados entre Estados-membros, quer nos *BIT's* celebrados entre Estados-membros e países terceiros, o recurso à *arbitragem internacional*, enquanto mecanismo normal de *resolução de litígios*, evidencia a arbitragem *ICSID* como, de entre as arbitragens internacionais possíveis, aquela que é a mais usual¹⁹³. Cumpre salientar, deste modo, que o ordenamento jurídico português não representa uma excepção a esta realidade (v.g., art. 9.º do *BIT* entre Portugal e o México)¹⁹⁴.

No entanto, duas questões se impõem. A primeira diz respeito ao facto da *UE*, não obstante passe a ter *competência exclusiva* para disciplinar as questões do *IDE* à luz do *Tratado de Lisboa*, apresente a particularidade de não ser parte da *Convenção de Washington* que estabelece a arbitragem *ICSID*¹⁹⁵.

Por outro lado, e em segundo lugar, salienta-se a possibilidade dos *tribunais arbitrais internacionais* passarem a interpretar, à luz da *atribuição da competência* para a *resolução de litígios*, por via de *cláusulas compromissórias* ou através de outros expedientes como os *BIT's* ou o *TCE*, o direito da *UE*, facto que seria prejudicial à sua *efectividade e coerência*¹⁹⁶.

¹⁹¹ Cf. OLIVET: 2013, 5 e ss e HARTEN: 2005, 600.

¹⁹² Cf. LAVRANOS: 2010, 21.

¹⁹³ Cf. ZIVKOVIC: 2012a, 4; *Idem*: 2012b, 151; LAVRANOS: 2010, 5; TIENHAARA: 2009, 16 e WONG: 2006, 137.

¹⁹⁴ No mesmo sentido, VICENTE: 2011, 766.

¹⁹⁵ Salientando este facto, VICENTE: 2011, 766 e LAVRANOS: 2010, 18.

¹⁹⁶ Neste sentido, LAVRANOS: 2010, 13.

Confrontado o domínio económico por uma crescente *internacionalização*, *globalização* e *europização*, que impõe uma *constituição aberta à realidade que a rodeia* (pluralismo jurídico contemporâneo)¹⁹⁷, imprescindível fica a necessidade da superação de uma visão tradicional que veja na Constituição uma *concepção monista e exclusiva* da ordenação jurídica e política da vida do Estado¹⁹⁸. É em virtude deste entendimento que GOMES CANOTILHO reforça a ideia, segundo a qual as “constituições desceram do “castelo” para a “rede” (2006, 269), existindo um crescente apelo a uma *interconstitucionalidade*¹⁹⁹ das suas *normas e princípios*²⁰⁰.

Representando, a *UE*, uma ordem essencialmente de natureza económica, (não obstante as nuances que se verificam para além deste domínio, designadamente a instituição da cidadania da União no Tratado de Maastricht), cujas *liberdades fundamentais* representam *liberdades económicas*, configuradas como “princípios fundamentais da «constituição económica comunitária»” (CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 951), não se pode descurar a necessidade das *normas e princípios constitucionais* referentes aos *Princípios Gerais*, Título I, *Organização Económica*, Parte II, da C.R.P., também designadas de “ordem económica de grau constitucional” (MOREIRA: 1970, 77), e como tal a norma que se refere ao *IE*, carecerem de uma *interpretação conforme* com as *liberdades fundamentais* que regem o *mercado interno*²⁰¹.

Deste modo, levando ao extremo o argumento de que as mesmas apresentam um pendor pouco liberal, e de certo modo condicionante, levar-nos-ia a dizer, segundo esse modo de ver, que qualquer *norma* ou *princípio constitucional* que apresentasse tais características deveria ser *alterada* ou *suprimida*, com excepção aos “princípios fundamentais do Estado de direito democrático” que funcionarão como uma “reserva-limite” (VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 23). Todavia, acreditamos, com todo o respeito, que não seja este o caminho a seguir.

De facto, “ninguém hoje pode dizer que conhece a constituição económica de um Estado-membro da União Europeia se se limitar à leitura e interpretação do texto

¹⁹⁷ Salientando esta característica em termos constitucionais, ROSENFELD: 2008, 2 e ss.

¹⁹⁸ Cf. OTERO: 2007, 570 e CANOTILHO: 2003, 1152.

¹⁹⁹ Entende-se por interconstitucionalidade as “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. Cf. CANOTILHO: 2006, 267 e *Idem*: 2003, 1425. Fazendo também alusão a esta realidade PIRES: 1997, 18.

²⁰⁰ No mesmo sentido, MADURO: 2006, 9

²⁰¹ Neste sentido, SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 47.

das respectivas constituições formais” (OTERO: 2007, 580). É em virtude desta “dissolução da constituição económica portuguesa na constituição económica europeia” (FERREIRA: 1996, 408), desta “veleidade do controlo da economia pelo Estado” (PIRES: 1997, 9), que cremos que o artigo em questão sempre poderá ser salvo através de uma *concordância prática* dos objectivos que visa alcançar entre o *ordenamento jurídico português* e o *ordenamento jurídico da UE*, quando não mesmo exista uma verdadeira imposição neste sentido, em virtude do que a doutrina vem salientando *nesta matéria*.

De facto, existe um entendimento que alude à necessidade de se proceder a uma *interpretação conforme*, ou seja, da necessidade do direito nacional, e até mesmo a Constituição, (veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o Tratado de Lisboa²⁰²), serem interpretados em conformidade com o direito da *UE*, principalmente o *direito originário* em matéria económica e social²⁰³, dada a necessidade de serem alcançadas “soluções unificadas” (HÄBERLE:1993, 34).

No seguimento deste raciocínio, consideramos, assim, que parte dos objectivos a que se refere a *norma* do art. 87.º da C.R.P., passam, hodiernamente, por ser objectivos europeus que Portugal, enquanto Estado-membro, *delega* na *UE*²⁰⁴. É deste modo que a parte mais controversa da norma, a nosso ver, a que alude à *defesa da independência nacional*, para além de configurar um dos *limites materiais à revisão da Constituição*, (*al. a*) do art. 288.º da C.R.P.), apela a que a *autodeterminação nacional* que lhe está implícita passe, nos dias de hoje, pela construção de uma estratégia de desenvolvimento económico e social que deriva, a nosso ver, da *delegação supra* referida e não apenas com base na autarcia²⁰⁵.

Mas se o artigo em questão invoca uma re-leitura dos seus principais objectivos, ao mesmo sempre se poderá dizer que imporá uma *accountability* dos poderes públicos neste domínio, ou seja, de uma responsabilização dos poderes públicos no desempenho (execução), das suas funções no domínio do *IE*²⁰⁶, principalmente se atendermos aos argumentos da Comissão Europeia.

²⁰² Em detalhe, DUARTE: 2010, 117 e ss.

²⁰³ Neste sentido, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 954; MOREIRA: 2006, 43; DUARTE: 2000, 94 e OTERO: 1998, 579.

²⁰⁴ Cf. DUARTE: 2010, 41 e 42 e *Idem*: 2000, 93.

²⁰⁵ Neste sentido, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 277 e *Idem*: 1991, 76.

²⁰⁶ Para uma análise geral da *accountability*, DOWDLE: 2006, 3.

[Embora a protecção do investimento e a liberalização passem a ser instrumentos-chave de uma política comum em matéria de investimento internacional, os Estados-Membros conservarão uma margem de actuação significativa para estabelecerem e aplicarem políticas de promoção do investimento consonantes com a política de investimento internacional comum e que a complementem.] (COM (2010) 343 final).

1.4.3 – A concreta realidade portuguesa na captação do *IE*

No que diz respeito a Portugal, é comum o entendimento segundo o qual a realidade nacional não se afigura favorável à captação de *IE*. Para além do constante escrutínio internacional sobre a fraca atractividade *de investimento* do nosso país à luz da análise das notações das *agências de notação de risco*²⁰⁷, constatamos, atendendo à gíria económica, ser o nosso país um *importador líquido de capitais*²⁰⁸, principalmente oriundos da *UE* (Espanha, França, Reino Unido, Luxemburgo e Países Baixos)²⁰⁹.

Esta ambiência desfavorável de Portugal, na captação de *IE*, deriva do nosso país ser conotado a “uma estrutura empresarial frágil e pouco propensa à inovação, uma Administração Pública pouco eficiente e uma elevada assimetria na distribuição do rendimento e da riqueza” (ROMÃO: 2006, 45), ao qual acresce a tendência crónica para a inexistência de uma abordagem estratégica e coerente no domínio do *IE*²¹⁰.

Mas apesar destas considerações, bem como da invocação da indisponibilidade de recursos naturais e da tomada de certas decisões económicas que determinaram uma tardia alavancagem do crescimento económico português²¹¹, é possível reconhecer os diversos esforços que o legislador nacional vai adoptando, no sentido de inverter esta tendência, para alcançar um “*good investment climate*” (MORAN: 2006, 36).

Para alcançar esse desiderato no domínio específico do *IE*, a doutrina salienta a necessidade de se verificarem três factores essenciais: (i) a necessidade dos investimentos realizados ou a realizar responderem à concorrência dos mercados internacionais; (ii) a expansão e modernização das competências profissionais e técnicas

²⁰⁷ Cf. GRAÇA: 2012, 17 e ss e SCHWARCZ: 2002, 1 e ss. Salientando este facto em termos estaduais, CASSESE: 2010, 46.

²⁰⁸ Cf. ROMÃO: 2006, 44; LEITE / MACHADO: 2005, 42; SIMÕES: 1985, 374 e MATOS: 1973, 304.

²⁰⁹ Cf. AICEP: 2013, 8.

²¹⁰ Cf. BORGES: 2005, 397 e LOPES: 2000, 54.

²¹¹ Neste sentido, MATA / VALÉRIO: 1994, 240.

dos recursos humanos e das infra-estruturas de um país e (iii) apoio nos casos de desemprego²¹².

Partindo desta breve descrição, cumpre salientar que o ordenamento jurídico português reconhece, desde logo, que a “criação de um contexto favorável ao investimento constitui-se como uma prioridade fundamental (...) uma vez que dele depende o desígnio do crescimento económico sustentável da dinamização e desenvolvimento do investimento”²¹³.

É assim que a criação do aludido contexto favorável ao investimento passa, deste modo, pela equiparação entre nacionais e estrangeiros no acesso às actividades económicas cuja *iniciativa económica privada* é vedada²¹⁴. Por outro lado, cumpre salientar a revogação, como consequência da condenação de Portugal no *TJUE*²¹⁵, das disposições que fixavam limites à participação de entidades estrangeiras no capital das *sociedades privatizadas* nas décadas de 80 e 90²¹⁶.

Toda esta ambiência faz denotar a progressiva abertura, de certo modo liberalizante e não estigmatizante, das questões da esfera do *IE*. Esta constatação é visível, no ordenamento jurídico português, designadamente, no que diz respeito à *autorização* propriamente dita do mesmo, principalmente quando a doutrina se refere à figura das *autorizações* como um *acto administrativo (constitutivo/permisivo)* que visa remover um limite imposto por lei²¹⁷. Na verdade, nas diversas questões relacionadas com o *IE* sempre existiu a necessidade de estabelecer um difícil equilíbrio entre a salvaguarda dos interesses do país e um estímulo ao investidor estrangeiro. É deste modo que surge, tradicional, a sujeição do *IE* à figura das *autorizações*.

No prelúdio deste entendimento, cumpre destacar os dois primeiros DL que visaram disciplinar o *IE* em Portugal (*DL n.º 239/76, de 6 de Abril, e o DL n.º 348/77, de 24 de Agosto*), ao estabelecerem a necessidade de *autorizações prévias e registos a priori* do *IE*²¹⁸. No entanto, este entendimento foi sucessivamente progredindo em

²¹² Cf. MORAN: 2006, 54 e 55.

²¹³ Cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 47/2012, de 18 de Maio de 2012.

²¹⁴ Cf. MONCADA: 2007, 92.

²¹⁵ Cf. Processo C-367/98, de 4 de Junho de 2002. Disponível em www.eur-lex.europa.eu.

²¹⁶ Referimo-nos à L. n.º 102/2003, de 15 de Novembro.

²¹⁷ Cf. OLIVEIRA: 1984, 398 e CAETANO: 1980, 459.

²¹⁸ Cf. BARROS: 2008, 93; CUNHA: 2006, 35 e 39; BRANCO: 1991, 3 e 4 e SIMÕES: 1985, 337.

termos regressivos. Assim, foi possível verificar uma alteração de paradigma com a aprovação do *DL n.º 197-D/86, de 18 de Julho*, inerente à disciplina do *IE*, que, por sua vez, procedeu à necessidade de adaptação das regras do *IE* no ordenamento jurídico português com as disposições da então CEE. Com este novo diploma “conhece-se a natureza e a realidade da operação, não se autorizam investimentos”. Considerou-se, por isso, eliminado “o poder discricionário do Estado português na aprovação dos projectos de investimento estrangeiros” (TORRES: 1991, 16).

Não obstante este entendimento, que passa a configurar uma mera formalidade de verificação prévia da legalidade²¹⁹, cumpre destacar que o mesmo apenas passa a dizer respeito ao *IE* de entidades residentes da então CEE, constituindo, deste modo, um *regime de mera declaração prévia e de registo a posteriori*²²⁰.

Com o *DL n.º 321/95, de 28 de Novembro*, e já numa fase mais “globalizada” desta temática, em virtude do *Código sobre a Liberalização dos Movimentos de Capitais* no seio dos países membros da OCDE, verifica-se mais uma alteração no *processo de registo* do *IE*. Este passa a ser configurado como um *processo simplificado* cujo objectivo visa apenas obter informações administrativas e estatísticas, quer da realização das operações de *IE* quer da sua liquidação, instituindo-se um *regime de registo a posteriori e sem controlos prévios*²²¹.

Por fim, e culminado nesta progressiva evolução da abordagem do *IE* no ordenamento jurídico português, temos o *DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro*, que enuncia, no seu preâmbulo, a revogação do regime de *registo a posteriori* das operações de *IE* em Portugal, culminado, assim, com a abolição de um tratamento diferenciado entre *IE* e investimento nacional.

Todas estas transformações que têm ocorrido no nosso ordenamento jurídico derivam das múltiplas necessidades que a “*sociedade técnica*” (ROGÉRIO SOARES) incute ao legislador. Desde logo, dotar a *Administração Pública* de características como *eficácia* e *eficiência* (entendendo-se esta última ser susceptível de se retirar implicitamente, no ordenamento jurídico português, na *al. c)* do art. 81.º da C.R.P.)²²², por antítese ao modelo burocrático de Administração de MAX WEBER e num claro

²¹⁹ Cf. BRANCO: 1991, 4.

²²⁰ Cf. MONCADA: 2007, 102 e TORRES: 1991, 16 e 17.

²²¹ Cf. MOREIRA: 1997, 186 e 187.

²²² Neste sentido, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 968 e 969.

movimento que transcende cada vez mais os ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos²²³, surge com o propósito de oferecer respostas adequadas às necessidades de uma sociedade assaz dinâmica que espera da “máquina administrativa”, cada vez mais, uma “administração de resultados”²²⁴.

De facto, a *New Public Management*, ou seja, a influência e inclusão de *técnicas de gestão privada na Administração*, orientadas para o *resultado* e iniciadas nos ordenamentos jurídicos anglo-saxónicos nos finais da década de 70, surge como “a via para a modernização do estado e da respectiva reforma da administração” (CANOTILHO: 2006, 143), demonstrando uma estreita articulação com o entendimento segundo o qual a tolerância à *ineficiência administrativa*, por parte dos investidores estrangeiros, ser cada vez menor²²⁵.

Por outro lado, cumpre salientar que o legislador nacional tem atribuído uma especial acuidade na captação do *IE* pela via fiscal²²⁶, como comprova a recente adopção do *Código Fiscal do Investimento*, bem como da constituição de um *Conselho Interministerial de Coordenação dos Incentivos Fiscais ao Investimento*²²⁷. Aplauda-se, assim, a necessidade estratégica que o legislador português depreendeu face à conjuntura internacional nestas matérias, não obstante seja necessária uma *cultura de estabilidade das leis fiscais no tempo*²²⁸ que se sente de forma mais premente nesta área.

Sendo que, na actualidade, a captação do *IE* concentra-se em activos com elevado valor acrescentado, potenciando um nível de desenvolvimento tecnológico mais dinâmico, designadamente, no sector terciário (economia de serviços), telecomunicações, turismo, energia, transportes e serviços públicos²²⁹, incute a necessidade do legislador nacional desenvolver uma *atitude pró-activa* para que a sua captação se desenvolva neste sentido.

²²³ Neste sentido, ROCHA: 2001, 181.

²²⁴ Cf. GONÇALVES: 2006, 552.

²²⁵ No mesmo sentido, DRABEK / PAYNE: 2001, 10.

²²⁶ No mesmo sentido, NABAIS: 2005, 414.

²²⁷ Referimo-nos ao anexo do DL n.º 249/2009, de 23 de Setembro, que veio proceder à regulamentação dos benefícios fiscais contratuais, condicionados e temporários, susceptíveis de concessão ao abrigo do disposto no artigo 41.º do *Estatuto dos Benefícios Fiscais*, aprovado pelo DL n.º 215/89, de 1 de Julho, e que veio estabelecer o estatuto do investidor no caso de este ser um residente não habitual em território português.

²²⁸ Cf. MARTINS: 2002a, 21 e ss.

²²⁹ Cf. UNCTAD: 2012, 9; GÖRG / JABBOUR: 2009, 1; SMEETS: 2000, 20 e ss; SHIHATA: 1993, 8 e SIMÕES: 1985, 371.

Na verdade, a atitude que deve pautar a sua atenção deverá ter em conta as necessidades actuais do país, pelo que a captação do *IE* não deve, no nosso entender, reflectir o paradigma da década de 60 e 70, onde *países em desenvolvimento* beneficiaram de um movimento internacional de *IE* que se caracterizou pela existência de actividades de trabalho intensivas, diga-se pouco qualificadas, segundo uma *lógica de concorrência de custos*²³⁰. Isto porque esse paradigma, para além de ser desajustado às necessidades do país, assume a característica de ser extremamente difícil de ser alcançado em virtude da forte deslocação deste género de investimentos para países asiáticos e da América Latina²³¹. Por outro lado, e atendendo nós ao que a doutrina vem salientando neste domínio, mais do que a simples *quantidade*, é necessário ter em conta a *qualidade do IE*²³².

De facto, cremos que a realidade que descrevemos apresenta eco no *DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro*, que estabelece o *regime contratual do CI*, quando, no seu preâmbulo, enuncia esta realidade, demonstrando uma estreita harmonia com o n.º 1 do art. 41.º, inerente aos *benefícios fiscais ao investimento de natureza contratual*, Capítulo V – Benefícios fiscais ao investimento produtivo, Parte II – Benefícios Fiscais com carácter estrutural, do *Estatuto dos Benefícios Fiscais*.

Todavia, não é nestes diplomas que o legislador parece querer indicar quais são as áreas merecedoras de tal relevância para o desenvolvimento português. Na verdade, essa enunciação parece ser feita no *Código Fiscal do Investimento* no que diz respeito ao reconhecimento de *benefícios fiscais*, também designados na doutrina portuguesa por *isenções fiscais*²³³, a investimentos que sejam realizados em determinadas actividades económicas²³⁴ – o que não deixa de ser revelador de uma clara manifestação da

²³⁰ No mesmo sentido, CUNHA: 2006, 91 e SIMÕES: 1985, 335.

²³¹ No mesmo sentido, COSTA: 1998, 6 e ss.

²³² Cf. EASSON: 2004, 11 e SMEETS: 2000, 16.

²³³ V., SALDANHA SANCHES: 2007, 446.

²³⁴ As actividades económicas que podem ser objecto do reconhecimento de *benefícios fiscais* constam das várias al.ºs. do n.º 2 do art.º 2 do *Código Fiscal do Investimento*, anexo ao DL n.º 249/2009, de 23 de Setembro, sendo elas: *a)* indústria extractiva e indústria transformadora; *b)* turismo e as actividades declaradas de interesse para o turismo nos termos da legislação aplicável; *c)* actividades e serviços informáticos e conexos; *d)* actividades agrícolas, piscícolas, agro-pecuárias e florestais; *e)* actividades de investigação e desenvolvimento e de alta intensidade tecnológica; *f)* tecnologias da informação e produção de audiovisual e multimédia e *g)* ambiente, energia e telecomunicações.

utilização pelo legislador de um instrumento político-económico para a consecução de determinados resultados económicos e sociais nas áreas que considera essenciais²³⁵.

Mas tendo em conta que existe a possibilidade da dinamização do *IE* ser estabelecida por via de *incentivos fiscais* e/ou por via de *incentivos financeiros*, constatamos que o ordenamento jurídico português adopta, relativamente a esta temática, uma *atitude ecléctica*, prática que tende a corresponder à tradição portuguesa nesta matéria²³⁶. De facto, tendo em conta o *regime contratual do CI* (estabelecido no DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro), constatamos a possibilidade, cumulativa ou não, da utilização destes incentivos, que se traduzem na *concessão de incentivos financeiros*, na *atribuição de benefícios fiscais* e em *co-financiamentos*, poderem constar simultaneamente no mesmo contrato (cf. *al's a), b) e c)* do n.º 2, do art. 3.º), bem como da existência de *contrapartidas específicas* com vista a atenuar *custos de contexto* (cf. *al's a) a d)* do n.º 3, do art. 3.º).

Mas uma vez analisados os *sectores* e as *formas* que visam dinamizar o *IE* em Portugal, cumpre saber a real capacidade que o nosso país apresenta para alcançar esse desiderato.

Relativamente a este aspecto, mais uma vez constatamos que a influência da *UE* determina uma redução significativa das actuações casuísticas dos Estados-membros neste domínio, não sendo Portugal uma excepção. De facto, e como já demos conta, parte da captação do *IE* é efectuada por via de *incentivos financeiros* ou *intervenções directas do Estado* e/ou de *incentivos fiscais* ou *intervenções indirectas do Estado*. Esta realidade fez despoletar uma evidência lógica, na medida em que a concessão destes incentivos necessita de se ajustar às regras europeias em matéria de *auxílios de estado* (cf. n.º 6 do art. 3.º)²³⁷.

Na verdade, a construção de um *mercado interno* assenta na necessidade de uma *concorrência efectiva* e de um verdadeiro *comércio intracomunitário* sem distorções. Para alcançar esta realidade, foi necessário estabelecer um *princípio geral de incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, princípio esse plasmado anteriormente no § 1 do art. 87º do então TCEu, que detinha, como “pedra de

²³⁵ Sobre a adopção desta via para alcançar certos resultados nos domínios económicos e sociais, NABAIS: 2009, 425 e SALDANHA SANCHES: 2007, 450.

²³⁶ Cf. FERREIRA: 1989, 36.

²³⁷ Fazendo apelo a esta realidade ao nível dos *benéficos fiscais*, TAVARES DA SILVA: 2013, 128.

toque”, uma elevada *amplitude*, não obstante houvesse a possibilidade da existência de *auxílios compatíveis com o mercado interno*²³⁸, quer ainda da possibilidade da declaração da compatibilidade dos mesmos.

Por outro lado, a sua amplitude era patente não só quanto às *formas de auxílios*, considerando-se a *irrelevância da sua forma ou natureza*, ficando os *incentivos de natureza fiscal* também sujeitos à *disciplina da concorrência*²³⁹, quer quanto ao conceito de *Estado*²⁴⁰.

A sua *ratio essendi* assentava na necessidade de cada operador do mercado ter de assumir, por si próprio, os riscos inerentes ao desenvolvimento de uma actividade económica segundo uma lógica concorrencial, sob pena de pôr em causa, quando “auxiliado”, a construção do *mercado interno*²⁴¹.

Assim, sendo esta a realidade vivenciada anteriormente, o que podemos constatar é que, com a aprovação do *Tratado de Lisboa*, continua a verificar-se a mesma linha de continuidade de acção por parte da *Comissão Europeia* no tratamento dos *auxílios de Estado*. Deste modo, mantem-se o *princípio geral de incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, § 1 do art. 107.º do *TFUE*, da *compatibilidade (automática) de certos auxílios*, § 2 do art. 107.º do *TFUE*, e ainda da possibilidade de *declaração (facultativa) de compatibilidade* de determinado tipo de auxílios, § 3 do art. 107.º do *TFUE*²⁴².

Porém, a inclusão do *IDE* no conjunto de *competências exclusivas* da *UE* veio demonstrar, de forma mais acérrima, a dificuldade que os Estados-membros enfrentam hoje, não só na redução das assimetrias de desenvolvimento que se verificam entre os Estados-membros, principalmente entre os Estados-membros do norte e os do sul, como o facto da opção pela uniformização do tratamento do *IE* e *auxílios de Estado* potenciar o risco de configurar a existência de benefícios de certos grupos ou Estados, em

²³⁸ Cumpre destacar, neste domínio, o Regulamento n.º 994/98, do Conselho, de 7 de Maio de 1998, que veio estabelecer várias atitudes e acções compatíveis com o *mercado comum*, como as isenções por categoria; ajudas horizontais; ajudas com finalidades regionais e as ajudas de minimis. Cf. NOGUEIRA DE ALMEIDA: 2002, 358 e ss. Sobre as *ajudas de minimis*, SANTOS: 2003, 232.

²³⁹ Neste sentido, SANTOS: 2003, 328.

²⁴⁰ Cf. MACHADO: 2010, 430; CAMPOS / CAMPOS: 2010, 651; SANTOS: 2003, 179 e ss e MARTINS: 2002b, 118 e 119.

²⁴¹ Cf. MARTINS: 2002b, 40 e NOGUEIRA DE ALMEIDA: 2002, 349.

²⁴² Para uma análise deste artigo, NOGUEIRA DE ALMEIDA: 2012, 518.

detrimento de outros, em virtude das fortes disparidades que os Estados-membros oferecem no que diz respeito a um “*good investment climate*”.

1.5 – As manifestações do *IE*

Como deixámos antever, as questões que derivam do *IE* denotam uma manifesta idoneidade para a sua configuração em termos internacionais. Deste modo, não é irrelevante a ênfase atribuída à *qualificação* do fenómeno do *investimento*, por este meio, não obstante a mesma não seja isenta de dificuldades²⁴³. A preocupação que lhe subjaz deriva, por um lado, da necessidade de uma protecção efectiva dos investimentos realizados e, por outro lado, mas não menos relacionado, com a amplitude que se pretende aferir ou atribuir à noção de *investimento*²⁴⁴.

De facto, vulgarizou-se no *plano internacional* o estabelecimento prévio de determinadas *relações jurídicas* cujo *objecto*, bem como o *facto jurídico*, passam a ser *qualificados* como *investimentos*²⁴⁵. Esta prática surge, assim, como uma realidade inerente aos *International Investments Agreements*, quer na sua componente *multilateral* (v.g., *al. a) a f)* do § 6 do art. 1.º do *TCE* ou do art. 1139.º do *NAFTA*), quer, sobretudo, na componente *bilateral* através dos *BIT's*²⁴⁶.

Sendo os *BIT's* caracterizados pela exorbitância do seu número, faz destes, uma vez mais, realidades insusceptíveis de serem desconsideradas neste domínio. A confirmá-lo está, desde logo, o ordenamento jurídico português, atendendo, designadamente, às al's. *a) a f)* do n.º 1 do art. 1.º do *Acordo Entre a República Portuguesa e a República Popular da China Sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*, que procedem a uma *enumeração não exaustiva* da noção de *investimento*²⁴⁷.

²⁴³ Salientando esta realidade, MONCADA: 2007, 98; COSTA NEVES: 2001, 17 e GRAHAM / KRUGMAN: 1991, 7. Quanto à *noção de investimento* no âmbito económico, SAMUELSON / NORDHAUS: 2005, 458 e ss.

²⁴⁴ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 205, nota 247 e DAN: 2010, 181.

²⁴⁵ No mesmo sentido, REGHIZZI: 2009, 36.

²⁴⁶ No mesmo sentido, OCDE: 2006, 148 e 149.

²⁴⁷ Referimo-nos ao Decreto n.º 17/2008, de 26 de Junho.

Por outro lado, alude-se à necessidade, ainda que controversa²⁴⁸, de se proceder a uma articulação da *noção de investimento* com a primeira parte do n.º 1 do art. 25.º da *Convenção de Washington*, artigo que é reconhecido na doutrina como uma regra básica de acesso ao *ICSID*²⁴⁹. Tal articulação deriva da competência do *ICSID*, prescrita pelo artigo em questão, ser delimitada aos “diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante...”.

A ausência de uma *definição* ou *enumeração* de *investimento* por esta Convenção, conceito interpretado como propositadamente aberto e não taxativo²⁵⁰, faz com que o *ICSID* adquira uma relevância considerável na sua concretização em termos concretos. A confirmá-lo está o *teste Salini*, que resultou da resolução do caso *Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Marrocos*²⁵¹, e que tem vindo sucessivamente a influenciar outras decisões, enquanto *precedente*, neste domínio²⁵².

À luz deste teste, influenciado pelo comentário de CHRISTOPH SCHREUER à *Convenção de Washington*²⁵³, ao enunciar as *características típicas do investimento* no âmbito da Convenção – visto, por alguns, como uma forma de *restrição da noção de investimento* que é sustentada por uma incompreensão do processo que criou o art. 25.^o²⁵⁴ –, a *noção de investimento* deve traduzir: *uma contribuição para o desenvolvimento económico de um Host State; o estabelecimento de uma relação jurídica relativamente longa (entre dois a cinco anos); a assunção de riscos; a afectação de recursos e a susceptibilidade de gerar lucros ou rendimentos*²⁵⁵.

Mas dizer o que é susceptível de configurar um *investimento* não permite, ainda assim, elucidar as suas “fontes”. Deste modo, e partindo da análise das orientações mais

²⁴⁸ Chamando a atenção para este ponto, VICENTE: 2011,755.

²⁴⁹ Neste sentido, SÉRVULO CORREIA: 2012, 101; MORTENSON: 2010, 267 e REGHIZZI: 2009, 36.

²⁵⁰ Cf. BARROCAS: 2010, 735; SORNARAJAH: 2010, 308; LIMA PINHEIRO: 1999, 58; HIRSCH: 1992, 59 e KAHN: 1968, 27. Para uma análise à história da elaboração do art. 25.º da Convenção *ICSID*, V., MORTENSON: 2010, 259 e ss.

²⁵¹ Cf. *ICSID Case No. ARB/00/4*. Disponível em www.italaw.com.

²⁵² Cf. SORNARAJAH: 2010, 310 e MORTENSON: 2010, 272. Salientando a crescente importância do papel dos árbitros neste domínio, SÉRVULO CORREIA: 2010, 825.

²⁵³ Cf. SCHREUER: 2001.

²⁵⁴ Neste sentido, MORTENSON: 2010, 280.

²⁵⁵ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 205, nota 247; ZIVKOVIC: 2012b, 149; VICENTE: 2011, 754 e SÉRVULO CORREIA: 2010, 825 e 826.

recentes do *FMI*, são cinco as principais *categorias funcionais de investimento*, a saber: o *investimento directo*; o *investimento de carteira* (também designado de *portefólio*); *instrumentos financeiros derivados*; *activos de reserva* e *outras formas de investimento*.

Esta *categorização funcional* visa, como principal objectivo, a compreensão de *fluxos transfronteiriços*, visando uma análise por categorias distintas que apresentam diferentes motivações económicas e padrões de comportamento²⁵⁶.

Destas cinco formas de *IE*, apenas o *investimento directo* será objecto de uma análise mais incisiva, dada a sua relevância, sendo que o *investimento de carteira* apenas será analisado como ponto de contraste face ao primeiro.

Todavia, e atendendo à amplitude com que o ordenamento jurídico português delineou o actual regime legal aplicável ao *regime contratual do CI* no DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, ao não fazer uma referência expressa a uma determinada modalidade de *IE* em concreto (rompendo com a tradição legislativa vigente entre nós por via de uma referência expressa à noção do *IDE*), não poderemos deixar de enunciar, ainda que perfunctoriamente, as restantes modalidades, a saber: *instrumentos financeiros derivados*²⁵⁷; *activos de reserva*²⁵⁸ e *outras formas de investimento*²⁵⁹.

1.5.1 – Investimento Directo Estrangeiro

²⁵⁶ Cf. *FMI*: 2008, 99.

²⁵⁷ Esta categoria de investimento caracteriza-se pela sua recente autonomização por parte do *FMI*. Quando falamos de *instrumentos financeiros derivados*, que tendem a surgir sob a forma de *contratos diferenciais, futuros, opções, swaps* ou *índices*, falamos não de um *produto ou bem material*, mas sim de *serviços ou bens imateriais* que, historicamente, surgem na década de 70 associados à “crise do petróleo” e pelo fim dos acordos de Bretton Woods, visando, assim, proceder à cobertura de riscos e à volatilidade da actividade financeira, sendo usual a sua conotação à expressão de “engenharias financeiras”. Cf. *CÂMARA*: 2009, 197 e ss; *ASCENSÃO*: 2003, 49 e *QUELHAS*: 1996.

²⁵⁸ Os *activos de reserva* consistem em activos financeiros que estão prontamente disponíveis, sendo controlados pelas autoridades monetárias com o objectivo de proceder ao financiamento de desequilíbrios de pagamentos. Caracterizam-se por serem activos de “emergência” que visam intervir, designadamente, no mercado de câmbio; na salvaguarda de necessidades de financiamento relativas à balança de pagamentos; na estabilização da confiança de uma economia e da sua moeda, bem como na garantia da contracção de empréstimos externos. Cf. *FMI*: 2009, 111 e *Idem*: 1993, 97.

²⁵⁹ Segundo o *FMI*, esta realidade engloba uma categoria de investimento extremamente ampla, na medida em que manifesta posições e operações que não se inserem nas demais modalidades de investimento. A título de exemplo, são englobadas nesta categoria: créditos comerciais; empréstimos; fundos de crédito ou seguros de vida. Cf. *FMI*: 2009, 111 e *Idem*: 1993, 81.

O *IDE* caracteriza-se por ser a principal manifestação de *IE*²⁶⁰. Embora se reconheça a sua importância, nem por isso é pacífica a sua concreta caracterização²⁶¹. No entanto, este conceito manifesta uma especial atenção por parte de várias instituições internacionais, designadamente, por parte da *OCDE*²⁶², do *FMI*²⁶³ e da *OMC*²⁶⁴, mas também no *ordenamento jurídico português*²⁶⁵.

Atendendo às várias características do *IDE*, é possível a densificação de algumas notas. Assim, o *IDE* manifesta-se, de um modo particular, sob a forma de *investimento em activos reais*²⁶⁶, realidade que, por sua vez, é evidenciada, de forma mais premente, por via de *fusões e aquisições*²⁶⁷, bem como na constituição de alianças estratégicas estabelecidas através de *joint ventures* (característica dos investimentos europeus)²⁶⁸, substituindo, assim, os tradicionais *investimentos de raiz*²⁶⁹.

No entanto, para uma correcta compreensão deste fenómeno, urge salientar que a dinâmica negocial de hoje não é estática, pelo que a realidade que descrevemos tende a

²⁶⁰ Segundo dados da UNCTAD, os fluxos de *IDE* devem aumentar a um ritmo moderado, mas constante, concluindo que possa chegar aos 1,8 triliões de dólares em 2013 e 1,9 triliões de dólares em 2014. Cf. UNCTAD: 2012, 16.

²⁶¹ Cf. OCDE: 2008a, 46.

²⁶² Segundo a OCDE, o *IDE* “reflecte um interesse duradouro por parte de uma empresa residente numa economia (investidor directo) noutra empresa (empresa de investimento directo) residente numa economia distinta da do investidor directo. O interesse duradouro implica a existência de uma relação de longo prazo entre o investidor directo e a empresa de investimento directo e um grau significativo de influência na direcção da empresa”. Cf. OCDE: 2008b, 286.

²⁶³ Segundo o FMI, o *IDE* constitui “uma categoria de investimento transfronteiriço associado a um residente de uma economia que tem o controlo ou um grau significativo de influência na gestão de uma empresa que é residente noutra economia (...). Investimento directo tende a envolver um relacionamento duradouro, embora possa haver uma relação de curto prazo em alguns casos”. Cf. FMI: 2009, 100 e 101.

²⁶⁴ Para a OMC, o *IDE* “ocorre quando um investidor de um país (país de origem) adquire um bem noutra país (país anfitrião) com a intenção de gerir esse activo. A dimensão da gestão é o que distingue o *IDE* do investimento de carteira em acções no exterior, obrigações e outros instrumentos financeiros. Cf. WTO:1996.

²⁶⁵ No ordenamento jurídico português, o *IDE* visa delimitar as entidades receptoras de investimento estrangeiro directo do exterior em Portugal, considerando-se como tais todas as empresas residentes participadas por capital estrangeiro. No caso das sociedades por acções, é indicador da existência de relação de investimento directo, a participação detida a título individual por uma pessoa singular ou colectiva não residente de, pelo menos, 10% do respetivo capital social. Esta indicação não exclui a possibilidade de existência de relações de investimento directo em casos onde a participação no capital da empresa de investimento directo seja inferior a 10%. Englobam-se, também, neste conceito, os actos e contratos realizados por pessoas singulares e colectivas não residentes que tenham por objecto ou efeito a criação, manutenção ou reforço de laços económicos estáveis e duradouros, relativamente a uma empresa constituída em Portugal. Cf. MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DO EMPREGO: 2006, 1.

²⁶⁶ Cf. SANTOS: 1985, 742.

²⁶⁷ Neste sentido, ALCABAS / BOURCIEU / VALERSTEINAS: 2000, 19.

²⁶⁸ Cf. ALESSANDRINI: 2000, 23. Para uma análise geral das *joint ventures*, LIMA PINHEIRO: 2003.

²⁶⁹ Cf. SORNARAJAH: 2010, 116; EASSON: 2004, 2; GAVIN: 2001, 5 e ss; DRABEK / PAYNE: 2001, 8; ALESSANDRINI, 2000, 22 e GRAHAM / KRUGMAN: 1991, 24.

ser estendida, cada vez mais, a *activos intangíveis*²⁷⁰. A comprová-lo estão os *BIT's* e o *TCE*, quando enaltecem, designadamente, aspectos da *propriedade intelectual* e até mesmo certos domínios do *investimento de carteira*. Este facto traduz uma *crecente sobreposição e integração entre ambas as realidades*, tornando cada vez mais premente a interrogação de quando, e até que ponto, o *investimento de carteira* se transforma em *investimento directo*²⁷¹.

Face a esta chamada de atenção, constatamos que uma das principais características inerentes às *operações* que lhe subjazem²⁷² apontam para um *interveniente* pautado por uma grande *amplitude*, o *investidor directo*, mormente uma *empresa*²⁷³. De facto, a amplitude das formas segundo as quais os *investidores directos* se manifestam é comprovada em três domínios. Comprova-se na irrelevância da sua *estrutura* (v.g., holding), da sua *finalidade*, não obstante exista a necessidade da *prossecução de um fim lucrativo*, fim que deriva da necessidade da repatriação dos lucros, e na irrelevância quanto à sua *natureza jurídica*, podendo, assim, revestir uma natureza *pública* ou *privada*.

Relativamente a esta última nota cumpre salientar uma das mais recentes particularidades do *IDE*. De facto, é de realçar a crescente expansão do fenómeno em análise por via de *entidades públicas*²⁷⁴, mais concretamente, por via do fenómeno das

²⁷⁰ Cf. HARTEN: 2005, 604.

²⁷¹ Cf. SORNARAJAH: 2010, 10 e EVANS: 2002, 8 e ss.

²⁷² Segundo o *Ministério da Economia e do Emprego*, o tipo de operações que estão subjacentes ao *IDE* são: (1) *no capital das empresas*: aquisição/alienação de acções das empresas investidoras; a constituição de novas empresas/abertura de sucursais/dissolução; aquisição/alienação total ou parcial de empresas residentes já constituídas ou aumentos ou reduções de capital; (2) *lucros reinvestidos*; (3) *operações sobre imóveis*; (4) *créditos/empréstimos e suprimentos* que se podem traduzir em prestações suplementares de capital ou em empréstimos concedidos pelos investidores directos não residentes ou às empresas investidoras (empréstimos reversos), e (5) outras operações, que envolvem a constituição de consórcios, cobertura financeira de prejuízos ou a realização de operações sobre derivados financeiros entre empresas de investimento directo. Para uma análise mais detalhada, V., *MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DO EMPREGO*: 2006, 2 e ss.

²⁷³ Para a *OCDE*, a referência a *empresa* nesta matéria diz respeito a uma unidade económica dedicada à produção de bens e serviços que pode revestir: uma forma societária; uma instituição sem fins lucrativos ou uma empresa não constituída sob a forma societária. Cf. *OCDE*: 2008b, 280. Sobre as várias acepções de *empresa* no ordenamento jurídico português, *ABREU*: 2009, 218 e ss.

²⁷⁴ Segundo a *UNCTAD*, as *empresas públicas* estão a surgir como importantes *players* no *IDE*, contabilizando cerca de 650 *empresas estaduais multinacionais* em 2010, operando cerca de 8500 filiais estrangeiras, representando o seu fluxo de investimentos no exterior cerca de 11% dos fluxos globais de *IDE*. Cf. *UNCTAD*: 2012, 99.

*empresas públicas*²⁷⁵, que tendem a surgir, cada vez mais, como fortes *players* neste domínio.

Mas fora do âmbito das *empresas*, amplamente entendidas, a irrelevância quanto à forma do *investidor directo* é manifestada pelo facto de este poder surgir sob a forma de *pessoas singulares; fundos de investimento; patrimónios fiduciários* ou *organizações internacionais*²⁷⁶.

Feita a consideração de quem são os *investidores directos*, cumpre determinar, em concreto, o *critério* que determina a *natureza estrangeira do investidor*. Neste domínio, vigora o *princípio da não discriminação do investimento em razão da nacionalidade*.

Em virtude deste facto, verifica-se a adopção do *critério da residência* em detrimento do *critério da nacionalidade*²⁷⁷. Sendo uma atitude facilmente justificada e compreensível no espaço da *UE*, em virtude das liberdades que regem o *mercado interno*, em termos globais, a mesma justifica-se com o objectivo de facilitar a redução de riscos, e com eles, dos custos inerentes neste tipo de negócios, sendo que EVANS salienta que um dos principais *objectivos* no *CI* é a *prevenção da discriminação em razão da nacionalidade*²⁷⁸.

No ordenamento jurídico português, e no que diz respeito a esta matéria, constatamos que esta característica é patente nos sucessivos quadros legislativos pós 76²⁷⁹. Segundo o legislador nacional, “[e]sse tipo de exigências, além de não poder subsistir no âmbito das relações com investidores comunitários, não se justifica também quanto aos demais investidores, até pela sua inoperância: o maior ou menor poder de decisão de interesses estrangeiros sobre a economia do País não se estimula nem se

²⁷⁵ Sobre as modalidades de *empresas públicas* no ordenamento jurídico português, ABREU: 2009, 263 e ss; *Idem*: 2003, 555 e ss; GONÇALVES: 2007a, 20 e ss e CAETANO: 1980, 377 e ss.

²⁷⁶ Para uma análise das diversas modalidades de investidores, SORNARAJAH: 2010, 63 e ss; FMI: 2009, 103 e OCDE: 2008c, 52.

²⁷⁷ Salientando a importância desta alteração já nos finais da década de 80, HAHN / GRAMLICH: 1989, 59.

²⁷⁸ Cf. EVANS: 2002, 7.

²⁷⁹ A evocação ao *critério da residência* só não é expressamente afirmada no DL n.º 239/76, de 6 de Abril, que definiu o estatuto do *IDE* em Portugal. No entanto, esse critério passa a ser afirmado em todos os outros diplomas legislativos que lhe sucederam, tal como prova a al. a) do art. 2.º do DL n.º 348/77, de 24 de Agosto; al. a) do n.º 1 do art. 2.º do DL 197-D/86, de 18 de Julho; al. a) do n.º 2 do art. 3 do DL 321/95, de 28 de Novembro e a al. a) do n.º 2 do art. 1 do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, que regula actualmente o *regime contratual do CI*.

limita pela simples demarcação, tantas vezes só formal e de aparência, entre o capital e a gestão de portugueses e não portugueses.”²⁸⁰

Mas sendo a *natureza estrangeira do investidor* determinada em função do *critério da residência*, pode colocar-se o problema, no domínio das *peçoas colectivas*, da sua determinação²⁸¹. Não obstante o *CSC* determine, no n.º 1 do art. 4.º, a necessidade das *sociedades estrangeiras* instituírem uma representação permanente e cumprirem o disposto na lei portuguesa sobre o registo comercial²⁸², o *critério da residência*, no que diz respeito ao acesso ao *regime contratual do CI* no DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, surge relativizado na medida em que *quer investidores estrangeiros quer investidores nacionais têm acesso a este regime jurídico*.

Visto quem é e como se determina os principais intervenientes no *IDE*, cumpre saber, no que se traduz, em concreto, esta modalidade de *IE*. Neste sentido, é comum proceder-se a uma contraposição entre *IDE* o *Investimento de Carteira*.

Enquanto no primeiro, a relação que se estabelece necessita de evidenciar um *interesse duradouro*, no segundo, o interesse que se manifesta tende a ser de *curta duração* e alheio a qualquer tipo de *controlo ou influência na gestão*, em regra, de uma empresa²⁸³. Mas no que diz respeito ao *IDE* constatamos que o *interesse duradouro* manifesta-se: (i) na existência de uma *relação estável de longo prazo*, conjugada (ii) com a existência *de um controlo ou uma influência significativa na gestão*²⁸⁴ do *objecto* sobre o qual incide o *IDE*²⁸⁵.

²⁸⁰ Cf. Preâmbulo do DL n.º 214/86, de 2 de Agosto.

²⁸¹ Salientando este facto, OCDE: 2008b, 41.

²⁸² Cf. DIAS: 2010, 86 e 87.

²⁸³ Cf. OCDE: 2008b,12 e EVANS: 2002, 4.

²⁸⁴ A *influência da gestão* pode configurar: *influência imediata ou directa*, ou numa *influência mediata ou indirecta*. A primeira verifica-se quando o *investidor directo* detém o *controlo* (+ 50%), ou um *grau significativo de influência* (entre 10% a 50%) da *propriedade; do capital social; de participações sociais* ou do *poder de voto* de uma empresa ou o seu equivalente, no caso de entidades sem personalidade jurídica, ou de negócios que não sejam constituídos sob a forma societária. Já na segunda, verifica-se quando uma determinada entidade é capaz de exercer um *controlo* ou uma *influência indirecta* através de uma *cadeia de relações de investimentos directos*. Cf. PAYNE / YU: 2011, 2; FMI: 2009, 101; OCDE: 2008b, 286; MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DO EMPREGO: 2006, 1e WTO; 1996. Para uma análise dos métodos que permitem proceder tal distinção, V., OCDE: 2008b, 196.

²⁸⁵ Cf. FMI: 2009, 100 e 101; OCDE: 2008b, 286; CUNHA: 2006, 19 e 20; MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DO EMPREGO: 2006, 1; VITA / LAWLER: 2004, 14; MOREIRA:1997, 176 e GRAHAM / KRUGMAN: 1991, 8 e 9.

Por outro lado, estamos na presença de *juízos estritamente objectivos*, ou seja, em regra²⁸⁶, verificada a existência de 10% das realidades já demonstradas, estamos na presença de um *IDE*. De facto, a aplicação *juízos subjectivos* não é recomendada pelo *FMI*, sendo que, no caso da *OCDE*, a mesma recomenda uma aplicação rigorosa de um *juízo objectivo* para garantir uma consistência estatística entre os diversos países²⁸⁷. No entanto, a adopção deste critério não é isenta de críticas. Isto porque podem existir casos em que o ponto que cruza o *investimento de carteira* para o *investimento directo* passa pela aferição do *tipo de gestão* que, em concreto, é exercido, sendo inevitável a existência, nesses casos, de um *juízo subjectivo*²⁸⁸.

1.5.2 – Investimento de Carteira ou de Portefólio

A visão tradicional do *investimento de carteira* (*portfolio investment*), também considerado como uma forma de *investimento indirecto estrangeiro*²⁸⁹, tende a ver esta modalidade de *IE* como uma mera *operação de aquisição ou venda internacional de activos financeiros*, mais concretamente de *investimentos financeiros* no mercado de capitais²⁹⁰. Na verdade, algumas das características que se apontam ao mesmo prendem-se com o facto de representar um mero movimento de capital, sendo as características da liquidez e flexibilidade as palavras utilizadas pelo *FMI* para caracterizar este tipo de *IE*²⁹¹.

Quanto ao *objecto* deste tipo de investimento, na maioria das vezes anónimo, inclui, a título principal, a transacção de *acções, títulos de dívida e valores mobiliários*, ou seja, em regra, não conferem ao investidor a capacidade de *controlar ou influenciar a gestão do objecto sobre o qual se investe*²⁹². Por outro lado, o *investimento de carteira* apresenta um *carácter de curto prazo*, não complacente com o tempo necessário para um desenvolvimento económico efectivo como a criação de postos de trabalho ou a

²⁸⁶ Cumpre salientar que para o *FMI* podem existir casos marginais onde, não obstante o relacionamento verificado seja de curta duração, possa o mesmo integrar a categoria do *IDE*. Cf. *FMI*: 2009, 101.

²⁸⁷ Cf. *FMI*: 2009, 101 e *OCDE*: 2008b, 51.

²⁸⁸ Cf. *EVANS*: 2002, 8 e ss.

²⁸⁹ Cf. *QI*: 2011, 548 e *CUNHA*: 2006, 25.

²⁹⁰ Cf. *SANTOS*: 1985, 749.

²⁹¹ Cf. *FMI*: 2009, 99.

²⁹² Cf. *SORNARAJAH*: 2010, 8; *OCDE*: 2008b, 12; *BARROS*: 2008, 13; *MOREIRA*: 1997, 176 e *VITA /LAWLER*: 2004, 14. Questionando esta realidade, *SÉRVULO CORREIA*: 2010, 826.

transferência de tecnologia, apresentando uma certa *volatilidade*, sendo que, não raras vezes, se encontra desfasado das reais necessidades de uma economia²⁹³.

É em face das suas características que muitos dos *BIT's* excluem especificamente este género de investimentos do escopo da sua protecção²⁹⁴, desde logo, se pensarmos na dificuldade da sua compatibilização com as características da *noção de investimento* proposta pelo teste *Salini*.

1.6 – Conclusão da Primeira Parte

Concluimos, portanto, pelo exposto, que o *IE* demonstra a manifestação de especificidades próprias, embora tradicionalmente confluentes, designadamente com o Comércio Internacional, manifestando a tendência para a *autonomização*, no plano internacional, de um *direito do investimento estrangeiro*. Ao longo desta primeira parte tentámos, por conseguinte, demonstrar as “forças” que marcam a construção de um regime jurídico do *IE*, num quadro internacionalmente liberalizante, que, por sua vez, determina a existência de diferentes e diversos desafios.

Em primeiro lugar, os desafios desencadeados pelo *IE* divergem consoante se esteja perante um *país desenvolvido* ou de um *país em desenvolvimento* ou de uma *economia de transição*. A par das disparidades entre atitudes “*amigáveis*” ou “*hostis*”, no que diz respeito à recepção do *IE* nos *Host States*, verificamos a existência de desafios que se manifestam, de um modo particular, quando comparados *países em desenvolvimento* ou *economias de transição* com *países desenvolvidos*. Naqueles países, a pressão, embora com tendência para tutela internacional, manifesta-se, não raras vezes, em *recursos naturais*, sendo o *IE* predominante sobre estes recursos e manifestado através da sua exploração por via de *empresas transnacionais*.

Já quanto aos *países exportadores de capital*, observa-se a pressão no sentido de transportar as questões inerentes ao *IE* para o *plano internacional*, salientando a construção de um sistema pautado por *acordos internacionais de investimento*, mormente os *BIT's*, cujas *assimetrias de aplicação* manifestam a tentativa de impor uma hegemonia dos principais *players* ao nível do *IE*.

²⁹³ Neste sentido, EVANS: 2002, 4 e MOREIRA: 1997, 176.

²⁹⁴ Cf. SORNARAJAH: 2010, 314.

Em segundo lugar, o facto de muitos dos países disporem, na sua *lei fundamental*, de disposições normativas tendentes a conformar a actividade económica, designadamente a que se relaciona com o *IE*, como é o caso da lei fundamental portuguesa, coloca a questão de saber até que ponto tais disposições reflectem conformações jurídicas efectivas em função de uma crescente *destatalização* e da recolocação de tais questões fora dos ordenamentos jurídicos nacionais.

No caso português, não obstante se verifique a existência de múltiplos esforços na construção de um “*good investment climate*”, assim como de um regime jurídico apelativo para o *IE*, verifica-se um forte condicionamento, incutido por parte do ordenamento jurídico da UE, que condiciona a concessão/atribuição de incentivos ao *IE* em função da salvaguarda de eventuais distorções ao nível da concorrência.

Em terceiro lugar, e por fim, a influência que deriva da utilização de *acordos internacionais de investimento* enaltece a preocupação na delimitação do conceito de *investimento* que, em regra, surge sob a forma de *IDE*. No entanto, a noção de *investimento* demonstra a apetência para ser delimitada no plano internacional, designadamente através de *BIT's*, sendo fortemente influenciada através de decisões arbitrais, mormente através das decisões *ICSID*.

2. Segunda Parte – O Estado e a actividade jurídico-económica

Ao terminar a primeira parte, pudemos concluir a presença de um *carácter evolutivo e multidimensional* dos vários problemas inerentes ao *IE*, enfatizando uma forte influência do plano internacional. Embora esta evolução implique a existência de novos desafios para os *Host States*, principalmente quando considerados como *países em desenvolvimento* ou *economias de transição*, cumpre, agora, indagar a *teleologia* imanente às actuações estaduais no domínio do *IE*, bem como dos mecanismos jurídicos mobilizados.

Deste modo, cumpre analisar: (i) as mutações do Estado na esfera jurídico-económica, assim como (ii) a mobilização da figura do *contrato*, enquanto mecanismo de *consenso*, e do seu relacionamento com o *plano internacional*, designadamente, com os *BIT's*.

2.1 – As mutações do Estado e as suas implicações em termos jurídico-económicos

A concreta modelação da actividade jurídico-económica (ou a ausência dela), não é alheia à própria concepção de *Estado* e das formas de actuação da *Administração Pública*, principalmente ao nível do *direito administrativo económico*²⁹⁵, cujas características tradicionais apelam, segundo a doutrina, a uma *mutabilidade, maleabilidade, plasticidade e flexibilidade*²⁹⁶. De facto, cremos que estas características adquirem sinergias consonantes com o pensamento dominante, plasmado entre nós por GOMES CANOTILHO, quando o autor alerta para a necessidade de uma maior *flexibilidade, eficiência, publicidade, responsabilidade e abertura à inovação*, enquanto conceitos-chave das novas dogmáticas juspublicistas, quando comparada a realidade actual com o entendimento jusadministrativo clássico²⁹⁷.

Na verdade, este entendimento evolutivo é constatável na análise da progressão da “formação dos Estados modernos” (SOARES, sem data, 11) até aos tempos hodiernos no tratamento de questões do foro económico, denotando, não só os

²⁹⁵ Para ROLF STOBER, o direito administrativo económico consiste “na soma das normas e medidas que regulam a criação e a actividade dos órgãos da Administração e das autoridades administrativas, sobretudo para a resolução dos problemas das infra-estruturas e das informações, da planificação, da fiscalização, da direcção e do fomento da vida económica, bem como as relações jurídicas dos sujeitos que participam na vida económica com a Administração pública.” Cf. STOBER: 2008, 16.

²⁹⁶ Neste sentido, MONCADA: 2012a, 74 e ss; ORTEGA: 2005, 29; VAZ: 1998, 89 e ss e LAUBADÈRE: 1985, 114.

²⁹⁷ Cf. CANOTILHO: 2001b, 707.

diferentes paradigmas de *Estado*, como o modo de *execução* ou *garantia* das suas tarefas por via da *Administração Pública*.

Evidencia-se, assim, uma constante *adaptação* da realidade concreta de cada ciclo histórico-cultural face às exigências que vão surgindo, demonstrando, ao longo dos tempos, a existência de um “poliédrico fenómeno do intervencionismo” (ORTEGA, 2005, 23).

2.1.1 – *Estado-de-polícia*

A configuração do *Estado-de-polícia*²⁹⁸ (tido como esquizofrénico: *Príncipe - Fisco*)²⁹⁹ nos sécs. XVII e XVIII, e da progressiva substituição da *doutrina económica mercantilista* pela *doutrina económica fisiocrática*, vão demarcar um período temporal, especialmente em França, caracterizado pela existência de obras públicas e de uma intervenção económica caracterizadora da afirmação e grandeza do *despotismo esclarecido*³⁰⁰.

Neste período temporal assiste-se à teorização de uma modalidade de acção pública em França, por impulso de COLBERT, de uma *actividade administrativa de fomento*, fortemente *rígida, dirigista e controladora*, tendente a estimular, principalmente, o desenvolvimento industrial francês³⁰¹. Todavia, a existência de um *poder de polícia* face aos *súbditos*, enquanto poder subtraído à lei e emanação absoluta da acção do príncipe tendente a zelar pelo bem-estar da comunidade (*salus publica*) e da sua ordenação, onde os fins justificavam os meios³⁰², vai demarcar uma forma de actuação incutida na ausência de uma juridicidade, o *ius emines*³⁰³.

2.1.2 – *Estado Liberal*

A realidade anteriormente descrita é alterada com o advento do *Estado Liberal* em virtude das transformações ocorridas com as revoluções americana e francesa.

²⁹⁸ Sobre o tema, V., VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 17; DIAS / OLIVEIRA: 2011, 21; ESTORNINHO: 1999, 101 e 102; SOARES, 1955, 66 e *Idem*, sem data, 18.

²⁹⁹ Cf. ESTORNINHO: 1999, 353.

³⁰⁰ Neste sentido, SOARES: sem data, 18 e FREITAS DO AMARAL: 2008, 67 e 68.

³⁰¹ Cf. CASSESE: 2010, 47 e PARADA: 1997, 460.

³⁰² Cf. BRITO: 2009, 289 e ss e CAETANO: 1990, 1145 e ss.

³⁰³ Cf. SOARES: 1955, 54 e ss.

Desde logo, assiste-se às “marcas de nascença” do Direito Administrativo (VIEIRA DE ANDRADE, 2011a, 19), bem como no despoletar de um “*Estado Polícia*”, “*Estado guarda-nocturno*” (LASSALLE), um “*Estado mínimo*” ou um “*Estado abstencionista*”, com especial destaque ao nível jurídico-económico, enaltecendo uma intervenção esporádica do Estado na esfera privada, “*laissez-faire*”³⁰⁴, demonstrando uma estreita harmonia com as correntes económicas da “*mão invisível*” de ADAM SMITH e filosóficas de KANT por via da *liberdade individual* que ostenta um *individuo livre, isolado e igual*.

Citando VIEIRA DE ANDRADE, “[o] liberalismo pressupõe o indivíduo como ponto de partida” (2012, 51).

Assiste-se, nesta época, a uma *Administração autoritária, agressiva*³⁰⁵, onde a *propriedade* e o *contrato*, para os privados, vão surgir como o “suporte legal e único da economia” (VAZ, 1998, 46). Deste modo, verifica-se uma “clara demarcação entre as esferas de *actuação pública* (ou *de interesse público*), reservada ao Estado, e de *actuação privada* (ou *de interesse privado*), reservada aos cidadãos” (GONÇALVES, 2005, 141).

É deste modo que as (raras) intervenções administrativas no domínio económico (*dirigismo negativo*), vão manifestar-se através de *tarefas de polícia administrativa*, como a segurança e salubridade de instalações, denotando uma *actuação unilateral e autoritária* enquanto formas de acção típicas da *administração económica*³⁰⁶. Todavia, verifica-se uma evolução, neste domínio, (*Estado Polícia*), em relação ao *Estado-de-polícia*, na medida em que estas intervenções passam a estar subordinadas ao *princípio da proporcionalidade* e ao *princípio da legalidade* enquanto postulados de um *Estado de Direito*³⁰⁷.

2.1.3 – *Estado Social*

Ainda na primeira metade do séc. XX voltamos a assistir a um novo paradigma, paradigma que acentua um “*Estado de Direito Material*”, um “*Estado Social*”,

³⁰⁴ No mesmo sentido, DIAS / OLIVEIRA: 2011, 23; FREITAS DO AMARAL: 2008, 79; SILVA: 2008, 26 e OLIVEIRA: 1984, 31.

³⁰⁵ Cf. SILVA: 1998, 40.

³⁰⁶ Cf. MOREIRA: 1996, 32 e MELO: 1984, 24.

³⁰⁷ Cf. BRITO: 2009, 295 e CANOTILHO: 2003, 266 e 267.

“Estado-providência” cujos objectivos encetam a necessidade de um *desenvolvimento económico*, do *bem-estar* e da *justiça social*, cristalizados por via do surgimento de uma Administração *concertada, constitutiva, participativa* ou de *prestações*³⁰⁸, em virtude, designadamente, dos graves flagelos bélicos mundiais que assolam principalmente a Europa e das crises económicas que vão marcar esta época.

Fica por esta via afastado, por necessidade, o paradigma que vinha a ser sedimentado na cisão entre *Estado* e *Sociedade*, segundo o *modelo liberal*, facto elucidado por uma exponencial *responsabilidade pública de execução*, principalmente ao nível das tarefas prestacionais³⁰⁹. Na verdade, a tendência para a existência de um Estado-providência (*welfare state*) vai revelar-se, particularmente, numa “providência existencial” (FORSTHOFF) cada vez mais conotada como função administrativa³¹⁰. Esse entendimento (*socialidade do Estado*) vai ser reflexo da necessidade da salvaguarda da *Dignidade da Pessoa Humana*, quer na vertente dos seus *Direitos, Liberdades e Garantias*, mas principalmente na vertente dos seus *Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais*.

Assintomática desta realidade vai ser a emergência de uma crescente utilização, por parte da *Administração Pública*, de expedientes privatísticos (não obstante se considere que esta prática não fosse exclusiva deste ciclo histórico-cultural)³¹¹, segundo uma lógica de *concertação*, especialmente em França após a década de 60³¹², conducente a levar a cabo muitas das políticas de *intervencionismo económico do Estado*³¹³. Este facto irá enfatizar a figura do *contrato* como “*modus agendi* do Estado social” (NABAIS, 1994, 16).

Na verdade, o *Estado Social* vai ficar caracterizado por uma crescente assunção de tarefas na prestação de bens e serviços à colectividade (serviço público)³¹⁴, que, por sua vez, demarcam a necessidade de alteração de uma *actuação unilateral e agressiva*,

³⁰⁸ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 20; DIAS / OLIVEIRA: 2011, 24; SILVA: 2008, 30; ESTORNINHO: 1999, 101; SILVA: 1998, 78 e SOARES: sem data, 29.

³⁰⁹ Cf. OTERO: 2001, 35.

³¹⁰ Cf. VAZ: 1998, 58 e ZIPPELIUS: 1997, 468.

³¹¹ Cf. OTERO: 2001, 32.

³¹² Cf. BOLADO: 2001, 166.

³¹³ Neste sentido, ORTEGA: 2005, 22; SILVA: 1998, 77; VAZ: 1998, 60; SOUSA FRANCO / MARTINS: 1993, 219 e ss; SOUSA FRANCO: 1988, 296; LAUBADÈRE: 1985, 411e OLIVEIRA: 1984, 35.

³¹⁴ No mesmo sentido, MONCADA: 2012a, 31.

o *acto administrativo*, não obstante se assista ao despoletar, não só de uma *lógica favorável* do mesmo como a existência de *actos mistos*, ou seja, negociados com os destinatários³¹⁵, para uma *lógica concertada e consensual*, o *contrato*³¹⁶, que irá, por sua vez, encontrar um eco especial no domínio da administração económica ansiosa por alcançar novas formas de adesão e colaboração³¹⁷.

Por outro lado, e para dar resposta às necessidades desta época, assiste-se a uma *Administração empresarial*, que vai ser enfatizada na década de 70 e 80 por via do fenómeno das *nacionalizações*, tendente a proceder a uma gestão activa dos meios de produção, tida ainda hoje à luz do art. 83.º da C.R.P. como “um espaço de iniciativa económica pública expressamente garantido” (OTERO: 1998, 114), sendo que esta actividade, designadamente a do *sector empresarial do estado*, para além de ser pautada por critérios de *eficiência* e *eficácia*, desenvolve-se, enquanto regime jurídico geral susceptível de derrogações, pelo *direito privado*³¹⁸.

Não surpreende, deste modo, a alusão por parte da doutrina ao despoletar de uma nova realidade, tida como “a fuga para o direito privado” (MARIA JOÃO ESTORNINHO), ilustrativa de uma nova problemática: a existência de um *Direito Privado Administrativo*. De modo a dar uma resposta coerente a esta tendência, surge na Alemanha a *doutrina dos dois níveis* («Zweistufentheorie»), proposta por IPSEN, na tentativa de dar uma resposta ao enquadramento jurídico das *subvenções* resultantes da reconstrução da guerra. Propõe-se, deste modo, a divisão desta *relação jurídica* em dois níveis: a primeira traduzir-se-ia numa decisão jurídico-pública de fundamentação por via de um acto administrativo e, subsequentemente, num segundo nível, na celebração de um negócio jurídico-civil de execução do primeiro³¹⁹.

Não obstante as críticas que se fizeram sentir a esta teoria³²⁰, a mesma permitiu evidenciar que, não raras vezes, a escolha do *direito privado* pela Administração se prende por razões de *eficácia*³²¹. Mas mais do que esta necessidade foi a evidência de que a actuação administrativa, por esta via, não pode ser configurada como uma

³¹⁵ Cf. SILVA: 1998, 134 e ss.

³¹⁶ Neste sentido, MONCADA: 2012a, 35; ORTEGA: 2005, 30 e FERREIRA DE ALMEIDA: 1979, 605.

³¹⁷ Salientando este facto, ENTERRÍA / FERNÁNDEZ: 2002, 676.

³¹⁸ Neste sentido estabelece o art. 14.º do novo regime jurídico do sector público empresarial aprovado pelo DL. n.º 133/2013, de 3 de Outubro.

³¹⁹ Expondo esta teoria, ESTORNINHO: 1999, 109 e ss.

³²⁰ Sobre as mesmas, V., ESTORNINHO: 1999, 116 e ss.

³²¹ Salientando este facto, VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 70.

“transfiguração” da *Administração Pública*. Desde logo, porque tem em si uma “função instrumental na satisfação dum interesse público” (SOARES: 1978, 19 e 20), estando vinculada, designadamente, aos *direitos fundamentais*, à *prossecução do interesse público* bem como a *regras e procedimentos administrativos* (cf. n.º 5 do art. 2.º do CPA)³²².

É no seguimento deste raciocínio que se observa, enquanto principais objectivos do *Estado Social*, a necessidade de se proceder a uma racionalização e ordenação dos sectores económicos, principalmente no sector público, ilustrando a necessidade de uma “lógica de cooperação e de *acção concertada* que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração” (GONÇALVES, 2005, 141).

No fundo, e traduzindo uma lógica de *intervenção económica*³²³, passa a existir uma consciencialização de que o exercício autoritário por parte da Administração é incapaz de fornecer uma resposta adequada para alcançar determinados objectivos que se pretendem recíprocos entre o *Estado* e a *Sociedade*, sendo a *contratualização* o modo de aliar o sector privado, e até mesmo o sector público, na prossecução de fins de política económica³²⁴.

É deste modo que se alude ao facto da característica da *negociação* ascender à categoria de “instrumento imprescindível na tarefa de administrar” (ENTERRÍA / FERNÁNDEZ, 2002, 677).

Todavia, vão ser diversas as formas de levar a cabo esta nova realidade, desde logo pelo facto do século XX ter sido pródigo na multiplicidade de ideologias jurídico-políticas, principalmente na Europa. Na verdade, as modalidades de intervenção do Estado, *grosso modo*, vão ser pautadas, designadamente, pela possibilidade de um *simples intervencionismo*, de um *dirigismo* ou de uma *planificação*³²⁵, demonstrando a disparidade de intensidade e efeitos num dado ordenamento jurídico-económico³²⁶.

³²² Cf. ESTORNINHO: 1999, 231 e ss. Salientando a necessidade da aplicação de normas de direito público, MONCADA: 2012b, 26; SÉRVULO CORREIA: 1987, 390 e QUEIRÓ: 1976, 185 e 186.

³²³ Sobre o conceito, FERREIRA: 2001, 297.

³²⁴ Cf. ENTERRÍA / FERNÁNDEZ: 2002, 675 e 676 e FERREIRA DE ALMEIDA: 1979, 605.

³²⁵ Sobre cada um destes conceitos, V., SOUSA FRANCO / MARTINS: 1993, 219 e ss.

³²⁶ No mesmo sentido, ORTEGA: 2005, 22.

A *planificação*³²⁷ vai acentuar-se na Europa, principalmente após a Segunda Guerra Mundial³²⁸, ilustrando uma nova figura, o *Plano*, instrumento jurídico controverso quanto à sua natureza jurídica³²⁹, mas que configurava os “objectivos a prosseguir no domínio económico-social durante um determinado período de tempo, [estabelecia] as acções destinadas a prosseguir-los e [podia] definir os mecanismos necessários à sua implementação” (SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 189). No fundo, representava um “instrumento de direcção dos agentes económicos públicos e privados” (MONCADA, 2012b, 92).

Paralelamente, vai surgir a figura do *contrato económico*, não raras vezes subordinado ao *Plano* como modo privilegiado de execução do mesmo³³⁰, revelando as suas diversas formas de imperatividade³³¹.

A origem e terminologia destes *contratos*, não obstante apresentassem ecos nos países soviéticos enquanto *modus agendi* na realização das tarefas do *Plano* no sector colectivizado da economia, retratavam a celebração de *contratos* entre empresas, designadamente entre *empresas públicas*³³².

Todavia, os *contratos económicos* vão também estar presentes no ordenamento jurídico francês³³³, ainda que com um significado diverso. Na verdade, os mesmos vão encetar a necessidade de se proceder a uma execução flexível do *Plano*³³⁴, impulsionando, deste modo, o *fenómeno convencional*. Este facto impulsionará a doutrina a designar os *contratos económicos* como “uma terceira via entre o autoritarismo do socialismo e a anarquia de um certo liberalismo” (MONCADA: 1985, 131).

No ordenamento jurídico português, como veremos, a figura do *contrato económico* também vai merecer a atenção da doutrina³³⁵.

2.1.4 – Estado Regulador

³²⁷ Sobre o seu conceito, MONCADA: 1985, 10 e ss.

³²⁸ Neste sentido, SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 190; VAZ: 1998, 57 e RIBEIRO: 1978, 165 e 166. Expondo os contornos jurídicos da *planificação* nos E.U.A., França, Itália e nos países de Leste, MONCADA: 1985, 21 e ss.

³²⁹ Neste sentido, MELO: 1984, 39.

³³⁰ Cf. MONCADA: 2012a, 630; *Idem*: 1985, 129 e ATAÍDE: 1970, 225.

³³¹ Cf. SOUSA: 1986, 22 e 23.

³³² Cf. FERREIRA DE ALMEIDA: 1979, 606 e RIBEIRO: 1978, 177, nota 32.

³³³ Cf. VAZ: 1998, 373.

³³⁴ Cf. MONCADA: 2012b, 135.

³³⁵ Designadamente, SÉRVULO CORREIA: 1986, 95 e ss.

Nas últimas décadas do séc. XX, assistimos ao despoletar de mais um novo paradigma: o *Estado Regulador*³³⁶. Esta nova concepção de *Estado*, vista por alguns com eco constitucional na *al. f)* do art. 81.º da C.R.P.³³⁷, passa a reflectir uma alteração significativa no modo de intervenção do *Estado* na esfera jurídico-economia, sendo a ênfase dada ao *mercado* e à *concorrência*.

Desde logo, o *Estado Regulador* deixa de ser o grande responsável pela produção e satisfação de parte das necessidades da sociedade (v.g., energia e telecomunicações), assimilando a dificuldade de proceder à satisfação das crescentes funções que caracterizavam o *Estado Social*. Na verdade, entende-se que, com esta mudança de paradigma, o *Estado Regulador*, paulatinamente, substitui uma *responsabilidade pública de execução*, por uma *responsabilidade pública de garantia*³³⁸, fortemente influenciada, não só com a queda dos regimes comunistas, mas também por vastos programas de *liberalizações* e *privatizações (materiais)* de sectores públicos essenciais (*public utilities*) e com elas a salvaguarda das “*Leis de Roland*” (continuidade, igualdade e mutabilidade) na sua prestação e acesso.

Estas transformações, ocorridas principalmente na Europa e nos E.U.A., vão incutir na *regulação*³³⁹ sobre as *entidades privadas*, que passam a assumir estas novas funções, a “pedra de toque” desta nova forma de responsabilidade, principalmente nos domínios das “*market failures*”³⁴⁰. Surge, deste modo, a necessidade de se assegurar os *direitos e interesses legalmente protegidos* dos cidadãos no acesso a *Serviços de Interesse Económico Geral*³⁴¹.

Fala-se, agora, de uma *Administração prospectiva* cuja actividade material adquire uma *eficácia em relação a terceiros*³⁴², ao mesmo tempo que se procede à

³³⁶ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 14; SILVA: 2008, 40 e CANOTILHO: 2001b, 707.

³³⁷ Cf. MONCADA: 2012a, 56. Referindo-se à globalidade do art. 81.º da C.R.P. como norma que evidencia o paradigma de *Estado regulador*, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 972 e 973.

³³⁸ Cf. GONÇALVES: 2005, 168 e ss.

³³⁹ Para uma análise ao conceito, VICENTE: 2012, 13 e ss; GONÇALVES: 2006, 540 e MOREIRA: 1996, 76.

³⁴⁰ Neste sentido, GONÇALVES: 2013, 13; *Idem*: 2005, 169; MONCADA: 2012a, 55; TAVARES DA SILVA: 2008a, 122 e 123 e ORTEGA: 2005, 25 e 26.

³⁴¹ Salientando este facto, TAVARES DA SILVA: 2012, 5 e GONÇALVES: 2006, 537 e 538.

³⁴² Cf. SILVA: 1998, 136.

construção de quadros regulatórios (transversais e sectoriais) implementados por uma *Administração Independente*³⁴³ (v.g., Autoridade da Concorrência).

A assimilação desta nova forma de compreensão da actuação do *Estado*, como salienta a doutrina, não reconduziu a actuação do mesmo ao *paradigma liberal* e de uma nova cisão entre *Estado* e *Sociedade*³⁴⁴. De facto, embora se verifique uma retracção do Estado na *intervenção directa* da actividade jurídico-económica, nem por isso se verificou uma diminuição das suas funções (agora indirectamente), mormente a de *regulador* (em sentido amplo) da economia.

É em virtude deste entendimento que VITAL MOREIRA sublinha a existência de um movimento de “desregulação”, ocorrido pela redução do papel do Estado na economia e da convocação e revalorização do mercado, assim como da concorrência, em virtude das privatizações, das liberalizações e da eliminação ou atenuação do controlo público sobre a produção e mercado³⁴⁵. No fundo, o Estado passa a desempenhar “uma missão fundamental de desmontar as barreiras de acesso ao mercado e de facilitar o desenvolvimento das liberdades económicas, não através da regulação, mas da desregulação” (GONÇALVES: 2013, 17).

É com esta crescente desintervenção do *Estado* na *execução das tarefas* anteriormente executadas por ele próprio, que se implode um movimento de apelo à sociedade civil para que esta passe a desempenhar determinadas tarefas³⁴⁶, não raras vezes inerentes à prossecução do *interesse público*, ou seja, daquelas necessidades que se traduzam numa “manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não exclusivamente, a entidades públicas” (VIEIRA DE ANDRADE: 1993, 275)³⁴⁷.

De facto, este apelo à sociedade civil, ou mais realisticamente, à *sociedade civil global*, vai determinar, como consequência, que a mesma participe nos movimentos de *liberalizações* e *privatizações* que vão ocorrendo. Este facto, por sua vez, determinará a possibilidade de *investidores estrangeiros* surgirem como um dos principais sujeitos

³⁴³ Cf. GONÇALVES: 2006, 548. Sobre a Administração Independente e os seus desafios, V., CASSESE: 2010, 36 e ss e CARDOSO: 2002.

³⁴⁴ Cf. MOREIRA: 1996, 29.

³⁴⁵ Cf. MOREIRA: 1996, 50 e 51.

³⁴⁶ No mesmo sentido, TAVARES DA SILVA: 2012, 5.

³⁴⁷ Para uma análise à noção de interesse público, SOARES: 1955, 102 e ss.

activos, embora não apenas os exclusivos, nos sectores que vão sendo *privatizados* e *liberalizados* um pouco por todo o globo³⁴⁸.

Por outro lado, a assunção do *Estado Regulador* de uma *responsabilidade pública de garantia* é assintomática da existência das transformações ocorridas no seio de uma sociedade *tecnológica*, de *risco*, em *rede*³⁴⁹. É deste modo que a *regulação*, questionada por alguns como um novo feudalismo jurídico composto por vários sistemas regulatórios³⁵⁰ (transversal/sectorial), surge como a forma segundo a qual o Estado tenta *garantir* uma resposta erudita apelando, no entanto, à *eficácia* e *eficiência* na resolução dos problemas que o rodeiam.

Esta característica faz com que a doutrina apele a um novo paradigma de *Estado* (*Estado Garantidor*)³⁵¹, paradigma que, evidenciando os novos desafios da regulação, que tendem a ir além dos meros mecanismos de *Estado regulador económico*, enfatizam um *Estado incentivador do mercado*, um *Estado orientador de comportamentos* e um *Estado como garantidor do bem-estar*³⁵², que é visto, deste modo, como “uma verdadeira alternativa ao Estado regulador” (TAVARES DA SILVA: 2008a, 12).

Parte deste novo paradigma enfatiza os actuais desafios que os Estados enfrentam. Oriundos da crescente *globalização da economia*, observa-se o crescimento de *relações plurilocalizadas* e *transnacionais*. Esta nova realidade é complacente, como salienta CASSESE, com a actual forma de intervenção do Estado. Isto porque, se antes “era soberano no que se referia à economia, agora perdeu essa posição justamente a favor da economia; antes ele era principalmente pedagogo, agora é sobretudo regulador, e o governo da economia que antes era unitário, passou a ser fragmentado” (2010, 45).

O pensamento de CASSESE permite ilustrar a crescente perda do referente *estadualidade*, principalmente quando se pensa nos elementos do conceito de *Estado* (povo, território e soberania) emergentes da *Paz de Vestefália*, mas principalmente o conceito de *soberania* (perpétua, absoluta, indivisível, própria e não delegada), sob os

³⁴⁸ No mesmo sentido, BENDE-NABENDE: 2002, 135; ALESSANDRINI: 2000, 14; MAH / TAMULAITIS: 2000, 122 e 123; SMEETS: 2000, 1 e SHIHATA: 1993, 2.

³⁴⁹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 22 e GARCIA: 2009, 227 e ss.

³⁵⁰ Neste sentido, DOMENICHELLI: 2004, 1 e ss.

³⁵¹ Questionando esta possibilidade, CANOTILHO: 2008, 571. Dando como exemplo o sector da energia como uma refracção do Estado Garantidor, TAVARES DA SILVA: 2012, 6 e 7.

³⁵² Cf. TAVARES DA SILVA: 2008a, 4 e 5. Salientando alguns destes aspectos, CANOTILHO: 2008, 573.

pressupostos teorizados no séc. XVI por BODIN³⁵³. Esta realidade demonstra o impacto da actual *perda da soberania dos Estados no domínio económico*³⁵⁴.

Desde logo, observa-se que o respeito da *subordinação do poder económico ao poder político democrático* (al. a) do art. 80.º C.R.P.), está subordinado a um paradigma que enfatiza o facto do “poder económico só [ser] subordinável ao poder político democrático desde que este o possa controlar, o que depende quer da dimensão que aquele assuma, quer das posições que ocupe na organização económica” (CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 957).

Por outro lado, a crescente proliferação de instituições e organizações internacionais que aspiram a regular, entre outras questões, aspectos do foro económico, determinam uma relativização de tais conceitos³⁵⁵. Não é despicienda, deste modo, e em função do crescente *policentrismo na produção normativa*, a existência de uma “governança”³⁵⁶, ou seja, a “condução (“Steuerung”) de sistemas complexos de policentralidade” (VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 24)³⁵⁷. Daí que CASSESE afirme a existência de uma crescente “*mercatizzazione dei poteri pubblici*” de uma “*arena pubblica*” (CASSESE: 2005b, 601 e ss), que tem em si implícita a existência de uma “estadualidade aberta” (SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 21).

Esta realidade é assim ilustrativa dos novos desafios que se impõem ao *direito público* e, em particular, a um *direito administrativo*, tradicionalmente conotado na doutrina portuguesa como um *direito estatutário*³⁵⁸, de não reconduzir-se passivamente à realidade que visa *concretizar*³⁵⁹, em virtude destas *novas relações jurídicas* que há muito ultrapassam os quadros normativos territorial e juridicamente definidos.

É neste entendimento do “estado da arte”, que hoje, porventura mais do que nunca, se fala de uma “retracção do princípio da legalidade administrativa”³⁶⁰ em virtude de uma “normatividade em rede” e de uma administração cada vez mais voltada

³⁵³ Para uma análise às posições de Bodin, FREITAS DO AMARAL: 2006, 323 e ss.

³⁵⁴ No mesmo sentido, CASSESE: 2010, 41 e CANOTILHO: 2008, 575.

³⁵⁵ Neste sentido, GARCIA: 2009, 30 e ZIPPELIUS: 1997, 85.

³⁵⁶ Para uma análise à noção de *governança*, CASSESE: 2010, 26 e ss e GARCIA: 2009, 157.

³⁵⁷ Referindo-se a esta realidade, GARCIA: 2009, 25.

³⁵⁸ Neste sentido, FREITAS DO AMARAL: 2008, 140; SÉRVULO CORREIA: 1987, 394; OLIVEIRA: 1984, 60 e QUEIRÓ: 1976, 119.

³⁵⁹ Neste sentido, SOARES: 2008, 46.

³⁶⁰ Cf. GONÇALVES: 2006, 552. No mesmo sentido, TAVARES DA SILVA: 2008a, 94 e ss e CANOTILHO: 2003, 723.

para o *resultado*, acarretando novas dificuldades, desde logo em sede de *legitimidade* (que hoje passa, principalmente, por ser afirmada ao nível do *procedimento, conteúdo e controlo das decisões*), em virtude de uma crescente *governance without government*³⁶¹.

Na verdade, se entre nós, já nos finais da década de 70, AFONSO QUEIRÓ chamava a atenção para o facto da aplicação das normas de direito administrativo apresentarem, como regra ou princípio, o *princípio da territorialidade*, nem por isso o autor deixava de salientar a existência de excepções à aplicação do mesmo princípio³⁶². Hoje, a constatação de outrora evidenciada pelo autor é claramente confirmada com a evocação de uma crescente *internacionalização da Administração* que deriva da existência de fenómenos de carácter administrativo que ultrapassam as fronteiras nacionais³⁶³.

Facto revelador desta constatação é possível de ser confirmado, no ordenamento jurídico português, no domínio do *Direito dos Valores Mobiliários*, com a existência de *normas administrativas de conflitos* que visam a resolução de relações *jurídico-administrativas transnacionais* tendentes a definir a autoridade administrativa competente para a prática de um acto administrativo³⁶⁴.

É em face desta realidade que se verifica a proposta de alguns sectores da doutrina questionarem se, de facto, não estaremos na emergência de um *novo direito administrativo*³⁶⁵, principalmente, mas não só, em virtude das transformações que vão ocorrendo por via do fenómeno das *privatizações*, mas também de uma crescente *internacionalização e europeização* deste ramo do direito e do direito público em geral.

Uma destas manifestações deriva, deste modo, da crescente proliferação de instituições e organizações internacionais, verificando-se o despoletar de um *direito administrativo global*³⁶⁶ (v.g., no domínio da internet; telecomunicações; energia;

³⁶¹ No mesmo sentido, CANOTILHO: 2009, 101. Referindo à *fragmentação dos poderes públicos* como um dos principais problemas dos ordenamentos jurídicos modernos, CASSESE: 2010, 32.

³⁶² Cf. QUEIRÓ: 1976, 528 e ss.

³⁶³ No mesmo sentido, SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 7 e ss. Ilustrando esta realidade ao nível das Autoridades da Concorrência, CASSESE: 2010, 16 e ss. Apelando à necessidade do *direito administrativo económico* ter em consideração a *globalização*, ORTEGA: 2005, 46.

³⁶⁴ Cf. OTERO: 2005, 781 e ss. Para uma análise ao conceito de *acto administrativo transnacional* no domínio do direito europeu, TAVARES DA SILVA: 2010a, 91.

³⁶⁵ Dando conta deste facto, VIEIRA DE ANDRADE: 2011a, 24; DIAS / OLIVEIRA: 2011, 36 e TAVARES DA SILVA: 2012: 7; *Idem*: 2010a, 56 e *Idem*: 2010b.

³⁶⁶ Neste sentido, TAVARES DA SILVA: 2010b, 20; *Idem*: 2008a, 101; KINGSBURY / KRISCH / STEWART: 2005, 17; GONÇALVES: 2005, 106; CASSESE: 2005a e STEWART: 2005.

sistema financeiro ou ambiente), principalmente derivado de matérias *organizatórias*, *procedimentais* e *processuais*, bem como na emissão de *standards normativos* que, demonstrando a existência de *redes de cooperação globais*, passam a ser acolhidos nos ordenamentos jurídicos nacionais, influenciando-os e condicionando-os³⁶⁷.

No que diz respeito ao *IE*, é no seio desta ambiência específica que constatamos a existência de autores que vêm na *arbitragem internacional nos domínios específicos do IE*, uma manifestação do *direito administrativo global*.

Para esta corrente doutrinal, que reconhece a utilização de uma *noção ampla* deste conceito³⁶⁸, a arbitragem efectivada sobre a égide da *Convenção de Washington*, para além de ser vista e enfatizada como um *mecanismo de revisão administrativa* que deriva do *exercício de poderes públicos de autoridade* (v.g., arbitragens que decorreram em virtude da crise argentina e com ela da análise da legalidade das condutas estaduais bem como da equidade do governo na tomada das decisões), é caracterizada como um mecanismo específico de resolução de disputas decorrentes entre um Estado e um investidor estrangeiro, que está submetido ao *exercício da autoridade pública* do primeiro, com a particularidade, tida como regra, de não ter que esgotar as *vias jurisdicionais internas* para recorrer a este tipo de *arbitragem internacional*³⁶⁹.

No fundo, e se considerarmos o entendimento recente da doutrina portuguesa sobre este aspecto, passamos a assistir à “necessidade de subordinar as decisões da *domestic administrative regulation* aos princípios gerais de direito global (à *global administrative law*), como forma de garantir a protecção da confiança – e soluções jurídicas novas – revelação de novos princípios gerais de direito administrativo e a subordinação dos actos de poder público ao controlo jurisdicional de entidades supranacionais” (TAVARES DA SILVA, 2010b, 26 e 27).

A par desta realidade, outra também se evidencia. Esta corresponde, agora, a uma crescente *europização do direito administrativo*³⁷⁰, onde as soluções que vão sendo emanadas no seio da *UE*, principalmente ao nível da *implementação de políticas públicas*, implicam, não só uma coordenação ou uma “co-administração” (VIEIRA DE

³⁶⁷ Neste sentido, KINGSBURY / KRISCH / STEWART: 2005, 16.

³⁶⁸ Cf. HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 122 e KINGSBURY / KRISCH / STEWART: 2005, 36 e 37.

³⁶⁹ Neste sentido, HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 148 e 149. Salientando o *Direito Administrativo Global* como uma *função de policiamento*, KINGSBURY / KRISCH / STEWART: 2005, 45.

³⁷⁰ Sobre o tema, V., TAVARES DA SILVA: 2010a. Aludindo a esta questão, GONÇALVES: 2006, 550 e ss.

ANDRADE, 2011a: 23) entre esta e as diversas Administrações dos Estados-membros (*relações verticais ou multi-níveis*), como uma crescente influência das decisões administrativas nacionais que adquirem impacto nas várias Administrações dos Estados-membros, adquirindo *efeitos transnacionais (relações horizontais)*.

Realça-se, deste modo, uma *lógica principiológica*³⁷¹ com especial desígnio para os princípios do *efeito útil*, da *preferência aplicativa*, da *interpretação conforme*, da *colaboração leal* e da *confiança mútua entre Administrações* enquanto sinónimos de um *direito administrativo em rede*³⁷².

Esta específica realidade também se manifesta no domínio do *IE*. De facto, com a aprovação do *Regulamento da UE que estabelece as disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-membros e países terceiros*, é possível observar a articulação entre as Administrações dos Estados-membros com a Comissão Europeia. Para tal, basta observar o procedimento inerente às *autorizações para alterar ou celebrar acordos bilaterais de investimento*. De facto, existe a necessidade da notificação à Comissão Europeia, quer na fase da mera *intenção* de proceder a tais circunstâncias (art. 8.º), quer na fase da sua própria *celebração* (art. 11.º).

É em face desta realidade que NIKOS LAVRANOS salienta a existência de uma “autorização condicional”, envolvendo várias etapas de um *procedimento complexo* a ser observado pelos Estados-membros neste domínio³⁷³.

Não surpreende, deste modo, que se questione a existência de um *direito administrativo sem Estado* (COLAÇO ANTUNES), sobretudo quando a realidade tende a demonstrar a perda da referência ao mesmo e da convolação da Administração directa de um Estado-membro numa Administração indirecta da administração da União Europeia³⁷⁴.

Analisando a realidade segundo esta perspectiva, a mesma implica, desde já, uma consequência em termos de congruência. Tendo nós defendida a necessidade da articulação constitucional, principalmente na parte económica, na adaptação aos novos

³⁷¹ Cf. SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 31.

³⁷² Salientando este aspecto, DIAS / OLIVEIRA: 2011, 34 e 35; TAVARES DA SILVA: 2010a, 35 e ss e *Idem*: 2008a, 8, nota 36.

³⁷³ Cf. LAVRANOS: 2010, 15.

³⁷⁴ Cf. ANTUNES: 2008, 61 e ss.

desafios de uma *economia globalizada*, que hoje passam por ser fortemente concretizados ao nível internacional e ao nível da *UE*, ou seja, de uma interpretação em face da realidade que lhe é subjacente, não poderemos ser indiferentes à necessidade de também o *direito administrativo* se adaptar a esta realidade.

De facto, se admitimos o “mais” no que diz respeito à nossa lei fundamental, não poderemos admitir o “menos” ao nível do direito administrativo, sobretudo quando entendem FRITZ WERNER e VITAL MOREIRA ser o *direito administrativo direito constitucional concretizado*³⁷⁵. Em face desta realidade, cremos que faça todo sentido a adesão ao argumento de GOMES CANOTILHO quando o autor chama a atenção para a necessidade da superação do entendimento proposto por OTTO MAYER, segundo o qual «o direito constitucional passava e o direito administrativo ficava».

Na verdade, cremos que o tema do *IE* representa claramente uma manifestação que evidencia o facto de que, segundo GOMES CANOTILHO, o “Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo passa também”³⁷⁶, sendo demonstrativo da necessidade do direito público, em geral, se adaptar às novas realidades que perpassam, cada vez mais, os horizontes territorialmente definidos.

2.2 – A *ratio* incentivadora do *IE* no ordenamento jurídico português

Todo o percurso percorrido até ao momento tem tentado demonstrar que a *ratio* que hoje subjaz ao *IE* evidencia um carácter evolutivo. Esta evolução é observável, desde logo, na relação dos *Planos* com o *IE* e faz denotar as “metamorfoses” que em termos económicos a C.R.P. de 1976 tem sofrido ao longo dos tempos³⁷⁷.

Como tivemos a oportunidade de salientar, a figura do *Plano* não foi, e continua a não ser, uma realidade despicienda em vários países europeus, principalmente durante o século XX. No ordenamento jurídico português esta realidade não poderia ser diferente. Hoje, não obstante a figura do *Plano* tenha sido substituída pela figura dos *Planos (inerentes a uma planificação democrática da economia)*, a mesma não deixou de ter relevância, desde logo, por configurar um *limite material de revisão constitucional (al. g)* do art. 288.º da C.R.P.).

³⁷⁵ Cf. MOREIRA: 1998, 1142 e ss.

³⁷⁶ V., CANOTILHO: 2001b.

³⁷⁷ Dando conta desta ocorrência, MOREIRA: 2006, 33 e ss.

No entanto, na versão original da C.R.P. 1976, o *Plano* representava uma *função de orientação, coordenação e disciplina da actividade economia*, onde a *lei fundamental* portuguesa, na redacção de então, estatuiu a sua força jurídica no art. 92.º, determinando-o como um instrumento unitário de direcção central ao nível macroeconómico³⁷⁸. Todavia, a força jurídica do *Plano* era variável, considerando-se *imperativa* para o sector público (com certas especificidades), *contratual* para as empresas que celebrassem contratos-programa com o Estado, e *indicativa* para os restantes casos³⁷⁹.

Associado à figura do *Plano* surgia a “*actividade económica e investimentos estrangeiros*”, epígrafe do então art. 86.º da C.R.P., que determinava a subjugação dos *IE's* à figura do *Plano*. De facto, esta característica era demonstrativa do modo como o *IE* era encarado no nosso ordenamento jurídico e ilustrativo do regime que lhe era inerente, exacerbando um carácter de submissão.

Com a segunda *revisão constitucional* (1989), a referência ao instituto jurídico do *Plano* deixa de configurar na Constituição com a caracterização que lhe era inerente³⁸⁰. Hoje, não obstante o *planeamento económico* continue a constituir um dos *princípios fundamentais da organização económica (al. e)* do art. 80.º da C.R.P.), bem como uma das *incumbências prioritárias do Estado* no domínio económico-social (*al. j*) do art. 81.º da C.R.P.), é configurado, pela doutrina, como uma *garantia institucional*³⁸¹.

Assistimos, deste modo, à figura dos *Planos* (nacionais, regionais e das autarquias locais), tidos, agora, como “conjunto de documentos meramente estratégicos apenas orientadores da actividade estatal” (MONCADA: 2012b, 92), que não se sobrepõem à actividade económica, não obstante ainda se defenda que os mesmos possam ser vinculativos para o Governo e para a Administração³⁸².

Todavia, para o sector privado, verifica-se uma supletividade de intervenção do Estado face ao livre funcionamento da *iniciativa privada* e de mercados abertos e

³⁷⁸ Neste sentido, MONCADA: 2012a, 677; *Idem*: 2012b, 91 e 92; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 191 e MOREIRA, 2006, 38.

³⁷⁹ Cf. MOTA PINTO: 1982, 28.

³⁸⁰ No mesmo sentido, MOREIRA: 2006, 38 e 39.

³⁸¹ Cf. CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 1032.

³⁸² Cf. CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 1033.

concorrenciais, realidade confirmada pela *al. f)* do art. 4.º da *Lei-quadro do Planeamento*³⁸³.

Toda esta nova configuração da realidade que envolve os *Planos* faz com que a doutrina saliente a *desvalorização do planeamento* e a sua subsequente *supletividade* como instrumento da actividade económica³⁸⁴, o que não deixa de ser revelador da actual linha de intervenção jurídico-económica que caracteriza o actual paradigma de *Estado*, ou seja, a *regulação*, a *garantia*.

Inerente a esta linha de raciocínio, também se verifica que o actual art. 87.º da C.R.P., inerente à *actividade económica e investimentos estrangeiros*, já não está, desde a revisão constitucional de 1982, subordinado expressamente nem ao *Plano*, nem aos *Planos*. Quanto muito, poderemos dizer que o *IE* se insere numa lógica que actualmente adquire, no ordenamento jurídico português, contornos segundo os quais, mais do que acentuar uma *lógica de submissão*, visa *privilegiar*, *incentivar* e *atrair* o *IE*, articulando-o com uma lógica de *fomento económico*, tido na doutrina como um modo de *intervenção indirecta do Estado*³⁸⁵ e configurado como uma *actividade administrativa de estímulo positivo*³⁸⁶.

Deste modo, visa-se atender, designadamente, à manutenção e crescimento de postos de trabalho, à redução de custos de contexto, à qualificação profissional assim como na dinamização do sector das exportações, ou seja, visa-se a dinamização da actividade económica no ordenamento jurídico português que se traduza num maior valor acrescentado.

É em face desta realidade que SUZANA TAVARES DA SILVA apela, num contexto de *Estado incentivador*, ao surgimento de um “*Estado-parceiro*”, que, movido por uma lógica de *promoção* e *flexibilização* da execução de determinadas políticas, vê na associação com os privados o desenvolvimento de determinadas actividades económicas que sejam fundamentais para a implementação de políticas públicas através

³⁸³ Referimo-nos à L. n.º 43/91, de 27 de Julho.

³⁸⁴ Cf. MONCADA: 2012a, 69; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 193; CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 1032 e MIRANDA / MEDEIROS: 2006, 131.

³⁸⁵ Neste sentido, MONCADA: 2012a, 583; *Idem*: 2012b: 49; VAZ: 1998, 367; PARADA: 1997, 459 e 460 e MOTA PINTO: 1981, 159 e 160.

³⁸⁶ Neste sentido, MONCADA: 2012a, 583 e 584; *Idem*: 2012b, 207 e ATAÍDE: 1970, 111.

de uma *programação estratégica cooperante*³⁸⁷. Esta nova realidade, a par da introdução do *consenso* e do *contrato* como o modo privilegiado do agir administrativo³⁸⁸, bem como, segundo a autora, da existência de um “*Estado cooperativo*” emergente na década de 80 como resultado das relações entre o Estado e a economia e sobre as formas alternativas de *exercício da função dirigente*³⁸⁹, incutem na disciplina dos *contratos económicos* uma novo significado, uma vez que a lógica lhe é subjacente passa a salientar não uma *direcção da actividade económica*, mas sim uma *coordenação* de resultados através de uma função orientadora e incentivadora³⁹⁰.

2.3 - Contratos Económicos

São vários os tipos contratuais que a doutrina integra na categoria genérica de *contratos económicos*, designadamente, o *Contrato-Programa*; o *Contrato de Desenvolvimento*; o *Contrato Fiscal* e o *CF*³⁹¹.

Não obstante a doutrina que se debruça sobre esta temática parta da designação genérica do instituto jurídico *contrato* – realidade conhecida quer no universo do *direito privado*, enquanto “*acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses*” (VARELA: 2008, 212), quer no universo do *direito público*, enquanto “*acordo, vinculativo por força da lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relações jurídicas*” (SÉRVULO CORREIA: 1987, 344) –, gradualmente constatamos o facto de diversos autores alertarem para a possibilidade de,

³⁸⁷ Cf. TAVARES DA SILVA: 2008a, 107 e ss. Partilhando semelhante lógica no domínio económico, PARADA: 1997, 465.

³⁸⁸ Neste sentido, FREEMAN: 2000, 160 e SÉRVULO CORREIA: 1987, 353.

³⁸⁹ Cf. TAVARES DA SILVA: 2008b, 911 e 912.

³⁹⁰ Exemplo revelador deste entendimento é susceptível de constatação na adopção de diversas estratégias que vão sendo adoptadas, designadamente, a Estratégia para o Crescimento, Emprego e Fomento Industrial 2013- 2020; na Estratégia Nacional para os Recursos Geológicos até 2020; na Estratégia Nacional para a Energia até 2020; no Plano Estratégico para os Transportes até 2020 e na Estratégia Nacional para o Mar até 2030.

³⁹¹ Cf. SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 203 e ss e SÉRVULO CORREIA: 1987, 422 e ss.

não raras vezes, se estar na presença de outro tipo de figuras que extravasam a figura do *contrato*³⁹².

Esta característica faz com que não seja possível afirmar, em bloco, que todo e qualquer *contrato económico* constitua um verdadeiro *contrato*, sendo por isso necessária uma análise individualizada³⁹³. É em face desta realidade que SÉRVULO CORREIA chama a atenção para a possibilidade de se poder estar, por vezes, perante *actos unilaterais, meras declarações conjuntas, ou de actos-condição*³⁹⁴.

A par desta difícil delimitação conceptual, também autores há que, não obstante se refiram aos *contratos económicos* como efectivos *contratos*, chamem a atenção no sentido de evidenciar determinadas peculiaridades, principalmente quando comparados aos *contratos* celebrados no tráfico jurídico estritamente civil. Esta característica acarreta dificuldades quanto à determinação da sua concreta *natureza jurídica*³⁹⁵.

A prova desta realidade é dada por BARBOSA DE MELO, apontando quatro características contrastantes entre os contratos tidos como “tradicionais”, dos *contratos económicos*. Desde logo, para o autor, (i) este género de contratos não apresenta uma função predominantemente individualista: pelo contrário. Para o autor, os *contratos económicos* visam regular interesses de amplos conjuntos de pessoas individualmente indeterminadas, as massas, apresentando, por isso, uma função colectiva e até mesmo pública. Por outro lado, (ii) aponta para o facto do seu *objecto* ter por base uma relação essencialmente dinâmica que faz com que a *vontade* das partes adquira um sentido prospectivo e não fixista, fazendo da decisão contratual uma “*decisão na incerteza*”.

Outra característica (iii) prende-se com o facto do contrato em apreço apresentar uma natureza organizacional enquanto mecanismo de antecipação/retroacção face à complexidade da realidade e da sociedade. Por fim, (iv) o autor chama a atenção para o facto deste tipo contratual, não raras vezes, apresentar uma *eficácia trans ou supralegal*

³⁹² Dando conta deste facto, MONCADA: 2012a, 623; *Idem*: 2012b, 211; *Idem*: 1985, 135; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 203; SÉRVULO CORREIA: 1987, 344; *Idem*: 1986, 96; LAUBADÈRE: 1985, 426 e FERREIRA DE ALMEIDA: 1979, 636 e ss.

³⁹³ Neste sentido, RIBEIRO: 1978, 189.

³⁹⁴ Cf. SÉRVULO CORREIA: 1986, 96.

³⁹⁵ SÉrvulo Correia refere-se aos *contratos de atribuição* celebrados com *fins de intervenção económica* a possibilidade de serem designados como *contratos económicos*. O autor refere, assim, a possibilidade de alguns destes contratos constituírem verdadeiros *contratos administrativos*. Cf. SÉRVULO CORREIA: 1987, 422. Questionando apenas a possibilidade, SOUSA FRANCO: 1988, 337 e 338. Para uma *visão privatística* da *natureza jurídica dos contratos económicos*, FERREIRA: 2001, 350. Salientando uma natureza jurídica *sui generis*, SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 203 e FERREIRA DE ALMEIDA: 1979, 644.

dado que, por meio dele, a Administração tende a garantir a salvaguarda do co-contratante contra as próprias transformações legislativas³⁹⁶.

Também CABRAL DE MONCADA se debruça com relativa acuidade sobre este tema no nosso ordenamento jurídico³⁹⁷. Não obstante o autor adopte há longa data uma atitude séptica, como ponto de partida, relativamente à *natureza contratual* deste tipo de contratos³⁹⁸, evidenciando uma influência da doutrina francesa, designadamente de LAUBADÈRE, constatamos que o autor continua, actualmente, a defender a mesma linha de raciocínio, adoptando grande parte dos argumentos outrora defendidos³⁹⁹.

Todavia, este ponto de partida do autor não o coíbe de proceder a uma análise do «*contrato económico*» e até mesmo de o caracterizar como “a participação dos particulares sob forma convencional na elaboração e execução gerais da intervenção administrativa na esfera económica, ou seja, a contratualização das relações jurídicas no âmbito da intervenção económica do Estado” (MONCADA: 1985, 130). Para isso, o autor parte para a análise de três tópicos: *sujeitos*, *objecto* e *regime jurídico*⁴⁰⁰.

Quanto aos *sujeitos*, considera que existe uma tendência para a celebração deste tipo de contratos por parte de *entidades públicas com personalidade autónoma e dotadas de autonomia financeira*, podendo ser celebrados com o *sector privado*, *sector cooperativo* ou até mesmo com *entes públicos autónomos*. Já quanto ao *objecto*, considera que, não raras vezes, os *contratos económicos* visam proceder à execução de programas económicos previamente negociados com a Administração, atinentes, designadamente, a investimentos, combate ao desemprego, bem como ao desenvolvimento tecnológico, sendo que, como contrapartida do cumprimento das obrigações assumidas, existe a possibilidade da *concessão de benefícios fiscais* e de outra natureza nos termos do contrato.

Por fim, quanto ao *regime jurídico*, este refere que os *contratos económicos* conheceram duas fases distintas no nosso ordenamento jurídico. A primeira, de cunho publicista, onde a Administração podia resolver por despacho as dúvidas levantadas a propósito da interpretação destes contratos, fazendo denotar amplos poderes de

³⁹⁶ Cf. MELO: 1984, 35 e 36.

³⁹⁷ Cf. MONCADA: 2012b, 209 e ss.

³⁹⁸ Cf. MONCADA: 1985, 137 e ss.

³⁹⁹ Cf. MONCADA: 2012a, 624.

⁴⁰⁰ Cf. MONCADA: 2012a, 632 e ss.

modificação do contrato, cerne do regime jurídico do *contrato administrativo*. Num segundo momento, o seu regime aproximou-se do *direito comum*, sendo que o autor chega mesmo a admitir que a qualificação dos *contratos económicos* como *contratos administrativos* deixa de ter relevância prática, na medida em que a lei submete a princípios procedimentais comuns toda uma série de figuras que cabem quer nos tradicionais *contratos administrativos*, quer em alguns *contratos económicos* quando importem a realização de despesa do Estado⁴⁰¹.

Sendo estas as principais questões que se erguem sobre o *contrato económico*, designadamente sobre as suas específicas particularidades e a relação que tende a estabelecer na sua celebração, cumpre, agora, indagar sobre as diversas posições que a doutrina adopta relativamente à questão de se saber se estamos ou não perante um *contrato*.

Na verdade, parte de toda esta querela prende-se com o facto do ordenamento jurídico francês, bastião do *contrato administrativo* e grande influenciador dos *sistemas administrativos continentais*⁴⁰², adoptar o conceito de *contrato económico* para exprimir outras realidades que extravasam a realidade contratual⁴⁰³. Neste sentido, as “únicas características que todas essas figuras têm de comum são o fim de intervenção económica e a formação segundo um procedimento negocial” (SÉRVULO CORREIA: 1986, 96).

Deste modo, cumpre centrar as nossas preocupações apenas nas posições que concebem esta relação como uma verdadeira *relação contratual*, assim como na posição que tende a considerá-la como um *acto-condição*.

2.3.1 - A tese do *contrato*

A tese contratual, que vê como *ponto de partida* nos *contratos económicos* efectivos *contratos*, constitui aquela que, à partida, melhor acolhimento e adesão apresenta no *ordenamento jurídico português* por parte da doutrina⁴⁰⁴. A este propósito

⁴⁰¹ Cf. MONCADA: 2012a, 640.

⁴⁰² Cf. FREITAS DO AMARAL: 2008, 113 e CAETANO: 1980, 27.

⁴⁰³ Cf. RIBEIRO: 1978, 190.

⁴⁰⁴ Cf. FERREIRA: 2001, 349; SÉRVULO CORREIA: 1987, 424 e 425 e FERREIRA DE ALMEIDA: 1979, 638.

se pronunciou FERREIRA DE ALMEIDA, considerando, no específico domínio dos *contratos económicos* e indagando sobre as várias possibilidades de enquadramento jurídico dos mesmos, “que não oferece dúvidas qualificar os modelos portugueses descritos como verdadeiros contratos” (1979, 638).

Partindo desta realidade, consideramos que a questão não foi irrelevante no ordenamento jurídico português. A sua prova deriva da definição de *contrato económico*, proposta por SÉRVULO CORREIA, enquanto “*contrato celebrado entre pessoas colectivas integradas na Administração Pública, ou entre estas e particulares, no âmbito da intervenção económica pela Administração*” (1986, 95 e 96).

Embora a noção apresentada seja neutra do ponto de vista da *natureza jurídica* (pública ou privada), a verdade é que o autor vem chamar a atenção para o surgimento desta específica modalidade contratual em França, no período pós Segunda Guerra Mundial, e, com ela, a proliferação de outras figuras que não são verdadeiros *contratos*⁴⁰⁵.

Partindo com esta preocupação, SÉRVULO CORREIA procede uma ostensiva análise à figura do *contrato administrativo* no ordenamento jurídico português, frisando, designadamente no âmbito da intervenção económica, a necessidade de centrar o seu objecto de análise apenas nos verdadeiros *contratos* (administrativos)⁴⁰⁶. Em face desta realidade, SÉRVULO CORREIA vem a integrar como *contrato económico* o CI⁴⁰⁷.

Todavia, para chegar a esta consideração, o autor parte da categoria dos *contratos de atribuição* (que considera ter como causa-função a atribuição de uma certa vantagem ao co-contratante da Administração), quando estes sejam teleologicamente orientados para *fins de intervenção económica*. Deste modo, considera que nos *contratos de atribuição*, (que ainda podem ser susceptíveis de uma subdivisão entre *contratos de atribuição paritária* e *contratos de atribuição subordinada*, consoante a sequência da relação nascida do acordo não dependa ou dependa preponderantemente da vontade da parte administrativa)⁴⁰⁸, o interesse público é particularmente enfatizado nos direitos conferidos ao contraente particular e não nas obrigações que assume.

2.3.2 - A tese do *acto-condição*

⁴⁰⁵ Para uma análise de algumas actuações informais, TAVARES DA SILVA, 2008b.

⁴⁰⁶ Cf. SÉRVULO CORREIA: 1987, 422.

⁴⁰⁷ Cf. SÉRVULO CORREIA: 1987, 424.

⁴⁰⁸ Cf. SÉRVULO CORREIA: 1987, 428.

Tendo em conta o processo convencional no domínio da actividade económica, despoletado de um modo mais evidente na época do *Estado Social* em França, CABRAL DE MONCADA, na esteira da doutrina francesa, designadamente de LAUBADÈRE, procede a uma indagação sobre o *objecto* destes “contratos”. Como ponto de partida, e seguindo o entendimento proposto por LAUBADÈRE⁴⁰⁹, CABRAL DE MONCADA considera ser possível proceder-se a uma distinção deste específico *processo convencional* entre: *convenções de colaboração para fins intervencionistas e convenções de administração económica*⁴¹⁰.

Interessa-nos particularmente a modalidade das *convenções de administração económica*, já que são estas, para CABRAL DE MONCADA, que são identificadas aos *contratos económicos* propriamente ditos⁴¹¹. No específico âmbito de tais *contratos* existe a “obtenção do particular de uma prestação ou de um comportamento conformes à política de intervenção do Estado previamente definido pelas normas orientadoras da sua actividade neste domínio” (MONCADA: 2012a, 623).

Tal realidade, para o autor, faz com que, à partida, não se esteja perante verdadeiros *contratos* dado que os mesmos evidenciam, “uma prestação que facilite à Administração o desempenho das tarefas de interesse público definidos previamente pela lei”, visando atingir “objectivos normativos de política económica em zonas onde normalmente actuariam de modo unilateral. O «contrato» transforma-se no pressuposto da actuação administrativa. O acto unilateral é apenas precedido de um procedimento acordado” (MONCADA: 2012a, 624).

Negando a estrutura contratual dos *contratos económicos*, principalmente pelo facto de grande parte dos requisitos exigidos necessitarem de ser previamente fixados na lei, o autor vem, assim, propor a figura do *acto-condição*, “enquanto acto de aplicação aos casos individuais do conteúdo de regras previamente determinadas” (MONCADA: 2012a, 624).

A figura do *acto-condição* também não é uma figura desconhecida na doutrina portuguesa. Sobre ela indagaram, designadamente, SOUSA RIBEIRO, segundo o qual o

⁴⁰⁹ Cf. LAUBADÈRE: 1985, 421.

⁴¹⁰ Cf. MONCADA: 2012a, 623 e *Idem*: 1985, 136.

⁴¹¹ Cf. MONCADA: 2012a, 624 e *Idem* : 1985, 137.

acto-condição “abrangeria todos os actos que se limitam a atribuir por via individual uma regulamentação geral e abstracta pré-existente” (1978, 192); FERREIRA DE ALMEIDA, entendendo como tal a “declaração de vontade das empresas [com] o efeito duma condição para desencadear as consequências pré-estabelecidas nas normas jurídicas” (1979, 636), e mais recentemente MARK KIRKBY que, citando directamente a doutrina francesa e expondo a posição da mesma sobre esta matéria, passa a transcrever os *actos-condição* como “aqueles que têm como efeito atribuir individualmente uma situação regulamentar já criada, um estatuto definido por leis ou regulamentos, que, assim, não são realmente geradores ou criadores de obrigações” (2011, 192).

No entanto, o facto da figura em análise não ser desconhecida no ordenamento jurídico português, não significa que a mesma apresente, como características, estritas similitudes com a sua congénere no ordenamento jurídico francês. Na verdade, a figura do *acto-condição*, na teoria exposta por CABRAL DE MONCADA, deriva de uma tentativa, que influencia a construção do autor, de transpor esta figura do ordenamento jurídico francês para o ordenamento jurídico português.

Todavia, a posição da doutrina francesa, que tende a ver este fenómeno como uma negação do *contrato*, deriva da adopção de um conceito restrito do mesmo em virtude da influência de DUGUIT e da sua *teoria dos actos jurídicos*.

Na verdade, o *contrato*, no ordenamento jurídico francês, que é expressamente definido no *Code Civil*, será uma (sub)espécie mais restrita que deriva da *convenção*⁴¹². Esta realidade faz com que em muitos casos não se esteja perante verdadeiros *contratos* dada a ausência da *liberdade de determinação do seu conteúdo*⁴¹³, bem como pelo facto de incidir sobre matérias que extravasam o âmbito das *relações obrigacionais e patrimoniais*⁴¹⁴.

É em face desta realidade que MARK KIRKBY chega à conclusão de que, “nestes ordenamentos [francês e italiano], mais do que tudo, parece ser o facto de o significado associado pela lei civil à expressão *contrato* não abranger as *factispecies* negociais na legislação administrativa que leva a doutrina administrativa a desqualificar tais *factispecies* como verdadeiros contratos” (2011, 193).

⁴¹² Neste sentido, RICHER: 2010, 19.

⁴¹³ Neste sentido, RIBEIRO: 1978, 193.

⁴¹⁴ Neste sentido, KIRKBY: 2011, 191 e 192.

No fundo, trata-se de uma crítica que não é de hoje, pois desde os finais da década de 70 que se refere a existência de uma “«extensão inadmissível da noção de acto-condição»” (RIBEIRO: 1978, 193).

No que diz respeito ao ordenamento jurídico português, cumpre salientar que a figura do *contrato*, enquanto noção básica, tende a ser caracterizada pela doutrina, inclusive a administrativa, como uma *figura transversal* a todo o *ordenamento jurídico*⁴¹⁵. Em virtude deste facto, bem como da concepção ampla que o nosso ordenamento jurídico adopta relativamente a tal noção – desde logo por considerar “que contratos não são apenas os acordos com eficácia obrigacional” (FERREIRA DE ALMEIDA: 2000, 22) –, faz com que a nossa realidade não corresponda integralmente à realidade francesa, não obstante seja fortemente influenciada por esta.

Deste modo, e face a esta transversalidade e amplitude da noção de *contrato* a todo o ordenamento jurídico português, FERREIRA DE ALMEIDA vem a concluir como efectivos *contratos*, os contratos administrativos, os contratos económicos, os contratos financeiros e os contratos processuais⁴¹⁶, entendimento que não surge isolado. De facto, e sobre esta matéria, MARK KIRKBY chama a atenção para a amplitude do conceito de *contrato* que surge não só no âmbito do direito civil, mas também da naturalidade com que o CCP utiliza a palavra contrato, concluindo que “a noção de contrato, entre nós, é a mesma em todos os ramos do direito” (2011, 196).

Se em termos doutrinários existe este entendimento, cumpre chamar a atenção para o facto de o CCP configurar a via contratual como uma via extremamente ampla. Isto porque, para além da *habilitação genérica* da sua utilização pela Administração na prossecução das suas *atribuições*, à luz do art. 278.º do CCP (*autonomia pública contratual*), não carecendo de uma habilitação específica⁴¹⁷, verificamos que os vários *objectos* susceptíveis de integrar a figura do *contrato*, à luz dos *índices de administratividade*, determinam uma substancial amplitude da sua utilização. Este entendimento deriva, desde logo, da possibilidade, expressamente consagrada, da

⁴¹⁵ Cf. KIRKBY: 2011, 194 e ss; FERREIRA DE ALMEIDA: 2000, 22 e 23; SOUSA: 1994, 32 e SÉRVULO CORREIA: 1987, 343 e 344.

⁴¹⁶ Cf. FERREIRA DE ALMEIDA: 2000, 23.

⁴¹⁷ No mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL: 2012, 539.

utilização da figura contratual no âmbito dos *contratos com objecto passível de acto administrativo*, conforme a *al. b)* do n.º 6 do art. 1.º do CCP.

Voltando à posição de CABRAL DE MONCADA e à teoria do *acto-condição* no domínio das *convenções de administração económica*, verificamos que a proposta do autor culmina com um *acto misto*, tido como subespécie do *acto-condição*⁴¹⁸.

Na verdade, a figura do *acto misto*, também merecedora de especial destaque por parte da doutrina francesa, designadamente por YVES MADIOT, surge como tentativa de elucidar a proliferação das técnicas convencionais em matéria económica. Em virtude deste facto, o autor vem chamar a atenção da figura do *acto misto* postular uma intervenção activa por parte do Estado, facto revelador da sua envolvimento em acordos com o fim de orientar metas consistentes com a política económica⁴¹⁹.

Esta realidade vai determinar, para o autor, uma dupla evolução: a *degradação da figura do contrato* e da *decisão administrativa unilateral*⁴²⁰. É deste modo que o *acto misto* vai expor em evidência dois elementos fundamentais que derivam da agregação de elementos contratuais com elementos regulamentares⁴²¹.

Tendo em conta esta realidade, constatamos que o *acto misto*, para CABRAL DE MONCADA, será aquele “em que se combinam ingredientes contratuais e regulamentares, espécie de síntese do contrato e da actuação unilateral da Administração” (2012a, 625).

No entendimento desta posição, o foco das atenções é desviado para a *decisão unilateral da Administração* na concessão, ou não, de determinados benefícios que, em regra, são convencionados e que com isso complementam a relação a estabelecer. Como consequência, subalterniza-se o *acordo de vontades das partes*, tido como “simples fase preparatória”, determinando a existência de uma “mera promessa de comportamento sob a forma convencional”.

Conclui, deste modo, que “o «contrato» de Administração económica é um acto administrativo preparatório que serve de ponto de partida a um acto administrativo subsequente que culmina com a aplicação à entidade privada de um regime legal ou

⁴¹⁸ Cf. MONCADA: 2012a, 625 e *Idem*: 2012b, 211 e *Idem*: 1985, 139.

⁴¹⁹ Cf. MADIOT: 1971, 15.

⁴²⁰ Cf. MADIOT: 1971, 21.

⁴²¹ Cf. MADIOT: 1971, 239.

regulamentar. O dispositivo convencional não tem efeitos contratuais” (MONCADA: 2012a, 626).

Parte desta conclusão deriva do facto de, por um lado, o autor negar a possibilidade da existência de verdadeiros *contratos* no domínio fiscal (contrato fiscal), e, por outro lado, não ser admissível esta figura nos domínios do *exercício de poderes de autoridade* em virtude da inalienabilidade da soberania estadual⁴²², posição que parece ainda aderir a uma certa visão do direito administrativo proposta por OTTO MAYER.

Contraria, deste modo, o entendimento actual da doutrina que admite a existência de verdadeiros contratos, quer no *domínio fiscal*⁴²³, quer no *domínio do exercício de poderes públicos*⁴²⁴.

2.4 – Contrato de Investimento

Como tivemos a oportunidade de analisar, a doutrina nacional tende a integrar o *CI* na categoria dos *contratos económicos*. Deste modo, começámos por analisar a querela que os *contratos económicos* têm proporcionado entre os diversos autores com o intuito de entender, se de facto, estamos, ou não, na presença de um verdadeiro *contrato*. Vista a questão em termos gerais – e atendendo à chamada de atenção da impossibilidade de enquadrar todos os *contratos económicos* em bloco –, é nosso propósito analisar se o *CI* corresponde a um verdadeiro *contrato*.

Embora os *nomen iuris* nem sempre identifiquem correctamente a realidade a que estão subjacentes, a verdade é que toda a legislação portuguesa pós 76 inerente ao *CI* a ele faz expressa referência na sua qualificação como *contrato*. De facto, este entendimento encontra eco nas exposições da doutrina. Assim, em *termos internacionais*, é possível encontrar análises ao *CI* que o concebem como um efectivo contrato⁴²⁵. No que diz respeito ao ordenamento jurídico português, a doutrina nacional

⁴²² Cf. MONCADA: 2012a, 626 e 627 e *Idem*: 1985, 142.

⁴²³ Neste sentido, NABAIS: 1994, 104.

⁴²⁴ Neste sentido, KIRKBY: 2011, 191e ss.

⁴²⁵ Cf. TIENHAARA: 2009, 5; COTULA: 2007, 1 e VICUÑA: 2004, 345.

parece avançar com uma posição convergente e a uma só voz, ou seja, estamos na presença de um verdadeiro *negócio jurídico bilateral / contrato*⁴²⁶.

Na verdade, o autor que, porventura, poderia ser contrário à qualificação do *CI* como um efectivo *contrato*, ou seja, CABRAL DE MONCADA, não deixa margem para interpretações dúbias: “[a]pesar de o «contrato de investimento» ficar sujeito a um regime legal, coisa vulgar hoje em dia, aquele regime não diminui, contudo, a autonomia da vontade das partes intervenientes na celebração do contrato” (2007, 123).

Esta realidade deriva de outra problemática, designadamente, do facto do n.º 2 do art. 5.º do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, determinar a necessidade do *CI*, uma vez concluídas as negociações, redigido e rubricado pelas partes o texto final, ser submetido à prévia *aprovação* do *Governo* – quer por *despacho* quer por *resolução* do *Conselho de Ministros*, caso haja lugar à atribuição de benefícios fiscais ao investimento –, ou seja, exige-se uma intervenção posterior, um *acto administrativo* que confira *eficácia* ao contrato.

Deste modo, poderia existir a tentação de ver nesta peculiaridade uma aplicação da figura do *acto misto*, figura que CABRAL DE MONCADA considera ser uma subespécie do *acto-condição*. No entanto, o autor não o faz, justificando, inclusive, “que o contrato já é válido antes da sua aprovação governamental apenas sucedendo que não é ainda eficaz” (2007, 125). A *aprovação*, para o autor, surge como justificação da outorga de benefícios que implicam despesa pública⁴²⁷.

Na verdade, cumpre salientar o facto da figura da *aprovação* apresentar um significado específico no âmbito do direito administrativo, sendo entendida como um *acto administrativo secundário*, um *acto de segundo grau*, mais concretamente um *acto integrativo da eficácia* através do qual “um órgão da Administração exprime a sua concordância com um acto anterior praticado por outro órgão administrativo, e lhe confere eficácia” (FREITAS DO AMARAL: 2012, 296).

Em virtude do seu específico sentido, cremos que a *aprovação* referida no n.º 2 do art. 5.º do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, surja com um *sentido impróprio* em virtude de estarmos na presença de um *contrato* e não de um *acto administrativo*.

⁴²⁶ Neste sentido, MONCADA: 2012a, 478; *Idem*: 2007, 106; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 220; CUNHA: 2006, 73; NABAIS: 1994, 202 e SÉRVULO CORREIA: 1987, 424.

⁴²⁷ Cf. MONCADA: 2012a, 478.

Esta particularidade da celebração do *CI* que, tradicionalmente surge como uma característica inerente a estes contratos no ordenamento jurídico português, deriva do facto das negociações que lhe são subjacentes constituírem um dos *fins* que a lei incumbem à *AICEP* na prossecução das suas *atribuições*, designadamente quanto à execução das mesmas⁴²⁸.

Esta agência, cuja existência corresponde a uma prática generalizada por uma esmagadora maioria de países no que diz respeito à *difusão* e *negociação* de questões inerentes ao *IE*⁴²⁹ – facto que despoletou a constituição de uma organização não-governamental (*WAIPA*), de modo a proceder a uma *cooperação* mundial das mesmas⁴³⁰ –, caracteriza-se por ser uma *pessoa colectiva de direito público*, com natureza *empresarial*, *dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial*⁴³¹, sujeita à *superintendência* e *tutela* do Primeiro-Ministro⁴³², que, na prossecução das suas *atribuições*, actua em representação do Estado⁴³³ (cf. n.º 1 do art. 4.º do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro).

Mas dizer que o *CI* é um *contrato* não permite, ainda assim, descrever toda a *teleologia* que o DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, lhe atribui. Na verdade, cremos que no ordenamento jurídico português não seja correcto utilizar a designação de «*Contrato de Investimento Estrangeiro*».

Esse facto deriva da existência de um tratamento unificado entre *IE* e investimento nacional, como o demonstra a acuidade com que todo o corpo do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, trata esta questão, designadamente ao não utilizar a mesma (como o comprova a epígrafe do art. 4.º “contrato de investimento”). Concretiza-se, deste modo, o *princípio da não discriminação do investimento em razão*

⁴²⁸ Cf. al. *a*) do n.º 1 do art. 12.º dos *Estatutos da Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal*, E.P.E., anexo ao DL n.º 229/2012, de 26 de Outubro.

⁴²⁹ Neste sentido, MORAN: 2006, 41 e LEITE / MACHADO: 2005, 27.

⁴³⁰ V. www.waipa.org.

⁴³¹ Cf. n.º 1 do art. 1.º dos *Estatutos da Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal*, E.P.E., anexo ao DL n.º 229/2012, de 26 de Outubro.

⁴³² Cf. n.º 3 do art. 1.º dos *Estatutos da Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal*, E.P.E., anexo ao DL n.º 229/2012, de 26 de Outubro.

⁴³³ Não obstante a questão da representação, quer na fase da celebração do contrato, quer na resolução de litígios pela via arbitral, tenha hoje um acolhimento legal expresso, nem por isso a mesma deixa de ser representativa de uma particularidade subjacente ao ordenamento jurídico português relativamente a esta questão. Na verdade, a mesma originou um parecer do *Conselho Consultivo da PGR* tendente a apaziguar a questão inerente a saber a quem competia representar o Estado Português junto dos Tribunais Judiciais e arbitrais em acções emergentes de *CI*. Para uma análise ao parecer em questão, V., Parecer – P000741991. Disponível em www.dgsi.pt.

da nacionalidade, caracterizando a existência de “um regime liberal e não discriminatório para o i.e.” (MONCADA: 2007, 95).

Esta configuração do regime contratual do *CI* no ordenamento jurídico português faz denotar outra particularidade evolutiva do regime instituído. Na verdade, era comum entre nós designar a legislação que disciplina as questões que agora tratamos como «Código de Investimentos Estrangeiros», codificação tida como especial neste domínio⁴³⁴.

Não obstante a expressão mencionada já não fosse utilizada no DL n.º 321/95, de 28 de Novembro, a mesma tinha em si subjacente a necessidade de estabelecer minuciosamente uma realidade pré-determinada (v.g., relações laborais, transferência de tecnologia), fruto de um espírito que visava encerrar uma realidade normativa em si mesma, onde, não raras vezes, existiam conotações discriminatórias e tendentes a conservar interesses nacionais. Na verdade, Portugal alinhava, deste modo, pelo figurino inerente aos *países em desenvolvimento*, dado que as práticas adoptadas pelos *países desenvolvidos* revelam a adopção de *leis* (em sentido amplo), díspares e não de Códigos sistematicamente ordenados⁴³⁵.

Hoje verifica-se a adopção por parte do ordenamento jurídico português das práticas utilizadas, neste domínio, por parte dos *países desenvolvidos*, como o comprova a adopção do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro. No entanto, e não obstante esta evolução, a mesma apresenta, como desvantagem, a impossibilidade de oferecer ao investidor um conhecimento mais amplo das realidades que envolvem o *IE*⁴³⁶.

Por outro lado, verificamos que o DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, determina a utilização da figura do *CI* segundo um regime específico. Este regime traduz-se no *regime contratual de investimento* que, por sua vez, é configurado, à luz do seu preâmbulo, como “um regime especial de contratação de apoios e incentivos exclusivamente aplicável a grandes projectos de investimento e que, por conseguinte, não exclui o regime geral de investimento”⁴³⁷.

⁴³⁴ No mesmo sentido, MONCADA: 2007, 99.

⁴³⁵ Salientando este facto, SORNARAJAH: 2010, 285 e PARRA: 1993, 312.

⁴³⁶ No mesmo sentido, SORNARAJAH: 2010, 90.

⁴³⁷ O *regime geral de investimento* é composto, embora não exclusivamente, pela possibilidade de se aceder a fundos da *UE*, mais concretamente dos que derivam actualmente do *IV Quadro Comunitário de apoio 2007-2013*, inerente ao *QREN* que, por sua vez, procede a uma sistematização através de *programas operacionais temáticos* e de *programas operacionais regionais*, para as regiões do continente

2.4.1 – Regime Contratual enquanto regime especial do *Contrato de Investimento*

Compreendendo, agora, que o *CI* é subjacente a um específico regime contratual, o *regime contratual de investimento*, que configura um “regime especial de contratação”, o mesmo ainda pouco nos diz sobre o porquê da existência deste tipo de regime. Na verdade, a sua existência corresponde a uma prática elucidada pela UNCTAD quando refere a *existência de regimes jurídicos especiais* para o investimento contratual mais favoráveis para o investidor do que os *regimes normais de investimento*⁴³⁸.

No entanto, cumpre salientar que o *regime contratual de investimento* estabelece uma imposição que não pode ser desconsiderada no âmbito da compreensão do actual *sistema internacional do investimento*.

Como demonstra o preâmbulo do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, o *CI* surge como um *contrato principal* cuja primazia determina a necessidade de todos os contratos que a ele sejam apensados se subjuguem à sua disciplina. Dada esta característica, podemos dizer que o *CI* é um *contrato complexo*, na medida em que procede à conformação de um *quadro normativo* cujo objectivo visa agregar diversas realidades contratuais, designadamente, *contratos fiscais*, *contratos de concessão*, *contratos sobre o exercício de poderes públicos* e *contratos de concessão de incentivos financeiros*. No entanto, a consequência que deriva do facto de se considerar o *CI* como *contrato principal* determina, em função da influência do *sistema internacional do investimento* – enquanto resposta às especificidades próprias do *direito do investimento* –, que todos os restantes contratos se subordinem a esta específica realidade contratual, sendo influenciados, também, pelas características próprias de um sistema em construção.

e para as regiões autónomas, sobressaindo o *Sistema de Incentivos às Empresas*. Segundo dados recolhidos junto da AICEP a minuta do modelo contratual a que se reporta o *regime geral de investimento* corresponde ao *contrato de Concessão de Incentivos Financeiros*, sendo que o mesmo, no domínio da *jurisprudência portuguesa*, surge inequivocamente como um *contrato administrativo*. Cf. TC – Acórdão N.º 218/2007; STA – Processo N.º 378/11, de 30 de Maio de 2012; TCAN – Processo N.º 1167/08.5BEBRG, de 27 de Outubro de 2011 e TCAS – Processo N.º 7625/11, de 3 de Novembro de 2011. Ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt e www.dgsi.pt.

⁴³⁸ Cf. UNCTAD: 2004, 56.

Todavia, não obstante a “*especialidade*” deste tipo de regime, cumpre salientar que o *CI* emerge de uma realidade que faz destacar, como características ínsitas ao mesmo, a sua *confidencialidade* e o receio de que a sua *divulgação* afete negativamente futuras negociações⁴³⁹. Este facto, faz com que estes contratos sejam submetidos a um *dever de sigilo*, como é o caso português⁴⁴⁰, dificultando não só a sua análise, mas também a *transparência* das contrapartidas que são estabelecidas assim como da compreensão de *elementos obrigatórios* que devem constar dos *CI*⁴⁴¹.

Em virtude destas características, a doutrina alude a uma certa “opacidade” deste contrato, impedindo, desde logo, que certos grupos ou indivíduos afectados por um investimento, possam ter uma palavra a dizer sobre os mesmos⁴⁴², o que não deixa de ser constrangedor em virtude do *CI* corresponder a uma realidade que representa, não raras vezes, elevados impactos num ordenamento jurídico em virtude do tipo de investimentos a que estão subjacentes⁴⁴³. Na verdade, para além da possibilidade da regulação de determinadas questões fiscais, os domínios preferenciais da sua utilização correspondem, designadamente, a sectores como o da *energia*, da exploração de *recursos naturais* bem como em *infraestruturas essenciais*⁴⁴⁴, podendo determinar um impacto profundo em termos *ambientais* e até *mesmo sociais*.

Por outro lado, cremos que não seja completamente irrealista a possibilidade de se estabelecerem certo tipo de negociações que adquirem uma relevância controvertida. Referimo-nos às *actuações informais*⁴⁴⁵, ou seja, “«negociações», «acordos» entre a Administração e os interessados em torno de um procedimento legal e regulamentarmente estabelecido” (BOLADO, 2001, 172); de “todo o acto da Administração que não corresponde a um modelo pré-definido, a uma forma estabelecida e regulada pelo ordenamento jurídico em termos abstractos” (GONÇALVES: 2004, 51).

⁴³⁹ Neste sentido, TIENHAARA: 2009, 5.

⁴⁴⁰ Cf. n.º 6 do art. 5.º do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro.

⁴⁴¹ Referimo-nos às alienas *a), b), c), d) e e)* do n.º 2 do art. 12.º dos *Estatutos da AICEP*, anexo ao DL n.º 229/2012, de 26 de Outubro de 2012.

⁴⁴² No mesmo sentido, COLÓN-RÍOS / HEVIA: 2009, 1311 e COTULA: 2007, 1.

⁴⁴³ No mesmo sentido, TIENHAARA: 2009, 26.

⁴⁴⁴ Cf. TAVARES DA SILVA: 2013, 133; ZIVKOVIC: 2012a, 2; TIENHAARA: 2009, 5; COTULA: 2007, 2; MANIRUZZAMAN: 1990, 53.

⁴⁴⁵ Sobre as *actuações informais*, TAVARES DA SILVA: 2008b, 893 e ss.

Esta realidade, se partirmos do entendimento da doutrina nacional que chama à atenção para a inexistência no ordenamento jurídico português de um *numerus clausus* das formas de actuação da administração⁴⁴⁶, parece encontrar eco na *al. b)* do n.º 1 do art. 12.º, Capítulo II, dos Estatutos da *AICEP*, anexo ao DL n.º 229/2012, de 26 de Outubro, que, para além da doutrina chamar a atenção para o facto deste tipo de acordos surgirem associados a processos de negociações de grandes projectos nacionais⁴⁴⁷, determina a possibilidade da prossecução das atribuições da *AICEP* ser efectuada através da celebração de “[p]rotocolos ou acordos preliminares no âmbito do apoio a projectos de investimento em Portugal e no exterior”.

A *teleologia* inerente ao *CI* e que o caracteriza enquanto *prestação essencial*, segundo SÉRVULO CORREIA, “é o conjunto de regalias ou incentivos proporcionados pela Administração.” (1987, 425). De facto, uma das manifestações que comprova esta realidade é possível de ser demonstrada através da afinidade, já salientada, entre o *CI*; *contratos fiscais* e os *contratos de concessão de incentivos financeiros*.

Mas se o conjunto de regalias e incentivos proporcionados surge como uma das principais características do *CI*, necessário é ter em devida consideração o *facto* que lhes dá origem, ou seja, o cumprimento de determinadas obrigações de quem as usufrui. Na verdade, não raras vezes, estes contratos surgem associados a uma *prestação de facere* cuja *iniciativa* e *execução*, não obstante parta do *investidor* como realização de uma oportunidade de negócio, visa satisfazer, ainda que *indirectamente*, pois apenas se estabelece um quadro normativo que incentiva à realização do mesmo e não uma interpelação directa ao investidor para que o execute, uma necessidade que é considerada de “*especial interesse para a economia portuguesa*”, facto que traduz a avaliação do mérito do projecto por parte da *AICEP*.

É em virtude deste facto que se alude à necessidade do *objecto* deste *contrato* ter de preencher, *cumulativamente*⁴⁴⁸, dois conceitos inerentes a uma *grandeza de ordem quantitativa*, ou seja, que revistam o conceito de “*grandes projectos de investimento*”⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Cf. GONÇALVES: 2004, 52.

⁴⁴⁷ Cf. TAVARES DA SILVA: 2008b, 915.

⁴⁴⁸ Cf. MONCADA: 2007, 114.

⁴⁴⁹ À luz das al.ºs. *a)* e *b)* do n.º 2 do art. 1.º do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, são considerados grandes projectos de investimento os investimentos cujo valor exceda 25 milhões de euros, independentemente do sector de actividade, da dimensão ou da nacionalidade e da natureza jurídica do investidor, a realizar de uma só vez ou faseadamente até três anos, ou então, os projectos que não atinjam

– ilustrando a neutralidade da relevância da natureza jurídica do investidor –, e outro, de *grandeza qualitativa*, quando “*demonstrem especial interesse para a economia portuguesa*”.

Não obstante o primeiro requisito não levante, à partida, grandes dificuldades, o mesmo já não será possível de dizer relativamente ao segundo em virtude de entrarmos no campo da *discricionarietà administrativa*. No entanto, é possível avançar com alguns casos reveladores desta qualificação por via dos despachos publicados em *Diário da República* que aprovam as *minutas de CI*.

Assim, são merecedores de tal qualificação os *CI* que versem sobre relançamento de *actividades de extracção e beneficiação mineira*⁴⁵⁰; *construção e equipamento de unidades fabris no domínio petroquímico*⁴⁵¹; *em produtos multimédia*⁴⁵²; *no domínio da construção automóvel*⁴⁵³; *empreendimentos turísticos*⁴⁵⁴; *desenvolvimento de softwares*⁴⁵⁵ ou até mesmo a *produção de louça de mesa*⁴⁵⁶.

De toda esta realidade, cremos que seja legítimo afirmar que um dos factores determinantes e inerentes a esta qualificação deriva, não só mas também, da dinamização da actividade laboral, designadamente, na *criação de postos de trabalho*.

2.4.2 - Cláusulas de Estabilização e Cláusulas de Intangibilidade

Do exposto até ao momento, cremos que seja legítimo evocar uma evidência. A mesma traduz os *avultados custos* que em regra são inerentes a grandes investimentos, aos quais se associam a uma *relação jurídica de longa duração*. Em face desta realidade, é comum enfatizar-se a circunstância de, não raras vezes, “a contratualização dos investimentos estrangeiros traduz[ir]-se (...) numa garantia de salvaguardas contra a ingerência estadual nas empresas estrangeiras” (CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 1025).

os 25 milhões de euros, que sejam da iniciativa de uma empresa com facturação anual consolidada superior a 75 milhões de euros ou de uma entidade de tipo não empresarial com orçamento anual superior a 40milhoes de euros.

⁴⁵⁰ Cf. Despacho n.º 98/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 3 – 4 de Janeiro de 2013.

⁴⁵¹ Cf. Despacho n.º 1924/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 23 – 1 de Fevereiro de 2013.

⁴⁵² Cf. Despacho n.º 1925/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 23 – 1 de Fevereiro de 2013.

⁴⁵³ Cf. Despacho n.º 1926/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 23 – 1 de Fevereiro de 2013.

⁴⁵⁴ Cf. Despacho n.º 3032/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 40 – 26 de Fevereiro de 2013.

⁴⁵⁵ Cf. Despacho n.º 3033/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 40 – 26 de Fevereiro de 2013.

⁴⁵⁶ Cf. Despacho n.º 4784/2013, *D. R.*, 2.ª Série – N.º 68 – 8 de Abril de 2013.

Não obstante o regime português inerente ao *CI* prima pelo *princípio da não discriminação do investimento em razão da nacionalidade*, o facto é que são essencialmente os *investidores estrangeiros* que a ele acedem tal como o comprova os despachos que aprovam as *minutas do CI*.

Existindo no *sistema internacional do investimento* uma preocupação acrescida na salvaguarda destes específicos investidores⁴⁵⁷, não raras vezes se assiste, para a sua protecção, à aposição, em *CI's*, de determinadas cláusulas com vista a alcançar esse desiderato.

Segundo SORNARAJAH, as cláusulas mais comuns a serem apostas são: (i) as *cláusulas da escolha da lei aplicável*, denotando-se uma preferência na adopção de *princípios gerais de direito* à luz do sistema internacional; (ii) *cláusulas de arbitragem*, que permitem que este tipo de contratos “se movam” para fora da influência do *direito interno* de um *Host State* e (iii) de *cláusulas de estabilização*⁴⁵⁸.

Tendo como *ratio* alcançar uma relação contratual pautada por um *quadro jurídico de estabilidade e confiança* sob a influência do ordenamento jurídico internacional, as *cláusulas de intangibilidade* e as *cláusulas de estabilização*, traduzem-se, segundo VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS, numa “auto-vinculação do Estado e na conseqüente restrição da sua soberania” (2013, 162)⁴⁵⁹. É com base nesta *vinculação estadual* que os investidores estrangeiros procuram “estabilizar” regimes jurídicos nos domínios legislativo, fiscal e regulamentar⁴⁶⁰.

A diferença entre ambas as cláusulas – embora se saliente uma predominância na utilização das *cláusulas de estabilização* em detrimento das *cláusulas de intangibilidade*⁴⁶¹ –, reside no facto de, nas *cláusulas de intangibilidade*, os *Host States* assumam uma *verdadeira obrigação* de se absterem, por via unilateral, de proceder a uma alteração posterior do quadro normativo⁴⁶².

⁴⁵⁷ Neste sentido, TAVARES DA SILVA: 2013, 117 e ss.

⁴⁵⁸ Cf. SORNARAJAH: 2010, 281 e ss.

⁴⁵⁹ Referindo-se a uma *vinculação estadual* no domínio das *cláusulas de estabilização*, TAVARES DA SILVA: 2013, 126.

⁴⁶⁰ Neste sentido, HIRSCH: 1992, 142 e 143.

⁴⁶¹ Cf. WEIL: 2000, 331.

⁴⁶² Cf. LIMA PINHEIRO: 2005a, 170 e *Idem*: 2003, 804. Sobre a diferença destas cláusulas no domínio do direito do petróleo, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 159 e ss.

No entendimento da doutrina portuguesa, alude-se a um *princípio geral de intangibilidade* onde “o contrato ficaria *imunizado* ante eventuais modificações legislativas supervenientes que pudessem afectar a posição jurídica (e financeira) das partes (...) e nesta conformidade, o contrato permaneceria como uma “*zona de excepção*” em que tais modificações não poderiam operar” (VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO: 2013, 160). No entanto, alerte-se para o facto de ser apenas um *princípio* e como tal não ser possível a sua absolutização.

Já para DÁRIO MOURA VICENTE as *cláusulas de intangibilidade* “vedam ao Estado a alteração unilateral do regime contratual, assim como a rescisão do contrato, ainda que por motivos de interesse público” (2006, 310).

Quanto às *cláusulas de estabilização*, cujo principal efeito, para FAUSTO DE QUADROS, é o da *internacionalização dos respectivos contratos*⁴⁶³, entendimento também partilhado por LIMA PINHEIRO no que diz respeito aos *contratos de Estado*⁴⁶⁴, existe a possibilidade da legislação superveniente ser aplicada aos contratos celebrados. No entanto, estes passam a dispor, *intrinsecamente*, de mecanismos idóneos a proporcionarem soluções face a eventuais ajustamentos que sejam necessários⁴⁶⁵.

Não sendo este específico tipo de cláusulas irrelevante em investimentos relacionados com *recursos naturais*, no *sector energético* e em *projectos de infra-estruturas*⁴⁶⁶, o facto é que estas cláusulas derivam da necessidade da amortização de elevados custos iniciais dos projectos de investimento, em regra por longos períodos de tempo. É deste modo que estas cláusulas, para os investidores, configuram um meio de se mitigar o risco, um mecanismo de credibilidade face a eventuais mudanças na legislação que sejam susceptíveis de afectar negativamente a rentabilidade de um investimento⁴⁶⁷.

Todavia, as *cláusulas de estabilização* não são isentas de controvérsia. Na verdade, e segundo SEMBERG, verifica-se que as regulações nos domínios do

⁴⁶³ Cf. QUADROS: 1998, 54. Expondo esta possibilidade, SORNARAJAH: 2010, 282 e LIMA PINHEIRO: 2005a, 170.

⁴⁶⁴ Cf. LIMA PINHEIRO: 2003, 804.

⁴⁶⁵ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO: 2013, 161; HALABI: 2011, 265 e LIMA PINHEIRO: 2005a, 170 e *Idem*: 2003, 804.

⁴⁶⁶ Cf. TAVARES DA SILVA: 2013, 133; SEMBERG: 2008, 4 e COTULA: 2007, 2.

⁴⁶⁷ Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 159; VICENTE: 2011, 752; *Idem*: 2006, 310; HALABI: 2011, 290; SORNARAJAH: 2010, 281; TIENHAARA: 2009, 7; SEMBERG: 2008, 4 e UNCTAD: 2004, 56.

ambiente e até mesmo na área *laboral e fiscal*, tornaram-se um custo acrescido para os investidores. A forma de contornar estes “custos” deriva da utilização deste tipo de cláusulas⁴⁶⁸, que apresentam uma *geometria algo variável*, quer por via das *freezing clauses*⁴⁶⁹, *economic equilibrium clauses*⁴⁷⁰ quer das *hybrid clauses*⁴⁷¹.

Por outro lado, a sua própria *admissibilidade* não é pacífica. Não obstante se observe à sua relativa aceitação no *plano internacional*⁴⁷², questão que também não é pacífica quando correlacionada com o *princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais*⁴⁷³, a sua admissibilidade, no *plano interno*, tende a questionar a possibilidade, por via contratual, da validade de cláusulas que visem determinar a não aplicação de uma determinada lei, contribuindo, deste modo, para obscurecer as deficiências de uma democracia representativa⁴⁷⁴.

Para DÁRIO MOURA VICENTE, as *cláusulas de estabilização* dever-se-ão considerar válidas desde que não afectem a possibilidade de o Estado legislar nas matérias abrangidas pelo contrato, não obstante essa legislação não se aplique à relação contratual ou, aplicando-se, tenha de respeitar as disposições contratuais⁴⁷⁵.

2.4.3 – Relacionamento do *Contrato de Investimento* com *Acordos Internacionais de Investimento*

O relacionamento entre o *CI* e *acordos internacionais de investimento* é uma realidade que surge como uma das mais recentes interações no plano da arbitragem

⁴⁶⁸ Para uma análise deste tipo de cláusulas, V., SHERBERG, 2008, 4.

⁴⁶⁹ Este tipo de cláusulas, consideradas em desuso, podem surgir sobre duas formas: “congelamento” *completo* ou *limitado*. Todavia, a sua *ratio* visa tornar as alterações legislativas inaplicáveis aos contratos. Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 161; TIENHAARA: 2009, 8; SHERBERG: 2008, 5 e LIMA PINHEIRO: 2003, 804 e 805.

⁴⁷⁰ Este tipo de cláusulas, também susceptíveis de terem uma abrangência *total* ou apenas *limitada*, visam determinar, não obstante a aplicação de novas leis, a compensação ao investidor do dever de as cumprir quando uma modificação legislativa ou regulatória interfira com o equilíbrio financeiro do contrato. Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 161; TIENHAARA: 2009, 8; SHERBERG: 2008, 5 e LIMA PINHEIRO: 2003, 805.

⁴⁷¹ Este tipo de cláusulas procede a uma osmose das *freezing clauses* e das *economic equilibrium clauses*. Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 161 e SHERBERG: 2008, 5.

⁴⁷² Neste sentido, COTULA: 2007, 2.

⁴⁷³ Cf. BROWNLIE: 2003, 526.

⁴⁷⁴ No mesmo sentido, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 162 e 163; SORNARAJAH: 2010, 283; COLÓN-RÍOS / HEVIA: 2009, 1311 e COTULA: 2007, 3.

⁴⁷⁵ Cf. VICENTE: 2006, 311.

internacional. Não sendo uma realidade isenta de controversa⁴⁷⁶ e até mesmo de soluções unívocas, a verdade é que a necessidade da sua compreensão é vista como um sintoma ou aproximação do despoletar de uma “*idade adulta*” do *sistema internacional do investimento*⁴⁷⁷.

Como salientado *supra*, existem múltiplos *acordos internacionais multilaterais* que visam estabelecer disposições sobre questões inerentes ao investimento, designadamente o *TCE*, o *NAFTA* ou a *Convenção de Washington*, bem como de *acordos internacionais bilaterais*, os *BIT's*.

Uma das similitudes entre a via *multilateral* e a via *bilateral* nos *acordos internacionais* relativos ao investimento pauta-se pelo facto das questões abordadas não visarem estabelecer única e exclusivamente a indicação de *procedimentos processuais* vinculativos para a *resolução de litígios*. Sendo uma das suas características mais evidentes e aquela que traduz a base da construção de grande parte do *sistema internacional de investimento*, o certo é que, não raras vezes, se assiste à existência de *standards de protecção* que conferem, também, *direitos substantivos*, principalmente aos investidores, para alcançar uma protecção efectiva⁴⁷⁸ contra *tratamentos discriminatórios* bem como da necessidade de se proceder a um *tratamento justo e equitativo* (v.g., art. 10.º do *TCE*; art.º 1105.º (Minimum Standard of Treatment) do *NAFTA* e o art. 3.º (Tratamento dos investimentos) do *BIT* entre Portugal e a China).

Este facto faz com que SUZANA TAVARES DA SILVA afirme, no âmbito de protecção dos investidores, que “não se aprova um regime jurídico material, mas sim um misto de regras materiais, normas de conflito e disposições de metaregulação, sendo estas orientações depois concretizadas no âmbito de um *sistema internacional de protecção dos investidores*, que se traduz em arbitragens internacionais conformadas por um especial contexto institucional e processual” (2013, 132).

À luz deste entendimento, chama-se a atenção para a existência de certas posições doutrinárias, designadamente de MANIRUZZANAN, que salientam o facto destes *acordos internacionais*, principalmente os *multilaterais*, determinarem não só o modo de conformação dos litígios segundo as suas próprias disposições, como uma

⁴⁷⁶ Neste sentido, ALSCHNER: 2013, 1 e ss; CRAWFORD: 2007, 1 e ss; WONG: 2006, 137 e ss e VICUÑA: 2004, 349 e ss.

⁴⁷⁷ Cf. ROBERTS: 2013, 55.

⁴⁷⁸ Cf. ROBERTS: 2013, 40 e 41.

delimitação do âmbito das questões susceptíveis de serem invocadas. Esta realidade, para o autor em questão, determina a subalternização de grande parte do conteúdo e até mesmo das disposições legais inseridas no *CI*, tendo, como consequência, a aplicação de *regras e princípios de direito internacional*.⁴⁷⁹

Na verdade, exemplos desta realidade são possíveis de ser encontrados, designadamente, nas disposições do *TCE* (onde o investidor só poderá invocar a *violação de normas relativas à promoção e protecção do investimento* nos termos do art. 10.º a 17.º do respectivo tratado), bem como no *NAFTA*, onde a doutrina chama a atenção para o facto dos art.º 1116.º e 1117.º deste *acordo internacional multilateral*, restringir o âmbito de reivindicações susceptíveis de serem submetidos à arbitragem, dada a necessidade de se estabelecer uma *violação de uma obrigação* nos termos específicos do Capítulo XI, capítulo relativo ao investimento⁴⁸⁰.

Se a realidade da relação entre *CI* e *acordos internacionais de investimento* surge como uma evidência no plano *multilateral*, também constatamos que a mesma surge, de um modo mais acérrimo, na doutrina que se debruça na análise desta relação à luz das disposições *bilaterais*, ou seja, dos *BIT's*.

De facto, uma das características dos *BIT's* é a *convergência e similitude* quanto à sua *estrutura e conteúdo*⁴⁸¹. Não obstante se considere que a *primeira geração* destes instrumentos internacionais bilaterais fosse pautada por um carácter de *incompletude e imprecisão*, salienta-se, actualmente à luz da *segunda geração* de *BIT's*⁴⁸², uma maior *pormenorização e complexidade* do alcance das suas disposições.

É deste modo que a osmose entre os *BIT's* e *CI* assume um ponto de tal ordem que WOLFGAND ALSCHNER vê nos *BIT's*, não obstante assumam a sua evolução, contratos incompletos entre Estados contratantes, pautados por lacunas contratuais que assim são deixadas estrategicamente para uma concreta determinação nas relações posteriormente estabelecidas com os investidores⁴⁸³.

Com base nesta característica, alude-se ao facto dos *BIT's*, não raras vezes, vislumbrarem disposições que visam garantir *standards de protecção* aos

⁴⁷⁹ Cf. MANIRUZZAMAN: 2001, 325.

⁴⁸⁰ Cf. CRAWFORD: 2007, 12.

⁴⁸¹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 205 e 206; SORNARAJAH: 2010, 81 e OCDE: 2006, 158 e ss.

⁴⁸² No mesmo sentido, ALSCHNER: 2013, 1.

⁴⁸³ Cf. ALSCHNER: 2013, 8.

investidores⁴⁸⁴. Estes *standards* derivam das disposições que estabelecem *normas gerais para o tratamento dos investimentos e investidores estrangeiros*, abordando questões tão diversas como: um *tratamento justo e equitativo*; disposições sobre a *segurança e protecção de legítimas expectativas*; salvaguarda contra *medidas injustificadas ou discriminatórias*; *tratamento da nação mais favorecida* e o *cumprimento de obrigações contratuais*⁴⁸⁵.

É com base nesta particularidade que se observa a emergência de um relacionamento necessário entre *CI* e *BIT's*, relação esta que é vista, por alguns autores, como um sintoma da *internacionalização* deste contrato⁴⁸⁶.

Todavia, afirmar liminar e automaticamente uma co-relação entre estas duas realidades está longe de manifestar algo de pacífico. No cerne da polémica, questiona-se, enquanto principais problemas: (i) o facto de nem sempre as *violações de acordos internacionais* serem sinónimos de *violações dos CI's* ou vice-versa⁴⁸⁷; (ii) a própria jurisprudência dos tribunais arbitrais ser dissonante na admissão desta co-relação⁴⁸⁸ e (iii) problematizar-se quais os tipo de *direitos contratuais* que devem ser protegidos, bem como das consequências, em termos do acréscimo de litigância, que os mesmos acarretam⁴⁸⁹.

No entanto, as posições que apelam à admissibilidade desta relação chamam à atenção, designadamente nos *BIT's*, da necessidade dos mesmos conterem *disposições amplas* de modo a que o âmbito de reivindicações susceptíveis de serem invocadas incluam, também, questões inerentes às relações contratuais⁴⁹⁰. Todavia, esta específica relação apresenta graves dificuldades de sedimentação dada a tendência de uma crescente *pormenorização* dos *BIT's* actuais.

O mecanismo, não menos controverso, que surge como tentativa de afirmação da relação entre *CI* e *BIT's* deriva da existência de um tipo de cláusulas, próprias dos

⁴⁸⁴ Salientando esta realidade, DUARTE: 2012b, 128.

⁴⁸⁵ Enaltecendo a inserção de direitos contratuais nos tratados de investimento, SINCLAIR: 2009a, 95. Sobre a existência de *standards* de protecção no domínio do investimento, SORNARAJAH: 2010, 334 e ss; SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 126 e ss e DOLZER / STEVENS: 1995, 58 e ss.

⁴⁸⁶ Cf. SALACUSE / SULLIVAN: 2009, 128 e VICUÑA: 2004, 349.

⁴⁸⁷ Cf. DUARTE: 2011, 266 e 267 e SCHREUER: 2004, 249 e 250.

⁴⁸⁸ Cf. SINCLAIR: 2009a, 95 e ss e WONG: 2006, 155 e ss.

⁴⁸⁹ Chamando a atenção para esta realidade, ZIVKOVIC: 2012b, 145.

⁴⁹⁰ Cf. CRAWFORD: 2007, 12 e UNCTAD: 2004b, 16.

BIT's, em regra agrupadas junto dos *standards de tratamento* dos investidores estrangeiros⁴⁹¹, que visam assegurar o dever dos Estados contratantes observarem e cumprirem todas as obrigações que tenham assumido em relação a nacionais da outra parte contratante no seu território⁴⁹². A este tipo de cláusulas, a doutrina tem vindo a denominá-las como “*umbrella clauses*”⁴⁹³ sendo que, no ordenamento jurídico português, LIMA PINHEIRO designa-as como “cláusulas-quadro” (2008, 93).

A existência deste tipo de cláusulas nos *BIT's*, cuja origem moderna a doutrina atribui ao projecto de acordo de pagamento do programa de nacionalizações iranianas no domínio do petróleo na década de 50⁴⁹⁴, vistas como um sintoma da tensão permanente entre *países desenvolvidos* e *países em desenvolvimento*, não representa um carácter irrelevante. Isto porque cerca de 40% dos *BIT's* existentes apresentam este tipo de cláusulas⁴⁹⁵.

Segundo STEPHAN SCHILL, as “*umbrella clauses*” constituem um mecanismo de reforço do cumprimento *ex post* das obrigações assumidas pelos *Host States*, considerando que a *ratione materiae* destas cláusulas diz respeito às obrigações assumidas, independentemente da sua natureza, desde que se *qualifiquem* no âmbito de um *investimento* à luz de um tratado de investimento⁴⁹⁶.

A consequência que deriva de toda esta construção é a tentativa de se proceder a uma co-relação entre o *CI* e os *BIT's*. Ao seu abrigo, uma violação das obrigações contratualmente assumidas entre um *Host State* e um *investidor estrangeiro* (*contract claims*), por via da adopção de certos actos legislativos ou regulamentares que afectem a relação contratual, muitas das vezes tidas como *expropriações indirectas*⁴⁹⁷, tendem a surgir como uma violação das disposições previamente celebradas nos *BIT's* entre os Estados contratantes (*treaty claims*).

Não sendo pacífica esta construção, a mesma, que tende a ser progressivamente aceite no plano doutrinal, apresenta, como consequência, uma equiparação entre

⁴⁹¹ Neste sentido, SCHREUER: 2004, 253.

⁴⁹² Cf. ZIVKOVIC: 2012a, 11; SINCLAIR: 2009b, 281; SCHILL: 2008b, 1; WONG: 2006, 144 e DOLZER / STEVENS: 1995, 81 e 82. Salientando o mesmo entendimento no ordenamento jurídico português, DUARTE: 2011, 267 e ss.

⁴⁹³ Cf. DUARTE: 2012b, 129; WONG: 2006, 138 e ss e UNCTAD: 2004b, 17.

⁴⁹⁴ Cf. POTTS: 2011, 1009; WONG: 2006, 145 e SINCLAIR: 2004, 413 e 414.

⁴⁹⁵ Cf. ZIVKOVIC: 2012a, 11; POTTS: 2011, 1007; REGHIZZI: 2009, 40 e OCDE: 2006, 164.

⁴⁹⁶ Cf. SCHILL: 2008b, 67.

⁴⁹⁷ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 425.

contractual violation claims e *treaty violation claims*⁴⁹⁸, aludindo-se, na verdade, ser essa a sua verdadeira *ratio essendi*⁴⁹⁹.

Todavia, esta conclusão é susceptível de diversas nuances, desde logo pelas oscilações sustentadas pelos tribunais arbitrais nesta matéria, designadamente à luz dos *leading cases* *SGS v. Paquistão* e *SGS v. Filipinas*⁵⁰⁰. JAMES CRAWFORD, partindo da análise de diversas decisões arbitrais, considera, ainda assim, ser possível alcançar quatro posições distintas sobre esta matéria.

A *primeira* caracteriza-se por proceder a uma *interpretação restritiva* destas cláusulas (v.g., *SGS v. Paquistão*⁵⁰¹ que influenciou outras decisões arbitrais, designadamente, *Joy Mining vs. Egypt*; *El Paso vs. Argentina* e *Hamester vs. Ghana*)⁵⁰², enaltecendo a sua operatividade, apenas quando haja uma intenção comum das partes no sentido de que qualquer incumprimento do contrato configure uma violação dos *BIT's*. A *segunda* posição tende a considerar a operacionalidade destas cláusulas caso o incumprimento dos contratos derive apenas do *exercício de poderes sobreanos* por parte dos *Host States* (v.g., *El Paso Energy vs. Argentina*). A *terceira* posição vê nestas cláusulas um fenómeno de internacionalização do *CI*, transformando as reivindicações dos contratos em reivindicações dos tratados (v.g., *Eureko vs. Republic of Poland*). Por fim, e em *quarto* lugar, estas cláusulas, sendo operativas, podem fornecer a base para reivindicações substantivas do tratado, mas não convertem reivindicações contratuais em reivindicações do tratado⁵⁰³ (v.g., *SGS v. Filipinas*⁵⁰⁴ que influenciou outras decisões arbitrais, designadamente, *CMS vs. Argentina*; *Noble Ventures vs. Romania* e *BIVAC vs. Paraguay*)⁵⁰⁵.

⁴⁹⁸ Cf. DUARTE: 2012b, 129; *Idem*: 2011, 263; BARROCAS: 2010, 728; TIENHAARA: 2009, 21; REGHIZZI: 2009, 40; LIMA PINHEIRO: 2008, 93; BJORKLUND: 2007, 118; WONG e 2006, 151; UNCTAD: 2006, 66 e VICUÑA: 2004, 352.

⁴⁹⁹ Cf. GAILLARD: 2005, 345 e SCHREUER: 2004, 251.

⁵⁰⁰ Par uma análise destes casos, V., DUARTE: 2012b, 130 e ss.

⁵⁰¹ Para uma análise da decisão, DUARTE: 2012b, 132.

⁵⁰² Para uma análise detalhada de cada uma destas decisões com um *âmbito restritivo* de aplicação das “*umbrella clauses*”, POTTS: 2011, 1012 e ss.

⁵⁰³ Cf. CRAWFORD: 2007, 18 e 19.

⁵⁰⁴ Para uma análise da decisão, DUARTE: 2012b, 136.

⁵⁰⁵ Para uma análise detalhada de cada uma destas decisões com um *âmbito expansivo* de aplicação das “*umbrella clauses*”, POTTS: 2011, 1019 e ss.

Por outro lado, *vaexata questio* é a compreensão do relacionamento que se estabelece quando o próprio *CI* determine não só a *competência* dos tribunais nacionais dos *Host States* para a resolução de litígios, mas também quando determine a lei nacional aplicável à relação jurídica estabelecida, existindo, no entanto, uma violação de um *BIT* cujo conteúdo manifeste a presença de uma “*umbrella clauses*”⁵⁰⁶.

Sendo estas as questões que marcam a actualidade do investimento no plano internacional, consideramos que a sua relevância por parte de alguma doutrina nacional tende a ser, de certo modo, algo desconsiderada. Não obstante existam autores nacionais que chamem a atenção para a realidade da interação aludida em termos internacionais⁵⁰⁷, verificamos que parte dos autores portugueses que se debruçam sobre a análise estrita do *CI*, analisam-no com base numa perspectiva nacional e europeia⁵⁰⁸, enfatizando a necessidade da salvaguarda das *liberdades fundamentais* que regem o mercado interno, explorando, em alguns casos perfunctoriamente, estes novos desafios que marcam a actualidade no domínio do investimento⁵⁰⁹.

Todavia, cremos que a realidade *supra* salientada urge em ser apreendida com a devida consideração por parte do ordenamento jurídico português. Não obstante se reconheça a inexistência deste tipo de casos que envolvam diferendos entre Portugal e investidores no plano internacional⁵¹⁰, cumpre chamar a atenção de múltiplos aspectos que determinam a impossibilidade de marginalizar toda esta realidade.

Existindo recentemente no ordenamento jurídico português uma forte aposta no *IE* (v.g., *energias renováveis*), bem como de mecanismos com ele relacionados susceptíveis de alavancar a economia e o desenvolvimento de Portugal (v.g., *crédito fiscal extraordinário ao investimento*)⁵¹¹, determinam, a nossa ver, a necessidade de se ter em conta, também, o paradigma internacional evocado. A confirmá-lo está o facto de Portugal ser um dos signatários do *TCE* bem como da *Convenção de Washington*, cuja arbitragem resolve cerca de 2/3 dos litígios no seio do *IE*⁵¹².

⁵⁰⁶ Expondo esta possibilidade, SCHILL: 2008b, 48 e 49.

⁵⁰⁷ Cf. VIEIRADE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 199 e ss; VICENTE: 2011, 761 e ss; BARROCAS: 2010, 728 e DUARTE: 2008, 781 e ss.

⁵⁰⁸ Designadamente, MONCADA: 2012a, 470; *Idem*: 2012b, 209; *Idem*: 2007, 111 e ss; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 216 e ss e CUNHA: 2006, 65 e ss.

⁵⁰⁹ Cf. MONCADA: 2007, 144 e CUNHA: 2006, 115 e 116.

⁵¹⁰ Neste sentido, DUARTE: 2008.

⁵¹¹ Cf. L n.º 49/2013, de 16 de Julho.

⁵¹² Cf. VICENTE: 2011, 756.

Por outro lado, cumpre destacar a existência de um considerável número de *BIT's* portuguesas em vigor⁵¹³, dos quais se destacam um relacionamento com países tão importantes no contexto internacional do investimento como a Alemanha, a Índia ou até mesmo a China.

Aliado a este facto cumpre ainda destacar dois aspectos. O primeiro deriva do facto do modelo português de *BIT's* determinar, dentro da “*fork in the road*” (SCHREUER: 2004, 239) dos mecanismos de resolução de litígios, a *arbitragem ICSID* como uma das principais vias⁵¹⁴. Por outro lado, e em segundo lugar, existe a possibilidade do paradigma inerente às “*umbrella clauses*” não ser uma questão irrelevante no ordenamento jurídico português.

De facto, fica a dúvida se a amplitude do n.º 2 do art. 10.º do *Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*⁵¹⁵, quando determina que “[a]s Partes cumprirão qualquer outra obrigação assumida em relação aos investimentos realizados por investidores da outra Parte no seu território”, não implicará a sua qualificação como uma verdadeira “*umbrella clause*”.

Fora do contexto da protecção prévia dos *BIT's*, cumpre chamar a atenção para o facto do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, determinar, à luz do n.º 1 do art. 9.º, o recurso da via arbitral como uma das possibilidades da resolução de litígios emergentes da interpretação e aplicação do *CI*, com excepção da matéria relativa aos incentivos fiscais.

A amplitude dada pelo artigo em questão, não referindo o carácter nacional ou internacional da *arbitragem*⁵¹⁶, potencia a possibilidade do recurso à *arbitragem internacional* (uma vez que surge como o mecanismo privilegiado neste domínio)⁵¹⁷.

⁵¹³ Segundo os dados disponíveis da AICEP, encontram-se em vigor, até 1 de Agosto de 2013, os *BIT's* celebrados entre Portugal e a Albânia; Alemanha; Argélia; Argentina; Bulgária; Cabo Verde; Chile; China; Coreia do Sul; Croácia; Cuba; Emirados Árabes Unidos; Egipto; Eslováquia; Eslovénia; Filipinas; Guiné-Bissau; Hungria; Ilhas Maurícias; Índia; Koweit; Letónia; Líbia; Lituânia; Macau; México; Moçambique; Paquistão; Paraguai; Perú; Polónia; Qatar; República Checa; Roménia; Sérvia; Timor-Leste; Tunísia; Turquia; Ucrânia; Uruguai e a Venezuela. Cf. www.aicep.pt.

⁵¹⁴ Cf. VICENTE: 2011, 763.

⁵¹⁵ Aprovado pelo Decreto n.º 17/2008, de 26 de Junho.

⁵¹⁶ Cf. CUNHA: 2006, 116.

⁵¹⁷ No mesmo sentido, SORNARAJAH: 2010, 286; SCHILL: 2008b, 15 e SCHREUER: 2004, 241.

A existir esta possibilidade, tida como plausível por SÉRVULO CORREIA⁵¹⁸, e não raras vezes determinada pela existência de *cláusulas compromissórias* no contrato⁵¹⁹, cumpre saber se o *carácter genérico do consentimento estadual à arbitragem internacional*, que se salienta ser comum nas arbitragens entre um investidor e um *Host State*⁵²⁰, determine a dúvida de saber até que ponto a matéria relativa aos *incentivos fiscais* fique, efectivamente, fora do escrutínio de uma *arbitragem internacional* pautada pelo recurso frequente a outras decisões arbitrais, por via dos precedentes⁵²¹, que, assim, vão contribuindo para a formação de um *corpo de direito do investimento estrangeiro*⁵²².

2.5 – Conclusão da Segunda Parte

O caminho trilhado ao longo da segunda parte da presente exposição foi conduzido, em primeiro lugar, com o objectivo de elucidar a progressão das transformações do Estado ocorridas com especial destaque no domínio jurídico-económico. Sendo a *regulação* (em sentido amplo) e a *responsabilidade pública de garantia* a “pedra de toque” do actual paradigma de Estado, verificamos a manifestação da relevância que recai sobre os privados na prossecução das actividades inerentes aos sectores liberalizados e privatizados, principalmente das *public utilities* que, por sua vez, potenciam a existência de fluxos de *IE*.

Em segundo lugar, verificamos que a mobilização de *expedientes consensuais* na conformação das actuações estaduais, atendendo ao ordenamento jurídico português no domínio do *IE*, determinam a qualificação do *CI* como um efectivo *contrato*, em virtude da amplitude das características do *conceito de contrato* que o ordenamento jurídico português acolhe, não se reconduzindo, estas características, inteiramente às do seu congénere no ordenamento jurídico francês.

No entanto, o facto de o *CI* estar inserido num regime contratual, tido como um regime especial de contratação, que estabelece um quadro normativo que influencia

⁵¹⁸ Segundo Sêrvulo Correia, os litígios emergentes do *CI*, previsto no DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, serão também diferendos «directamente decorrentes de um investimento», na acepção prevista no n.º 1 do art. 25.º da *Convenção de Washington*, na medida em que a operação incentivada mereça a qualificação de investimentos. Cf. SÉRVULO CORREIA: 2010, 822 e 823.

⁵¹⁹ Dando conta deste entendimento, HARTEN: 2005, 606; HIRSCH: 1992, 48 e KAHN: 1968, 7.

⁵²⁰ Cf. HARTEN: 2005, 607.

⁵²¹ Cf. SCHILL: 2011b, 881; *Idem*: 2008a, 21 e LIMA PINHEIRO: 2005b, 396.

⁵²² Neste sentido, LOWENFELD: 2008, 572.

todos os contratos que a ele se subordinem, manifesta a existência de uma realidade que é caracterizada pela existência de uma “confidencialidade”, e da existência de características que apelam à sua internacionalização, designadamente, e de um modo especial, por via da aposição de *cláusulas de estabilização*.

Por outro lado, e por fim, observa-se um relacionamento, tido como necessário mas não absoluto, entre o *CI* e *acordos internacionais de investimento*, cujas características apelam a uma zona de confluência de um feixe de relações heterogéneas. Manifestado com especial acuidade no seio da arbitragem *ICSID*, tal relacionamento é estabelecido entre *tratados* (mormente *BIT's*) e *contratos (CI)*, cuja relação configura uma verdadeira *vaexata questio* com a presença de “*umbrella clauses*”.

3. Terceira Parte – A natureza jurídica do Contrato de Investimento a partir de subsídios doutrinários

A *natureza jurídica* do *CI* no ordenamento jurídico português não representa uma problemática irrelevante na doutrina⁵²³. Todavia, consideramos que grande parte da alusão que a ela é feita, por vezes por via de uma incidental referência, esforça-se por proceder a uma construção cujos argumentos se concentram num plano meramente interno.

Contra esta tendência, situam-se as mais recentes alusões à *natureza jurídica do CI*, teorizadas por VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS⁵²⁴ e SUZANA TAVARES DA SILVA⁵²⁵, sendo possível observar a inserção do *CI* sob a influência de outros paradigmas que não os meramente internos.

Compreender a *natureza jurídica do CI* implica, deste modo, compreender toda a volátil dinâmica que a ela subjaz, ou seja, implica uma análise de diferentes paradigmas susceptíveis de ilustrar e enfatizar diferentes influências e perspectivas de análise. Só assim, salvo melhor interpretação, se vislumbram as características específicas inerentes à construção de um *sistema internacional do investimento*, por via da “força irradiante” do *direito do investimento estrangeiro*, onde a sua “pedra de toque”, a *arbitragem internacional*, destaca a convivência de um sistema que vive na intersecção de vários campos de análise⁵²⁶.

Na verdade, é na *arbitragem internacional* que se manifestam grande parte das intercepções no domínio do *investimento*, passando pela fluidez das questões entre o *direito público* e o *direito privado*; ao apelo a diversos e diferentes ramos do direito ou à diversidade da formação académica dos intervenientes que nele participam e deste modo o influenciam⁵²⁷.

É deste modo que partimos para a terceira parte da presente exposição com o intuito de compreender se, de facto, o entendimento proposto por ANTHEA ROBERTS, que apela metaforicamente à figura do ornitorrinco para qualificar o *sistema dos tratados de investimento* como uma realidade *sui generis*⁵²⁸, possa caracterizar, também, a *natureza jurídica do CI*, característica esta também salientada por VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS⁵²⁹.

3.1 – A natureza jurídica do Contrato de Investimento à luz do Direito Privado

⁵²³ Assim, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 144 e ss; MONCADA; 2012a, 470 e ss; *Idem*: 2007, 111 e ss; SANTOS / GONÇALVES / MARQUES: 2011, 216 e ss; SOUSA / MATOS: 2009, 78; CUNHA: 2006, 73 e ss; NABAIS: 2005, 428; *Idem*: 1994, 202; FERREIRA: 2001, 353; OLIVEIRA / GONÇALVES / AMORIM: 1997, 815; CORTE-REAL: 1993, 250 e 251; OLIVEIRA: 1984, 639; SOUSA FRANCO: 1988, 337 e 338 e MOTA PINTO: 1981, 126.

⁵²⁴ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 144 e ss.

⁵²⁵ Cf. TAVARES DA SILVA: 2013, 117 e ss

⁵²⁶ Cf. ROBERTS: 2013, 6.

⁵²⁷ Salientando estes aspectos, ZIVKOVIC: 2012a, 1; SCHILL: 2011a, 10; DUARTE: 2008, 802 e JÚDICE: 2008, 702 e ss.

⁵²⁸ Cf. ROBERTS: 2013, 55 e 56.

⁵²⁹ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 149.

A perspectiva que enquadra o *CI* no ordenamento jurídico português segundo uma *lógica privatística* é expressamente afirmada por TÂNIA CUNHA e CABRAL DE MONCADA.

Não obstante os autores manifestem expressamente as suas opiniões quanto à *natureza jurídica* do *CI*, verificamos que outros há que, embora não afirmando categoricamente que estejamos na presença de um *contrato de direito privado*, como é o caso de CASALTA NABAIS, afirmam que tal contrato já não é um *contrato administrativo*, ao menos como ponto de partida.

Todos estes três autores expressam a sua opinião à luz do actual DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, embora percorram caminhos algo diversos.

3.1.1 – A posição de Casalta Nabais

Não problematizando acerrimamente a *natureza jurídica* do *CI*, CASALTA NABAIS apresenta, de certo modo, um *argumento de carácter formal* para proceder à qualificação jurídica deste contrato. Para o autor, o facto do DL n.º 321/95, de 28 de Novembro, bem como o actual DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, terem deixado de fazer menção expressa à *natureza administrativa* do *CI*, rompendo com a tradição legislativa que entre nós se sedimentara desde 1976 na qualificação da *natureza jurídica* deste contrato, é assintomático de uma alteração de paradigma. Isto porque o *CI*, enquanto *contrato de atribuição económica*, constitui, segundo o autor, um tipo contratual cuja natureza derivava de uma administrativização por *determinação legal* e não pela *natureza jurídica* que lhe é subjacente.

Com este argumento CASALTA NABAIS afasta-se da qualificação do *CI* como um *contrato administrativo*⁵³⁰, embora considere, ainda assim, que o mesmo possa ser qualificado como *contrato administrativo* enquanto contrato administrativizado pelas partes⁵³¹.

Deste modo, não obstante apele à figura dos *contratos administrativos por natureza* – entendidos como aqueles contratos que “estão submetidos a um regime de Direito Administrativo, em razão da natureza pública do seu objecto” (ALMEIDA,

⁵³⁰ Cf. NABAIS: 2005, 428.

⁵³¹ Cf. NABAIS: 2005, 428.

2011, 11)⁵³² –, para negar a administratividade dos mesmos, CASALTA NABAIS, não obstante assumam uma posição anterior à entrada em vigor do CCP, alude à possibilidade de uma administrativização deste contrato pelas partes quando expressamente o submetam a um *regime substantivo de direito público*.

Esta possibilidade, à luz do CCP, traduzir-se-á na categoria dos *contratos administrativos por qualificação das partes*⁵³³, que, como veremos *infra*, surge como um dos *factores de administratividade* instituídos ao abrigo das diversas *al's*. do n.º 6 do art. 1.º do CCP, mais concretamente à *al. a)*, que determina a possibilidade de se atender à *vontade das partes* como *factor* susceptível de determinar a *natureza jurídica* de um *contrato* como *contrato administrativo*.

3.1.2 – A posição de Tânia Cunha

Apresentando uma posição mais pormenorizada, a autora parte da indagação do que de facto constituem *contratos administrativos*. Na verdade, fá-lo em virtude da ausência da qualificação expressa da *natureza jurídica* do *CI*, sendo que a sua construção irá ter por base o regime dos *contratos administrativos* à luz do CPA⁵³⁴. De acordo com este regime, hoje revogado, mas como aponta MARK KIRKBY, ainda susceptível de ser aplicado a situações concretas anteriores à entrada em vigor do CCP⁵³⁵, a determinação da *administratividade* de um contrato era efectuada com base na *relação jurídica administrativa* em virtude do n.º 1 do art.º 178.º do CPA.

Como consequência, a autora vai percorrer a doutrina nacional com o intuito de densificar o conceito de *relação jurídica administrativa*, chegando à conclusão de que “a consagração dos chamados poderes exorbitantes, designadamente dos que decorrem do art.º 180.º, do CPA, a par da legitimidade subjectiva para a celebração dos contratos administrativos, constituem os critérios que, pela sua particularidade, permitem identificar a natureza dos contratos celebrados pela Administração Pública ou por privados investidos dos seus poderes” (CUNHA, 2006, 70).

Aderindo a um *critério substantivo* para a *qualificação dos contratos administrativos*, designadamente o *critério das cláusulas exorbitantes*, a autora parte

⁵³² Sobre esta qualificação, V., ALMEIDA: 2011, 11.

⁵³³ Sobre os mesmos, ALMEIDA: 2011, 22 e ss.

⁵³⁴ Cf. CUNHA: 2006, 65 e ss.

⁵³⁵ Cf. KIRKBY: 2010, 763.

para a determinação, em concreto, da *natureza jurídica* do *CI*. Para isso irá ter em consideração: a *prossecação de fins públicos*; a análise do *contratante público* e a análise ao *exercício de poderes de autoridade*⁵³⁶.

Relativamente à *prossecação de fins públicos*, TÂNIA CUNHA alude ao facto do contrato em apreço manifestar uma característica fundamental que é referida no DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro. Esta, por sua vez, prende-se com o facto do *CI* necessitar de “*demonstrar especial interesse para a economia portuguesa*”, facto que é comprovado e enfatizado nos *despachos* que procedem à aprovação das minutas do *CI*.

Já quanto ao *contratante público*, a análise vai incidir sobre os estatutos da *API*⁵³⁷, hoje revogados pelos estatutos da *AICEP*⁵³⁸, que determinavam a actuação desta *pessoa colectiva de direito público com natureza empresarial* com base em *normas de direito privado* nas suas relações com terceiros, em consonância com o *Regime do Sector Empresarial do Estado*.

Todavia, é na análise ao *exercício de poderes de autoridade*, ou seja, dos *poderes de conformação da relação contratual*, que consideramos que a autora esgrima o argumento fulcral para sustentar a sua posição, facto que determinará, para a mesma, “serem os mesmos [*CI*] contratos de direito privado” (2006, 79).

Na verdade, procedendo a uma análise aos vários poderes susceptíveis de conformar uma relação contratual no âmbito de um *contrato administrativo* (o *poder de direcção*; de *fiscalização*; *modificação unilateral*; *sancionatório* e o de *resolução unilateral*) a autora conclui “que não estão previstas quaisquer cláusulas exorbitantes, caracterizadoras dos contratos administrativos, nos contratos de investimento, designadamente nos contratos de IDE celebrados a partir de 1995” (CUNHA, 2006, 82).

No entanto, acaba por reconhecer que o *CI* se insere no âmbito dos *contratos de atribuição*, sendo possível a existência de um *contrato administrativo* cuja existência de poderes exorbitantes é, de certo modo, atenuada⁵³⁹.

3.1.3 – A posição de Cabral de Moncada

⁵³⁶ Cf. CUNHA, 2006, 75 e ss.

⁵³⁷ Os *estatutos da API* constavam do anexo ao DL n.º 225/02, de 30 de Outubro.

⁵³⁸ Os estatutos da *AICEP* constam do anexo ao DL n.º 229/2012, de 26 de Outubro.

⁵³⁹ Salientando este aspecto, GONÇALVES: 2004, 65; OLIVEIRA / GONÇALVES / AMORIM: 1997, 813 e SÉRVULO CORREIA: 1987, 421 e 422.

CABRAL DE MONCADA é o principal rosto de negação do *CI* como *contrato administrativo* na doutrina portuguesa. Dir-se-á, segundo o autor, que a susceptibilidade de tal realidade determinaria “um regime pensado para afugentar o investidor estrangeiro” (2012a, 474), pelo que o regime instituído pelo DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, “está pela primeira vez pensado entre nós para atrair e não para repelir projectos de investimento” (MONCADA, 2007, 112).

Não obstante a principal exposição do autor sobre esta questão seja ainda inerente ao regime jurídico do *contrato administrativo* à luz do CPA⁵⁴⁰, constatamos que o autor considera ser a *natureza privada* aquela que melhor satisfaz as exigências liberalizadoras inerentes às relações económicas⁵⁴¹, facto que já era possível de ser constatado implicitamente, segundo o autor, no n.º 4 do art. 6.º do DL n.º 321/95 e do DR n.º 2/96, de 16 de Maio⁵⁴².

Actualmente, mesmo com a entrada em vigor do CCP, verificamos que CABRAL DE MONCADA continua a sustentar a mesma posição, ou seja, que o *CI* corresponde a um *contrato de direito privado*⁵⁴³, continuando a perfilhar, deste modo, que a qualificação do *CI* como *contrato administrativo* apelaria a uma ideia colectivista e dirigista da economia, realidade afastada no ordenamento jurídico português⁵⁴⁴.

Por outro lado, considera não serem evidenciadas provas dos poderes a que o art. 180.º do CPA aludia, à excepção de um. Isto porque, não obstante qualifique o *CI* como um *contrato de direito privado*, o autor acaba por reconhecer a presença de um *poder discricionário*, por parte da AICEP, *de rescisão do CI* à luz do n.º 1 do art. 8.º do DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, dado o seu carácter não taxativo.

Este facto leva o autor a concluir “que o contrato de investimento, apesar de não ser um contrato administrativo, é ainda um contrato em que os poderes unilaterais da Administração não deixam de estar presentes, tendo em conta as responsabilidades financeiras envolvidas, ou seja, tendo em conta o peso decisivo do interesse público envolvido” (MONCADA, 2007, 131).

3.1.4 – Implicações de uma perspectiva privatística do *Contrato de Investimento*

⁵⁴⁰ Referimo-nos a, MONCADA: 2007, 89 e ss.

⁵⁴¹ Cf. MONCADA: 2007, 112.

⁵⁴² Cf. MONCADA: 2007, 103.

⁵⁴³ Cf. MONCADA: 2012a, 478.

⁵⁴⁴ Cf. MONCADA: 2007, 112.

Os autores que aderem à perspectiva da *natureza jurídica do CI* enquanto *contrato de direito privado* procedem, assim, ao estabelecimento de uma *relação jurídica paritária* (horizontal), entre um *Host State* e um investidor⁵⁴⁵. Ou seja, nesta circunstância, os *Host States* como que intervêm “*despidos de «imperium» ou poder soberano*” (MOTA PINTO: 2005, 40).

Uma *abordagem privatística do CI* permite, de certo modo, conferir aos investidores uma posição susceptível de mitigar parte dos riscos a que estão expostos, não obstante se saliente a existência de um desequilíbrio desfavorável ao investidor em virtude da álea legislativa⁵⁴⁶. Actuando os *Host States* como meros particulares, existirá a expectativa de que a *relação jurídica* a estabelecer seja pautada por uma *igualdade entre as partes*, característica esta típica do *direito civil*⁵⁴⁷.

De facto, a visão privatística da *natureza jurídica do CI* adquire plausibilidade se atendermos ao facto da *arbitragem internacional, no domínio dos tratados investimento* e da conseqüente relação que se manifesta entre *tratados* e *contratos*, ser pautada pelo esforço de proceder a uma paridade entre as partes⁵⁴⁸, através da existência de um “*corpo de direito privado*” (VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 146), principalmente no estabelecimento de mecanismos que visem reduzir as imunidades jurisdicionais dos *Host States*⁵⁴⁹.

Não é por isso irrealista a conotação aos mecanismos procedimentais utilizados no domínio da *arbitragem comercial internacional* e da *lex mercatoria*⁵⁵⁰. Todavia, os diversos autores que recorrem a esta realidade para estabelecer certos pontos de contacto com as questões relacionadas com o investimento reconhecem as divergências que existem entre a *arbitragem comercial internacional* e a *arbitragem dos tratados de investimento* que passam, designadamente, pela dissonância da natureza das obrigações em jogo, da natureza e escopo do *consentimento* do *Host State*, bem como da relação entre as partes⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ Expondo esta possibilidade, ROBERTS: 2013, 22.

⁵⁴⁶ Cf. LIMA PINHEIRO: 2005a, 138 e 139.

⁵⁴⁷ Cf. por todos, MOTA PINTO: 2005, 59.

⁵⁴⁸ Cf. SÉRVULO CORREIA: 2010, 823.

⁵⁴⁹ Cf. ROBERTS: 2013, 22.

⁵⁵⁰ Para uma análise às principais questões da *lex mercatoria*, V., LIMA PINHEIRO: 2003, 854 e ss.

⁵⁵¹ Cf. SCHILL: 2011a, 13; *Idem*: 2011c, 1084 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 140.

Por outro lado, se atendermos especificamente à arbitragem *ICSID* e ao entendimento proposto por SÉRVULO CORREIA, verificamos que “o processo arbitral CIRDI/ICSID é um processo inteiramente autónomo. As regras processuais são as da instituição, aplicadas à luz da jurisprudência formada no seu seio” (2010, 830). Por outro lado, “não se atribui geralmente à *lex mercatoria* um papel relevante nas arbitragens CIRDI, e, por conseguinte, aquela formulação também não é frequentemente invocada neste contexto” (LIMA PINHEIRO: 2003, 818).

Mas a igualdade desta relação jurídica pode, de certo modo, ser constatada na existência de *cláusulas de intangibilidade* e de *estabilização*, enquanto *cláusulas típicas* apostas ao *CI*⁵⁵². Tratando-se de um determinado tipo de cláusulas cujo objectivo é o de atenuar determinados riscos, comumente salientados neste domínio⁵⁵³, as mesmas visam atenuar determinado tipo de interferências que os investidores sofrem pelo facto de estarem submetidos ao *exercício de prerrogativas de poder público estadual*.

Uma *visão privatística do CI*, segundo a qual o Estado actua como um mero particular, implica proceder a uma articulação com determinadas problemáticas. Segundo MARIA JOÃO ESTORNIHO, o Estado, enquanto entidade pública, não deixa de estar subordinado a certos princípios de *direito público*, como a *prosecução do interesse público*, mesmo no âmbito da utilização de *expedientes privatísticos*⁵⁵⁴. Esta realidade não será despicienda, e de certo modo até será mais acutilante, se atendermos ao facto de que, não raras vezes, o *CI* incide sobre a exploração de *recursos naturais* ou de *infraestruturas* tidas como *public utilities*.

A juntar a esta consideração, já de si relevante, está ainda o facto de que as *cláusulas de intangibilidade e as cláusulas de estabilização*, cuja mera aposição no *CI* denotam já de si, para certos sectores da doutrina, um sintoma da *internacionalização destes contratos* – cujo intuito é o de proceder à retirada de uma específica esfera estadual transportando-os para a *ordem jurídica internacional*⁵⁵⁵ –, salientam o facto da *ratio* deste tipo de cláusulas ser demonstrativa da disposição de poderes que não são

⁵⁵² Dando conta da tipicidade destas cláusulas, SORNARAJAH: 2010, 281 e ss; SHERBERG: 2008, 4 e COTULA: 2007, 2.

⁵⁵³ Neste sentido, VICENTE : 2011, 752.

⁵⁵⁴ Cf. ESTORNINHO: 1999, 363.

⁵⁵⁵ Neste sentido, LOWENFELD: 2008, 498; LIMA PINHEIRO: 2005a, 170; *Idem*: 2003, 748 e 749 e QUADROS: 1998, 54. Expondo esta possibilidade, SORNARAJAH: 2010, 282.

usuais numa mera *relação privada*. Na verdade, a sua utilização é predominante na estabilização de determinadas disposições legislativas como a laboral, fiscal ou ambiental⁵⁵⁶.

Mas se o simples *conteúdo do contrato* já demonstra argumentos que de certo modo colocam em causa a *natureza categoricamente privatística do CI*, cumpre chamar a atenção, ainda, da necessidade da sua articulação com outros argumentos que derivam dos *international investments agreements*, designadamente, dos *BIT's*.

A começar com a *vaexata questio* das “*umbrella clauses*”, cuja existência faz com que a doutrina apele ao esbatimento de uma zona de fronteira entre o direito público e o direito privado⁵⁵⁷, manifesta-se difícil a compreensão de saber até que ponto a mobilização de institutos próprios do *direito internacional privado*, como o *princípio da exceção da ordem pública internacional*⁵⁵⁸, ou a aplicação de *normas de aplicação imediata*⁵⁵⁹, se coadunam com tais instrumentos jurídicos internacionais.

Por outro lado, a *natureza privatística do CI* assume contornos algo sinuosos que se manifestam, de forma mais premente, na ausência da *determinação da lei aplicável* para a resolução de litígios.

Não sendo a ausência da determinação da *lei aplicável* ao *CI* a situação mais usual, o certo é que, como já tivemos a oportunidade de salientar, a relevância que a *arbitragem internacional* sob a égide da arbitragem *ICSID* manifesta, quer pelo estabelecimento da sua jurisdição por via de um *BIT*, quer por via de uma *cláusula compromissória* aposta a um *CF*⁵⁶⁰, vislumbramos a circunstância da segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington* determinar, na ausência de um acordo entre as partes, que o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis.

Para os autores que configurem a *natureza jurídica* do *CI* como *contrato privado*, o *direito internacional privado*, assim como as *regras de conflitos*, tendentes a “delimitar um sector ou matéria jurídica, uma questão ou núcleo de questões de direito,

⁵⁵⁶ Cf. SHERBERG: 2008, 4.

⁵⁵⁷ Neste sentido, ROBERTS : 2013, 22.

⁵⁵⁸ Sobre este princípio em geral, MACHADO: 2011, 253 e ss e FERRER CORREIA: 2007, 405 e ss.

⁵⁵⁹ Sobre este tipo de normas, SANTOS:1991.

⁵⁶⁰ Cf. DUARTE: 2008, 774; HARTEN: 2005, 606 e HIRSCH: 1992, 48.

e indicar, de entre os elementos da factualidade concreta, aquele por intermédio do qual se há-de apurar a lei aplicável em tal domínio” (FERRER CORREIA: 2007, 179), surgem como o modo normal de proceder à determinação da lei aplicável à resolução de litígios.

De facto, a segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington* apela à utilização das regras referentes aos *conflitos de leis*. No ordenamento jurídico português, na *ausência de determinação da lei aplicável às obrigações contratuais* pelas partes e uma vez efectuada a *qualificação* que determine a aplicação da *regra de conflito* prevista no n.º 2 do art. 42.º do C.Civ., dever-se-á aplicar a *lei do lugar da celebração do contrato* que, em regra, será a lei de um *Host State*⁵⁶¹. Por outro lado, se atendermos à aplicação do *Regulamento Roma I*⁵⁶², que não se afigura pacífica em virtude do seu âmbito de aplicação material ser circunscrito às *obrigações contratuais em matéria civil e comercial*⁵⁶³, constatamos que, a ser aplicado, o n.º 2 do art. 4.º determina a aplicação da lei do país em que o contraente que deve efectuar a *prestação característica do contrato*⁵⁶⁴ tem a sua *residência habitual*⁵⁶⁵.

Segundo SÉRVULO CORREIA, a prestação característica do *CI* “é o conjunto de regalias ou incentivos proporcionados pela Administração” (1987, 425). Sendo assim, segundo o *Regulamento Roma I*, a lei aplicável ao *CI*, na *ausência da escolha pelas partes*, é a lei do próprio *Host State*.

Não obstante ambas as soluções cheguem à mesma conclusão, ou seja, a aplicação da lei nacional de um *Host State*⁵⁶⁶, a questão não fica por aqui, uma vez que, como veremos melhor, a segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington* determina a aplicação de “princípios de direito internacional aplicáveis” que, de acordo com alguma doutrina que se apoia nos trabalhos preparatórios da

⁵⁶¹ Lima Pinheiro, indagando sobre a aplicação dos art.ºs. 41º e 42º do C. Civ. no âmbito dos contratos de Estado submetidos à jurisdição ICISD, acaba por defender a inadequação da sua aplicação. Para o autor, tal inadequação deriva da limitação da liberdade de escolha da lei aplicável assim como no estabelecimento, enquanto regra supletiva para os contratos onerosos entre partes localizadas em diferentes países, da competência da lei do lugar da celebração. Cf. LIMA PINHEIRO: 2008, 86.

⁵⁶² Regulamento (CE) N.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I).

⁵⁶³ Criticando este facto, LIMA PINHEIRO: 2008, 83.

⁵⁶⁴ Sobre a regra da *prestação característica* do n.º 2 do art. 4.º do Regulamento Roma I, V., TELES: 2004, 64 e ss.

⁵⁶⁵ Neste sentido, VICENTE: 2003, 9.

⁵⁶⁶ No mesmo sentido, LIMA PINHEIRO: 2008, 86. Salientando este facto como uma característica do direito internacional privado nesta matéria, KAHN: 1968, 22

Convenção, apelam à aplicação de *princípios de direito internacional público*, designadamente sob a influência do art. 38.º do ETIJ.

3.2 – A natureza jurídica do *Contrato de Investimento* à luz do *Direito Público*

No ordenamento jurídico português, tradicionalmente, a determinação da *natureza jurídica* do *CI* tem sido efectuada à luz da sua qualificação como *contrato administrativo*. A reforçar esta posição estiveram os diplomas legislativos inerentes ao *CI*, que procediam à sua qualificação expressa como *contrato administrativo*, até 1995, data em que, com a entrada em vigor do DL n.º 321/95, de 28 de Novembro, desaparece esta qualificação.

Tal solução legislativa era apoiada, à época, pela doutrina portuguesa, designadamente por CARLOS MOTA PINTO⁵⁶⁷, SÉRVULO CORREIA⁵⁶⁸, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL⁵⁶⁹ e CASALTA NABAIS⁵⁷⁰, que qualificavam juridicamente a natureza do *CI* como um *contrato administrativo*.

Segundo SÉRVULO CORREIA a *natureza jurídico-administrativa* do *CI* reflectia a existência de um *acordo de vontades* entre as partes cujo *objecto imediato* visava a “produção de um conjunto de efeitos de direito que se enquadram no tipo de um contrato nominado unicamente conhecido do Direito Administrativo” (1987, 399). Deste modo, atendendo à “causa-função” deste *contrato*, SÉRVULO CORREIA vem a proceder à *qualificação jurídica* do *CI* como um *contrato administrativo de atribuição*⁵⁷¹.

A influência da profunda dissertação de SÉRVULO CORREIA no domínio dos *contratos administrativos* no ordenamento jurídico português nos finais da década de 80, exige, ainda hoje, a necessidade da mesma continuar a configurar um ponto de partida e/ou um ponto de chegada de muitas das soluções contratuais, principalmente quando configuradas no âmbito do direito administrativo português.

⁵⁶⁷ Cf. MOTA PINTO: 1981, 125 e 126.

⁵⁶⁸ Cf. SÉRVULO CORREIA: 1987, 399.

⁵⁶⁹ Cf. CORTE-REAL: 1993, 261.

⁵⁷⁰ Cf. NABAIS: 1994, 202.

⁵⁷¹ Cf. SÉRVULO CORREIA : 1987, 425.

Na verdade, ora influenciando directa ou indirectamente a construção de determinadas posições jurídica, é possível vislumbrar, mesmo à luz do actual DL que estabelece o *regime contratual do investimento*, o DL n.º 203/2003, de 10 de Setembro, a existência de administrativistas, como MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que, procedendo à análise dos *contratos administrativos no direito administrativo especial*, estabelecem o CI como um categoria de *contratos administrativos no âmbito do direito económico*⁵⁷².

3.2.1 – Particularidades da qualificação jurídica do *Contrato de Investimento* como um *Contrato Administrativo*

Sendo o *contrato administrativo* considerado como “*Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso tempo*” (GONÇALVES, 2004), como um “*modus procedendi* normal do Estado contemporâneo” (NABAIS, 1994, 48), o mesmo vislumbra a característica e a necessidade de proceder à articulação entre o *consenso*, típico do *contrato*, com a *autoridade*, típica, mas não inevitável, das actuações da Administração.

De facto, entende-se que a figura do *contrato administrativo* “foi e continua a ir buscar a sua principal razão de ser à necessidade de flexibilizar a rigidez típica do vínculo contratual quando estão em causa contratos cujo conteúdo pode condicionar de forma relevante o modo como em cada momento a Administração pretende (...) realizar as suas atribuições” (KIRKBY: 2010, 771).

Tendente a elucidar a premência que subjaz à necessidade de uma permanente adaptação na concretização do *interesse público* (v.g., *arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*)⁵⁷³, foi sendo forjado, historicamente, pela jurisprudência francesa do *Conseil d'État*, um *contrato* detentor de *peculiaridades próprias*, inicialmente justificadas em termos *processuais* e, mais tarde, em função da própria autonomia *substantiva* destes contratos⁵⁷⁴.

Assim, e não obstante o *contrato administrativo* enfrentasse a resistência da sua afirmação no *ordenamento jurídico alemão*, principalmente nos finais do séc. XIX e inícios do séc. XX por parte de OTTO MAYER e FRITZ FLEINER, segundo os quais,

⁵⁷² Cf. SOUSA / MATOS : 2009, 78.

⁵⁷³ Para uma análise ao acórdão, LONG / WEIL / BRAIBAND / DEVOLVÉ / GENEVOIS: 1993, 52 e ss.

⁵⁷⁴ Cf. ESTORNINHO: 2012, 161.

a utilização do *contrato administrativo* no domínio do *exercício dos poderes públicos* seria susceptível de configurar uma “*contradictio in adjecto*” (GONÇALVES, 2004, 14), paulatinamente o *contrato administrativo* foi adquirindo o seu espaço, manifestando, sob a forte influência do ordenamento jurídico francês, a existência de características próprias, designadamente a manifestação de *poderes exorbitantes*⁵⁷⁵.

Atendendo a estas particularidades, seria, deste modo, algo de contra-senso, dada a “ambiência”, que a figura do *contrato administrativo* também não manifestasse controvérsia no ordenamento jurídico português⁵⁷⁶.

Na verdade, e embora os três primeiros DL que versaram sobre o *IE* tenham expressamente qualificado o *CI*, quando inserido no *regime contratual*, como um *contrato administrativo*⁵⁷⁷, certo é que essa qualificação, como apontou CARLOS MOTA PINTO, resultou de uma alteração ao paradigma contratual português. Na verdade, e como ilustra o autor, este foi o “primeiro caso em que o legislador rompe a tipicidade (e a taxatividade) da noção de contrato administrativo consagrada pelo Código Administrativo. Esta orientação poderá ser o primeiro passo para a consagração de um critério material geral do contrato administrativo aplicável às relações jurídicas inominadas” (MOTA PINTO: 1981, 126).

Este entendimento deu conta das transformações que o ordenamento jurídico português sofria, principalmente da querela que, embora com contornos específicos, já era contestada à luz do § único do art. 695.º do *Código Administrativo* de 1936 por MELO MACHADO, mas que se tornara mais acérrima com o *Código Administrativo* de 1940, dado o seu § 2 do art. 815.º determinar uma *enumeração taxativa* dos *contratos administrativos* existentes à época, celebrados entre a Administração e os particulares, para *fins de imediata utilidade pública*⁵⁷⁸.

A posição sufragada pelo autor do código, MARCELLO CAETANO, era justificada com o argumento segundo o qual o que estava em causa era a própria concepção de *contrato administrativo*. Segundo o autor, existia a necessidade da associação dos particulares à realização de fins administrativos segundo um regime

⁵⁷⁵ Cf. RICHER : 2010, 91.

⁵⁷⁶ Para uma análise à história do mesmo, GUEDES: 1991, 9 e ss.

⁵⁷⁷ Cf. n.º 3 do art. 5.º do DL n.º 239/76, de 6 de Abril; n.º 4 do art. 5.º do DL n.º 348/77, de 24 de Agosto, e o n.º 2 do art. 2º do DR n.º 24/86, de 18 de Julho que procedeu à regulamentação do DL n.º 197-D/86, de 18 de Julho.

⁵⁷⁸ Cf. CAETANO: 1980, 580; FREITAS DO AMARAL: 2008, 511e *Idem*: 1965, 181.

especial submetido à jurisdição administrativa, não bastando, deste modo, a mera aplicação de leis administrativas⁵⁷⁹.

Contrariamente, FREITAS DO AMARAL virá sustentar a admissibilidade da existência de *contratos administrativos*, no plano substantivo, para além dos elencados no § 2 do art. 815.º, tidos, pelo autor, como tipos de *contratos de prestação de serviços*⁵⁸⁰. O exemplo contratual que FREITAS DO AMARAL irá utilizar para rebater o entendimento até então proposto da taxatividade dos contratos previstos no § 2 do art. 815.º, será a *utilização do domínio público pelos particulares*⁵⁸¹.

É deste modo que se salienta a existência de um critério que atendia à *sujeição* ou *subordinação* como característica inerente aos contratos previstos no § 2 do art. 815.º no Código Administrativo de 1940⁵⁸². No entanto, adoptando-se a figura do *contrato administrativo por natureza*, rápido se constatavam as debilidades oferecidas pelo *critério da sujeição* na qualificação dos *contratos administrativos* taxativamente previsto, dado o direito administrativo não se esgotar em *relações de sujeição*⁵⁸³. Todavia, tal taxatividade só viria a ser posta de lado em 1984 com a aprovação do *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*⁵⁸⁴.

3.2.2 – Contrato de Investimento e o CCP

A construção que vê no *CI* um verdadeiro *contrato administrativo* tem como consequência prática a possibilidade da aplicação dos instrumentos jurídicos que o disciplinam. Entre nós, adquire especial relevância, procedendo-se à qualificação do *CI* como um *contrato administrativo*, questionar-se a susceptibilidade de aplicação do *CCP*, código que estabelece a *disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contratos administrativos* (cf. n.º 1 do art. 1.º do *CCP*).

A adopção do *CCP* incutiu, no ordenamento jurídico português, uma evolução no *critério de determinação da natureza jurídica dos contratos administrativos*.

⁵⁷⁹ Cf. CAETANO: 1980, 581.

⁵⁸⁰ Cf. FREITAS DO AMARAL: 1965, 190.

⁵⁸¹ Cf. FREITAS DO AMARAL: 1965, 183 e ss.

⁵⁸² Neste sentido, SÉRVULO CORREIA: 1987, 366.

⁵⁸³ Neste sentido, SÉRVULO CORREIA: 1987, 369.

⁵⁸⁴ No mesmo sentido, KIRKBY: 2010, 786.

Retomando “a antiga ideia de uma enumeração, ainda que agora substancial e aberta, dos “contratos administrativos” (VIEIRA DE ANDRADE: 2010, 9), e colocando de parte a formulação do CPA, que também era objecto de críticas⁵⁸⁵ – onde se considerava ser distintiva e decisiva⁵⁸⁶ a *constituição, modificação* ou *extinção* de uma *relação jurídica administrativa* na qualificação do *contrato administrativo* à luz da *cláusula geral* do n.º 1 do art. 178.º –, o CCP, por via das suas várias *al’s*. do n.º 6 do art. 1.º, tidas como *índices* ou *factores de administratividade*, determina uma amplitude do âmbito da utilização do *contrato administrativo*⁵⁸⁷.

Segundo MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, as categorias contratuais previstas nas diversas *al’s*. do n.º 6 do art. 1.º do CCP são susceptíveis de serem reconduzidas a três grandes grupos: *contratos administrativos por natureza* (*al’s b), c) e d)*; *contratos administrativos por determinação da lei* (*al. a)* e os *contratos administrativos por qualificação das partes* (*al. a)*⁵⁸⁸.

Entendendo-se inexistir um *critério unitário* de identificação da *natureza jurídica* dos *contratos administrativos* no CCP⁵⁸⁹, continua, deste modo, a persistir a necessidade de se aludir aos vários critérios (*substanciais* e *formais*), tradicionalmente propostos pela doutrina para alcançar este desiderato⁵⁹⁰. Todavia, o facto de o CCP determinar a possibilidade de se atender à *vontade das partes na determinação da qualificação jurídica dos contratos administrativos* (*al. a)* do n.º 6 do art. 1.º), poderá determinar, ainda mais, a amplitude que se reconhece na *utilização da figura do contrato administrativo*.

Sobre esta matéria, verificamos que o ordenamento jurídico português não adopta uma posição unânime. Segundo o entendimento proposto por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, não determinando o CCP um critério exacto de determinação da *natureza jurídica* dos *contratos administrativos*, existe a possibilidade do *contraente público* optar por qualificar um *contrato* como *contrato administrativo* ou como um

⁵⁸⁵ Dando conta das mesmas, ALMEIDA: 2011, 11 e *Idem*: 2007, 7.

⁵⁸⁶ Cf. OLIVEIRA / GONÇALVES / AMORIM: 1997, 809. Salientando a adopção de um *critério estatutário*, GONÇALVES: 2004, 50.

⁵⁸⁷ Neste sentido, FREITAS DO AMARAL: 2012, 558.

⁵⁸⁸ Para uma análise individualizada de cada uma destas categorias, ALMEIDA: 2011, 12 e ss.

⁵⁸⁹ Neste sentido, SOUSA / MATOS: 2009, 37.

⁵⁹⁰ Para uma análise aos diversos critérios propostos de determinação da *natureza jurídica do contrato administrativo*, ESTORNINHO: 2012, 161 e ss e KIRKBY: 2010, 765 e ss.

contrato de direito privado. Segundo o autor, é do “contraente público o ónus da qualificação como administrativos dos contratos que, nem sendo administrativos por natureza, nem por determinação da lei, ainda assim considere justificado qualificar desse modo” (2011, 18).

Posição diversa tem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, assim como MARK KIRKBY. Segundo os primeiros autores, a qualificação jurídica de um *contrato administrativo* decorrente da *vontade das partes* deverá considerar-se inoperante na transformação de um *contrato de direito privado* num *contrato administrativo*, ou vice-versa, podendo, contudo, existir uma consideração deste facto caso a Administração goze de *discricionariade* na escolha da prossecução de determinados *fins de interesse público* por *contrato administrativo* ou por *contrato de direito privado*. Nos restantes casos, a *vontade das partes* poderá funcionar meramente como um *índice de administratividade do contrato*⁵⁹¹.

Já para MARK KIRKBY, partindo da funcionalização do *contrato administrativo* na salvaguarda do *interesse público*, atender-se à *vontade das partes* na determinação da *natureza jurídica* de um *contrato* poderá condicionar o modo de realização das atribuições da Administração⁵⁹².

Mas a importância que o *CI* reveste, quando qualificado juridicamente como um *contrato administrativo*, faz denotar outros aspectos relevantes. De um modo particular, reveste especial importância determinar a aplicabilidade, ou não, da *Parte III do CCP* visto que é ao seu abrigo que se estabelece o *regime substantivo* dos *contratos administrativos* (cf. n.º 5 do art. 1.º do CCP).

Quanto à *Parte II do CCP*, ou seja, a parte que procede à aplicação de um *regime procedimental de formação de contratos públicos*⁵⁹³, através da adopção de *procedimentos pré-contratuais* pautados por exigências da *UE* onde avultam a necessidade do respeito de princípios como o da *transparência, igualdade e concorrência* (cf. n.º 4 do art. 1.º do CCP), tidos, entre outros princípios, como

⁵⁹¹ Cf. SOUSA / MATOS: 2009, 36.

⁵⁹² Cf. KIRKBY: 2010, 777, nota 31.

⁵⁹³ Sobre a noção de *contrato público*, FREITAS DO AMARAL: 2012, 544 e VIEIRA DE ANDRADE: 2010, 8.

essenciais “para a criação de um mercado são de contratação pública” (OLIVEIRA: 2008, 52)⁵⁹⁴, considera-se não ser aplicável ao *CI*.

Esta conclusão deriva do facto do *CI* ser subsumível à estatuição da norma da *al. c)* do n.º 4 do art. 5.º do *CCP*, que estabelece a contratação excluída da *Parte II do CCP* e, como tal, o objecto das prestações do *CI* não serem susceptíveis de estarem submetidas à *concorrência de mercado*. Segundo CABRAL DE MONCADA, esta conclusão visa possibilitar aos poderes públicos a concretização de uma política económica de *fomento* que seja tida como conveniente⁵⁹⁵.

Mas mesmo a aplicação da *Parte III do CCP* ao *CI* pode não configurar uma questão isenta de dúvidas⁵⁹⁶. Na verdade, grande parte da construção do *CCP* gravita em torno da categoria dos *contratos administrativos de colaboração*⁵⁹⁷, categoria esta de contratos que sempre foi objecto de uma atenção especial no ordenamento jurídico português, quer no *Código Administrativo*, quer no *CPA*.

Estes contratos que, não raras vezes, se caracterizam pelas suas prestações serem pautadas por uma lógica de *concorrência de mercado*, contrariam a *ratio* dos *contratos administrativos de atribuição* e, como tal, do *CI*, onde, na maioria das vezes, não se coloca a necessidade da aplicação de *procedimentos pré-contratuais* tendentes à *escolha do co-contratante*⁵⁹⁸.

Assim, e como salienta PEDRO GONÇALVES, “a figura que, em primeira linha, o legislador se propõe regular [no *CCP*] é a do clássico *contrato administrativo de modelo francês*: um contrato, pois, que origina e regula uma «relação de colaboração», em cujo contexto um particular se obriga a desenvolver uma tarefa privada em benefício do contraente público ou, em substituição deste, uma tarefa pública, adquirindo, em contrapartida, o direito ao pagamento de um preço ou o direito a ser remunerado pelos resultados financeiros da actividade que lhe é confiada” (2008, 577).

Por outro lado, a qualificação do *CI* como *contrato administrativo* coloca a questão da *existência* e do *modo de execução* dos *poderes de conformação da relação contratual* previstos nas *al's* do art. 302.º do *CCP*. Os poderes aí previstos, ou seja, o

⁵⁹⁴ No mesmo sentido, OLIVEIRA: 2008, 51 e ss

⁵⁹⁵ Cf. MONCADA: 2012b, 210.

⁵⁹⁶ Neste sentido, CABRAL DE MONCADA, atendendo aos *contratos económicos*, defende que estes pouco ou nada têm a ver com os contratos constantes do *CCP*. MONCADA: 2012b, 210.

⁵⁹⁷ Para uma análise aos *contratos administrativos de colaboração*, SOUSA / MATOS: 2009, 60; GONÇALVES: 2004, 65; OLIVEIRA / GONÇALVES / AMORIM: 1997, 813; SÉRVULO CORREIA: 1987, 420 e 421 e OLIVEIRA: 1984, 692.

⁵⁹⁸ No mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL: 2012, 564.

poder de direcção, o poder de fiscalização, o poder de modificação unilateral, o poder sancionatório e o poder de resolução unilateral, são considerados como “poderes-deveres, dos quais a Administração não pode abrir mão, uma vez que estão funcionalizados à prossecução do interesse público. Constituem poderes co-naturais ao contrato administrativo: existem apesar da ausência de previsão contratual e impõem-se contra a (eventual) exclusão prevista no contrato” (GOMES: 2008, 526).

Todavia, o CCP estabelece, no entanto, determinadas “*regras especiais*” que colocam determinados *contratos* num plano diferenciado da lógica que promana dos *contratos administrativos de colaboração subordinada* previstos no Título II, da Parte III do CCP. Estas “*regras especiais*” disciplinam os *contratos sobre o exercício de poderes públicos, os contratos interadministrativos e à execução e modificação de parcerias públicas-privadas* que assim são disciplinados através das *regras especiais* do capítulo IX, do Título I, da Parte III do CCP⁵⁹⁹.

Adquirem, deste modo, especial relevância os *contratos sobre o exercício de poderes públicos*⁶⁰⁰, tidos como *contratos administrativos por natureza*, que traduzem uma certa generalização do *consenso* nas relações jurídicas administrativas por via de uma “*regulation by contract*”⁶⁰¹. Superado, de certo modo, os dogmas do *exercício partilhado dos poderes públicos*⁶⁰², os *contratos sobre o exercício de poderes públicos* procedem ao “exercício contratualizado de poderes administrativos de autoridade, consensualizando-se com o particular a produção de efeitos jurídicos que a Administração poderia, em alternativa, configurar por via unilateral, através da prática de um acto administrativo” (KIRKBY: 2010, 796)⁶⁰³.

A relevância dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos* poderá não ser despicienda no domínio do *CI*. Esta relevância deriva da possibilidade de tais contratos surgirem sob as vestes de *contratos regulatórios*⁶⁰⁴, ou seja, contratos cuja função essencial é “diminuir a “incerteza futura” e o impacto que a *discricionariedade regulatória* pode ter para os regulados” (GONÇALVES: 2013, 137).

⁵⁹⁹ Neste sentido, ALMEIDA: 2011, 29 e *Idem*: 2007, 9.

⁶⁰⁰ Para uma análise a este tipo de *contratos administrativos*, KIRKBY: 2011.

⁶⁰¹ Neste sentido, TAVARES DA SILVA: 2010b, 67 e GONÇALVES: 2005, 686.

⁶⁰² Cf. CALVÃO: 2008, 347. Para uma análise às reticências da utilização do *contrato sobre o exercício de poderes públicos*, V., KIRKBY: 2011, 53 e ss e GONÇALVES: 2005, 687.

⁶⁰³ No mesmo sentido, TAVARES DA SILVA: 2013, 127, nota 30.

⁶⁰⁴ Cf. GONÇALVES: 2013, 134 e ss; *Idem*: 2010, 1018 e ss e FREEMAN: 2000, 189 e ss.

Todavia, a utilização deste tipo de contratos ficará limitada aos casos em que a lei não fixe vinculativamente uma outra forma de actuação⁶⁰⁵, pelo que a sua principal utilização será no exercício dos *poderes discricionários da Administração*⁶⁰⁶.

3.2.3 – Implicações de uma perspectiva publicista do *Contrato de Investimento*

A posição tradicional portuguesa que vê o *CI* como um *contrato administrativo* é aquela que, do ponto de vista dos interesses das partes envolvidas, pode, à partida, ser a que melhor se ajusta à prossecução dos interesses dos *Host States*. Motivada pela possibilidade dos *Host States* executarem o *CI* à luz das regras dos *contratos administrativos*, designadamente na prossecução do *interesse público* e com ele a possibilidade de *adaptação do contrato* face à existência de *novas circunstâncias*, reflecte, de uma certa perspectiva, a existência de reticências quanto à conveniência de certo tipo de investimentos.

É deste modo que a configuração do *CI* como *contrato administrativo*, por parte dos *Host States*, determina a possibilidade da *relação contratual* ser estabelecida segundo uma *lógica* (funcional) *de interesse público*. Esta realidade, entendendo-se aplicável a *III Parte do CCP*, não obstante as reticências e dificuldades devidas se atendermos à configuração do *CI* como um *contrato sobre o exercício de poderes públicos*, manifesta-se na presença do *interesse público* ao nível da *execução do contrato*, vislumbrada no art. 286.º do *CCP*, assim como nos vários *poderes de conformação da relação contratual*, estabelecidos nas *al's* do art. 302.º do *CCP*, cuja *natureza* se manifesta através de *actos administrativos* detentores da característica de *executividade* (cf. n.º 1 do art. 309.º do *CCP*) e, por vezes, dotados de *força executória*, (cf. n.º 2 do art. 309.º do *CCP*)⁶⁰⁷.

Todavia, a adopção de uma posição que propugne a determinação da *natureza jurídica* do *CI* como um *contrato administrativo*, no actual quadro jurídico português, é tida, por VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS, com algumas

⁶⁰⁵ No mesmo sentido, CALVÃO: 2008, 350.

⁶⁰⁶ Cf. KIRKBY: 2011, 136.

⁶⁰⁷ Neste sentido, GOMES: 2008, 562 e ss e GONÇALVES: 2007b, 43.

reservas⁶⁰⁸. Segundo os autores, o “investimento estrangeiro é hoje livre e, nessa medida, pode coincidir com o interesse público sem originar uma relação administrativa de colaboração de base contratual. E a inversa também é verdadeira – podem ser constituídas “relações contratuais de investimento estrangeiro” em que o critério material já não é a prossecução de actividades consideradas de interesse público, mas sim a promoção pura e simples do investimento estrangeiro...” (2013, 144 e 145).

No entanto, considera-se existir uma certa “*alma de direito público*” (VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 147) deste tipo de contratos. Na verdade, a doutrina apela ao facto das questões relacionadas com o *IE* serem compostas por uma forte componente de *direito público*⁶⁰⁹. Esta característica, principalmente vislumbrada na prática através da *arbitragem internacional*, faz denotar a natureza das questões que são objeto da *resolução de litígios* neste plano. É em virtude desta característica que existem autores que salientam, como consequência, a determinação de uma natureza *pública* das questões que derivam do *CI*⁶¹⁰.

Os exemplos ilustrativos desta *publicização*, mormente provenientes das arbitragens *ICSID* resultantes da *crise Argentina*⁶¹¹, assim como das disputas do *NAFTA*, enaltecem, na maioria das vezes, a impugnação, por parte dos investidores estrangeiros, de *acções regulatórias* prosseguidas pelos *Host States*. Designadamente, verifica-se que os litígios existentes decorrem de medidas que resultam da prossecução do *interesse público*, mormente em domínios como a *protecção da saúde pública*, *meio ambiente* ou *relações laborais*⁶¹², sendo comum a invocação, por parte dos investidores estrangeiros, da violação do *standard* inerente a um *tratamento justo e equitativo*⁶¹³ através da existência de *expropriações indirectas* (“*taking*”) que derivam da *regulação estadual*⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 144 e 145. No mesmo sentido TAVARES DA SILVA: 2013, 127, nota 30.

⁶⁰⁹ Neste sentido, SCHILL: 2011a, 16; *Idem*: 2011c, 1085; HARTEN: 2009, 22; CHOUDHURY: 2008, 777 e ss; MANIRUZZAMAN: 1990, 53 e ss e KAHN: 1968, 22.

⁶¹⁰ Cf. SORNARAJAH: 2010, 293 e 294 e HARTEN: 2009, 22.

⁶¹¹ Analisando esta realidade, CHOUDHURY: 2008, 800 e ss.

⁶¹² Cf. ROBERTS: 2013, 38; SCHILL: 2011b, 896; *Idem*: 2011a, 14 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 124.

⁶¹³ Cf. CHOUDHURY: 2008, 797.

⁶¹⁴ Cf. OCDE: 2004, 2 e ss. Para uma análise desta problemática no ordenamento jurídico português, GOMES: 2012, 9 e ss; CORREIA: 2011, 143 e ss; VIEIRA DE ANDRADE: 2011b, 345 e ss e CANOTILHO: 1974, 271 e ss.

Este facto elucida a tensão permanente entre *Host States* e investidores, ou seja, entre a prossecução do *interesse público* e a existência de acções ou omissões que tenham *impacto negativo* sobre o investimento realizado.

O entendimento exposto é um reflexo da crise da Argentina onde muitas das medidas implementadas pelo *poder executivo* impuseram determinados impactos sobre investimentos neste país, designadamente, na transferência de capitais. Um desses casos é possível de ser constatado no caso que opôs a *Continental Casualty Company v. República da Argentina*. Ao abrigo de um *BIT* entre a Argentina e os EUA, a *Continental Casualty Company* vem a alegar a violação de disposições do *BIT* em causa.

A relevância deste caso prende-se com a fundamentação da decisão. De facto, a decisão foi no sentido de considerar que a Argentina não incorreu em incumprimento por violação do *tratado*, não pelo facto de actuar na *prossecução do interesse público*, mas pelo facto de existir uma cláusula no *BIT*, considerada como uma “*compensation for losses clauses*”⁶¹⁵, que estipulava a possibilidade de aplicação de certo tipo de medidas em casos de *manutenção da ordem pública; cumprimento de obrigações inerentes à manutenção e restauração da paz e segurança internacional* ou a *protecção de interesses próprios essenciais de segurança*⁶¹⁶.

Não obstante se reconheça a possibilidade da implementação de *medidas regulatórias* por parte dos *Host States* susceptíveis de atingir *IE's*, a grande questão coloca-se a jusante, designadamente, quanto à existência de um *dever*, ou não, de *compensação* de eventuais impactos sofridos pelos investidores⁶¹⁷. De facto, verifica-se uma crescente preocupação, quer ao *nível multilateral*, quer ao *nível bilateral*, de pré-determinar a possibilidade de os *Host States* procederem a “*expropriações*” com referência a certos parâmetros⁶¹⁸.

Embora exista a alusão à necessidade de se atender ao *interesse público* em causa, das consequências de interferências com direitos contratuais, bem como uma

⁶¹⁵ Neste sentido, BINDER: 2009, 611.

⁶¹⁶ Cf. ICSID Case No. ARB/03/9. Disponível em www.italaw.com.

⁶¹⁷ Neste sentido, OCDE: 2004, 3. Referindo a possibilidade dos Estados ficarem submetidos a um dever de indemnizar os investidores em virtude do exercício ou do não exercício de poderes Legislativos, Administrativo e Jurisdicional, SÉRVULO CORREIA: 2010, 822.

⁶¹⁸ Cf. art. 13.º do TCE e art. 4.º do *Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos* do Decreto n.º17/2008, de 26 de Junho.

análise da existência de soluções alternativas menos restritivas⁶¹⁹, verifica-se uma preponderância argumentativa da prática arbitral que salvaguarda, não a *teleologia* que promana das acuações dos Estados na *salvaguarda e prossecução do interesse público*, mas da compatibilidade dos efeitos que destas actuações derivam para o investidor⁶²⁰.

É com base nestas características que STEPHAN SCHILL defende que o *direito do investimento estrangeiro* constitui uma disciplina de *direito público*, cuja principal característica deriva da necessidade dos *Host States* conformarem o *exercício de prerrogativas de poder público* com a relação estabelecida com investidores estrangeiros⁶²¹.

Ilustrando a existência de uma *governança global*, que co-determina a adopção de *políticas públicas*, mormente na conformação do *interesse público*, o carácter *publicista* do *direito do investimento estrangeiro* enaltece, deste modo, o impacto que as *decisões dos tribunais arbitrais internacionais* incutem sobre o *exercício de poderes públicos* nos ordenamentos jurídicos internos⁶²². Questiona-se, deste modo, não só a existência de um *deficit democrático*⁶²³, mas também da margem de manobra que é deixada para a prossecução do *interesse público* e da busca de políticas nacionais auto-determinadas dos *Host States*⁶²⁴.

3.3 – A natureza jurídica do *Contrato de Investimento* à luz do *Direito Internacional*

A alusão ao *paradigma internacional* para uma efectiva compreensão não só das questões que são inerentes ao *CI*, mas de todo o *sistema* que compõe o próprio universo do *investimento* – que co-determina, deste modo, também as relações contratuais –, surge como uma realidade necessária.

⁶¹⁹ Neste sentido, e apelando a um critério de proporcionalidade, SCHILL: 2008b, 64 e 65.

⁶²⁰ Cf. SÉRVULO CORREIA: 2010, 824 e CHOUDHURY: 2008, 828.

⁶²¹ Cf. SCHILL: 2011a, 16.

⁶²² Cf. SCHILL: 2011a, 22; *Idem*: 2011b, 897 e 898; *Idem*: 2011c, 1109; TAVARES DA SILVA: 2010b, 26 e 27; CHOUDHURY: 2008, 777; HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 127 e HARTEN: 2005, 615.

⁶²³ Neste sentido, CHOUDHURY: 2008, 782.

⁶²⁴ Neste sentido, SCHILL: 2011b, 896.

De facto, salienta-se a emergência de um *direito do investimento* em termos internacionais⁶²⁵ que, para além de características próprias, especiais e autónomas, enceta os seus esforços na construção de *standards de protecção do investimento*⁶²⁶. É deste modo que, a par da plurilocalidade territorial das relações que se estabelecem; da criação de instrumentos internacionais específicos na dinamização do investimento; na existência de centros de arbitragem internacional específicos para a resolução de litígios, bem como das peculiaridades inerentes aos próprios sujeitos e regras que o compõem, que o *direito internacional* surge como uma realidade incontornável.

Todavia, o recurso ao *paradigma internacional*, enquanto *sistema* que permita uma explicação plausível de determinadas questões inerentes ao *investimento*, não é isento de dificuldades. Embora não representem um problema de hoje, evidenciam, no entanto, o digladiar claudicante entre uma *posição monista* e uma *posição dualista* do *relacionamento* entre o *direito internacional* e o *direito interno*⁶²⁷ que surge, de um modo particularmente acérrimo, no âmbito do *investimento*⁶²⁸.

3.3.1 – A relação interestadual: O *Tratado*

É possível constatar a relevância que o *paradigma internacional* incute no domínio do *investimento* por via dos *instrumentos jurídicos* de que disponibiliza e que são amplamente utilizados nesta área. Como salientado ao longo da presente exposição, grande parte da edificação do actual *sistema do investimento* é efectuado à luz de *tratados*, designadamente *BIT's*, que no ordenamento jurídico português adquirem a designação de *Acordos Sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos*⁶²⁹.

Estes *tratados/acordos*, configurados como uma *fonte formal* de *direito internacional* segundo o art. 38.º dos ETIJ, são, como salienta ANTHEA ROBERTS, “criaturas” de *direito internacional público* celebrados entre dois ou mais Estados e substantivamente regidos por este ramo do direito⁶³⁰, obedecendo a determinados

⁶²⁵ Cf. TAVARES DA SILVA: 2013, 132 e ss; VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 145 e SCHILL: 2011a, 2.

⁶²⁶ Para uma análise aos principais *standards* utilizados no âmbito do investimento, V., SORNARAJAH: 2010, 201 e ss e DOLZER / STEVENS: 1995, 58 e ss.

⁶²⁷ Para uma análise do problema, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 259 e ss; MACHADO: 2006, 136 e ss e CANOTILHO: 2003, 819 e ss.

⁶²⁸ Cf. REGHIZZI: 2009, 11 e MANIRUZZAMAN: 2001, 310.

⁶²⁹ Para uma distinção entre *tratado* e *acordo*, MACHADO: 2006, 311 e 312.

⁶³⁰ Cf. ROBERTS: 2013, 2.

procedimentos estabelecidos sob a égide da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, incluindo a sua interpretação⁶³¹.

Esta realidade ilustra, não raras vezes, a circunstância dos investidores, designadamente estrangeiros, concretizarem um determinado investimento em termos concretos sob a protecção prévia, embora não exclusiva ou *sine qua non*, de um *tratado/acordo* entre Estados, mormente através de *BIT's*. Desta prévia relação, que evidencia um carácter *interestadual* entre os “sujeitos tradicionais de direito internacional” (MACHADO: 2006, 182), à luz de um *paradigma* “*vestefálio*”, tende a enfatizar, designadamente, duas questões.

A primeira questão, que deriva da estrutura dos *BIT's*, é a multiplicidade de vias estabelecidas para a *resolução de litígios (fork in the road)*. Esta particularidade implica a necessidade, por vezes, da articulação entre a *jurisdição da arbitragem internacional* e a *jurisdição dos tribunais nacionais*⁶³². Na verdade, o *direito de acesso aos tribunais*, tido como garantia institucional que decorre do monopólio da coacção física legítima do Estado, enfatiza, no domínio do *investimento*, o recurso à *arbitragem internacional* como o “*modus operandi*” na resolução de litígios⁶³³.

Esta solução, no entanto, privilegia as questões que derivam da *resolução de litígios entre um Host State e um investidor*, já que a *resolução de litígios entre os Estados contratantes de um tratado* determina, como primeiro passo para a resolução de um litígio entre ambos, o recurso à *via diplomática*⁶³⁴.

Mas no que diz respeito à primeira situação, ou seja, na prévia configuração entre dois Estados quanto ao modo de *resolução de litígios entre um Host State e um investidor*, enaltece-se uma atitude, segundo a qual, quando se determine a *resolução de litígios* por via da *arbitragem internacional*, mormente a *arbitragem ICSID*, a mesma passe a ser configurada como uma actuação, segundo a qual, para além dos *Host States* prescindirem do recurso à sua própria jurisdição interna “como meio exclusivo de

⁶³¹ Cf. ROBERTS: 2013, 7 e GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 382. Referindo-se ao *direito internacional* como ordenamento que rege a interpretação e aplicação de um *tratado* no seio do investimento, BANIFATEMI: 2010, 210.

⁶³² Neste sentido, SORNARAJAH: 2010, 320 e SCHREUER: 2004, 239.

⁶³³ Cf. VICENTE: 2011, 752; SORNARAJAH: 2010, 286; SCHILL: 2008b, 15 e SCHREUER: 2004, 241. No mesmo sentido estabelece o n.º 1 do art. 8.º do *Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China Sobre a Promoção e Protecção de Investimentos* aprovado pelo Decreto n.º 17/2008, de 26 de Junho.

⁶³⁴ Cf. al. a), b) e c) do n.º 2 do art. 9.º do *Acordo entre a República Portuguesa e a República Popular da China Sobre a Promoção e Protecção de Investimentos* aprovado pelo Decreto n.º 17/2008, de 26 de Junho.

resolução de litígios (...) negando a invocação futura de qualquer *imunidade de jurisdição*” (DUARTE: 2008, 781)⁶³⁵, determinarem a passagem da *arbitragem internacional* no domínio do investimento para o plano do *direito internacional público*⁶³⁶.

Todavia, a concreta determinação da natureza jurídica desta arbitragem não é unânime. Segundo alguns autores, esta particularidade determina a existência de uma *natureza híbrida da arbitragem inerente às questões do investimento*⁶³⁷, ao passo que, para outros, a mesma tende a evidenciar um carácter *sui generis*, na medida em que ilustra a inexistência de um subgénero de uma disciplina pré-existente⁶³⁸.

Mas se ao *nível processual* existe uma manifestação clara da relevância que é dada ao *plano internacional* para a *resolução de litígios*, consideramos que do ponto de *vista substantivo* a relevância do *direito internacional* também não é despicienda. Na verdade, e como deixamos antever, a *relação interestadual* à luz dos *tratados/acordos* tende a enfatizar, em segundo lugar, o estabelecimento de determinados *standards de protecção do investimento* susceptíveis de serem acionados enquanto mecanismos de salvaguarda dos investidores.

Enaltecidos por uma linguagem vaga e aberta⁶³⁹, visam determinar o estabelecimento de um conjunto mínimo de padrões de conduta sobre o modo de como um *Host State* deve de proceder no tratamento dos investidores e dos seus investimentos⁶⁴⁰. É em virtude desta característica intrínseca dos *standards*, que tendem, no entanto, a ficar cada vez mais pormenorizados em virtude da crescente pormenorização dos *BIT's*, que o seu conteúdo vai sendo progressivamente densificado à luz das decisões arbitrais internacionais.

É deste modo que os *standards de protecção do investimento* funcionam como parâmetro de aferição das condutas dos *Host States*, sendo a sua utilização usual e generalizada, designadamente quanto aos *standards fair and equitable treatment; full protection and security; non-discrimination; national treatment e o standards most-*

⁶³⁵ No mesmo sentido, VICENTE: 2011, 757.

⁶³⁶ Cf. DUARTE: 2008, 768 e BJORKLUND: 2007, 105.

⁶³⁷ Neste sentido, BJORKLUND: 2007, 163.

⁶³⁸ Neste sentido, ROBERTS: 2013, 55 e 56.

⁶³⁹ No mesmo sentido, ALSCHNER: 2013, 2.

⁶⁴⁰ Cf. VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 206 e ss; SORNARAJAH: 2010, 334 e ss e DOLZER / STEVENS: 1995, 58 e ss.

favoured-nation, sendo comumente encontrados nos *BIT's*⁶⁴¹, mas também vislumbrados no *NAFTA*⁶⁴² e no *TCE*⁶⁴³.

É em virtude deste facto, ou seja, da necessidade do cumprimento por parte dos *Host States* destes *standards*, que existe a possibilidade de reconduzir esta específica realidade de *tratados/acordos*, à luz de uma classificação doutrinal, à figura dos *tratados-contrato*, ou seja, aqueles que “servem uma função de obrigações mútuas de execução imediata ou continuada” (MACHADO: 2006,104)⁶⁴⁴.

3.3.2 – A relação Investidor – Estado: O *Contrato*

A concretização de muitos dos *investimentos* que assim se desenvolvem traduzem-se, em termos concretos e por via de uma maior pormenorização, através de *contratos*, mormente através do *CI*⁶⁴⁵.

Esta específica realidade contratual destaca, como temos vindo a demonstrar, diversas especificidades, designadamente, quanto aos seus intervenientes. Assim, existe a particularidade de uma das partes, o *investidor*, não raras vezes *estrangeiro*, estabelecer uma relação jurídica com um Estado. Esta característica manifesta a necessidade de uma especial articulação do *CI* com a preocupação que o ordenamento internacional tem para com os *investidores estrangeiros*, facto que se manifesta, de um modo mais efusivo, no domínio do *investimento*.

Ilustrando as particularidades que surgem do relacionamento entre um *Host State* e um *investidor estrangeiro*, mormente salientado como exemplo através do *CI*, a doutrina tem proposto a designação desta realidade contratual como *Contratos de*

⁶⁴¹ Cf. SORNARAJAH: 2010, 334 e DOLZER / STEVENS: 1995, 58.

⁶⁴² V., art. 1102.º, *National Treatment*; art. 1103.º, *Most-Favored-Nation Treatment*; n.º 1 do art. 1105.º, *Fair and Equitable Treatment and Full Protection and Security* e n.º 2 do art. 1105.º, *Non-discriminatory Treatment*.

⁶⁴³ Todos estes *standards* estão também presentes no art. 10.º, Promoção, protecção e tratamento de investimentos, do *TCE*. Neste sentido, MIRANDA / REBELO: 2012, 678.

⁶⁴⁴ No mesmo sentido, ALSCHNER: 2013, 1; MIRANDA: 2012, 60; PEREIRA / QUADROS: 2009,182 e BRITO: 2008, 149. Aludindo à possibilidade da figura dos *tratados-contrato* como convenções internacionais *sem conteúdo normativo*, limitando-se a regular as relações contratuais concretas entre Estados sem qualquer relevância directa na ordem jurídica interna, CANOTILHO / MOREIRA: 2007, 256.

⁶⁴⁵ No mesmo sentido, ZIVKOVIC, 2012a, 1. Referindo a preferência dos investidores nas indústrias extractivas de instrumentos contratuais mais detalhados do que os *BIT's*, HALABI: 2011, 303.

*Estado*⁶⁴⁶, existindo uma aproximação destes *contratos* ao paradigma do *direito internacional*⁶⁴⁷ (não obstante, no ordenamento jurídico francês, possam ser configurados como *contratos administrativos*)⁶⁴⁸.

Segundo LIMA PINHEIRO, a tendência de internacionalização dos *Contratos de Estado* deve-se “principalmente à dificuldade em obter soluções satisfatórias para ambas as partes mediante a atribuição de competência a um direito estadual” (2005a, 138), dificuldades que derivam, em regra, da álea legislativa⁶⁴⁹.

Na verdade, o autor, indagando sobre a questão de saber se esta específica realidade contratual é susceptível de ser regulada directa e imediatamente pelo *direito internacional público*, acaba por dar como exemplo, desta precisa possibilidade, o *CI*⁶⁵⁰.

Por outro lado, também se destaca, nos *Contratos de Estado*, a relevância que os *princípios gerais de direito* têm desempenhado na determinação de direitos e deveres entre as partes, principalmente na *resolução de litígios*⁶⁵¹. No entanto, a conotação entre *Contratos de Estado* e *direito internacional público*⁶⁵², que também não é isenta de críticas⁶⁵³, é especialmente reforçada, ou dela se presume, quando exista a aposição de *cláusulas de intangibilidade* e/ou de *estabilização* no *CI* que, a par da frequência do discurso da sua análise à luz do *direito internacional público*⁶⁵⁴, funcionarão como

⁶⁴⁶ Para uma acepção ampla da noção de *Contrato de Estado*, V., LIMA PINHEIRO: 2003, 716 e 717 e UNCTAD: 2004b, 3.

⁶⁴⁷ A *internacionalização* dos *Contratos de Estado* também passa pela sua relação com os acordos internacionais de investimento. Esta realidade deriva, segundo a UNCTAD, da eventual falta de imparcialidade dos tribunais nacionais assim como da necessidade de neutralização das faculdades legislativas dos *Host States* e da sua derrogação e ingerência em tais contratos. Cf. UNCTAD: 2004b, 5. Dando conta da *internacionalização* dos *Contratos de Estado*, MIRANDA: 2012, 58; PEREIRA / QUADROS: 2009, 176 e ss; VICENTE: 2006, 303 e ss; LIMA PINHEIRO: 2008, 88 e ss; *Idem*: 2003, 720; *Idem*: 1999, 56; UNCTAD: 2004b, 5; WEIL: 2000, 351 e ss e MANIRUZZAMAN: 1992, 145 e ss.

⁶⁴⁸ Cf. PEREIRA / QUADROS: 2009, 177 e MANIRUZZAMAN: 1992, 146.

⁶⁴⁹ Para Dário Moura Vicente, os *Contratos de Estado* não são *contratos administrativos* comuns dada a sua componente internacional, bem como pela estreita ligação que manifestam ao desenvolvimento económico. Por outro lado, também considera que não se tratam de meros *contratos de direito privado* por considerar que nestes contratos o Estado não prescinde da sua soberania, determinando a inexistência de uma paridade entre as partes na relação contratual. Cf. VICENTE: 2006, 294.

⁶⁵⁰ Cf. LIMA PINHEIRO: 2008, 99; *Idem*: 2005a, 153 e *Idem*: 2003, 799 e 800. Salientando esta possibilidade, VICENTE: 2006, 294.

⁶⁵¹ Neste sentido, MANIRUZZAMAN: 1992, 147.

⁶⁵² Defendendo esta possibilidade no âmbito da arbitragem *ICSID*, LIMA PINHEIRO: 2008, 99.

⁶⁵³ Aludindo a este facto, VICENTE: 2006, 303.

⁶⁵⁴ Neste sentido, LIMA PINHEIRO: 2003, 805.

elementos que visam transportar esta realidade contratual para o *paradigma internacional*, neutralizando, em parte, o poder unilateral do Estado⁶⁵⁵.

É com base nestes argumentos que existem autores, como LIMA PINHEIRO, que salientam, em virtude destas características, a qualificação dos *Contratos de Estado* como “*contratos quasi-internacionalpúblicos*” (2005a, 170), ou então, se atendermos a ANDRÉ PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, de “quase-tratados” (2009, 181). Esta última designação, que considera os *Contratos de Estado* como “quase-tratados”, é influenciada pela doutrina austríaca, designadamente por VERDROSS⁶⁵⁶, que realça o facto dos *Contratos de Estado* não serem verdadeiramente subsumíveis à figura dos *tratados*, uma vez que não são celebrados entre os *sujeitos tradicionais de direito internacional*. Por outro lado, esta específica realidade contratual não é celebrada com base estrita no direito do Estado contratante ou da outra parte da relação contratual, mas sim através ao recurso dos *princípios gerais de direito*, com especial destaque para o princípio *pacta sunt servanda*⁶⁵⁷.

Mas se a relação do *CI*, por via da doutrina dos *Contratos de Estado*, já manifesta uma especial acuidade para com o *ordenamento jurídico internacional*, essencial é também a necessidade de não vilipendiar uma das mais recentes manifestações no âmbito do *investimento*. Segundo diversos autores, designadamente ANTHEA ROBERTS, WOLFGANG ALSCHNER ou FRANCISCO VICUÑA, existe uma *interação típica*, cada vez mais acentuada, no relacionamento entre disposições contratuais e instrumentos jurídicos internacionais⁶⁵⁸.

Atendendo a esta interação, existe a necessidade de chamar à colação os *BIT's*, dada a sua relevância no *sistema internacional do investimento*. É chegado a este momento que a relevância do *ordenamento jurídico internacional* se manifesta, de um modo particular, principalmente nos casos em que se vislumbrem as “*umbrella clauses*”.

Esta figura de contornos geometricamente variáveis e de difícil compreensão, que já tivemos a oportunidade de referir, visa, *grosso modo*, proceder a uma

⁶⁵⁵ Neste sentido, SORNARAJAH: 2010, 289; VICUÑA: 2004, 346; LIMA PINHEIRO: 2003, 765 e QUADROS: 1998, 54.

⁶⁵⁶ Para uma análise geral das posições doutrinárias deste autor, V., SIMMA: 1995.

⁶⁵⁷ Expondo esta posição, LIMA PINHEIRO: 2003, 745.

⁶⁵⁸ Cf. ROBERTS: 2013, 55; ALSCHNER: 2013, 6 e VICUÑA: 2004, 354.

equiparação entre *contractual violation claims* e *treaty violation claims*. A admitir-se tal equiparação, como de facto parece ser esse o rumo da *arbitragem internacional*, surge uma complexa gama de questões cujas respostas configuram verdadeiras *vaexatas questios*.

Existindo uma equiparação de uma *violação contratual* numa violação de um *tratado* coloca-se, desde logo, a questão de saber o modo de *interpretação* desta *violação contratual*. Isto porque os *tratados* surgem como figuras típicas de *direito internacional público*, apresentando um modo específico de interpretação tal como tivemos a oportunidade de referir. Por outro lado, questiona-se o modo de proceder à determinação do *tribunal competente* para a *resolução do litígio*, principalmente se equacionarmos a circunstância de um *CI* estipular, como tribunal competente, um tribunal integrado na *jurisdição* de um *Host State*, existindo, todavia, um *BIT* que, como já salientado, não raras vezes estabelece uma multiplicidade de mecanismos internacionais para a *resolução de litígios*⁶⁵⁹.

Relativamente a esta questão, o entendimento proposto pela doutrina parece caminhar no sentido de admitir o exercício da *jurisdição* por parte de *tribunais arbitrais* no caso de *violação de disposições contratuais*, mesmo que o próprio *contrato* contenha uma *cláusula de exclusividade de seleção do foro*⁶⁶⁰. Na verdade, esta realidade parece ser acolhida no caso *SGS vs. Paraguai*, entendendo-se que o “facto de um Estado e um investidor terem acordado contratualmente um modo de resolução de litígios contratuais, não impede esse mesmo investidor de aceitar a oferta de arbitragem prevista num *BIT*, desde que as partes contratuais não tenham expressamente afastado, no contrato, a possibilidade de recurso à arbitragem prevista no *BIT*” (DUARTE: 2012b, 145).

Outra questão, não menos relevante, que deriva da relação entre disposições contratuais e instrumentos jurídicos internacionais prende-se com a determinação da *lei aplicável ao contrato*. Não obstante exista a possibilidade de ser o próprio *BIT* a determinar a *lei aplicável* aos litígios que tenham por base o próprio *BIT*⁶⁶¹, prática que tende a manifestar uma reduzida adesão em virtude do elevado número destes

⁶⁵⁹ No mesmo sentido, VICUÑA: 2004, 349.

⁶⁶⁰ Cf. REGHIZZI: 2009, 9 e WONG: 2006, 175.

⁶⁶¹ Expondo esta possibilidade, LIMA PINHEIRO: 2008, 98.

instrumentos jurídicos internacionais que não determinam a *lei aplicável*⁶⁶² (como é o caso do *Acordo Sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos* entre a República Portuguesa e a República Popular da China), existe a possibilidade, porventura a mais frequente, de ser o próprio *CI* a determinar a *lei aplicável ao contrato* enquanto manifestação da *autonomia da vontade das partes*. Na verdade, e como salienta SORNARAJAH, as *cláusulas da escolha da lei* representam uma das *cláusulas essenciais* a serem apostas às relações contratuais⁶⁶³.

A determinação da *lei aplicável* nas relações jurídicas inerentes ao domínio do *investimento* assume uma relevância que faz denotar a tensão dialética entre os *Host States* e os investidores. Esta tensão, por sua vez, manifesta-se na determinação do *direito aplicável*. Isto porque, por um lado, existe a ânsia na aplicação do *direito interno* por parte dos *Host States*, sendo que, opostamente, se situará a intenção, por parte dos investidores, cujos intuitos passarão na aplicação do *direito internacional*⁶⁶⁴.

A importância da *escolha da lei* entre as partes assume uma relevância extrema. Em virtude desse facto, é comum, nas diversas regras que estabelecem o procedimento de *resolução de litígios nas arbitragens internacionais*, o modo de determinação da *escolha da lei*. Neste domínio, é comum salientar-se a *autonomia e a liberdade das partes na determinação das regras substantivas*. Esta realidade é vislumbrada, designadamente, no n.º 1 do art. 33.º das *Regras da Arbitragem da UNCITRAL*, no n.º 1 do art. 22.º das *Regras de Arbitragem da SCC* e na primeira parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington*.

Desta autonomia, segundo SCHREUER, manifesta-se a tendência das *cláusulas de escolha da lei* referenciam não só a aplicação do *direito interno* de um *Host State*, mas também a aplicação do *direito internacional*⁶⁶⁵. De facto, o recurso aos “*princípios de direito internacional*”, ou às “*regras aplicáveis de direito internacional*” não é uma realidade irrelevante. A confirmá-lo estão as disposições do *NAFTA*⁶⁶⁶, do *TCE*⁶⁶⁷, assim como na *Convenção de Washington*⁶⁶⁸.

⁶⁶² Cf. BANIFATEMI: 2010, 197 e GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 379.

⁶⁶³ Cf. SORNARAJAH: 2010, 284.

⁶⁶⁴ Dando conta deste facto, VICUÑA: 2004, 349.

⁶⁶⁵ Cf. SCHREUER: 2002, 149. No mesmo sentido, BANIFATEMI: 2010, 196 e REGHIZZI: 2009, 28.

⁶⁶⁶ Cf. n.º 1 do art. 1131.º.

⁶⁶⁷ Cf. n.º 6 do art. 26.º.

⁶⁶⁸ Cf. segunda parte do n.º 1 do art. 42.º.

Todavia, a tensão que se verifica na construção de todo o *sistema internacional do investimento* manifesta-se, de um modo especial, na *ausência de um acordo* entre as partes na determinação *da lei aplicável*, permitindo, desde logo, uma maior *discricionariedade* aos árbitros na *determinação da mesma*⁶⁶⁹.

É deste modo que a relação entre o *direito interno* e o *direito internacional* se manifesta como uma verdadeira “*fork in the road*”, quando analisada à luz da segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington*⁶⁷⁰. Não obstante se reconheça o mérito de permitir uma ampla liberdade às partes na escolha das “*regras de direito*”⁶⁷¹, o que é facto é que a determinação das respectivas funções a atribuir entre o *direito interno* e o *direito internacional* não tem obtido soluções unívocas.

A contribuir para esta realidade estão também as decisões dos tribunais arbitrais internacionais constituídos ao abrigo da *Convenção de Washington* que, por vezes, relativizam a análise da relação entre o *direito interno* e o *direito internacional*⁶⁷².

Todavia, é na segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington* que é possível observar as diferentes pretensões que se movem no seio do investimento. Determinando a aplicação da “*lei do Estado Contratante*” – muitas das vezes vista como uma garantia simbólica cuja pretensão visa atribuir o máximo efeito possível em favor dos *Host States*⁶⁷³ –, assim como a aplicação dos “*princípios de direito internacional aplicáveis*” – muitas das vezes vistos como uma inevitabilidade no âmbito do investimento⁶⁷⁴ –, o artigo em questão move-se na expectativa de conciliar, muitas das vezes, pretensões inconciliáveis que estão na base das divergências que se movem na construção de um *sistema de investimento internacional*.

No entanto, a concreta aplicabilidade que resulta dos “*princípios de direito internacional aplicáveis*” não se afigura uma questão pacífica. Segundo PHILLIPE KAHN, desde as negociações da própria *Convenção de Washington* que o artigo tem

⁶⁶⁹ Neste sentido, BANIFATEMI: 2010, 192.

⁶⁷⁰ Configurando o artigo em questão como um critério de coordenação entre o *direito interno* e o *direito internacional* no âmbito do investimento, REGHIZZI: 2009, 10.

⁶⁷¹ Aludindo a este facto, BANIFATEMI: 2010, 196; GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 376; HIRSCH: 1992, 119 e KAHN: 1968, 6.

⁶⁷² Cf. SCHREUER: 2002, 157.

⁶⁷³ Neste sentido, BANIFATEMI: 2010, 196; GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 380 e KAHN: 1968, 22.

⁶⁷⁴ Cf. GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 380.

gerado controvérsia, existindo países que manifestavam a sua relutância do recurso a estes princípios⁶⁷⁵.

Todavia, o que este autor expõe é a própria natureza dos princípios aí plasmados, considerando que na *versão preliminar da Convenção*, a menção aos *princípios de direito internacional* era aferida com base no art. 38.º do ETIJ, embora com as devidas adaptações⁶⁷⁶.

O artigo em questão, ou seja, a segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington*, passa, deste modo, por três interpretações possíveis, todas elas com influências em decisões arbitrais internacionais, sendo que as duas primeiras visam conferir o *máximo de efeito útil ao direito interno* de um *Host State*.

Deste modo, cumpre referir, em primeiro lugar, que uma das interpretações possíveis vê no *direito internacional* uma função “correctiva”, ou seja, subsidiária em relação ao *direito interno*, cuja efectiva aplicação está dependente da existência de lacunas ou inconsistências⁶⁷⁷. Em segundo lugar, outra das interpretações possíveis dadas ao artigo em questão salienta o recurso ao *direito internacional* apenas quando as normas de *direito interno* colidam com *normas fundamentais de direito internacional (ius cogens)*⁶⁷⁸. Já a terceira posição sobre este assunto atribui uma autonomia específica ao *direito internacional*, caracterizando-se pela amplitude da sua aplicação, uma vez que não se limita às regras incorporadas nos tratados, mas também no próprio art. 38.º dos ETIJ⁶⁷⁹.

Os autores que adoptam esta terceira posição⁶⁸⁰, ou seja, um *espaço próprio de aplicação e afirmação do direito internacional*, são influenciados pela decisão do processo de anulação do Comitê *ad hoc* do caso que opôs a *Wena Hotels LTD vs. Arab Republic of Egypt*⁶⁸¹.

⁶⁷⁵ Cf. KAHN: 1968, 28. No mesmo sentido, GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 383 e HIRSCH: 1992, 137.

⁶⁷⁶ Cf. KAHN: 1968, 28. No mesmo sentido, HIRSCH: 1992, 137. Invocando a referência aos “princípios de direito internacional” como um meio susceptível de abranger quaisquer fontes de *direito internacional público*, LIMA PINHEIRO: 2008, 95 e *Idem*: 1999, 63.

⁶⁷⁷ Expondo esta teoria, REGHIZZI: 2009, 33; GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 381 e ss e SCHREUER: 2002, 158. Fazendo uma alusão neste sentido, LIMA PINHEIRO: 2003, 827.

⁶⁷⁸ Cf. GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 399 e ss e MANIRUZZAMAN: 2001, 324.

⁶⁷⁹ Defendendo esta possibilidade, HIRSCH: 1992, 138.

⁶⁸⁰ Cf. BANIFATEMI: 2010, 202 e ss e GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 404 e ss.

⁶⁸¹ Cf. ICSID Case No. ARB/98/4 (Annulment Proceeding).

Deparado com a análise da questão do relacionamento entre o *direito interno* e o *direito internacional*, este *tribunal arbitral*, constituído sob a égide das regras *ICSID*, vai expor, em abstracto, as três interpretações possíveis da segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington*. Todavia, é o próprio tribunal a reconhecer não ser possível a existência de uma única resposta à questão de saber qual das posições corresponde a uma abordagem correcta, sendo que cada caso poderá justificar a escolha de cada solução. Além desta consideração, o tribunal reconhece que a própria *Convenção de Washington* não traça uma linha nítida para proceder à respectiva distinção.

Mas o que se reconhece como ponto inovador desta decisão vai ser o reconhecimento pelo próprio tribunal da possibilidade do *direito internacional* poder ser aplicado por si só, sem a necessidade de identificar *lacunas* ou *inadequações* do *direito interno* de um *Host State*⁶⁸².

3.4 – A natureza jurídica do *Contrato de Investimento* à luz do *Direito Transnacional*

A intersecção que se verifica na influência de especificidades que se movimentam no âmbito do investimento, determina o surgimento de fenómenos cujos contornos manifestam a dificuldade do seu enquadramento em teorizações jurídicas tradicionalmente definidas.

De facto, a possibilidade de um investidor demandar um *Host State* no *plano internacional* enfrenta a dificuldade da sua harmonização com o âmbito tradicional do *Direito Internacional*, tido como um direito predominantemente regido por *relações inter-estaduais*.

Não obstante se reconheça as transformações que o *Direito Internacional* tem vindo a sofrer, paulatinamente reconhecendo outros *sujeitos internacionais*, designadamente o *Indivíduo*⁶⁸³, deparamo-nos com o facto da doutrina, designadamente STEPHAN SCHILL, elucidar a característica do *direito do investimento estrangeiro* ser distinto do *direito internacional público* clássico atendendo à sua *função*. Isto porque no

⁶⁸² Cf. GAILLARD / BANIFATEMI: 2003, 407.

⁶⁸³ Cf. BRITO: 2008, 424 e ss e MACHADO: 2006, 181 e 182.

plano do *direito do investimento estrangeiro*, não raras vezes, as relações estabelecidas extravasam o âmbito das relações inter-estaduais⁶⁸⁴.

De facto, a consideração e a relevância da existência de *novos sujeitos de direito internacional*, designadamente de *empresas transnacionais*⁶⁸⁵, que não raras vezes assumem a posição de grandes investidores, enfatizam a existência de novos desafios à dogmática do *direito internacional* que, enaltecendo e acompanhando a tendência para um quadro crescente de *destatalização*, determinam a emergência de *novas formas de relacionamento* das quais se destacam, no âmbito do investimento, a possibilidade de um investidor demandar internacionalmente um *Host State*, característica cuja amplitude só adquire similitudes ao nível dos *direitos humanos*⁶⁸⁶.

É em virtude da dificuldade de enquadrar novas formas *de relacionamento* no âmbito do investimento que a doutrina alude ao enquadramento de um campo intermédio, como subterfúgio, para a explicação de muitos destes fenómenos nos quais se integra o *CI*⁶⁸⁷. Este campo intermédio, o *direito transnacional*, coloca-se para além do *direito interno estadual*, não obstante não se reconduza ao domínio típico do *direito internacional* e da regulação das relações inter-estaduais⁶⁸⁸.

A alusão ao *direito transnacional* data de 1956, sendo atribuída a PHILIP JESSUP, e visou realçar a existência de *relacionamentos* cuja principal característica enaltece a existência de outros sujeitos, que não meramente os Estados, insusceptíveis de serem integrados quer no *plano interno*, quer no *plano internacional*⁶⁸⁹. Ilustrando as dificuldades de uma construção susceptível de explicar novos fenómenos, principalmente impulsionados no domínio económico⁶⁹⁰, o *direito transnacional* surge, assim, como um *sistema intermédio* criado e desenvolvido pelas forças do “*law-making*” emergentes de uma sociedade civil global⁶⁹¹.

⁶⁸⁴ Cf. SCHILL: 2011a, 12.

⁶⁸⁵ V., MACHADO: 2006: 283 e ss.

⁶⁸⁶ Cf. ROBERTS: 2013, 31 e HARTEN / LOUGHLIN: 2006, 132.

⁶⁸⁷ Neste sentido TAVARES DA SILVA: 2013, 117.

⁶⁸⁸ Aludindo a esta realidade, VIEIRA DE ANDRADE / FIGUEIREDO MARCOS: 2013, 150, nota 35 e SORNARAJAH: 2010, 298.

⁶⁸⁹ Apontando um carácter primitivo ao Direito Internacional em virtude dos seus excessivos formalismos que se projectam na praticabilidade das soluções, SCHWARCZ: 2002, 25.

⁶⁹⁰ Cf. GAILLARD: 2001, 61.

⁶⁹¹ Cf. CALLIESS: 2010, 5 e 6; *Idem*: 2002, 189.

Entre as suas principais características destacam-se: (i) a desterritorialização das regulações legais; (ii) a especificidade da força jurídica dos seus instrumentos; (iii) nas entidades envolvidas no “*law-making*” e (iv) e da necessidade de *cooperação* na construção de soluções eficazes⁶⁹².

A “pedra de toque” na construção do *direito transnacional* é assim colocada no seio da *arbitragem*⁶⁹³. Como ilustra LIMA PINHEIRO, o *direito transnacional* resulta da “prática dos tribunais arbitrais, que dão corpo a certos princípios que integram hoje a consciência jurídica do meio arbitral, e dos regulamentos de centros institucionalizados de arbitragem, que empregam critérios de determinação do Direito aplicável diferentes dos geralmente seguidos pelos tribunais estaduais e consagrados nos sistemas nacionais de Direito de Conflitos” (2005b, 235).

Esta característica manifesta-se, particularmente, na construção do *sistema internacional do investimento*. Na verdade, a *arbitragem no domínio do investimento* surge caracterizada como uma das principais forças do “*system-building*”⁶⁹⁴.

Segundo STEPHAN SCHILL, para além de permitir uma redução das influências estaduais no processo arbitral, a *arbitragem internacional*, principalmente no domínio dos tratados de investimento, incute a existência de uma *governança global* que determina e concretiza os *standards de protecção* do investimento, em virtude da *ambiguidade* e das *lacunas* do próprio sistema. O seu principal modo de construção é, deste modo, baseado em *analogias*⁶⁹⁵, mas principalmente no recurso à mobilização de *precedentes* (tidos como um *efeito persuasivo*)⁶⁹⁶, sem *carácter vinculativo*⁶⁹⁷, que, segundo o autor, mais do que procederem à interpretação das próprias disposições jurídicas, limitam-se a referir a prática arbitral, designadamente a que deriva das *arbitragens ICSID*, como fontes autorizadas de direito⁶⁹⁸.

Este facto revela a dificuldade sentida no *plano internacional* para alcançar soluções *substantivamente* concretas. É deste modo que as respostas que vão sendo alcançadas demonstram a necessidade de esquemas *eficazes*, não complacentes com

⁶⁹² Cf. TIETJE / NOWROT: 2006, 26 e ss.

⁶⁹³ Cf. CALLIESS: 2010, 5.

⁶⁹⁴ Cf. SCHILL: 2011c, 1086.

⁶⁹⁵ Cf. ROBERTS: 2013, 7.

⁶⁹⁶ Neste sentido, SINCLAIR: 2009b, 277.

⁶⁹⁷ Cf. ALSCHNER: 2013, 2 e ss; SCHILL: 2011b, 881 e SINCLAIR: 2009b, 277.

⁶⁹⁸ Cf. SCHILL: 2011c, 1100 e ss.

mecanismos rigidamente definidos, ilustrando, por sua vez, a existência de *redes de cooperação* na construção de regras que determinam, deste modo, uma progressiva transferência e influência de *decisões regulatórias nacionais* para um *nível transnacional*⁶⁹⁹.

Não obstante STEPHAN SCHILL se esforce por evidenciar às virtudes da *arbitragem internacional*, designadamente da capacidade de *multilateralização do sistema do investimento*, reduzindo, deste modo, as incongruências do próprio sistema, principalmente da sua fragmentaridade, é necessário referir a existência de diversos autores que salientam a falta de *unidade* e de *completude* deste modo de construção do sistema do investimento⁷⁰⁰, bem como o questionar, não só a própria *legitimidade do sistema*⁷⁰¹, mas também da própria *legitimidade e independência dos árbitros* que surgem a dirimir litígios mormente relacionados com o *interesse público* de um *Host State*⁷⁰².

3.5 – Conclusão da Terceira Parte

Como tivemos a oportunidade de analisar ao longo da terceira parte da presente exposição, o *CI* configura um tipo contratual onde confluem diversas perspectivas de análise. Esta característica condiciona, deste modo, a adopção estrita de uma perspectiva que possa ser considerada isoladamente.

Não obstante esta realidade, podemos afirmar que o *CI* digladiava-se, fundamentalmente, entre perspectivas que visam conformar a sua *natureza jurídica* através de uma *influência privatista, publicista, internacionalista e transnacionalista*.

A perspectiva privatista do *CI* tem acolhimento no ordenamento jurídico português por parte de alguma doutrina. Não obstante estejamos perante um contrato cujas características apelam à necessidade de se estabelecerem “zonas de conforto” como um mecanismo de atracção de investidores, designadamente através de disposições normativas cujo objectivo é o de equiparar posições jurídicas de ambas as partes no *CI*, por via de *cláusulas de estabilização*, do *recurso à arbitragem internacional* ou a mobilização de *regas de conflitos* típicas no *direito internacional*

⁶⁹⁹ Neste sentido, KINGSBURY / KRISCH / STEWART: 2005, 16 e ss.

⁷⁰⁰ Cf. VICENTE: 2006, 304 e LIMA PINHEIRO: 2005b, 396 e 397.

⁷⁰¹ Cf. COLÓN-RÍOS / HEVIA: 2009, 1311 e ss e VICENTE: 2006, 304

⁷⁰² Cf. ALSCHNER: 2013, 20; HARTEN: 2010, 36; CHOUDHURY: 2008, 819 e VICENTE: 2006, 304.

privado, tal perspectiva depara-se com a necessidade de explicar diversas questões que colocam à prova o carácter estritamente privado do *CI*.

Na verdade, a própria natureza das *cláusulas de estabilização* denuncia, já de si, a existência de uma relação pautada por um carácter desigual entre as partes. Por outro lado, não raras vezes, visam estabilizar domínios cuja natureza extravasa um carácter privado, designadamente, nos domínios ambientais, laborais ou fiscais, sendo tal realidade confirmada por uma *arbitragem internacional* cujos autores caracterizam como peculiar.

Também a *perspectiva publicista* do *CI*, por via da qualificação da sua natureza jurídica como *contrato administrativo*, teve, e continua a ter, acolhimento no ordenamento jurídico português. Tal posição, justificada tradicionalmente sob a qualificação de um *contrato administrativo* que apenas é conhecido no âmbito do direito administrativo, é influenciada pelo actual CCP que determina a existência de uma amplitude da utilização da figura do *contrato administrativo* no ordenamento jurídico português. Todavia, uma perspectiva publicista que apele à determinação da natureza jurídica do *CI* como *contrato administrativo* também é objecto de reticências.

De facto, e não obstante em termos internacionais exista o apelo à existência de um *direito do investimento estrangeiro*, fortemente influenciado por uma análise de questões publicistas, verificamos que a influência da *arbitragem internacional*, designadamente da *ICSID*, condiciona a execução do *CI* através dos *poderes típicos de conformação da relação contratual dos contratos administrativos*. Todavia, dada a possibilidade de enquadrar o *CI* com um *contrato sobre o exercício de poderes públicos*, cuja utilização é possível no âmbito do poder discricionário de conformação da Administração, também manifesta o problema da sua compatibilidade face a eventuais *alterações pela via legislativa* de regimes jurídicos pré-estabelecidos.

Já a perspectiva internacionalista da qualificação da natureza jurídica do *CI*, deriva da influência inculcada, para além dos próprios sujeitos que compõem a relação contratual, da aposição de cláusulas que são vistas como um sintoma de internacionalização. Estas cláusulas são, designadamente, as *cláusulas de estabilização*, *cláusulas de escolha da lei* e *cláusulas compromissórias*.

Por outro lado, alude-se à importância dos *BIT's*, figuras tradicionais no âmbito do direito internacional, na construção de um *sistema do direito do investimento estrangeiro* que, por sua vez, manifesta a necessidade de um relacionamento, cada vez

mais típico, com o *CI* principalmente quando se manifesta a presença de “*umbrella clauses*”. No entanto, quando se questiona a mobilização do direito internacional, mormente o *direito internacional público*, à luz da segunda parte do n.º 1 do art. 42.º da *Convenção de Washington*, a perspectiva que apela à mobilização autónoma do direito internacional público não se afigura uma questão pacífica.

Já a perspectiva que equaciona a natureza jurídica do *CI* no domínio do *direito transnacional* salienta as especificidades de um contrato que manifesta a característica peculiar de um investidor estrangeiro demandar internacionalmente um Estado. Tal característica, a par dos próprios sujeitos envolvidos, desafia as relações típicas do direito internacional, demonstrando a necessidade de soluções expeditas que encontram entraves no ritualismo típico do direito internacional público.

Todavia, a adopção da perspectiva transnacional também não é uma solução pacífica. A existência de uma jurisprudência arbitral mobilizadora de precedentes, como uma das principais formas de construção do sistema demonstra a falta de legitimidade na determinação de soluções cujo impacto se repercute, principalmente, na adopção de políticas públicas nos *Host States*.

É em virtude de todas estas influências, mas que denota a existência de uma particular influência publicista, que o *CI* surge como uma realidade complexa que caracteriza a determinação da sua natureza jurídica.

4. Bibliografia

ABREU, J. M. C. de, 2009. *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra.

- 2003. “Sobre as Novas Empresas Públicas (Notas a Propósito do DL 558/99 e da L 58/98)”, *Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, pp. 555 – 575.

AGUIAR, S. C. e GULAMHUSSEN, M. A., 2009. *O Impacte do Risco Político no Investimento Directo Estrangeiro: o caso do Brasil como país de destino*, Edições Sílabo, Lisboa.

AICEP, 2013. Ficha do País, Março.

ALCABAS, A., BOURCIEU, É. e VALERSTEINAS, B., 2000. “Les nouvelles formes de l’IDE”, *Problèmes Économiques*, n.º 2.660, Avril, pp.19 - 23.

ALESSANDRINI, S., 2000. *The EU Foreign Direct Investment in Central and Eastern Europe*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Modena e Reggio Emilia, Nuova Serie 49, Giuffrè Editore, Milano.

ALMEIDA, M. A. de, 2011. “Apontamentos sobre o Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 2, pp. 5 – 34.

- 2007. “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Novembro/Dezembro, pp. 3 – 16.

ALSCHNER, W., 2013. *Interpreting investment treaties as incomplete contracts: Lessons from contract theory*, Submitted for the 30th Annual Conference of the

European Association of Law and Economics, Draft, 29, March, pp. 1 - 17. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2241652>.

AMARAL, J. F. do, 2000. “Globalização e funções do Estado no domínio económico”, *O Interesse Nacional e a Globalização*, Coord. Científica de Nuno Severiano Teixeira, José Cervaens Rodrigues, Isabel Ferreira Nunes, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, pp. 159 – 166.

ANTUNES, L. F. C., 2008. *O Direito Administrativo sem Estado, Crise ou fim de um Paradigma?*, Coimbra Editora, Coimbra.

ARNAUD, A., 1999. *O Direito entre Modernidade e Globalização: Lições de Filosofia do Direito e do Estado*, Tradução de Patrice Charles Wuillaume, Renovar, Rio de Janeiro/São Paulo.

ASCENSÃO, J. O., 2003. “Derivados”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, pp. 41 – 68.

ATAÍDE, A. de, 1970. “Elementos para um curso de Direito Administrativo da Economia”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 100.

BANCO DE PORTUGAL, 2012. Projecções para a economia portuguesa 2012 – 2013, Boletim Económico.

BANIFATEMI, Y., 2010. “The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration”, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, ed. Katia Yannaca-Small, Oxford University Press, Oxford, pp. 191 – 210.

BAPTISTA, E. C., 2004. *Direito Internacional Público*, Vol. II, Sujeitos e Responsabilidade, Almedina, Coimbra.

BARROCAS, M. P., 2010. *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra.

BARROS, V. M. G., 2008. *Ciclo de Investimento Directo Estrangeiro em Portugal, Uma Análise Comparada com os casos da Espanha, Irlanda e Grécia*, Instituto Superior de Economia e Gestão, Lisboa.

BARROSO, J. M. D., 2000. “O Interesse Nacional e a Globalização”, *O Interesse Nacional e a Globalização*, Coord. Científica de Nuno Severiano Teixeira, José Cervaens Rodrigues, Isabel Ferreira Nunes, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, pp. 129 – 141.

BENDE-NABENDE, A., 2002. *Globalisation, FDI, Regional Integration and Sustainable Development: Theory, evidence and policy*, Ashgate, Aldershot.

BINDER, C., 2009. “Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces Between the Law of Treaties and the Law of the State Responsibility with a Special focus on the Argentine Crisis”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honor of Christoph Schreuer*, Edited by Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch and Stetham Wittich, Oxford University Press, New York, pp. 608 – 630.

BJORKLUND, A. K., 2007. “Private Rights and Public International Law: Why Competition Among International Economic Law Tribunals Is Not Working”, *Hastings Law Journal*, Vol. 59, UC Davis Legal Studies, Research Paper No. 124, pp. 101 – 163. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1016880>.

BOLADO, R. O. B., 2001. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, Aranzadi Editorial, Pamplona.

BORGES, R. H. P., 2005. “Em torno do “Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais””: Uma visão sobre a competitividade fiscal portuguesa”, *15 anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, Org. Associação Fiscal Portuguesa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, pp. 395 – 434.

BRANCO, M. C., 1991. “O Problema da Legalidade das Limitações ao Investimento Estrangeiro”, *Fisco*, Ano 3, n.º 30, Abril, pp. 3 – 10.

BREWER, T. L. and YONG, S., 2000. *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford University Press, Oxford.

BRITO, J. M. B. de, 1989. *Industrialização Portuguesa no pós-guerra (1948-1965) – O condicionamento Industrial*, 1.ª Edição, Publicações Dom Quixote, Lisboa.

BRITO, M. H., 2004. *Direito do Comércio Internacional*, Almedina, Coimbra.

BRITO, M. N. de, 2009. “Direito de Polícia”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. I, Coord. Paulo Otero e Pedro Gonçalves, Almedina, Coimbra, pp. 281 – 456.

BRITO, W., 2008. *Direito Internacional Público*, Coimbra Editora, Coimbra.

BRITTAN, L., 1998. *Globalisation vs. Sovereignty? – The European Response – The 1997 Rede Lecture and Related Speeches*, Cambridge University Press, Cambridge.

BROWNLIE, I., 2003. *Principles of Public International Law*, 6.ª Edition, Oxford University Press, Oxford.

CAETANO, M., 1990. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª Edição, 4.ª Reimpressão revista e actualizada, Almedina, Coimbra.

– 1980. *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra.

CALLIESS, G., 2010. “Law, Transnational”, *Research Paper* No. 35/2010, Osgoode Hall Law School, Vol. 06, n.º 08, pp. 1 – 9.

- 2002. “Reflexive Transnational Law, The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law”, *Zeitschrift fur Rechtssoziologie*, n.º 23, pp. 185 – 216.

CALVÃO, F. U., 2008. “Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 327 – 370.

CÂMARA, P., 2009. *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra.

CAMPOS, J. M. de e CAMPOS, J. L. M. de, 2010. *Manual de Direito Europeu - O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. G., 2009. “O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios”, *Revista de Direito Público e Regulação*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, n.º 1, Maio, pp. 99 – 108.

- 2008. “O Estado Garantidor. Claros – Escuros de um Conceito”, *O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito*, Coord. António José Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Almedina, Coimbra, pp. 571 – 576.
- 2006. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade - Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra.
- 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, 4.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra.
- 2001a. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

- 2001b. “O Direito Constitucional Passa; O Direito Administrativo Passa Também”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 61, Coimbra Editora, pp. 705 – 722.
- 1974. *O Problema da Responsabilidade do Estado por actos Lícitos*, Almedina, Coimbra.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V., 2007. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a Edição revista, Coimbra Editora, Coimbra.

- 1991. *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra.

CARDOSO, J. L., 2003. “Leitura e interpretação do Tratado de Methuen: balanço histórico e historiográfico”, *O Tratado de Methuen (1703) Diplomacia, guerra, política e economia*, Org. José Luís Cardoso, Isabel Cluny, Fernando Dores Costa, Leonor Freire Costa, Conceição Andrade Martins, Nuno Gonçalo Monteiro e Jorge M. Pereira, Livros Horizonte, Lisboa, pp. 11 – 29.

CARDOSO, J. L. C., 2002. *Autoridades Administrativas Independentes e Constituição. Contributo para o estudo da génese, caracterização e enquadramento constitucional da Administração Independente*, Coimbra Editora, Coimbra.

CASSESE, S., 2010. *A Crise do Estado*, Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale, Saberes Editora, Campinas.

- 2005a. “Il Diritto Amministrativo Globale. Una Introduzione”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 2, pp. 331 – 358.
- 2005b. “L’ Arena Pubblica – Nuovi Paradigmi per lo Stato”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 3, pp. 601 – 650.

CHANG, H., 2004. “Regulation of Foreign Investment in Historical Perspective”, *The European Journal of Development Research*, Vol. 16, n.º 3, pp. 687 – 715.

CHOUDHURY, B., 2008. “Recapturing Public Power: Is Investments Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 41, pp. 775 – 832.

COLÓN-RÍOS, J. and HEVIA, M., 2009. “Review Essay – What makes the International Investment Rules Regime Undemocratic?”, *German Law Journal*, Vol. 10, n.º 8, pp.1309 – 1320.

COMISSÃO EUROPEIA, 2010. Comunicado da Comissão Europeia sobre o rumo a uma política europeia global em matéria de investimento internacional.

COMISSÃO DE ESTUDO DA TRIBUTAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES E PRODUTOS FINANCEIROS, 1999. “A Fiscalidade do Sector Financeiro Português em Contexto de Internacionalização”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 181.

CORDEIRO, A. M., 1986. *Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa.

CORREIA, F. A., 2011. “A indemnização pelo Sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3966, ano 140.º, Janeiro - Fevereiro, pp. 143 – 161.

CORTE-REAL, C. P., 1993. “O Contrato de Investimento Estrangeiro e a Problemática decorrente da pretensa contratualização da concessão de Benefícios Fiscais”, *Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*, Ministério das Finanças, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, XXX Aniversário, 1963 – 1993, 26, 27 e 28 de Abril, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, pp. 237 – 267.

COSTA, G., 1998. “Investimento Estrangeiro”, *Colóquio A Globalização e a Economia Portuguesa*, Org. Conselho Económico e Social, Lisboa, pp. 4 – 12.

COSTA NEVES, 2001. “A Agência Multilateral de Garantia aos Investimentos (MIGA): A Propósito duma iniciativa de sucesso no âmbito do «Banco Mundial»”, *Lusíada, Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, n.ºs 1 e 2, pp. 11 – 26.

COTULA, L., 2007. “Foreign investment Contracts”, *Sustainable Markets Investment Briefings*, International Institute for Environment and Development, Briefing 4, pp. 1 – 6.

CRAWFORD, J., 2007. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, The 22th Freshfields Lecture on International Arbitration, London, pp. 1 – 22. Disponível em <http://moot.law.cam.ac.uk>.

CRUZ, J., 1966. “Algumas notas sobre a reforma do condicionamento industrial”, *Separata O Direito*, Ano 98.º, n.º 3, pp. 1 – 33.

CUNHA, L. P., 2008. *O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional*, Coimbra Editora, Coimbra.

CUNHA, T M. da, 2006. *O Investimento Directo Estrangeiro e a Fiscalidade*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 4, Almedina, Coimbra.

D’ALBERTI, M., 2006. “La régulation économique en mutation”, *Revue du droit public*, n.º 1, pp. 231- 243.

DAN, W., 2010. “Acordos Bilaterais de Promoção e Protecção de Investimentos. Práticas do Brasil e da China”, *Nação e Defesa*, n.º 125, 4.ª Série, pp. 157 – 191.

– 2006. *Globalização e Interesses Nacionais: A Perspectiva da China*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra.

DIAS, J. E. F. e OLIVEIRA, F. P., 2011. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2.ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra.

DIAS, R. P., 2010. “Comentário ao art. 4.º do CSC - Sociedades com actividade em Portugal”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coord. J. M. Coutinho de Abreu, Vol. I, Almedina, Coimbra.

DOLZER, R., 2009. “Contemporary Law of Foreign Investment: Revisiting the Status of International Law”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honor of Christoph Schreuer*, Edited by Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch and Stetham Wittich, Oxford University Press, New York, pp. 818 – 829.

DOLZER, R. and STEVENS, M., 1995. *Bilateral Investment Treaties*, The International Centre for Settlement of Investment Disputes, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/ London.

DOMENICHELLI, V., 2004. “Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un novo feudalesimo giuridico?”, *Diritto processuale amministrativo*, n.º 1, pp. 1 – 13.

DOWDLE, M. W., 2006. *Public Accountability, Designs, Dilemmas and Experiences*, Cambridge University Press, Cambridge.

DRABEK, Z. and PAYNE, W., 2001. *The Impact of Transparency on Foreign Direct Investment*, WTO, Economic Research and Analysis Division, Revised November, Washington DC, pp. 1 - 27.

DUARTE, M. L., 2010. *Estudos Sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra.

- 2000. *Estudos de Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias, Direito Comunitário Institucional, União Europeia e Constituição, Direito Comunitário Material*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra.

DUARTE, T., 2012a. “Arbitragem ICSID e Desenvolvimento Económico dos Estados”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Org.

Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, Vol. I, *STVDIA IVRIDICA*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 269 – 295.

- 2012b. “A arbitragem ICSID continua a surpreender: Os casos SGS v. Paquistão, SGS v. Filipinas e SGS v. Paraguai – três faces da mesma moeda?”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Org. Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Rego e Pedro Múrias, Vol. II, Almedina, Coimbra, pp. 127 – 148.
- 2011. “*Treaty Claims, Contract Claims e Umbrella Clauses* na Arbitragem Internacional de Protecção de Investimentos”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Org. José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte, Assunção Cristas, Vítor Pereira das Neves e Marta Tavares de Almeida, Vol. I, Almedina, pp. 259 – 299.
- 2008. “O Reconhecimento e a Execução de sentenças ICSID/CIRDI: Portugal à espera da primeira vez”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Coord. de Diogo Freitas do Amaral; Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida, Vol. II Almedina, pp. 767 – 802.

EASSON, A., 2004. *Taxation of Foreign Direct Investment: An Introduction*, Series on International Taxation, Kluwer Law International, The Hague/ London/ New York.

ENTERRÍA, E. G. e FERNÁNDEZ, T., 2002. *Curso de Derecho Administrativo I*, 11.^a Edición, Civitas Ediciones, Madrid.

ESTORNINHO, M. J., 2012. *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra.

- 1999. *A Fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Reimpressão, Almedina, Coimbra.

EVANS, K., 2002. “Foreign Portfolio and Direct Investment. Complementarity, Differences and Integration”, *Global Forum on International Investment, Attracting Foreign Direct Investment for Development*, OCDE, 5 – 6 December, Shanghai, pp. 1-10.

FALK, R. A., 2001. *Globalização Predatória. Uma Crítica*, Tradução de Rogério Alves, Instituto Piaget, Lisboa.

FERNANDES, F. P. e SANTOS, J. C., 1993. *Benefícios Fiscais: Estatuto dos Benefícios Fiscais, Outros Benefícios e Desagravamentos Fiscais Anotado e Comentado*, 2.^a Edição, Rei dos Livros, Lisboa.

FERREIRA DE ALMEIDA, C., 2000. *Contratos. Conceito, Fontes e Formação*, Vol. I, Almedina, Coimbra.

- 1979. *Direito Económico*, II Parte, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa.

FERREIRA, E. P., 2004. *Valores e Interesses - Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*, Almedina, Coimbra.

- 2001. *Lições de Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa.
- 1996. “A Constituição Económica de 1976 «Que Reste-t-il de nos Amours?»”, *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Separata do Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 383- 413.

- 1989. “O Controlo das Subvenções Financeiras e dos Benefícios Fiscais”, *Revista Trimestral do Tribunal de Contas*, n.º 1, Janeiro – Março, pp. 21 – 85.

FERREIRA, E. P. e ATANÁSIO, J., 2005. *Textos de Direito do Comércio Internacional e do Desenvolvimento Económico*, Vol. II, Almedina, Coimbra.

FERREIRA, G. E., 1997. *A Teoria da Integração Económica Internacional e o Modelo de Integração do Espaço Económico Europeu*, Colecção Ratio Ivris, Legis Editora, Porto.

FERRER CORREIA, A., 2007. *Lições de Direito Internacional Privado*, Vol. I, 4.^a Reimpressão da edição de Outubro/2000, Almedina, Coimbra.

FIGUEIREDO MARCOS, R. M., 1997. *As Companhias Pombalinas, Contributo para a História das Sociedades por Acções em Portugal*, Almedina, Coimbra.

FMI, 2009. *Balance of Payments and International Investment Position Manual*, 6.^a Edition, Washington D.C.

- 2008. *Balance of Payments and International Investor Position Manual*, 6.^a Edition, Washington D. C.

- 1993. *Balance of Payments, Manual*, 5.^a Edition, Washington D.C.

FONSECA, R. G., 2008. *Comentário à Constituição Portuguesa*, Vol. II, “Organização Económica”, Coord. Paulo Otero, Almedina, Coimbra.

FONTAGNÉ, L., 1999. “Foreign Direct Investment and International Trade: Complements or Substitutes?”, *OECD Science, Technology and Industry Working Papers*, 1999/03, pp. 1 – 30. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/788565713012>.

FREEMAN, J., 2000. “The Contracting State”, *Florida State University Law Review*, Vol. 28, pp. 155 – 214.

FREITAS DO AMARAL, D., 2012. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.º Edição, 2.º Reimpressão, Com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal, Almedina, Coimbra.

- 2008. *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Com a colaboração de Luís Fábrica, Carla Amado Gomes e J. Pereira da Silva, 3.ª Edição, 2.ª Reimpressão da edição de Novembro de 2006, Almedina, Coimbra.
- 2006. *História das Ideias Políticas*, Vol. I, 5.ª Reimpressão da edição de 1998, Almedina, Coimbra.
- 1965. *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, Lisboa.

GAILLARD, E., 2005. “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contractual Claims – The SGS Cases Considered”, *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary Law*, Edited by Todd Weiler, Cameron May, London, pp. 325-346.

- 2001. “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International*, Vol. 17, n.º 1, pp. 59 – 71.

GAILLARD, E. and BANIFATEMI, Y., 2003. “The Meaning of “and” in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process”, *ICSID Review*, n.º 18, pp. 375 – 411.

GARCIA, M. G. F. P. D., 2009. *Direito das Políticas Públicas*, Almedina, Coimbra.

GAVIN, B., 2001. *The European Union and Globalisation: Towards Global Democratic Governance*, New Horizons in International Business, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton.

GOMES, C. A., 2012. “A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência”, *Revista do Ministério Público*, n.º 129, Janeiro - Março, pp. 9- 47.

- 2008. “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 519 – 567.

GOMES, N. S., 1991. “Teoria Geral dos Benefícios Fiscais”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 165.

GONÇALVES, P., 2013. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Direito Público e Regulação 8, Coimbra Editora, Coimbra.

- 2010. “Regulação Administrativa e Contrato”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 987 – 1024.
- 2008. “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 569 – 626.
- 2007a. *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007.
- 2007b. “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto, pp. 36 – 46.
- 2006. “Direito Administrativo da Regulação”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 535 – 573.

- 2005. *Entidades Privadas com Poderes Públicos, O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com funções administrativas*, Almedina, Coimbra.
- 2004. *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso tempo*, 1.ª Edição, Reimpressão, Almedina, Coimbra.

GÖRG, H. and JABBOUR, L., 2009. “Multinational Enterprises and Foreign Direct Investment: Introduction”, *The World Economy*, Vol. 32, n.º 1, pp. 1 – 5.

GOUVEIA, J. B., 1993. “Os Incentivos Fiscais Contratuais ao Investimento Estrangeiro no Direito Fiscal Português – Regime Jurídico e Implicações Constitucionais”, *Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*, Ministério das Finanças, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, XXX Aniversário, 1963 – 1993, 26, 27 e 28 de Abril, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, pp. 269 – 298.

GRAÇA, J. F., 2012. “Agências de Notação de Risco”, *Publicações CEDIPRE Online – 14*, <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, pp. 1 – 28.

GRAHAM, E. M. and KRUGMAN, P. R., 1991. *Foreign Direct Investment in the United States*, 2.ª Edition, Institute for International Economics, Washington D.C.

GUEDES, A. M. M., 1991. “Os Contratos Administrativos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXII, pp. 9 – 27.

GUERRA-BORGES, A., 2001. “Factores determinantes de la inversión extranjera: introducción a una teoría inexistente”, *Comercio Exterior*, Banco Nacional de Comercio Exterior, Vol. 51, n.º 9, México, pp. 825 – 832.

HÄBERLE, P., 1993. “Derecho constitucional comun europeo”, *Revista de Estudios Politicos*, n.º 79, Enero – Marzo, pp. 7 – 46.

HAHN, H. J. and GRAMLICH, L., 1989. “Foreign Commerce and Investment in Market Economy Countries”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XVII, State and Economy, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, pp. 3 – 99.

HALABI, S. F., 2011. “Efficient Contracting between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 31, n.º 261, pp. 261 – 313.

HARTEN, G. V., 2010. “Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion”, *Trade, Law and Development*, Vol. II, n.º 1, pp. 19 – 58.

- 2009. “The Public – Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State”, pp. 1 - 31. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1461125>.
- 2005. “Private authority and transnational governance: the contours of the international system of investor protection”, *Review of International Political Economy*, Vol. 12, n.º 4, pp. 600 – 623.

HARTEN, G. V. and LOUGHLIN, M., 2006. “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *The European Journal of International Law*, Vol. 17, n.º 1, pp. 121 – 150.

HIRSCH, M., 1992. *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London.

HIRST, P. and THOMPSON, G., 2011. “The future of globalisation”, *The Handbook of Globalisation*, Edited by Jonathan Michie, 2.^a Edition, Edward Elgar, Cheltenham /Northampton, pp.19 – 38;

HOEKMAN, B., MICHALOPOULOS, C. and WINTERS, L. A., 2003. *More Favorable and Differential Treatment of Developing Countries: Toward a New Approach in the WTO*, The World Bank, Development Research Group, pp. 1 – 30.

IETTO-GILLIES, G., 2011. “The role of transnational corporations in the globalisation process”, *The Handbook of Globalisation*, Edited by Jonathan Michie, 2.^a Edition, Edward Elgar, Cheltenham /Northampton, pp. 173 – 199.

JACKSON, J. H., 2003. “Sovereignty – Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, pp. 782 – 802.

JENSEN, N. M., 2008. *Nation-States and the Multinational Corporation: A political economy of foreign direct investment*, Princeton University Press, Princeton/Oxfordshire.

JÚDICE, J. M., 2008. “Como Evitar a «Nacionalização» dos Contratos Internacionais?”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida e Marta Tavares de Almeida, Almedina, Coimbra, pp. 697 – 704.

KAHN, P., 1968. “The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes”, *Indiana Law Journal*, Vol. 44, n.º 1, pp.1 – 32.

KAUSHAL, A., 2009. “Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, n.º 2, pp. 491 – 534.

KINGSBURY, B., KRISCH, N. and STEWART, B., 2005. “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68, pp. 15 – 61.

KIRKBY, M. B., 2011. *Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos, O Exercício contratualizado do Poder Administrativo de decisão unilateral*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

- 2010. “Conceito e Critérios de qualificação do Contrato Administrativo: Um debate académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia. Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP – Uma alteração do paradigma de qualificação?”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 759 – 809.

LAUBADÈRE, A. de., 1985. *Direito Público Económico*, Tradução e notas de Maria Teresa Costa, revista por Evaristo Mendes, Almedina, Coimbra.

LAVRANOS, N., 2010. “Bilateral Investment Treaties (BIT’s) and EU Law”, *ESIL Conference*, pp. 1 – 28. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1683348>.

LEAL, A. C. P. M., 2007. “A Diplomacia Económica em Portugal no século XXI – que Papel no Investimento Directo Português no Exterior?”, *Negócios Estrangeiros*, Publicação semestral do Ministério dos Negócios Estrangeiros, n.º 11.1, Julho, pp. 207 – 310.

LEITE, A. N. e MACHADO, J. A. F., 2005. “O Investimento Directo Estrangeiro e o crescimento económico de Portugal”, *Desafios para Portugal*, Coord. José da Silva Lopes, Seminários da Presidência da República, Casa das Letras, Cruz Quebrada, pp. 23 – 51.

LIMA PINHEIRO, L., 2008. “A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano I, pp. 76 – 105.

- 2005a. *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais, Convenção de Viena Sobre a Venda Internacional de Mercadorias, Arbitragem Transnacional*, Almedina, Coimbra.

- 2005b. *Arbitragem Transnacional, A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra.
- 2003. *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra.
- 1999. “O problema do Direito aplicável aos contratos internacionais celebrados pela Administração Pública”, *Direito e Justiça*, Vol. XIII, Tomo 2, pp. 29-64.

LONG, G., 2005. “China’s Policies on FDI : Review and Evaluation”, *Does Foreign Direct Investment Promote Development?*, Edited by MORAN T. H., GRAHAM, E. M., and BLOMSTROEM, M., Washington, pp. 315 – 336.

LONG, M., WEIL, P., BRAIBAND, G., DEVOLVÉ, P. e GENEVOIS, B., 1993. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 10.^a Édition, Collection Droit Public, Dalloz, Paris.

LOPES, E., 2000. “Interesse Nacional e a Globalização Económica”, *O Interesse Nacional e a Globalização*, Coord. Científica de Nuno Severiano Teixeira, José Cervaens Rodrigues, Isabel Ferreira Nunes, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, pp. 45 – 55.

LOWENFELD, A. F., 2008. *International Economic Law*, 2.^a Edition, International Economic Law Series, Oxford University Press, Oxford.

MACHADO, J. B., 2011. *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a Edição Actualizada, 3.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra.

MACHADO, J. E. M., 2010. *Direito da União Europeia*, 1.^a Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra.

- 2006. *Direito Internacional - Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N. da., 2009. *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, Coimbra.

MADIOT, Y., 1971. *Aux Frontières du Contrat et de l'acte Administratif Unilatéral: Recherches sur la notion d'acte mixte en Droit Public Français*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris.

MADURO, M. P., 2006. *A Constituição Plural: Constitucionalismo e União Europeia*, 1.ª Edição, Principia, São João do Estoril.

MAH, J. S. and TAMULAITIS, D., 2000. “A Note on Investment Incentives in the WTO and the Transition Economies”, *Post-Communist Economies*, Vol. 12, n.º. 1, pp. 119 – 130.

MANIRUZZAMAN, A. F. M., 2001. “State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, n.º 2, pp. 309 – 328. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1338001>.

- 1992. “State Contracts With Aliens: The Question of Unilateral Change by the State in Contemporary International Law”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, n.º 4, pp. 141 – 172.
- 1990. “International Arbitrator and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 7, n.º 3, pp. 53 – 64.

MARTINS, C. A., 2003. “O Tratado de Methuen e o crescimento do comércio vinícola português na primeira metade de Setecentos”, *O Tratado de Methuen (1703) Diplomacia, guerra, política e economia*, Org. José Luís Cardoso, Isabel Cluny,

Fernando Dores Costa, Leonor Freire Costa, Conceição Andrade Martins, Nuno Gonçalo Monteiro e Jorge M. Pereira, Livros Horizonte, Lisboa, pp. 111 – 130.

MARTINS, G. D'O., 2002a. “Estabilidade Fiscal e Constituição Tributária», *Fisco*, Ano XIII, n. ° 105/106, pp. 20 – 28.

MARTINS, M. A. G., 2002b. *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 1.^a Edição, Principia, Cascais.

MATA, E. e VALÉRIO, N., 1994. *História Económica de Portugal – Uma Perspectiva Global*, Editorial Presença, Lisboa.

MATOS, L. S. de., 1973. *Investimentos Estrangeiros em Portugal: Alguns aspectos*, 3.^a Edição, Seara Nova, Lisboa.

MAYER, T. and PFISTER, E., 2004. “Foreign Direct Investment and Intellectual Property Rights: Evidence from French Multinationals’ Location Decisions”, *Economic Integration and Multinational Investment Behavior, European and East Asian Experiences*, Edited by Pierre-Bruno Ruffini, New Horizons In International Business, Edward Elgar, Cheltenham/ Northampton, pp. 17 – 40.

MELO, A. M. B. de., 1984. “Introdução às formas de Concertação Social”, *Separata do Vol. LIX (1983) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, pp. 1 – 65.

MESQUITA, M. J. R. de., 2011. *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA E DO EMPREGO, 2006. *Investimento Direto Estrangeiro, Investimento do Exterior em Portugal e Investimento de Portugal no Exterior, Conceitos*. Gabinete de Estratégia e Estudos, Maio de 2006.

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, 1999. *Privatizações e Regulação. A Experiência Portuguesa*, Direcção-Geral de Estudos e Previsão, Lisboa.

MIRANDA, A. P. de, e REBELO, M., 2012. “A Resolução de Litígios no Tratado da Carta da Energia: Uma Primeira Abordagem”, *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Org. Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Rego e Pedro Múrias, Almedina, Coimbra, pp. 669 – 686.

MIRANDA, J., 2012. *Curso de Direito Internacional Público*, 5.º Edição revista e actualizada, Principia, Parede.

- 1987. “A Interpretação da Constituição Económica”, *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra - «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró» - (1986)*, Coimbra, pp. 1 – 13.

MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., 2006. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra.

MOLTKE, K., 2002. *Discrimination and Non-Discrimination in Foreign Direct Investment, Mining Issues*, OECD Global Forum International Investment, Conference of Foreign Direct Investment and the Environment, 7 – 8 February, Paris. Disponível em <http://www.oecd.org/env/1819921.pdf>.

MONCADA, L. C. de, 2012a. *Direito Económico*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

- 2012b. *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: Uma perspectiva Luso-brasileira*, Almedina, Coimbra.
- 2007. “O Regime Jurídico do Investimento Estrangeiro em Portugal”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Homenagem aos Profs. Doutores

A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 89 -151.

- 1985. *A Problemática Jurídica do Planeamento Económico*, Coimbra Editora, Coimbra.

MORAN, T. H., 2006. *Harnessing Foreign Direct Investment for Development: Policies for Developed and Developing Countries*, Center for Global Development, Washington.

MOREIRA, T. A., 1997. “O Investimento Estrangeiro em Portugal e a Defesa Nacional”, *Nação e Defesa*, Ano XXII, n.º 82, Abril – Junho, pp. 173 – 202.

MOREIRA, V., 2012a. “Comentário ao art. 207.º do TFUE”, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Cood. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, pp. 810 – 814.

- 2012b. “União mais Estreita”: A Política de Comércio Externo da UE depois do Tratado de Lisboa”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coord. Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa, Prof. Doutor Fausto de Quadros, Prof. Doutor Paulo Otero e Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, Vol. V, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 575 – 604.
- 2006. “A Metamorfose da “Constituição Económica”, *Themis*, Edição Especial, pp. 33 – 47.
- 1998. “Constituição e Direito Administrativo (A «Constituição Administrativa» Portuguesa)”, in *Ab Vno Ad Omnes, 75 Anos da Coimbra Editora*, Org. Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 1141 – 1166.

- 1996. *Auto-regulação profissional e administração autónoma: A organização institucional do vinho do Porto*, Vol. I, Coimbra.
- 1970. *Economia e Constituição: Para o conceito de Constituição Económica*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

MORTENSON, J. D., 2010. “The Meaning of “Investment”: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, n.º 1, pp. 257 – 318.

MOTA PINTO, C. A. da, 2005. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra.

- 1982. “Direito Económico Português, Desenvolvimentos recentes”, *Separata do Vol. LVII (1981) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, pp. 1 – 36.
- 1981. *Direito Público da Economia*, Apontamentos das lições preferidas ao C. C. no âmbito da cadeira de Direito Público da Economia pelo Prof. Doutor Mota Pinto, coligidas pelos alunos José Manuel Pureza, Fernando Vitorino Queirós e Luís Bianchi de Aguiar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

MOTA, P. M. I., 2005. *O Sistema GATT/OMC: Introdução Histórica e Princípios Fundamentais*, Almedina, Coimbra.

NABAIS, J. C., 2012. “Investir e tributar: uma relação simbiótica?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º, n.º 3972, Janeiro – Fevereiro, pp. 161 – 177.

- 2009. *Direito Fiscal*, 5.º Edição, Almedina, Coimbra.

- 2005. *Por um Estado Fiscal Suportável, Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra.
- 1994. *Contratos Fiscais. Reflexões acerca da sua admissibilidade*, Coimbra Editora, Coimbra.

NEVES, J. C. das., 1999. “Investimento Estrangeiro”, *Dicionário de História de Portugal*, Coord. António Barreto e Maria Filomena Mónica, Vol. VIII, 1.^a Edição, Figueirinhas, Porto, pp. 299 – 301.

NOGUEIRA DE ALMEIDA, J., 2012. “Comentário ao art. 107.º do TFUE” *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Cood. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, pp. 518 – 522.

- 2002. “As Isenções Categroriais no Domínio das Ajudas de Estado”, *Boletim de Ciências Económicas*, XLV-A, pp. 349 – 371.

NUNES, J. P. A., 2010. *O Estado Novo e o Volfrâmio (1933-1947): Actividade mineira, "Grande Depressão" e Segunda Guerra Mundial*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra.

OCDE, 2008a. “Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, pp. 1 – 100.

- 2008b. *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, 4.^a Edition.
- 2008c. *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa*, 4.^a Edición.
- 2006. *International Investment Perspectives*.
- 2004. “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”, *International Investment Law*, Working Papers on International Investment, n.º 4, pp 1 – 22.

- 1967. “Medidas Fiscais Para o Fomento dos Investimentos Privados nos Países em Vias de Desenvolvimento”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 50.

OLIVEIRA, M. E. de, 1984. *Direito Administrativo*, Vol. I, 2.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra.

OLIVEIRA, M. E., GONÇALVES, P. C. e AMORIM, J. P., 1997. *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra.

OLIVEIRA, R. E. de, 2008. “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 51 – 113.

OLIVET, C., 2013. *A test for solidarity, The case of intra-EU Bilateral Investment Treaty*, Transnational Institute, pp. 1 – 15. Disponível em http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/briefing_on_intra-eu_bits_0.pdf.

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE., 1997. “Commerce et investissement étranger direct: un panorama théorique et empirique de la relation”, *Problèmes Économiques*, n.º 2.512, Mars, pp. 25 – 32.

ORTEGA, R. R., 2005. *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, 3.ª Edición, Revisada, corregida y ampliada, Ratio Legis, Salamanca.

ORTIZ, G. A., 1999. *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Fundación de Estudios de Regulación, COMARES editorial, Granada.

OTERO, P., 2007. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação administrativa à Juridicidade*, Reimpressão da edição de Maio 2003, Almedina, Coimbra.

- 2005. “Normas Administrativas de Conflitos: As Situações Jurídico-Administrativas Transnacionais”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coord. Prof. Doutor Jorge Miranda, Prof. Doutor Luís Lima Pinheiro e Prof. Doutor Dário Moura Vivente, Vol. II, Almedina, Coimbra, pp. 781 – 790.
- 2001. “Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública”, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, STUDIA IURIDICA, n. ° 60, Colloquia – 7, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 31 – 57.
- 1998. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra.

PARADA, R, 1997. *Derecho Administrativo*, Parte General, I, 9.ª Edición, Marcial Pons, Madrid.

PARRA, A. R., 1993. “Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes”, *Legal Treatment of Foreign Investment: “The World Bank Guidelines”*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, pp. 311 – 335.

PAYNE, D. and YU, F., 2011. *Foreign Direct Investment in the United States, Executive Summary*, U.S. Department of Commerce, Economic and Statistics Administration, Washington D.C. Disponível em <http://www.esa.doc.gov/sites/default/files/reports/documents/fdiesaisssuebriefno2061411final.pdf>.

PEREIRA, A. G, e QUADROS, F. de., 2009. *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição revista e aumentada, 8.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra.

PIRES, F. L., 1997. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu (Seu Sentido, Problemas e Limites)*, Almedina, Coimbra.

PORTO, M. C. L., 2009a. *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias: Face aos Desafios da Globalização*, 4.^a Edição ampliada e actualizada, Almedina, Coimbra.

– 2009b. *Economia: Um Texto Introdutório*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra.

POTTS, J. B., 2011. “Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, n.º 4, pp. 1005 – 1045.

QI, H., 2011. “The Definition of Investment and Its Development: For the Reference of the Future BIT between China and Canada”, *Revue Juridique Thémis*, n.º 45, pp. 541 – 563.

QUADROS, F. de, 1998. *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra.

QUEIRÓ, A. R., 1976. *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra.

QUELHAS, J. M. G. S., 1996. “Sobre a evolução recente do sistema financeiro: novos produtos financeiros”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XXXIX, pp. 171 – 210.

REGHIZZI, Z. G., 2009. “Diritto Internazionale e Diritto Interno Nelle Controversie Sottoposte ad Arbitrato ICSID”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Anno XLV, n.º 1, Gennaio – Marzo, pp. 5 – 44.

RIBEIRO, J. S., 1978. “Os contratos-programa e outras técnicas consensuais de execução do plano em França”, *Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n.º 1, Janeiro/Junho, pp. 165 – 212.

RICARDO, D., 2001. *Princípios de Economia Política e de Tributação*, Tradução por Maria Adelaide Ferreira, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.^a Edição, Lisboa.

RICHARDSON, E. L., 1989. “United States Policy Toward Foreign Investment: We Can’t Have It Both Way”, *American University International Law Review*, Vol. 4, n.º 2, pp. 281 – 317.

RICHER, L., 2010. *Droit des Contrats Administratifs*, 7.^a Édition, L.G.D.L., Paris.

ROBERTS, A., 2013. “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, *American Journal of International Law*, Vol. 107, n.º 1, January, pp. 1 – 56. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2033167>.

ROCHA, J. A. O., 2001. *Gestão Pública e Modernização Administrativa*, Instituto Nacional de Administração, Oeiras.

ROLLO, M. F. F. G., 2007. *Portugal e a Reconstrução Económica do Pós-Guerra. O Plano Marshall e a economia portuguesa nos anos 50*, Colecção Biblioteca Diplomática do MNE – Série D, Ministério dos Negócios Estrangeiros, Lisboa.

ROMÃO, A., 2006. “A economia portuguesa 20 anos depois: Visão Global”, *A Economia Portuguesa: 20 anos após a adesão*, Org. António Romão, Colecção Económicas, II Série, n.º 1, Almedina, Coimbra, pp. 11 – 132.

ROSAS, F. e BRITO, J. M. B., 1996. “Condicionamento Industrial”, *Dicionário de História do Estado Novo*, Direcção de Fernando Rosas e J. M. Brandão de Brito, Vol. I, Bertrand Editora, Venda Nova, pp. 183 – 186.

ROSENFELD, M., 2008. “Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, n.ºs 3-4, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 242, pp. 1 – 38. Disponível em, <http://ssrn.com/abstract=1260018>.

ROZAS, J. C. F., GARCÍA, R. A. e ASENSIO, P. A. M., 2011. *Derecho de los Negocios Internacionales*, 3.^a Edición, Iustel, Madrid.

SACHS, J. D. and WARNER, A. M., 2001. “The curse of natural resources”, *European Economic Review*, n.º 45, pp. 827 – 838.

SALACUSE, J. W., 2010. “The Emerging Global Regime for Investment”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, n.º 2, pp. 428 – 473.

SALACUSE, J. W. and SULLIVAN, N. P., 2009. “Do BIT’s Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Gargain”, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties; Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Edited by Karl P. Souvant and Lisa E. Sachs. Oxford University Press, New York, pp. 109 – 170.

SALDANHA SANCHES, J. L., 2010. *Justiça Fiscal*, FFMS, Lisboa.

– 2007. *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

SAMPAIO, J., 2000. “Interesse Nacional e Globalização”, *O Interesse Nacional e a Globalização*, Coord. Científica de Nuno Severiano Teixeira, José Cervaens Rodrigues, Isabel Ferreira Nunes, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, pp. 17 – 24.

SAMUELSON, P. A. and NORDHAUS, W. D., 2005. *Economia*, Tradução e Revisão Técnica por Elsa Nobre Fontaínha e Jorge Pires Gomes, 18.º Edição, McGraw-Hill, Lisboa.

SANTOS, A. C. dos, 2003. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Almedina, Coimbra.

SANTOS, A. dos, GONÇALVES, M. E. e MARQUES, M. M. L., 2011. *Direito Económico*, 6.ª Edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra.

SANTOS, A. M. dos, 1991. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado, Esboço de Uma Teoria Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra.

SANTOS, R. M. dos, 1985. “Investimento Estrangeiro”, *Polis*, Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, Vol. 3, pp. 739 – 742.

SCHILL, S. W., 2011a. *International Investment Law and Comparative Public Law: Ways out of the Legitimacy Crisis?*, Draft paper presented at the Investment Law Forum at New York University, 11 April, Institute for International Law and Justice, pp. 1 – 36. Disponível em <http://www.ijl.org/research/documents/if2010-11.schill.pdf>.

- 2011b. “W(h)ither Fragmentation? On the literature and Sociology of International Investment Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 22, pp. 875 – 908.
- 2011c. “System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking”, *German Law Journal*, Vol. 12, n.º 5, pp. 1083 – 1110.
- 2009. *The Multilateralization of International Investment Law*, 1.^a Edition, Cambridge University Press, Cambridge.
- 2008a. *The Multilateralization of International Investment Law: The Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties*, Society of International Economic Law (SIEL), Inaugural Conference Paper, SIEL Online Proceedings Working Paper No. 18/08, pp. 1 – 26. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1151817>.
- 2008b. “Enabling Private Ordering – Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties”, *Working Paper 2008/9*, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, New York, pp. 1 – 76.

SCHMIDT-ASSMANN, E., 2006. “La ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n.º 171, Septiembre/Diciembre, pp. 7 – 34.

SCHREUER, C., 2004. “Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, n.º 2, pp. 231 – 256.

- 2002. “Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration”, *Austrian Review of International and European Law*, n.º 7, pp. 147 – 196.
- 2001. *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge.

SCHWARCZ, S. L., 2002. “Private Ordering of Public Markets: The Rating Agency Paradox”, *University of Illinois Law Review*, n.º 1, pp. 1 – 28. Disponível em, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=267273.

SEID, S. H., 2002. *Global regulation of foreign direct investment*, Ashgate, Aldershot.

SERRA, M. F. S., 2005. “Intervenção do Presidente do Supremo Tribunal Administrativo Conselheiro Manuel Fernando dos Santos Serra”, *15 anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha*, Org. Associação Fiscal Portuguesa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, pp. 361 – 364.

SÉRVULO CORREIA, J. M., 2012. “Arbitragem internacional com Estados na nova lei da arbitragem voluntária”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, pp. 99 – 119.

- 2010. “A Resolução dos Litígios sobre Investimento Estrangeiro em Direito Arbitral Comparado”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 821 - 841.

- 1987. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra.
- 1986. “Os Contratos Económicos perante a Constituição”, *Nos dez anos da Constituição*, Org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, pp. 95 – 111.

SHEMBERG, A., 2008. *Stabilization Clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights*, pp. 1 – 42. Disponível em <http://www.ifc.org>.

SHIHATA, I. F. I., 1993. *Legal Treatment of Foreign Investment: “The World Bank Guidelines”*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London.

SILVA, J. N. C. da, 2008. *Mercado e Estado. Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra.

SILVA, V. P. da, 1998. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Reimpressão, Almedina, Coimbra.

SIMMA, B., 1995. “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 6, n.º 1, pp. 33 – 54.

SIMÕES, V. C., 1985. “Investimento Estrangeiro em Portugal: Panorama Genérico”, *Economia*, Vol. IX, n.º 2, Maio, pp. 329 – 379.

SINCLAIR, A., 2009a. “Bridging the Contract/Treaty Divide”, *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honor of Christoph Schreuer*, Edited by Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch and Stetham Wittich, Oxford University Press, New York, pp. 92 – 104.

- 2009b. “The Umbrella Clause Debate”, *Investment Treaty Law: Current Issues III. Remedies in international investment law. Emerging jurisprudence of*

international investment law, Edited by Andrea K. Bjorklund, Ian A. Laird and Sergey Ripinsky, British Institute of International and Comparative Law, London, pp. 275 – 312.

- 2004. “The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection”, *Arbitration International*, Vol. 20, n.º 4, pp. 411 – 434.

SMEETS, M., 2000. “Globalisation of International Trade and Investment”, *Globalisation and the Nation-State*, Edited by Frans Buelens, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, pp. 7 – 35.

SMITH, A., 1999. *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, Tradução e notas de Luís Cristóvão de Aguiar, Vol. II, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

SOARES, R. E., 2008. *Direito Público e Sociedade Técnica*, Prefácio de José Joaquim Gomes Canotilho, Tenacitas, Coimbra.

- 1978. *Direito Administrativo* – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/1978, Coimbra.
- 1955. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra.
- sem data. *Direito Administrativo*, Lições proferidas ao Curso de Direito no Porto da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, policopiadas.

SOLANA, J., 2001. “Política externa da UE”, *Negócios Estrangeiros*, Publicação semestral do Ministério dos Negócios Estrangeiros, n.º 2, Setembro, pp. 24 – 33.

SORNARAJAH, M., 2010. *The International Law on Foreign Investment*, 3.^a Edition, Cambridge University Press, Cambridge.

SOUSA FRANCO, A. L., 1988. *Noções de Direito da Economia*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa.

SOUSA FRANCO, A. L. e MARTINS, G. D'Ó., 1993. *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra.

SOUSA, M. R. de, 1994. *O Concurso Público Na Formação do Contrato Administrativo*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa.

– 1986. *A Constituição de 1976, o Orçamento e o Plano*, Estudos de Direito Público n.º 12, Cognitio, Lisboa.

SOUSA, M. R. de e MATOS, A. S., 2009. *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Contratos Públicos, 2.^a Edição, D. Quixote, Lisboa.

STEWART, R. B., 2005. “Il Diritto Amministrativo Globale”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 3, pp. 633 – 640.

STIGLITZ, J. E., 2008. “Capital Market Liberalization, Globalization, and the IMF”, *Capital Market Liberalization and Development*, Edited by José Antonio Ocampo and Joseph E. Stiglitz, Oxford University Press, Oxford, pp. 76 – 100.

STOBER, R., 2008. *Direito Administrativo Económico Geral, Fundamentos e Princípios, Direito Constitucional Económico*, Tradução de António Francisco de Sousa, Universidade Lusíada Editora, Lisboa.

STORK, F., 2010. “A Practical Approach to the New German Foreign Investment Regime – Lessons to be Learned from Merger Control”, *German Law Journal*, Vol. 11, n.º 2, pp. 260 – 274.

TAVARES DA SILVA, S., 2013. “Razão de Estado e princípio da razoabilidade”, *Trajectórias de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*, Cood. Suzana Tavares da Silva e Maria de Fátima Ribeiro, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 115 – 151.

- 2012. *Direito da Energia*, Almedina, Coimbra.
- 2010a. *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra.
- 2010b. *Um Novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra.
- 2008a. *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor*, Dissertação de doutoramento na Faculdade de Direito de Coimbra, inédita.
- 2008b. “A Nova Dogmática do Direito Administrativo: O Caso da Administração por Compromissos”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 893 – 942.

TEIXEIRA, N. S., 2000, “Interesse Nacional e Globalização: o caso português entre a teoria e a história”, *O Interesse Nacional e a Globalização*, Coord. Científica de Nuno Severiano Teixeira, José Cervaens Rodrigues, Isabel Ferreira Nunes, Instituto da Defesa Nacional, Edições Cosmos, Lisboa, pp. 115 – 128.

TELES, E. G., 2004. “Determinação do Direito Material aplicável aos contratos internacionais. A cláusula geral de conexão mais estreita”. *Estudos de Direito Comercial Internacional*, Vol. I, Coord. de Luís de Lima Pinheiro, Almedina, Coimbra, pp. 63 – 141.

TELLES, I. G., 2010. *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.^a Edição, Reimpressão, Wolters Kluwer Portugal | Coimbra Editora, Coimbra.

TIENHAARA, K., 2009. “Foreign Investment Contracts: Unexplored Mechanisms of Environmental Governance”, *Climate & Environmental Governance Network*, Working Paper No. 03, Regulatory Institutions Network, Australian National University, pp. 1 – 30.

TIETJE, C., and NOWROT, K., 2006. “Laying Conceptual Ghosts of the Past to Rest: The Rise of Philip C. Jessup’s “Transnational Law” in the Regulatory Governance of the International Economic System”, *Philip C. Jessup’s Transnational Law Revisited On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*, Institute for Economic Law, pp. 17 – 44.

TOLLIDAY, S., 2006. “The History of Foreign Investment in the United States, 1914 – 45”, *Business History Review*, Vol. 80, n.º 1, April, pp. 1 - 6. Disponível em <http://vlex.com/vid/history-foreign-investment-states-45-61536324>.

TORRES, M. L., 1991. “O Estabelecimento de Estrangeiros em Portugal (Alguns Comentários)”, *FISCO*, ano 3, n.º 31, Maio, pp. 16- 20.

UNCTAD, 2012. *World Investment Report – Towards a New Generations of Investment Policies*, New York and Geneva.

- 2006. *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, New York and Geneva.
- 2004a. *Incentives, Series on Issues in International Investment Agreements*, New York and Geneva.
- 2004b. *Contratos de Estado*, New York and Geneva.

- 2002. *World Investment Report 2002. Transnational Corporation and Export Competitiveness*, New York and Geneva.

UNITED NATIONS, 1966. *Progressive Development of the Law of International Trade: Report of the Secretary-General of the United Nations*. Disponível em, <http://www.jus.uio.no/lm/un.sg.report.itl.development.1966/doc.html#13>.

VANDEVELDE, K. J., 2009. “A Brief History of International Investment Agreements”, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties; Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Edited by Karl P. Souvant and Lisa E. Sachs, Oxford University Press, New York pp. 3 – 35.

VARELA, J. M. A., 2008. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a Edição, Revista e actualizada, 5.^a Reimpressão da edição de 2000, Almedina, Coimbra.

VASCONCELOS, Á. de., 2002. “A União Europeia e a regionalização do sistema internacional”, *Negócios Estrangeiros*, Publicação semestral do Ministério dos Negócios Estrangeiros, n.º 3, Fevereiro, pp. 141 – 163.

VAZ, M. A., 1998. *Direito Económico, A Ordem Económica Portuguesa*, 4.^a Edição Revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra.

VICENTE, D. M., 2011. “Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Vol. III, Julho/Setembro, pp. 751 – 770.

- 2007/2008. “Perspectivas de harmonização e unificação internacional do Direito Privado numa época de globalização da economia”, *Direito e Cidadania*, Ano IX, n.º 27, Quadrimestral, pp. 169 – 191.
- 2006. “Direito Aplicável aos Contratos Públicos Internacionais”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano No Centenário do seu*

Nascimento, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 289 – 311.

- 2003. “A formação dos contratos internacionais”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 3, Julho/Setembro, pp. 3 – 16.

VICENTE, M. S. N., 2012. *A Quebra da Legalidade Material na Actividade Normativa de Regulação Económica*, Coimbra Editora, Coimbra.

VICUÑA, F. O., 2004. “Of Contracts and Treaties In the Global Market”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 8, n.º 1, pp. 341 – 357.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C., 2012. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra.

- 2011a. *Lições de Direito Administrativo*, 2.ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra.
- 2011b. “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3969, ano 140.º, Julho – Agosto, pp. 345 – 363.
- 2010. “A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 7 – 39.
- 1993. “Interesse Público”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. V, Lisboa, pp. 275 – 282.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. e FIGUEIREDO MARCOS, R. de., 2013. *Direito do Petróleo*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

VITA, G. De., and LAWLER, K., 2004. “Foreign Direct Investment and its Determinants: A Look to the past, A View to the Future”, *Foreign Investment in Developing Countries*, Edited by H. S. Kehal, University of Western Sydney, Australia, pp. 13 – 32.

WEIL, P., 2000. *Écrits de Droit International*, Presses Universitaires de France, Paris.

WILKINS, M., 1989. *The history of foreign investment in United States to 1914*, Harvard University Press, Cambridge.

WONG, J., 2006. “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contracts, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes”, *George Mason Law Review*, Vol. 14, n.º 1, pp. 137 – 179. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1260897>.

WTO, 1996. “Trade and foreign direct investment”, New Report – *Press Release*, Press/57, 9 October. Disponível em http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/pr057_e.htm.

ZIPPELIUS, R., 1997. *Teoria Geral do Estado*, Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Coord. de J. J. Gomes Canotilho, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

ZIVKOVIC, Velimir., 2012a. “Contracts, Treaties and Umbrella Clauses: Some Jurisdictional Issues in International Investment Arbitration”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, *Belgrade Law Review*, n.º 4, pp. 1 – 19. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2119861>.

- 2012b. “Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration”, pp. 144 – 159. Disponível em <http://www.ejls.eu/10/130UK.pdf>.