



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Marta de Sousa Nunes Vicente

**O DIREITO ADMINISTRATIVO DOS NEGÓCIOS:
STANDARDS DE PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO**

**Tese no âmbito do Doutoramento em Direito, Direito Público, orientada pela
Senhora Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Julho de 2020

Este estudo beneficiou de uma Bolsa de Doutoramento concedida pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia, financiada pelo [Programa Operacional de Potencial Humano](#) (POPH) do Quadro de Referência Estratégico Nacional (QREN Portugal 2014-2020) e por verbas do Orçamento de Estado do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

The logo for FCT (Fundação para a Ciência e a Tecnologia) consists of the letters 'FCT' in a bold, dark green, sans-serif font.

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR



RESUMO

O presente trabalho incide sobre a proteção do investimento estrangeiro contra a alteração normativa. Significa isto que o nosso estudo versará sobre o conjunto de normas, de fonte interna e internacional, que confere posições jurídicas subjetivas ao investidor estrangeiro, ou que se propõe condicionar e controlar a atividade dos poderes públicos (do Estado de acolhimento ou de organização internacional de que este seja parte) com impacto sobre a atividade de investimento estrangeiro. Dentro destas, a nossa análise tem como pano de fundo os problemas originados pela emergência da *arbitragem dos tratados de investimento* – um complexo normativo assente na combinação entre, por um lado, acordos internacionais de proteção de investimento (API) e, por outro, a aparelhagem jurídico-financeira da arbitragem (eg. Convenção de Nova Iorque, Convenção ICSID).

Um dos pontos orientadores da nossa análise é o de que a arbitragem dos tratados ostenta “qualidades constitucionais”, isto é, *faz as vezes* de uma Constituição no desempenho das funções conformadora e garantística sobre o poder legislativo interno. De facto, a arbitragem dos tratados promove um nível de implementação mais eficaz (que o direito internacional) e menos condicionado pela maior ou menor “amizade” do direito constitucional para com o direito internacional ou pelo princípio da autonomia da ordem jurídica da União Europeia (Caps. 1 e 2).

Tradicionalmente, a proteção dos particulares contra a alteração normativa – *maxime*, contra a alteração legislativa, que é a que mais nos interessa – é feita através de três institutos: o princípio da proteção da confiança, o direito de propriedade (e a cláusula expropriatória) e a responsabilidade civil do Estado por ato da função legislativa. Os Caps. 3 e 4 da dissertação têm por objeto o modo como estas normas operam no plano “interno”, aqui compreendida a tutela oferecida pelo “triângulo europeu” (direito da União Europeia e CEDH) e não apenas pelo direito constitucional. Já o Cap. 5 incidirá sobre as normas através das quais essa proteção é assegurada no plano dos API, a saber, o standard FET e a expropriação regulatória.

Uma das conclusões do presente trabalho passa por assumir que se o litígio tiver por objeto a substituição de uma lei por outra e essa substituição impactar negativamente o investidor estrangeiro, é através da arbitragem dos tratados que o investidor logrará uma proteção mais efetiva. A Parte III concretiza a “anatomia” desta constituição reforçada, localizando-a tanto ao nível da tutela jurídica primária (proteção das legítimas expectativas e interferências no direito de propriedade), como ao nível da tutela jurídica secundária (reparação dos danos causados por uma intervenção estadual inválida).

Importa, por fim, aquilatar da validade deste novo sistema à luz do direito interno e do direito da União. Questionamo-nos, portanto, se àquele reforço de proteção não corresponde, afinal, uma inibição excessiva do direito de regular, ou seja, do poder do legislador de concretizar a dimensão “holística” da constituição através da realização do interesse geral. Partimos, necessariamente, do pressuposto de que a decisão soberana de aderir a um determinado complexo normativo internacional não é autossuficiente e tem de ser escrutinada. Ora, em nosso entender, existe um *deficit* constitucional na arbitragem dos tratados. Algumas das suas normas são, na verdade, inconstitucionais. Contudo, o sistema permite *compensar* algumas das debilidades do nível interno.

ABSTRACT

This study focuses on the protection of foreign investment against regulatory change. Our work deals with the set of rules, both from internal and international sources, granting legal rights to foreign investors, or aiming to control the activity of Host State's public authorities (or the activity of an international organization the Host State is a contracting part of) that have hindering effects over foreign investment. Within this set of rules, our analysis considers the problems arising from the emergence of *investment treaty arbitration* – a regulatory structure merging, on the one hand, international investment agreements (hereinafter, IIA) with the legal and financial apparatus of international arbitration, on the other (eg. New York Convention and ICSID Convention).

One of the premises of this study is that the investment treaty arbitration system bears “constitutional qualities”, meaning that it acts as if it were a Constitution while performing functions such as the protection of individuals and the constraint of legislative power. In fact, investment treaty arbitration acts more effectively than international law, being less conditioned by the greater or lesser “friendship” of constitutional law towards international law or by the principle of autonomy of the European Union's legal order (Chapters 1 and 2).

Traditionally, the protection of individuals against regulatory change – particularly *vis-à-vis* legislative change, which is what interests us most – is performed by means of three normative instruments: the protection of legitimate expectations, property rights (and the expropriation clause) and State's tort liability regarding legislative activity. Chapters 3 and 4 describe how these rules operate at the “internal” level, which encompasses, from the Author's standpoint, legal protection offered by the “European triangular constitution” (European Union and ECHR law) and not only by constitutional law. Chapter 5, on the other hand, focuses on the rules through which this protection is ensured at the investment arbitration level – the FET standard and the regulatory takings clause.

According to this study, if a dispute deals with the replacement of one law by another and that fact negatively impacts foreign investors, we believe that DIE provides the latter with more effective protection than the domestic level. Part III, thus, traces the “anatomy” of this strengthened constitution, locating it both within primary legal protection (protection of legitimate expectations and protection against interferences with property rights) and secondary legal protection (reparation of damages caused by an illegal intervention).

Finally, it is important to assess the validity of investment arbitration in light of domestic and EU law. Here, our research is aimed at understanding whether this more robust protection excessively inhibits Host States' right to regulate, that being the legislator's power to bring about the “holistic” dimension of the constitution and to define public interest. Our assumption is that the sovereign decision to join an international regime is not self-sufficient and must be scrutinized. It is the Author's view that the investment arbitration system bears a constitutional *deficit* and that some of its norms are unconstitutional (in light of the Portuguese constitution). Nevertheless, we also purport that investment arbitration might accomplish a compensatory function, by counterbalancing some of the deficiencies of the “domestic” level.

AGRADECIMENTO

«Até hoje, ninguém descobriu como é que estes animais, largados para a viagem no vazio assustador com o pressentimento da extensão inaudita que terão que percorrer e que quase faz estourar de medo o seu coração, rumam direitos ao lugar de origem...».

W. G. Sebald, *Austerlitz*

A todos os que me ajudaram a encontrar o “caminho para casa”, o meu muito sentido e infinito obrigado. Deram-me amor, carinho, alento, paciência, comida, ideias, livros, meias, pijamas, sugestões “irritantes”, liberdade e tempo. Quando cheguei a casa, apesar do “estouro”, tinha o coração intacto.

Porto, julho de 2020

**O DIREITO ADMINISTRATIVO DOS NEGÓCIOS:
STANDARDS DE PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO
ESTRANGEIRO**

A proteção do investidor estrangeiro contra a alteração normativa.
Anatomia de uma “constituição” reforçada

Marta de Sousa Nunes Vicente

Julho 2020

Às minhas irmãs

MODO DE CITAR

As obras mencionadas no presente texto são citadas através da identificação do último nome do Autor ou Autores, seguida da data (ano) e da página (quando possível). Na hipótese de haver várias obras do mesmo Autor com a mesma data, a distinção é feita através da colocação de letras junto ao respetivo ano (eg. 2017a). Na hipótese de haver dois Autores cujo último nome é idêntico e cujas obras foram publicadas na mesma data, optámos por identificar o Autor através das iniciais do seu primeiro nome (eg. M. L. Duarte 2012, T. Duarte 2012).

Na bibliografia final, o critério de ordenação é alfabético. Na hipótese de existirem várias obras ou artigos do mesmo Autor, são aqueles indicados por ordem cronológica.

A Lista de outros documentos citados a que se alude por diversas vezes do texto pode ser consultada *in fine*. O documento contém ainda um Índice de acórdãos, onde estão ordenados os acórdãos do Tribunal Constitucional, do TEDH, da arbitragem dos tratados e do TJUE. A citação sistemática pormenorizada destes acórdãos originaria notas de rodapé excessivamente longas. Por isso, aquela jurisprudência é citada pela indicação completa na sua primeira menção, optando-se nas seguintes pela identificação através do nome pelo qual as decisões são conhecidas (eg. Plantanol ou CEF Energia). Os demais acórdãos mencionados no texto são sempre identificados de forma completa, mesmo quando citados repetidamente, pelo que dispensámos a respetiva inclusão no Índice.

ABREVIATURAS

- AG – Advogado-Geral
- API – Acordo de Proteção de Investimento
- Artigo 1-P1 – Artigo 1 do Protocolo Adicional n.º 1 à CEDH
- ASEAN – Association of Southeast Asian Nations
- ATF – Arrêt du Tribunal Fédéral (Suíça)
- BIT – Bilateral Investment Treaty
- BvfG – Bundesverfassungsgericht
- CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa
- Cc – Corte costituzionale
- CCP – Código dos Contratos Públicos
- CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos
- CETA – Comprehensive and Economic Trade Agreement
- CNUDM – Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar
- COMESA – Common Market for Eastern and Southern Africa
- CPA – Código do Procedimento Administrativo
- CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos
- CPTPP – Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CVDT – Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados
- DIE – Direito do Investimento Estrangeiro
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- DUE – Direito da União Europeia
- ETIJ – Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça
- FET – Fair & Equitable Treatment
- FMI – Fundo Monetário Internacional
- GG – Grundgesetz
- IBA – International Bar Association
- ICC – International Chamber of Commerce
- ICSID – International Centre for the Settlement of Investment Disputes
- ILC – International Law Commission
- ISDS – Investor-State Dispute Settlement
- LAV – Lei da Arbitragem Voluntária

LSP – Ley del Sector Público

MEE – Mecanismo Europeu de Estabilidade

NAFTA – North Atlantic Free Trade Agreement

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

OR-OMC – Órgão de Recurso da Organização Mundial do Comércio

ORL-OMC – Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial do Comércio

PARIE – Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado

PARIO – Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional das Organizações Internacionais

PCA – Permanent Court of Arbitration

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais

QPC – Question prioritaire de constitutionnalité

RdFdL – Responsabilité du fait des lois

RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras

RRCEE – Regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas

SADC – Southern Africa Development Community

SCC – Stockholm Chamber of Commerce

SJI – Sistema Jurisdicional em matéria de investimentos

STC – Sentencia Tribunal Constitucional (Espanha)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS – Sentencia Tribunal Supremo (Espanha)

TC – Tribunal Constitucional

TCE – Tratado da Carta da Energia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIADH – Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos

TRIPS – Trade Related Intellectual Property

TTIP – Transatlantic Trade and Investment Partnership

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law

UNCTAD – United Nations Conference on Trade & Development

USMCA – United States Mexico and Canada Free Trade Agreement

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	19
I. Enquadramento.....	19
II. Objeto e perspectiva	22
III. Estrutura	30
PARTE I – O PROBLEMA.....	32
CAPÍTULO 1 – CONDIÇÕES PARA A EMERGÊNCIA DE UMA “CONSTITUIÇÃO” REFORÇADA CONTRA A ALTERAÇÃO NORMATIVA.....	32
I. Condições funcionais.....	32
1. Regulação económica, incentivação e <i>regulatory property</i>	32
2. Globalização, fragmentação e (re)constitucionalização.....	34
II. Condições normativas.....	37
1. Reforço da proteção da propriedade privada.....	37
1.1. O acoplamento entre direitos fundamentais e negócios	37
1.2. Propriedade como direito humano universal.....	41
1.3. Conceito amplo de propriedade privada.....	43
1.3.1. No sistema da CEDH	44
1.3.2. No direito da União.....	45
1.3.3. No direito internacional do investimento estrangeiro	48
i) A noção de investimento para efeitos jurisdicionais	49
ii) A questão da dívida pública	52
2. Proteção internacional do investimento estrangeiro – o DIE.....	55
2.1. Visão geral.....	55
2.2. Aproximação ao sistema de tutela do DIE	56
2.2.1. Direito de ação dos investidores	57
2.2.2 Resolução de litígios através da arbitragem.....	58
i) Sentenças ICSID.....	58
ii) Sentenças não ICSID.....	64
2.2.3. Resolução através de tribunais internacionais.....	66
2.2.4. Proteção jurídica secundária.....	67
2.3. Emergência	67
2.4. Evolução	68
2.5. Pressupostos.....	70
2.6. O DIE e a promoção do Rule of law	72
III. Conclusões – Capítulo 1.....	76

CAPÍTULO 2 – AS QUALIDADES CONSTITUCIONAIS DO DIE	77
I. As qualidades constitucionais do DIE.....	77
1. Objeto.....	78
2. Normas.....	80
3. Tutela.....	81
II. O desafio de direito público.....	82
1. O deficit constitucional do DIE.....	83
1.1. Um sistema incoerente.....	83
1.2. Um sistema ilegítimo.....	85
1.3. Um sistema inibidor da atividade legislativa (soberania).....	91
III. A reforma do sistema de arbitragem dos tratados.....	93
1. Reformas incrementais.....	94
2. Reformas sistémicas.....	95
3. Reformas drásticas ou mudança de paradigma.....	97
4. Apreciação.....	98
IV. Arbitragem dos tratados e Constituição.....	99
1. Arbitragem e Constituição.....	101
2. Arbitragem e Direito da União.....	102
3. Arbitragem e direito público.....	104
4. Apreciação.....	106
V. Conclusões – Capítulo 2.....	108
PARTE II – AS NORMAS.....	110
CAPÍTULO 3 – O NÍVEL CONSTITUCIONAL.....	113
I. O princípio da proteção da confiança como princípio fundamental.....	113
1. Definição.....	113
2. Desenvolvimentos em França e no Reino Unido.....	114
3. Fundamentos.....	116
3.1. Estado de Direito e Segurança Jurídica.....	117
3.2. Direitos fundamentais.....	118
3.3. Boa-fé.....	118
4. Delimitação e caracterização.....	120
4.1. Proteção da confiança e segurança jurídica.....	120
4.2. Proteção da confiança e estoppel.....	123
5. Âmbito de aplicação.....	124
5.1. Direitos adquiridos.....	125
5.2. Expectativas jurídicas.....	128
5.3. Expectativas qualificadas e meras expectativas: a lei como base da confiança.....	129

6.	Estrutura dos modelos de proteção da confiança	129
7.	Funcionamento	135
7.1.	Legitimidade da confiança.....	135
7.1.1.	Imprevisibilidade.....	135
	i) Situações de confiança substancialmente diferenciadas	136
	ii) Fatores de previsibilidade.....	141
7.1.2.	Legitimidade	145
7.1.3.	<i>Reliance</i> , dano e nexo de causalidade	147
7.2.	Ponderação e níveis de tutela.....	148
7.2.1.	Ponderação	148
7.2.2.	Disposições transitórias.....	150
7.2.3.	Interesses públicos	150
8.	Proteção da confiança e emergência financeira	151
II.	Propriedade privada.....	154
1.	Conceito constitucional de propriedade	155
2.	Qualificação jurídico-dogmática das interferências no direito de propriedade....	156
2.1.	No direito alemão	156
2.2.	No direito português	158
3.	O sacrifício grave e especial.....	164
4.	A interseção entre os institutos da responsabilidade civil e da expropriação	166
4.1.	A responsabilidade indemnizatória do Estado no direito português	166
4.2.	A responsabilité du fait des lois.....	170
4.3.	Responsabilidade civil e proteção da confiança: o estranho caso espanhol	174
III.	Responsabilidade civil e alteração normativa	177
1.	Responsabilidade civil por ato da função legislativa	179
2.	Obstáculos	180
2.1.	Implicações financeiras	180
2.2.	Liberdade de fins do legislador	184
3.	Ilicitude e culpa no ato legislativo.....	185
4.	A responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da União.....	186
4.1.	Responsabilidade extracontratual da UE (modalidades)	187
4.1.1.	Por ato ilícito	187
4.1.2.	Por ato lícito	187
4.2.	Pressupostos.....	188
4.2.1.	Norma que confere direitos aos particulares	188
4.2.2.	O conceito de violação suficientemente caracterizada	188
	i) Origens	189

ii) Norma jurídica violada.....	191
4.2.3. Nexo de causalidade.....	192
5. O regime português	193
5.1. Os elementos do artigo 15.4 do RRCEE	193
5.1.1. Precisão e clareza da norma violada	195
5.1.2. Diligência do legislador	196
5.2. Divergências dentro do nível “interno”	197
IV. Conclusões – Capítulo 3.....	200
CAPÍTULO 4 – O NÍVEL REGIONAL	203
I. O princípio da proteção da confiança no direito da União	203
1. Enquadramento	203
2. Segurança jurídica.....	204
2.1. Direitos adquiridos	204
2.2. Não retroatividade das normas jurídicas	205
2.2.1. Retroatividade autêntica e inautêntica.....	206
2.3. Proteção da confiança.....	207
3. Confiança legítima e normas retroativas: a normalização da exceção?	208
3.1. A primeira condição: necessidade da retroatividade	209
3.2. Segunda condição: o respeito pela confiança legítima dos operadores económicos	212
4. Confiança legítima e normas retrospectivas: a normalização da descontinuidade? 213	
4.1. Esperanças fundadas.....	214
4.1.1. Os modos de geração de garantias precisas	215
4.1.2. As garantias (precisas) provenientes de informações	215
i) Informações precisas, incondicionais e concordantes.....	215
ii) Que emanem de fontes autorizadas e fiáveis	217
iii) Qualquer que seja a forma como são comunicadas	217
4.1.3. As garantias (precisas) provenientes de uma situação de indução pública	218
4.2. Conhecimento das garantias (precisas) e atividade da confiança.....	219
4.3. O teste do operador prudente e avisado.....	220
4.3.1. As características do setor económico e dos instrumentos de regulação mobilizados	221
4.3.2. A informação disponibilizada pelas instituições da União	222
4.3.3. A legitimidade dos investimentos realizados pelo operador económico ...	223
5. <i>As best as it gets</i> : a obrigação de previsão de medidas transitórias	224
5.1. O interesse público perentório.....	225

5.2. Standard de controlo.....	225
II. A proteção do direito de propriedade na CEDH (artigo 1-P1).....	227
1. Enquadramento	227
2. O artigo 1-P1 e o direito da UE.....	228
3. O funcionamento dos princípios gerais no artigo 1-P1	228
3.1. Subsidiariedade e margem de apreciação: o consenso pan-europeu	229
3.2. Interpretação “evolutiva” e autónoma	231
3.3. A menção aos princípios gerais de direito internacional.....	232
4. O âmbito material de aplicação do artigo 1-P1	234
4.1. Coisas corpóreas, incorpóreas e propriedade intelectual.....	235
4.2. Direitos de crédito públicos e privados	235
4.3. Licenças, clientela e outros interesses patrimoniais	236
4.4. Legítimas expectativas	237
5. O duplo papel das “legítimas expectativas” no artigo 1-P1	238
6. As “legítimas expectativas” na determinação da existência de um “bem”	238
6.1. Delimitação negativa.....	239
6.2. Delimitação positiva.....	240
6.2.1. Pretensões com arrimo suficiente no direito interno do Estado demandado	240
6.2.2. Legítimas expectativas como “componente” ou “parte” do bem.....	243
7. A estrutura do artigo 1-P1	245
7.1. Primeira regra: o princípio geral de respeito pelos bens	247
7.2. Segunda regra: privação da propriedade privada	247
7.2.1. O carácter ou fim da interferência.....	248
7.2.2. A definitividade da interferência.....	250
7.2.3. O impacto da interferência na situação do requerente	250
7.3. Terceira regra: controlo de uso dos bens.....	251
8. Os requisitos de validade das interferências no direito de propriedade	252
8.1. Base legal ou legalidade da interferência estadual	253
8.2. Interesse público.....	255
8.3. O princípio da proporcionalidade (<i>fair balance</i>).....	255
8.3.1. O âmbito de aplicação da obrigação de indemnizar.....	256
8.3.2. A possibilidade (excecional) de expropriar sem indemnizar ou de pagamento de uma indemnização não coincidente com o valor de mercado do bem	257
9. O relevo da doutrina das “legítimas expectativas” no estabelecimento de um justo equilíbrio	260

9.1. Legítimas expectativas e interesse público.....	260
9.2. A legitimidade das expectativas	262
9.2.1. Diligência dos particulares	262
9.2.2. Conduta das autoridades públicas	263
III. Conclusões – Capítulo 4.....	264
CAPÍTULO 5 – O NÍVEL INTERNACIONAL-FUNCIONAL (DIE)	267
I. Fair and Equitable Treatment (FET)	267
1. Enquadramento	267
2. Origem do standard	268
3. Caracterização do FET.....	270
3.1. FET: equiparação ou autonomia?	271
3.2. Afinal o que é o FET?.....	273
4. Evolução do FET.....	276
5. FET e alteração regulatória	279
6. FET e proteção das legítimas expectativas	279
7. Grau máximo: estabilidade do quadro normativo em que o investimento foi realizado.....	281
7.1. Estabilidade, proporcionalidade e boa-fé	282
7.2. O artigo 10 do TCE e os litígios contra Espanha e Itália	284
8. Grau intermédio: o princípio da proteção das legítimas expectativas do investidor 287	
8.1. Garantias ou promessas geradas pelo Estado de acolhimento.....	288
8.2. A base de expectativas legítimas do investidor	289
8.2.1. Quadro normativo	289
8.2.2. A confiança por indução	291
8.2.3. A importância das afirmações públicas das autoridades do Estado de acolhimento	292
8.2.4. A importância do contrato e do ato administrativos	294
8.3. Razoabilidade das expectativas do investidor	295
8.3.1. Due diligence	296
8.3.2. Risco de país	299
9. Grau mínimo: cláusulas de estabilização como condição necessária (e suficiente) de estabilidade do quadro normativo.	301
9.1. Cláusulas de estabilização: enquadramento	302
9.2. Cláusulas de estabilização e internacionalização dos contratos de Estado	303
9.3. Cláusulas de estabilização: modalidades.....	305
9.4. A validade das cláusulas de estabilização (stricto sensu).....	307

9.5. Cláusulas de estabilização: efeitos	309
II. A expropriação regulatória no DIE	312
1. Enquadramento	312
2. Evolução.....	312
2.1. A cláusula expropriatória nos novos API.....	314
2.2. A “global fifth amendment”?	317
3. A expropriação indireta e processo de qualificação.....	319
4. Modalidades de expropriação indireta	320
4.1. Critério temporal.....	320
4.2. Critério funcional.....	321
5. O conceito de «privação substancial»	323
5.1. Neutralização do controlo e neutralização do valor	324
5.1.1. Neutralização do controlo	324
5.1.2. Neutralização do valor	325
5.1.3. Apreciação crítica.....	326
5.2. Extensão ou magnitude da privação	328
5.2.1. Medidas temporárias	330
5.2.2. Expropriação parcial	331
6. Características do processo de qualificação	334
6.1. Sistema de “tudo ou nada”	335
6.2. Apreciação casuística: «I know it when I see it».....	336
6.3. Pressupostos metodológicos contraditórios.....	336
7. Os aspetos a ter em conta no processo de qualificação (teorias)	338
7.1. Teoria dos sole effects	338
7.1.1. Apreciação da doutrina.....	339
7.1.2. Correção pós-qualificação.....	341
7.2. As teorias teleológico-funcionais	342
7.2.1. A teoria dos police powers (versão radical).....	342
7.2.2. A teoria dos police powers (versão moderada)	344
i) Apreciação doutrinal	345
7.3. A teoria da intenção de expropriar	346
8. Interesse público e proporcionalidade na expropriação indireta.....	347
8.1. Deferência para com o interesse público invocado	348
8.2. Leque de interesses públicos suscetíveis de invocação	349
8.3. Aplicação do princípio da proporcionalidade.....	349
9. O relevo das legítimas expectativas na expropriação indireta	353
III. Conclusões – Capítulo 5.....	355

PARTE III – O CONFLITO	358
CAPÍTULO 6 – A VEZ DA UNIÃO. GOLD STANDARD?.....	358
I. Enquadramento.....	358
II. Problemas pré e pós-Lisboa.....	359
1. Pré-Lisboa	359
2. O Parecer 2/15 e o âmbito da nova competência exclusiva da União.....	362
3. A nova política europeia em matéria de investimento	364
3.1. Eixos da reforma.....	365
3.1.1. Primeiro eixo	365
3.1.2. Segundo eixo	365
3.2. O Sistema jurisdicional em matéria de investimentos.....	366
3.2.1. Independência e imparcialidade dos decisores no SJI	367
i) Garantias funcionais-pessoais	368
ii) Garantias organizacionais ou institucionais	370
3.2.2. Ainda arbitragem?.....	372
3.2.3. Síntese	374
3.3. A responsabilidade financeira por violação dos novos API	375
III. O princípio da autonomia da ordem jurídica da União	378
1. Enquadramento	378
2. Componentes.....	380
2.1. O monopólio da interpretação vinculativa do direito da União.....	380
2.2. Privação do dever de efetuar reenvio prejudicial	381
2.3. A preservação da ordem de competências estabelecidas nos Tratados.....	383
2.4. A jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça	385
2.5. O princípio da confiança mútua entre os Estados-membros	388
3. Apreciação.....	389
IV. Os API intra-União e o direito da UE: jurisdição e (in)compatibilidade	390
1. Enquadramento	390
2. A objeção à jurisdição dos tribunais intra-União.....	391
2.1. Substituição automática à luz da CVDT.....	391
2.2. O relevo do argumento da autonomia da ordem jurídica da União.....	395
2.3. Objecões levantadas no quadro do Tratado da Carta da Energia	397
3. O acórdão Achmea	398
3.1. O acórdão.....	399
3.2. Objecões pós-Achmea	401
4. Limites à aplicação do direito da União.....	403
5. Síntese intermédia	406

V. O Parecer 1/17 e a compatibilidade dos novos tratados de investimento com o direito da União	406
1. O Parecer	407
2. Implicações	410
VI. Conclusões – Capítulo 6.....	412
CAPÍTULO 7 – ANATOMIA DE UMA CONSTITUIÇÃO REFORÇADA	415
I. Enquadramento.....	415
II. Anatomia	417
1. Um standard mais precativo de proteção das legítimas expectativas do investidor	419
1.1. Situação de confiança legítima	419
1.2. Orientação e funcionamento.....	421
1.3. Proporcionalidade.....	424
2. Propriedade e cláusula expropriatória.....	426
2.1. Âmbito de proteção	426
2.2. Interferências e processo de qualificação	426
2.3. Dever de indemnizar.....	429
2.4. Proporcionalidade.....	431
3. A proteção jurídica secundária do investidor: a reparação dos danos causados ..	435
3.1. Responsabilidade internacional do Estado por facto ilícito e API	435
3.1.1. Expropriação lícita e expropriação ilícita no direito internacional	436
3.1.2. Expropriação lícita e ilícita no DIE.....	440
i) Standard de compensação	441
ii) Data da avaliação	443
3.1.3. As consequências da ilicitude: restituição ou compensação?	443
3.1.4. A emergência financeira e a crise argentina.....	447
3.2. Os regimes de responsabilidade da UE e os API.....	450
3.3. A União, os tratados internacionais e o poder de não cumprir.....	452
3.3.1. O efeito direto no direito da União.....	454
3.3.2. A recusa de efeito direto ao direito da OMC: lugar paralelo?	456
III. Conclusões – Capítulo 7.....	462
CONCLUSÕES GERAIS	465
BIBLIOGRAFIA	475
OUTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS	535
ÍNDICE DE ACÓRDÃOS.....	538

INTRODUÇÃO

I. ENQUADRAMENTO

Espanha e Itália foram, desde 2016 em diante, parte vencida em várias sentenças arbitrais relacionadas com a alteração de regimes de produção de eletricidade a partir de fontes renováveis.¹ O ponto decisivo desses arestos foi a violação do standard FET contido em acordos de proteção do investimento (API). Ao não respeitarem as suas legítimas expectativas, Espanha e Itália trataram injusta e inequitativamente os investidores do setor. O problema não é novo no Direito do investimento estrangeiro (eg. casos da crise argentina), mas um conjunto de condições funcionais e normativas (Cap. 1) explica a “alavanca” recebida nas últimas décadas.

A fundamentação das decisões é interpelante. Um Tribunal recordou que modelos regulatórios “razoáveis” podem estar na base de *alterações normativas* “dramáticas”, mesmo que não ponham em causa a “rentabilidade” (leia-se, o lucro) dos investimentos realizados.² Por outro lado, a remuneração “razoável” dos investimentos não anda *a reboque* daquilo que, em cada momento, os Estados qualifiquem como “sobreremuneração”: «The decision *as to what is fair remuneration*, while in the hands of the Respondent, is made at the time the level of a particular incentive is set for a particular producer». ³ Anos antes, a propósito de disputa diversa, outro tribunal recordara a “evidência” de que «há limites aos sacrifícios que podem ser impostos a um povo tendo em vista a preservação de uma política».

A nossa interpelação é fácil de explicar. Concordamos *intuitivamente* com ambas as proposições, isto é, ambas convocam *dimensões de um Estado dito de Direito* – de um Estado determinado e limitado pelo Direito, como ensina Gomes Canotilho –

¹ A factualidade dos acórdãos não se basta com a análise perfunctória desta Introdução. Analisaremos essa factualidade, bem como as sentenças arbitrais mencionadas, no Cap. 5.

² Assim, CEF Energia v. The Italian Republic, SCC Arbitration V (2015/158), Award, 16.01.2019, ¶245; Cube Infrastructure Fund v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 15.02.2019, ¶428, 441. Comparar com PV v. Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14, UNCITRAL Arbitration Rules, 28.02.2020, ¶638-639 [«In the Tribunal’s view, the principle of reasonable return serves as the limit of ECT-compliant regulatory changes. If changes cross the “reasonable return” line, that is if they deprive investors of a reasonable return, the State conduct transgresses the standards contained in Article 10(1) of the ECT (...). In other words, *the Claimants are only entitled to compensation under Article 10(1) of the ECT if they establish that the new regime violates the guarantee of reasonable rate of return (...)*»] – o itálico é nosso.

³ CEF Energia ¶245 – o itálico é nosso.

que importa preservar.⁴ São elas, por um lado, a exigência de que o Estado tenha um comportamento fiável, que permita aos particulares orientar a sua vida – e, neste caso, *os seus negócios*; um Estado que, se “a cidade também pode errar”, repare os danos causados pelos seus atos; em suma, um Estado *homem honesto* ou *pessoa de bem*. Por outro lado, evitar um Estado de direito “impolítico” passa por reconhecer as virtudes da democracia, entre elas, «la faculté (...) de faire des fautes réparables», como ensina Tocqueville.⁵ Num Estado de direito, o povo tem o direito de errar e de voltar atrás sem que o “outro” Estado de direito – o conservador – o impeça.

Várias outras interpelações dão contexto ao nosso trabalho, ajudando à sua compreensão e delimitação. A primeira é, desde logo, esta: o que faz um investidor (no caso) holandês demandar a Espanha ou a Itália – ambas economias OCDE e Estados-membros da UE – num tribunal *arbitral*? Logrará o investidor executar a sentença arbitral não obstante os esforços “transatlânticos” da Comissão europeia para garantir que isso não acontece? Finalmente, como se chegou a uma situação em que *atos legislativos*, sancionados positivamente por tribunais reputados como são a Corte costituzionale italiana e o Tribunal Constitucional espanhol, são declarados incompatíveis com as obrigações internacionais convencionais dos respetivos Estados *através da arbitragem*?

São muitas perguntas. Vejamos. Tradicionalmente, o recurso à arbitragem comercial justifica-se por várias ordens de razões: neutralidade, celeridade, eficácia (facilidade na execução da sentença), confidencialidade.⁶ Ao criarem a Convenção ICSID, em 1966, os Estados davam uma resposta categórica aos anseios do “homem branco”, permitindo-lhe “ficar fora” dos tribunais domésticos dos países do Sul, por definição “viciados” e “corruptos”, com a garantia de que escolheriam os seus próprios árbitros – necessariamente, juristas “íntegros” e “qualificados” provenientes das “nações civilizadas” – e de que a sentença arbitral seria obrigatória em qualquer Estado signatário da Convenção.⁷

⁴ Gomes Canotilho 1999, p. 11.

⁵ Tocqueville 1835, p. 64.

⁶ O nosso ponto de referência é a arbitragem comercial e não a arbitragem internacional, já que historicamente nos parece mais correto qualificar a arbitragem dos tratados como uma “internacionalização” da arbitragem comercial do que como uma “hibridização” da arbitragem internacional (inter-estadual). Sobre as vantagens da arbitragem, Kidane 2017.

⁷ Kidane 2017, p. 98.

Perguntava-se Paulsson a propósito das agruras da atividade arbitral: «*who is complaining?*».⁸ A pergunta, apesar de retórica, tem hoje uma resposta contundente: *toda a gente*. O debate sobre o *deficit* constitucional da arbitragem dos tratados de investimento começou há mais de uma década, na ressaca dos casos da crise argentina, e ainda não terminou. Fala-se de ilegitimidade e de incoerência; critica-se o elitismo e a falta de independência e de imparcialidade dos árbitros na decisão de questões onde o “auditório de referência” não são apenas os Estados ou os investidores estrangeiros.⁹ Desenvolveremos nos Cap. 2 e 6 as críticas e as reformas de que a União Europeia, qual “jovem turco” do “gold standard” em matéria de proteção do interesse público, vem sendo a principal propulsora nos API concluídos com Estados terceiros.¹⁰

Entretanto, os investidores holandeses e alemães continuam a demandar Estados-membros na arbitragem dos tratados, não obstante o dito do Tribunal de Justiça no acórdão Achmea.¹¹ Com efeito, os tribunais arbitrais não têm demonstrado, no exercício da sua *competência-competência*, nenhuma “tolerância” para com o princípio da autonomia da ordem jurídica da União (Cap. 6). A jurisdição dos tribunais arbitrais mostra-se relativamente imune à incompatibilidade da convenção de arbitragem com o direito da União.¹² É evidente que a União Europeia pretende minimizar – no caso dos acordos com Estados terceiros – e excluir – no caso dos acordos intra-União – as chances de conflito substantivo e jurisdicional, numa estratégia que contempla tanto respostas jurídicas,¹³ como respostas políticas.¹⁴

São estes, em síntese, os aspetos que dão contexto ao problema que pretendemos tratar. Em 2015, por ocasião do intenso debate germânico sobre a matéria, Stephan

⁸ A pergunta de Paulsson surge num texto intitulado “Cultural differences in Advocacy in International Arbitration” (Paulsson 2010, p. 21).

⁹ Schill 2015a, p. 106 ss.; Marmor 2018, p. 379. A isto acresce a contestação sobre a existência de conexão efetiva entre a conclusão de API e o acréscimo marginal de investimento estrangeiro por eles proporcionado, uma das “plausible folk theories” do DIE, na formulação usada por Roberts & St. John 2020 [«A plausible folk theory isn’t necessarily wrong about the facts, it just isn’t verified (...). Arguably, the investment treaty system has long been built on plausible folk theories»].

¹⁰ O debate sobre essas reformas tem sido travado nas sessões do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL sobre Investor-State Dispute Settlement Reform. Os documentos das sessões podem ser consultados online.

¹¹ Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou a incompatibilidade das cláusulas de arbitragem investidor-Estado contidas em API intra-UE com os Tratados, mormente com o princípio da autonomia da ordem jurídica da União (acórdão Achmea, processo C-284/16, 06.03.2018).

¹² Cf., porém, a opinião dissidente do árbitro Kohen no acórdão Theodoros Adamakopoulos, Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos and others v. Republic of Cyprus, ICSID Case no. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction, 07.02.2020, que pode ser consultada em <https://www.italaw.com/>.

¹³ Parecer 1/17 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), 30.04.2019.

¹⁴ Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the EU members states, 05.05.2020, disponível em https://ec.europa.eu/info/files/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en (acesso em 10.05.2020).

Schill desafiou os “scaremongers” do DIE (leia-se, os críticos catastrofistas) a levar a cabo «substantive analyses themselves», de modo a demonstrar «where investment disciplines (...) are more restrictive than existing constitutional or EU law disciplines». Sabemos que o Autor não estava a falar para nós. Mas esta é a nossa resposta a esse repto.

II. OBJETO E PERSPETIVA

Esclarecido o contexto, cumpre agora afinar o objeto e a perspetiva que será seguida no nosso trabalho. Quando iniciámos a nossa investigação, em 2012, designámos o nosso tema como – «O direito administrativo dos negócios: standards de proteção do investimento estrangeiro». O estudo desenvolvido permitiu que afunilássemos o tema inicial, no sentido de centrarmos a nossa atenção no modo como o direito do investimento estrangeiro trata o problema da alteração normativa com impacto sobre os negócios. Daqui resulta que mobilizamos, hoje e aqui, o “direito administrativo dos negócios” como uma formulação “canónica”, porquanto, na verdade, cuidaremos dos constrangimentos que aquele ordenamento jurídico levanta à *atividade normativa dos poderes públicos*, e, *em especial*, à atividade legislativa.

1. A proteção do investimento estrangeiro assenta em complexos normativos de diferentes proveniências – normas de direito interno, convenções internacionais e outras fontes de direito internacional público. Na verdade, essa proteção é assegurada por qualquer conjunto de normas que confira posições jurídicas subjetivas ao investidor estrangeiro (ou aos investidores em geral e, por inerência, aos estrangeiros), de natureza substantiva ou adjetiva, ou que se proponha condicionar ou controlar a atividade dos poderes públicos (do Estado de acolhimento ou de organização internacional em que este se integre) com impacto sobre as atividades de investimento estrangeiro. Nisto consiste o direito do investimento estrangeiro (DIE).¹⁵

Apesar de nos propormos abordar vários destes níveis ou complexos normativos de proteção (de outro modo, seria difícil detetar um qualquer “reforço”), a nossa análise tem como pano de fundo os problemas originados pela emergência, intensificação e mobilização efetiva da arbitragem dos tratados de investimento, um complexo

¹⁵ Com raciocínio próximo, Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, pp. 6-7.

normativo assente na combinação entre, por um lado, acordos de proteção de investimento (API), e por outro, a aparelhagem jurídico-financeira da arbitragem.¹⁶

2. Um dos pressupostos orientadores da nossa análise é o de que a arbitragem dos tratados ostenta “qualidades constitucionais”, isto é, faz *as vezes de* uma constituição no desempenho da *função conformadora* sobre o poder legislativo “interno”. A analogia funcional é dada pela circunstância de os API conferirem posições jurídicas subjetivas a pessoas e entidades não-estaduais (investidores), contendo um conjunto de normas (regras, standards e princípios) de condicionamento e de controlo de opções primárias e secundárias do Estado de acolhimento e um sistema de tutela que reduz a liberdade de conformação do legislador.

De facto, a arbitragem dos tratados promove um nível de implementação mais eficaz (que o direito internacional) e menos condicionado pelo direito constitucional dos Estados e pela autonomia da ordem jurídica da União.¹⁷ A implementação da sentença arbitral não pressupõe a prática de atos de autoridade *pelo Estado de acolhimento*, de onde decorre que os limites constitucionais ao direito internacional *não terão sequer chance de ser ativados*.¹⁸ Tanto assim é que o Estado de acolhimento (ou a União) poderá ser confrontado com a necessidade de alterar o direito interno de modo a resolver uma situação de incompatibilidade com o DIE. A alternativa é pagar tantas compensações financeiras quantos os processos arbitrais em que venha a ser parte vencida.

3. Depois, este é um trabalho sobre a proteção do investimento estrangeiro *contra a alteração normativa*, isto é, sobre os limites impostos, pelo direito

¹⁶ Na *arbitragem dos tratados de investimento*, a resolução de disputas de investimento tem por base o consentimento à arbitragem prestado num API, cujo mandato se estende a quaisquer atos de autoridade (legislativos, administrativos, jurisdicionais) do Estado de acolhimento. Essa arbitragem não é necessariamente uma arbitragem ICSID, já que os API preveem o recurso a outros regulamentos de arbitragem (infra Cap. 1). Depois, nem toda a arbitragem ICSID é *arbitragem de tratados*, no sentido de que o consentimento escrito do Estado a que se reporta o artigo 25.1 da Convenção ICSID não tem de constar necessariamente de um API, podendo figurar igualmente numa lei ou num contrato de investimento.

¹⁷ Por um lado, os tribunais arbitrais têm-se julgado competentes para dirimir litígios entre investidores da União e Estados-membros, de onde decorre que, numa situação de ganho de causa para o investidor, haverá uma sentença arbitral para executar. Por outro, a execução corre em jurisdições que a União não controla, ao abrigo de tratados internacionais de que a União não é parte.

¹⁸ A implementação de uma sentença arbitral pressupõe sempre a prática de atos jurisdicionais (judiciais para sermos mais precisos) de autoridade. Contudo, estando em causa uma sentença arbitral, tais atos não têm de ser atos do Estado de acolhimento (parte demandada da arbitragem) e, no limite, estando em causa uma sentença ICSID, tais atos podem “limitar-se” à aplicação das regras sobre imunidades de execução do Estado do foro.

constitucional, pelo direito da União e por certos regimes jurídicos internacionais, à autorrevisibilidade das leis.¹⁹ Nem todos os países conhecem o princípio fundamental da proteção da confiança. Nem todos os países admitem a responsabilidade civil do Estado por ato da função legislativa. Nem todos os países reconhecem à propriedade privada capacidade para travar a substituição de uma lei por outra. Contudo, estas são as normas em torno das quais se esgrime o debate sobre a alteração normativa (Cap. 3). Só elas permitirão responder ao repto lançado por Schill.²⁰

4. Este não é trabalho sobre *constitucionalismo multinível*, ou seja, não pretende explorar a interação “heterárquica” entre os vários níveis de tutela dos direitos fundamentais no plano regional-europeu (o chamado “triângulo europeu”).²¹ Tampouco abordaremos as regras e princípios que disciplinam aquela interação, em especial o princípio da tutela mais elevada ou do nível mais elevado de proteção (artigo 53 CDFUE), ou o princípio da proteção equivalente (doutrina Bosphorus).²²⁻²³

A nossa perspetiva é a de quem olha para fora da União-CEDH, e não a de quem está no interior deste bloco. Por essa razão, o nível “interno” integra, para nós, a tutela oferecida pelo “triângulo europeu” e não apenas pelo direito constitucional. Dispondo a União de competência exclusiva em matéria de investimento estrangeiro direto, ou exercendo controlo normativo (infra Cap. 6) sobre o tratamento estadual em matérias com impacto sobre o investimento estrangeiro, a proteção oferecida pelo nível “interno”, a confrontar com o DIE será, *prima facie*, a fixada pelo direito da União, a menos que haja violação dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.²⁴

¹⁹ Como, desde o acórdão (TC) n.º 128/2009, se convencionou designar o problema.

²⁰ Deixamos de fora as liberdades do mercado interno. Estas regulam a atividade económica, mas não versam especificamente sobre alteração normativa. Apesar de alguns API (modelo norte-americano) conterem disposições relativamente à entrada de investimento estrangeiro (fase pré-estabelecimento), a generalidade dos tratados versa sobre a fase pós-estabelecimento, ou seja, sobre a proteção de investimentos estrangeiros já estabelecidos (Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 17).

²¹ M. L. Duarte 2012, p. 291 ss.

²² Entre outros, Tavares da Silva 2014, pp. 96-178; Canotilho 2008; Bílkova 2014, pp. 272-288; Botelho 2012, pp. 119-148; Duarte 2006, p. 331.

²³ Bosphorus c. Irlanda, requête n.º 45036/98, 30.06.2005.

²⁴ A que acresceu, a partir de 11.10.2020 – data da entrada em vigor do Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e o do Conselho, de 19.03.2019 – um regime de *análise dos investimentos estrangeiros diretos*, que institui procedimentos e mecanismos de troca de informações, entre os Estados-membros e entre estes e a Comissão, sobre investimentos provenientes de países terceiros (à União) que sejam suscetíveis de afetar a segurança e a ordem pública. Entre esses investimentos contam-se eg. investimentos em infraestruturas críticas (físicas ou virtuais), tecnologias críticas, aprovisionamento de fatores de produção críticos, acesso a informações sensíveis e investimentos que possam condicionar a

Por isso perguntamos: (i) qual é o standard “interno” – leia-se, constitucional-regional (Cap. 3-4) – de proteção dos investimentos estrangeiros contra a alteração normativa? (ii) Qual o nível de efetividade desse standard quando comparado com o DIE? (Cap. 6-7)

A efetividade depende não só das características dos instrumentos de tutela primária e secundária previstos pelo DIE (eg preceitividade das normas, limitações, âmbito de aplicação), como de uma *questão estatística*.²⁵ Não se trata de saber quem ganha e quem perde na arbitragem do investimento em geral.²⁶ Está demonstrado que os Estados ganham mais frequentemente (infra Cap. 1).

O ponto é este: se o litígio tiver por objeto a substituição de uma lei por outra e essa substituição impactar negativamente o investidor estrangeiro, onde é que este conseguirá mais facilmente obter tutela jurídica? No DIE ou no bloco constitucional-regional? Acreditamos que é no primeiro e a Parte III concretizará, destarte, a anatomia dessa “constituição” reforçada, isto é, as suas componentes, localizando-as tanto na tutela primária (legítimas expectativas e expropriação regulatória) como na tutela secundária (responsabilidade).

5. Contudo, sustentar, em jeito descritivo ou sociológico (como propomos), que um determinado sistema normativo exterior ao Estado ostenta “qualidades constitucionais” ou que faz “as vezes de” uma “constituição” – fenómeno frequente em contexto de “desconstitucionalização” da decisão política – é uma asserção *normativamente inconsequente*.²⁷ O mesmo é dizer que não queremos por esta via

liberdade e o pluralismo dos media (artigo 4.1 do Regulamento). Cf., no caso português, o Decreto-lei n.º 138/2014, de 15.09.

²⁵ No entender do AG Wathelet, nas Conclusões sobre o processo Achmea, apresentadas em 19.09.2017, existe, de facto, um problema estatístico, em virtude de não ser possível avançar um único exemplo de um processo apresentado perante o TJUE no qual um «investidor tenha reivindicado [com sucesso] o (...) direito à expropriação ilegal do seu investimento». Tal asserção não é inteiramente decisiva, porquanto a proteção oferecida pelo artigo 17 CDFUE é subsidiária, nos termos expostos no Cap. 1, relativamente a outras normas do direito da União. Contudo, tal facto não deve ser absolutamente desvalorizado, indiciando que os dois blocos normativos, pelos institutos que contemplam e atento o modo de funcionamento, têm diferentes níveis de efetividade (proteção efetiva).

²⁶ Veja-se o estudo recente de Franck 2019, p. 141 ss. (em especial o Capítulo 5 sobre Claims and Outcomes in ITA); e também UNCTAD 2020, pp. 111-112 (o World Investment Report, que contém dados desde 1987 até 2019, confirma que os Estados ganham 37% dos casos na arbitragem, face a 29% do investidor. Em 2019, porém, os investidores saíram mais vezes vencedores em processos onde foi discutido o mérito do litígio).

²⁷ Tanto assim é que, como veremos, alguns dos Autores que associam a arbitragem dos tratados ao “novo constitucionalismo” ou ao “constitucionalismo global” fazem-no numa perspetiva crítica, realçando a proximidade ideológica ao neoliberalismo e a implementação de mecanismos de “lock-in”, isto é, de normas jurídicas de fonte internacional que impedem a atualização do interesse geral nos termos ditados pelo legislador democraticamente legitimado. Voltaremos a este tema no Cap. 1.

argumentar que o investidor estrangeiro tem *direito ao nível mais elevado de proteção* (contra a alteração normativa), em moldes semelhantes ao que sucede em matéria de direitos fundamentais no espaço europeu. «Constitutional guarantees come with costs, some to other constitutional values», relembra Tushnet.²⁸

Com efeito, uma “constituição” reforçada em matéria de investimento estrangeiro pode ter como reverso uma constituição “enfraquecida”²⁹ no que respeita ao estabelecimento de *compromissos* legítimos entre os interesses públicos e privados numa comunidade política.

A discussão em torno do *deficit* “constitucional” do DIE (e da arbitragem dos tratados, em especial) reside, entre outros aspetos, em saber se a pauta reforçada de direitos dos investidores estrangeiros não constrange excessivamente o que se convencionou chamar “direito de regular”,³⁰ isto é, a capacidade do legislador de atualizar o interesse geral, desonerando-se dos seus deveres (geral e específico) de legislar³¹ em linha com o mandato democrático, mas também com os interesses de um auditório mais vasto – os interesses públicos globais de que fala Kulick.³² Trata-se, no fundo, de avaliar se o sistema inibe “desmesuradamente” a ação do Estado para a realização do interesse geral.³³

Estes são aspetos que condicionam a legitimidade do DIE tanto da perspetiva de um direito público global, como da perspetiva do direito constitucional (português e da UE). Os dois níveis de legitimidade devem ser distinguidos. Uma coisa é compatibilidade do sistema de arbitragem dos tratados com a Constituição portuguesa ou com o direito (primário) da UE, outra – diferente – é a legitimidade do sistema à luz de um conjunto de normas, valores e interesses vocacionados para o controlo e

²⁸ Tushnet 2008. Aliás, como esclarece Tavares da Silva 2014, p. 105, a propósito do princípio do nível mais elevado de proteção (artigo 53 CDFUE), o titular de um direito fundamental reconhecido nos três catálogos do “triângulo europeu” não beneficia necessariamente da “interpretação mais generosa” concedida por um desses catálogos. Na verdade, o órgão judicial a quem compete a apreciação do caso fica vinculado a um exercício de direito comparado e impedido de aplicar o seu *standard* caso este se revele menos generoso que o dos demais vértices.

²⁹ Palombella 2012, p. 60 [«the (ontological) loss of a reassuring unified legal world»].

³⁰ Stifter & Reinisch 2016, p. 83, definem o direito de regular nos seguintes termos: «the sovereign right of each country to establish both entry conditions as well as operational conditions for foreign investments in the interests of the public good and to minimize potential negative effects».

³¹ Entre nós, como ensina Pereira da Silva 2003, p. 21 ss., o dever geral de produção legislativa resulta da conjugação das regras constitucionais sobre competência legislativa com normas-fim relativas a tarefas fundamentais do Estado (artigos 9 e 81) ou outros objetivos de natureza genérica. Existe um dever específico de legislar «sempre que a interpretação das normas constitucionais em causa revelar de forma inequívoca, embora não necessariamente expressa, o se, o quando e o como das normas legais a emanar».

³² Kulick 2012, pp. 91-99 e 151-154.

³³ Nas palavras de Vieira de Andrade 2011, p. 359.

orientação de qualquer exercício de autoridade pública (estadual, internacional ou global).³⁴ A conta-corrente entre ambas é, no entanto, inevitável.³⁵

6. Como destacámos, o nosso trabalho incide sobre a *alteração normativa*, e dentro desta, preferencialmente sobre a *alteração legislativa*.³⁶

Esta delimitação carece de ser entendida à luz da configuração constitucional das funções legislativa e administrativa e da efetiva possibilidade de destrição substantiva entre uma e outra. Com efeito, de acordo com o conceito funcional de norma, integram o objeto de controlo da justiça constitucional todos os atos legislativos, – independentemente de partilharem as características de generalidade, abstração e inovação política do conceito de lei em sentido material – inclusivamente leis-medida e atos administrativos sob a forma de lei.³⁷

A esta nota acresce a resistência do Tribunal Constitucional em admitir uma reserva de administração (no sentido de uma reserva de execução de leis em benefício do Governo),³⁸ o que, para o que nos interessa, se cifra na inexistência de limites à densidade de normação de atos do “legislador” (seja ele quem for). Portanto, se é certo que a função administrativa não se ocupa da *definição* das necessidades coletivas,³⁹ na medida em que os interesses *públicos* de cuja realização a administração pública está incumbida são os definidos em norma legal prévia,⁴⁰ é igualmente verdade que a lei

³⁴ Schwöbel 2012 [«(...) Global constitutionalism, no matter how loose, would necessarily acknowledge a certain set of universal ideas, whether rights, principles or an international legal language in general»].

³⁵ Sobre os diferentes referentes de legitimidade na arbitragem dos tratados (legitimidade de parte, legitimidade nacional e legitimidade global) e as interações entre eles, Schill 2016, p. 106 ss.

³⁶ Partimos da compreensão de “lei” enquanto ato do poder legislativo – que, entre nós, nos termos do artigo 112.1 CRP, é exercido pela Assembleia da República, pelo Governo e pelas Assembleias Legislativas das Regiões, através, respetivamente, de leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais) – e que contém, normal mas não necessariamente, algum traço de inovação política (mesmo que essa “inovação” consista na implementação ou transposição de prescrições de ordenamento não estadual). No plano do DUE, o ato legislativo é, nos termos do artigo 289.3, o ato jurídico adotado de acordo com os procedimentos legislativos ordinário e especial. Trata-se de um critério formal. Sabemos que há decisões políticas que não seguem o procedimento legislativo, cautela que nos leva a adotar a formulação “alteração normativa”.

³⁷ Gomes Canotilho & Moreira 2010, p. 895 ss. (anotação ao artigo 277).

³⁸ Como sugere Otero 1995, p. 602; Otero 2007, p. 752. Não estão excluídas, contudo, reservas pontuais de regulamento administrativo, como a reserva de regulamento administrativo regional ou local, ou uma eventual reserva de regulamento das entidades administrativas independentes. Sobre o tema, Vieira de Andrade 1987, pp. 1-14; Vicente 2012; Piçarra 1990, p. 595; Otero 1995, pp. 605-612; Aroso de Almeida 2020, pp. 223 ss.

³⁹ Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010a, p. 39.

⁴⁰ Lembra Pedro Gonçalves – e já antes, Rogério Soares – que a função administrativa é uma atividade residual e que não existe um critério substantivo de identificação das tarefas administrativas. A função administrativa reconduz-se, neste sentido, a «qualquer atividade confiada ou exercida por uma pessoa coletiva de direito público», ou seja, qualquer atividade de realização de um interesse público legalmente prefigurado e confiado, enquanto tal, à administração pública (Gonçalves 2020, pp. 63-64, 999 ss.; Soares 1987, p. 36).

(*rectius*, o ato legislativo), num modelo em que o Governo usa de forma fungível o poder legislativo e o poder administrativo regulamentar, não é sinónimo de escolhas políticas ou de “originariedade” normativa.⁴¹

Aliás, o recorte da jurisdição administrativa abrange os atos administrativos sob a forma de lei e de decreto-lei (que não estão, em todo o caso, subtraídos à jurisdição constitucional),⁴² mas exclui atos que, mesmo sem carácter normativo, exprimem opções primárias e inovadoras, como é o caso das leis-medida. Portanto, há margem constitucional para o uso, pelo Governo, da forma de decreto-lei para o exercício da função administrativa, entendida esta agora no sentido de prática de atos administrativos.⁴³

Finalmente, não se levantam obstáculos sólidos a que o Parlamento, louvando-se no recurso à forma legal, se erga em “governo-sombra” e se substitua ao executivo na prática de atos administrativos ou de atos de executivo, isto é, de *atos que devem ser praticados pelo executivo enquanto órgão constitucionalmente incumbido da condução da política geral do país* (eg. implementação de planos ou de políticas públicas).⁴⁴ Falta, pois, a reserva de executivo.⁴⁵ Esta, ao contrário da reserva de administração, não teria como destinatário o legislador, mas o Parlamento enquanto “forma organizatória típica do legislativo”,⁴⁶ assumindo relevo prático nas hipóteses – relativamente frequentes, à luz do modelo de responsabilidade política subjacente ao artigo 192 – de governos minoritários expostos a coligações parlamentares negativas.

⁴¹ Sem esquecer o disposto no n.º 8 do artigo 112 da CRP, que está apto a produzir o mesmo resultado.

⁴² Eg. os acórdãos do STA de 05.06.2014, processo 01031/13 (Plenário), e de 19.03.2015, processo n.º 0949/14 (Plenário), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁴³ Esta é uma asserção contestável, uma vez que leva ínsita a possibilidade de uma delimitação material entre as funções administrativa e legislativa. Só nesse pressuposto pode o Governo usar o decreto-lei para o exercício da função administrativa. Abertamente contra esta destringa, por considerar que ela se filia em teses substancialistas sobre o conceito constitucional de lei (assentes na distinção entre “lei-só-em sentido-formal” e “lei-só-em -sentido-material”), que, entretanto, se tornaram caducas, Amaral 1998, pp. 288 ss.

⁴⁴ A fórmula “governo-sombra” é de Piçarra 1987, p. 173. Cf., sobretudo, o acórdão (TC) n.º 24/1998, em que estava em causa um decreto da Assembleia da República (enviado ao Presidente da República para ser promulgado como lei) que alterava as bases de um contrato de concessão vertidas em decreto-lei anterior, extinguindo o direito da concessionária de uma autoestrada de cobrar portagens aos respetivos utilizadores num determinado lanço; e ainda, muito embora essa questão de constitucionalidade não tenha chegado a colocar-se, o acórdão (TC) n.º 202/2014 (infra Cap. 3).

⁴⁵ Sobre a reserva de executivo, Gomes Canotilho 1999, pp. 89-96. O ponto sublinhado pelo Autor não é o de saber se o Governo pode praticar atos políticos (não sujeitos a controlo jurisdicional) para lá dos elencados na Constituição, ao abrigo do artigo 199, al. g) da CRP (Gonçalves 2020, p. 1019), nem tampouco o da reserva de administração (embora a questão possa colocar-se nesses termos). O ponto é fundamentalmente o de saber se, num quadro de separação e interdependência entre órgãos de soberania, o Parlamento pode subtrair ao Governo a prática de atos que são a concretização das políticas pelas quais este poderá ser responsabilizado e, eventualmente, demitido.

⁴⁶ Soares 1978, p. 35.

Isto para dizer que tomamos estes desvios ao princípio da separação de poderes, sem solução jurídico-constitucional aparente, como um *dado de facto* da nossa análise.⁴⁷ Nesta perspetiva, o problema de constitucionalidade suscitado pelos atos supra identificados desloca-se da questão “orgânica”⁴⁸ para a questão substantiva, ou seja, para a questão de saber se, ao substituir uma “lei” por outra, Parlamento ou Governo respeitaram a garantia patrimonial dos particulares e os limites constitucionais à revisibilidade das leis.

Valem, *prima facie*, as normas de controlo da atividade legislativa e não as normas de controlo e os modos de tutela da atividade administrativa, sem prejuízo de pontos de contacto ao nível da responsabilidade civil e da expropriação, e da inevitável absorção, no preenchimento das normas constitucionais (eg. proteção da confiança, expropriação regulatória), de critérios usados no direito administrativo (eg. alteração das circunstâncias, limites à revogação de atos administrativos constitutivos de direitos).

7. Finalmente, só nos interessa o investimento estrangeiro talqualmente definido nos API e na arbitragem do investimento (Cap. 1), em especial os investimentos que, pelo capital investido, pela sua longevidade ou pelo tipo de indústria a que respeitam, estão mais sujeitos ao risco político, logo, à alteração legislativa (eg. indústrias de rede, indústria extrativa, aquisição de dívida pública).⁴⁹

O investimento estrangeiro e o investimento doméstico (critério da origem do capital) não são compartimentos estanques. Seria hoje mais difícil (por outras razões e por esta) ao Estado português distinguir entre operadores estrangeiros e operadores nacionais para efeitos de um determinado processo de nacionalização. A estrutura societária e as definições de investidor e de investimento estrangeiro tornam excessivamente arriscada essa segregação (Cap. 1).⁵⁰ A isso acresce um eventual *direito*

⁴⁷ Já manifestámos as nossas reservas relativamente a este entendimento jurisprudencial em texto anterior. Lá questionámos, igualmente, se ele tem subjacente um problema jurídico-constitucional ou um problema político-constitucional, a solucionar através de uma revisão constitucional (Vicente 2019b).

⁴⁸ As aspas justificam-se porque se o problema se configurar como de violação da separação de poderes, o vício de inconstitucionalidade será “material” e não exatamente “orgânico”. No entanto, o princípio da separação de poderes é a norma central da dimensão ordenadora – logo, orgânica – inerente a qualquer constituição, ou, pelo menos, a um conceito “ocidental” de Constituição, no sentido atribuído por Rogério Soares (Soares 1986).

⁴⁹ Segundo um Relatório do Banco Mundial (Retention and Expansion of Foreign Direct Investment. Political Risk and Policy Responses), publicado em 2019, os conflitos investidor-Estado surgem preferencialmente nos setores sujeitos a regulação pública (água, eletricidade, utilities em geral), transportes e infraestruturas, e indústria extrativa (petróleo, gás e minérios).

⁵⁰ Segundo o acórdão Barcelona Traction, em caso de atuação ilícita de um Estado contra uma sociedade, apenas o Estado de nacionalidade dessa sociedade – e não o Estado da nacionalidade dos seus sócios – tem *locus standi* nos tribunais internacionais [Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited

*dos cidadãos portugueses à não discriminação em relação aos estrangeiros, de que fala, entre nós, Fausto de Quadros.*⁵¹

Os investimentos estrangeiros estão sujeitos à jurisdição dos tribunais portugueses e do Tribunal de Justiça (na medida em que estejam incorporados numa sociedade sediada num Estado-membro da União).⁵²⁻⁵³ São sempre, neste sentido, investimentos “domésticos”, beneficiando da proteção que o direito interno oferece a tais investimentos. Sucede que os que sejam estrangeiros gozarão, *adicional ou paralelamente*, da tutela conferida pelo DIE e é precisamente esta a nuance que queremos captar.⁵⁴

III. ESTRUTURA

(Belgium v. Spain), International Court of Justice, Judgment of 24.07.1964, Preliminary objections, pp. 44-45]. Na CEDH, o problema gira em torno do conceito de vítima, ou seja, da questão de saber se o acionista tem *locus standi* quando a medida litigiosa, visando a sociedade, afetar indiretamente o acionista por banda dos seus interesses patrimoniais naquela (participações sociais). O TEDH segue de perto o entendimento do Tribunal Internacional de Justiça, mas com exceções e oscilações que se têm revelado bem importantes em medidas ligadas à reestruturação de bancos e instituições financeiras [Agrotexim v. Greece, application no. 24.10.1995, ¶62-66, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, application no. 14902/04, Judgment (Just Satisfaction), 31.07.14, ¶36-44; Albert and Others v. Hungary, application no. 5294/14, 29.01.2019, em especial a declaração de voto do Juiz Pinto de Albuquerque]. No DIE, o entendimento dos tribunais arbitrais constitui um desvio relativamente ao costume internacional. Essa diferença reside no facto de as participações sociais constituírem, *per se*, um investimento para efeito da generalidade dos API e de, por conseguinte, o investidor ter *locus standi* relativamente a uma medida que afete o seu investimento, através da diminuição do valor das participações sociais na sociedade. O *locus standi* do investidor relativamente a medidas que afetem o seu investimento (“ações, quotas ou outras formas de participação no capital de uma empresa”) existe, de acordo com a jurisprudência, mesmo que ele não controle nem tenha a maioria do capital social da sociedade. Eg., na jurisprudência, Azurix v. The Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 01.09.2009, ¶90-91; CMS v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), Decision of the ad hoc Committee on the application annulment of the Argentine Republic, 25.09.2007, ¶69). Na doutrina, Tischler 2014, p. 259; McLachlan, Shore & Weiniger 2017, pp. 251-252.

⁵¹ Quadros 1998, p. 563.

⁵² Lenk 2019, p. 201.

⁵³ Cf., no caso português, o artigo 3.1(d) da Lei n.º 23/2007, 04.07 (que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional), com as alterações promovidas pela Lei n.º 29/2012, de 09.08, define “atividade de investimento” como «qualquer atividade exercida pessoalmente *ou através de uma sociedade*» que conduza à concretização de uma série de situações (a saber, transferência de capitais no montante igual ou superior a 1 milhão de euros, criação de pelo menos 30 postos de trabalho, aquisição de bens imóveis de valor igual ou superior a 500 mil euros), em território nacional, por um período mínimo de 5 anos. Apesar de a sociedade ser constituída em Portugal, admite-se que o investidor estrangeiro que a controle direta ou indiretamente possa atuar em nome dela no DIE (eg. artigo 8.1 do CETA, sobre a definição de “locally established enterprise”).

⁵⁴ Adicional ou paralelamente porque, no DIE, o esgotamento dos recursos ordinários não é a regra por omissão, como resulta do artigo 26 da Convenção ICSID (Paparinskis 2013a, p. 642). A regra do esgotamento dos recursos ordinários justifica-se, no direito internacional, a partir de uma ideia de subsidiariedade. Este é o fundamento subjacente ao artigo 35 da CEDH, apoiado na convicção de que os tribunais domésticos são capazes de prevenir ou de corrigir eventuais violações do direito internacional.

A dissertação tem três Partes, sem contar com a Introdução e com as Conclusões gerais, e sete Capítulos.

A Parte I enuncia os pressupostos do problema. O Cap. 1 expõe as condições funcionais e normativas que explicam o entusiasmo recente com o tema da proteção do investimento estrangeiro, e dentro deste, com o tema da alteração normativa. As qualidades constitucionais do DIE serão abordadas no Cap. 2, que fornecerá, igualmente, um panorama do problema inverso, ou seja, da crítica de direito público, nas suas diversas orientações, do *deficit* constitucional do DIE, abordando igualmente questões de constitucionalidade associadas à arbitragem dos tratados.

A Parte II versa sobre as normas, isto é, sobre os institutos jurídicos de direito público através dos quais se controla a alteração normativa. O Cap. 3 pretende fornecer um panorama da proteção oferecida pelo direito constitucional, em especial pelo direito constitucional português. O Cap. 4 ocupa-se do standard europeu-regional, através da análise de duas figuras – o princípio da proteção da confiança, que é um princípio fundamental de direito da União, por um lado, e o artigo 1-P1, que, no complexo da CEDH, é o principal instrumento de proteção dos cidadãos contra a alteração normativa, por outro. O Cap. 5 é fundamental no encadeamento do nosso estudo e pretende analisar e apreciar criticamente duas normas: o standard FET e a cláusula expropriatória, em especial a figura da expropriação regulatória.

Na Parte III centramos a atenção no conflito. Primeiro, no Cap. 6, através da análise da difícil interação entre o DUE e o DIE, em especial da compatibilidade do regime de arbitragem dos tratados com o direito primário. Depois, no Cap. 7, concretizando a reflexão dos capítulos anteriores em termos que permitam perceber *de onde vem e onde está*, afinal, a “constituição” reforçada que, em nosso entender, o DIE comporta.

PARTE I – O PROBLEMA

CAPÍTULO 1 – CONDIÇÕES PARA A EMERGÊNCIA DE UMA “CONSTITUIÇÃO” REFORÇADA CONTRA A ALTERAÇÃO NORMATIVA

I. CONDIÇÕES FUNCIONAIS

Designamos por condições “funcionais” as condições ligadas à constituição económica, isto é, à evolução da decisão política fundamental sobre a estruturação da vida económica da comunidade política, em especial aos papéis reservados ao Estado, ao mercado e a sujeitos de direito internacional.

1. Regulação económica, incentivação e *regulatory property*

O léxico neoliberal da liberalização, da abertura dos mercados ao capital estrangeiro, da privatização e da contenção da despesa pública,⁵⁵ que enformou a crise do Estado dos anos oitenta e noventa, resultou, no âmbito da União, num fenómeno de retração do papel do Estado assente numa arquitetura regulatória complexa.⁵⁶ O mesmo é dizer que nos setores recém-liberalizados⁵⁷ o Estado desenvolve, hoje, uma atividade de garantia do funcionamento eficiente dos mercados, assente num “equilíbrio” entre o princípio da concorrência e a universalidade do acesso a prestações essenciais.⁵⁸ Fala-se, por essa razão, de uma responsabilidade pública de garantia, e de um Estado “garantidor”, que tem como “braço armado” a atividade de “regulação económica”.⁵⁹

⁵⁵ Esta última uma clara manifestação de uma situação NIMBY (*not in my backyard*), já que o Presidente norte-americano Ronald Reagan esteve bem longe de uma política de contenção orçamental. Sobre este ponto, Westad 2017.

⁵⁶ Napolitano 2014, p. 698.

⁵⁷ Referimo-nos aos serviços de interesse económico geral.

⁵⁸ Yernaut 2012, p. 1168; Tavares da Silva 2010, p. 43-44. O que pode implicar, inclusivamente, a previsão de prestações assistenciais, como é o caso da tarifa social da eletricidade, dirigida aos consumidores economicamente vulneráveis, e que corresponde a um desconto à tarifa de acesso à rede suportado pelos produtores de eletricidade (cf. Decreto-lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 172/2014, de 14 de novembro e pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março).

⁵⁹ Esteve Pardo 2015, p. 20.

Nada disto é novo nem merece particulares desenvolvimentos. Importa, contudo, destacar o impacto normativo da *nova* dimensão colaborativa do Estado garantidor.⁶⁰

Num contexto em que o Estado era o fornecedor dos serviços públicos, diretamente (em regime de monopólio) ou por intermédio de contratos administrativos de colaboração, a alternância da atividade normativa com impacto sobre os setores económicos estava longe da importância que assume atualmente, havendo, à época, «pouco espaço para a incerteza».⁶¹

A situação altera-se quando a assunção da concorrência como “superprincípio”,⁶² entendida como alavanca imprescindível do crescimento económico (logo, do bem-estar social), leva o Estado a *criar mercado* mesmo onde ele não exista,⁶³ isto é, a levar a cabo uma regulação de estímulo à concorrência (regulação pro-concorrencial), *governando para o mercado*. O Estado descapitalizado, constrangido pela política orçamental e de estabilidade financeira da União,⁶⁴ instrumentaliza os privados na realização de políticas públicas, através de regimes jurídicos (sob a forma de lei ou de regulamento administrativo)⁶⁵ de fomento e incentivação económica e da chamada *regulatory property*.⁶⁶

⁶⁰ Eg Gonçalves 2010, pp. 97-128; e mais desenvolvidamente, Gonçalves 2013.

⁶¹ Rodríguez Bajón 2012, p. 195.

⁶² Trimarchi-Banfi 2013, p. 17.

⁶³ Prosser 2010, p. 3; Santos, Gonçalves & Leitão Marques 2014, p. 213.

⁶⁴ Referimo-nos, naturalmente, ao Tratado sobre estabilidade, coordenação e governação na União económica e monetária orçamental, de 2012 (conhecido como Tratado Orçamental). Sobre a política orçamental enquanto dimensão macroeconómica da integração europeia, Hofmann & Pantazatou 2017, p. 99 ss.

⁶⁵ Na medida em que tal atividade de fomento ou de incentivação passe pelo exercício da função legislativa – fenómeno frequente, pelas razões apontadas na Introdução – faz sentido perguntar se ainda estaremos no domínio da regulação económica, por esta ser, à partida, uma atividade reconduzível à função administrativa. Existem na doutrina portuguesa e estrangeira respostas positivas. Eg. Gonçalves 2010, p. 120 (o Estado de garantia atua, no exercício da sua incumbência de regulação, através do estabelecimento de regras gerais “transversais” e “sectoriais” de funcionamento do mercado), e D’Alberti 2013, p. 608.

⁶⁶ A propriedade regulatória resulta da conjugação de coisificação e globalização, ou seja, da convicção de que os problemas associados a bens públicos globais (global commons), tais como o ar ou os recursos piscatórios, ou a atividades económicas transnacionais, necessitam de uma regulação transfronteiriça em moldes de mercado. Trata-se, portanto, da criação de novos direitos de propriedade, que têm por objeto bens imateriais, e relativamente aos quais os princípios estruturantes da propriedade privada nos sistemas de direito continental têm dificuldades em operar. É o caso das quotas de emissão de carbono, dióxido de enxofre, óxido de nitrogénio, das quotas leiteiras ou das quotas de pesca, da incentivação à produção de eletricidade a partir de energias renováveis (Wemaere, Streck & Chagas 2009, pp. 35-58). Têm em comum o facto de serem instrumentais relativamente a uma determinada política pública (eg. combate às alterações climáticas, racionalização dos recursos escassos), visando a substituição de políticas de *command-and-control* por instrumentos de mercado (transacionáveis), que se presumem capazes de assegurar uma melhor distribuição do risco a preços eficientes (Godt 2017a, pp. 18-19; Godt 2017b, p. 168).

Obviamente que a partir do momento em que o legislador cria direitos híbridos – algures entre o público e o privado⁶⁷ – com o propósito de garantir a realização de uma determinada política pública em contexto transfronteiriço, os limites de uma intervenção de direito público têm de ser vistos a outra luz. Ou seja, a propriedade regulatória não é uma *garantia de um valor determinado*. O valor dos bens varia com a regulação. Os limites à intervenção pública são os apurados a partir da conjugação do *momento* da aquisição de direitos com o *design* específico dos regimes jurídicos que os disciplinam. Pense-se, por ex., no acórdão Sky Österreich, do Tribunal de Justiça.⁶⁸

A colaboração dos privados na realização de tarefas públicas através de mecanismos de mercado ou dirigidos a criar mercado coloca a tónica no *design* da regulação pública. É isso que leva a qualificar o princípio da proteção da confiança como uma das importações «más claras y notables» da teoria de regulação.⁶⁹

2. Globalização, fragmentação e (re)constitucionalização

Aos investidores passaram a incumbir grandes investimentos em setores altamente regulados e em “mercados” criados pelo Estado. A intensificação dos fluxos transfronteiriços de capitais deu resposta a estas necessidades de investimento, originando problemas e respostas jurídicas *globais*.⁷⁰

A proteção do investimento contra a alteração normativa é uma questão que, à partida, convoca o direito constitucional do Estado de acolhimento, por ser esse o complexo normativo que regula os limites da propriedade privada e disciplina a substituição de uma lei por outra. Se a este problema for dada a mesma resposta em todos os ordenamentos jurídico-constitucionais, cabe falar de *globalização do direito constitucional*, no sentido avançado por Tushnet (aproximação dos direitos constitucionais dos Estados).⁷¹ Na medida em que a alteração normativa afete contratos

⁶⁷ Godt 2017b, p. 188.

⁶⁸ Sky Österreich, processo C-283/11, 22.01.13, ¶31-40.

⁶⁹ Muñoz Machado 2019, p. 416; World Bank 2019. Já antes, Sanz Rubiales 2000, p. 94, destacando a relação entre a proteção da confiança e o mercado.

⁷⁰ A intensificação dos fluxos transfronteiriços de capitais corresponde ao fenómeno normalmente designado por “globalização”, sem prejuízo dos vários significados que o conceito pode assumir (Martin 2013, p. 6 ss.).

⁷¹ Tushnet 2008; Tushnet 2019, p. 34 [o Autor fala de globalização do direito constitucional num duplo sentido: por um lado, para enquadrar o surgimento de normas constitucionais de governo do ordenamento internacional e das suas instituições, perspetiva em que se enquadra, por ex., a vinculação jurídica de organizações internacionais e dos seus órgãos (pense-se, no Conselho de Segurança das Nações Unidas, a propósito da saga Kadi); por outro, para enquadrar aquilo que David Law apelidou de “generic constitutional law”, ou seja, normas que adquiriram ou estão em vias de adquirir reconhecimento

de Estado *stricto sensu*, na aceção de Moura Vicente, pode falar-se de um *direito transnacional*,⁷² feito a partir dos usos e costumes do comércio internacional (*lex mercatoria*)⁷³ ou de princípios comuns a todos os sistemas jurídicos.⁷⁴ Nenhuma das vertentes assinaladas é, verdadeiramente, o objeto deste estudo.

Em nosso entender, a proteção do investidor estrangeiro contra a alteração normativa faz parte de um fenómeno (real) de desconstitucionalização “do nível doméstico” (passe o pleonasma, para alguns).⁷⁵ Com isto queremos apenas dizer o óbvio: existe um descompasso entre o Estado e a autoridade pública (política), logo, os Estados não regulam, nem *direta* nem *totalmente*, a decisão política em matéria de investimento estrangeiro.

A regulação estadual não é *total* porque o parâmetro de controlo dessa decisão já não é constitucional, nem sequer europeu.⁷⁶ Como se disse no capítulo introdutório, este não será um estudo de constitucionalismo multinível (Pernice, Walker, Maduro), enquanto categoria associada ao “triângulo europeu”.⁷⁷ Por esta razão, o foco não será a

constitucional generalizado]. A importância dos transplantes “constitucionais” ou das migrações “constitucionais” no DIE não deve, contudo, ser subestimada, como se verá a propósito da ascensão da doutrina Penn Central, desenvolvida pelo Supreme Court norte-americano a propósito da 5.^a emenda à Constituição federal (infra Cap. 5).

⁷² Sobre a ligação entre o direito transnacional e os contratos de Estado, Kamto 2003, p. 741.

⁷³ Racine & Siirainen 2018, pp. 42-49.

⁷⁴ Moura Vicente 2006, p. 300 ss. [o Autor fala em contratos públicos internacionais em sentido amplo, enquanto contratos celebrados por uma entidade pública e que apresentam “elementos de extraneidade”, concretamente o facto de o cocontratante ser um nacional de outro Estado. Propõe, adicionalmente, uma categoria de contratos de Estado em sentido estrito, que são contratos celebrados entre o Estado ou outros entes públicos e um particular estrangeiro, que têm ligação ao «desenvolvimento da economia nacional», e que estão subordinados a um regime de direito público, isto é, a um regime em que o Estado não abdica dos seus poderes de autoridade]; Lima Pinheiro 2008, p. 78 ss. [define contrato de Estado como o contrato celebrado entre o Estado (ou ente público autónomo) e um particular estrangeiro, independentemente de estar sujeito a um regime de direito público ou privado]; Leben 2003, p. 629 ss. [para quem o contrato de Estado é um contrato entre o Estado-sujeito de direito internacional e uma pessoa estrangeira, *desconectado do direito público* (logo, dos poderes de autoridade do contraente público nos contratos administrativos) do Estado contratante através de cláusulas de estabilização ou de cláusulas de arbitragem]. Em sentido próximo, mas duvidando da validade dos contratos de Estado à luz das Constituições dos Estados contratantes, por o regime substantivo de direito público inerente a certos contratos não estar na disponibilidade das partes, Grigera Náon 2003, p. 675. Sobre a aplicação dos princípios UNIDROIT aos contratos de Estado, Berger 2003.

⁷⁵ Peters 2006.

⁷⁶ Vários Autores adotam uma perspetiva deste tipo. É o caso, por ex., de Witte 2018, p. 476.

⁷⁷ O constitucionalismo multinível é uma categoria associada ao direito da União e às teorias do pluralismo constitucional, e que tem que ver com a ausência de autoridade suprema nas relações entre os Estados-membros e a União e com a necessidade de atenuar o eventual atrito dessas relações através de diálogo, coordenação e das tradições constitucionais dos Estados-membros (cf. a síntese de Wollenschläger 2017, p. 23 ss., e um dos episódios mais recentes desta dinâmica, o acórdão M.A.S., processo C-42/17, 05.12.2017, prolatado na sequência do acórdão Taricco, processo C-105/14, 08.09.2015, a que voltaremos no final do Cap. 3).

relação entre o direito constitucional e o direito União, nem entre o Direito da União e a CEDH.⁷⁸

A regulação estadual não é *direta* porque os tratados internacionais pertinentes nesta matéria – os API, a CEDH, os acordos OMC – preveem a intermediação de órgãos jurisdicionais permanentes e não permanentes com competência para interpretar *autonomamente* as formulações “silenciosas” desses tratados. É da conjugação de uma constituição nacional, entretanto tornada “parcial”, com outros tantos regimes internacionais autorreferenciais que emerge o problema da *fragmentação do direito internacional*.⁷⁹

O facto de haver desconstitucionalização, entendida enquanto transferência de autoridade pública para o nível supraestadual ou supraregional, ou pelo menos, «alargamento do universo normativo constitucional»,⁸⁰ não implica que haja “(re)constitucionalização” a outros níveis, mormente a nível do direito da UE, do direito da OMC ou do DIE, nem tampouco que essa transferência se reconduza a fenómenos ditos de *constitucionalismo cosmopolita* (Petersmann, Peters),⁸¹ de *constitucionalização do direito internacional* ou, genericamente, de *constitucionalismo global* (Kumm).⁸²

⁷⁸ Artigo 8.4 CRP. Daremos conta, ao longo do presente trabalho (Cap. 3 e 6) das situações necessariamente excepcionais em que isso pode suceder. Trataremos, além disso, o problema dos API intra-União – em que está em causa a relação entre os Estados-membros e a União, isto é, um dos aspetos do “triângulo europeu” – mas com o propósito de evidenciar que a União não controla as arbitragens de investimento que têm por base um API intra-União e que as conclusões sobre a autonomia da ordem jurídica da União que se tirem nessa sede tendem a transferir-se para os API com Estados terceiros.

⁷⁹ Peters 2017; Hölken 2017, p. 24 ss.; Schwöbel 2012. A interação entre regimes de direito internacional (eg. OIT, OMC, ambiente, direito do mar, UE) abre a porta a conflitos normativos, sejam eles conflitos normativos em sentido estrito (as hipóteses em que um Estado se vê perante duas obrigações internacionais de sentido oposto e de densidade e precisão elevadas, insuscetíveis, portanto, de cumprimento simultâneo), ou conflitos de legitimidade (colisão entre opções estaduais adotadas na prossecução de interesses constitucionalmente protegidos ou de imposições internacionais menos categóricas mas ainda assim inconsistentes entre si) – cf. Michaels & Pauwelyn 2011, p. 349 ss.; Vranes 2006, p. 401; Viñuales 2012, p. 28 ss.

⁸⁰ Hespanha 2013, p. 63.

⁸¹ O constitucionalismo cosmopolita assenta no pressuposto de que os indivíduos são sujeitos de direito internacional (cidadania transnacional), e que a atribuição de direito de ação aos indivíduos contra o Estado no direito internacional permite colmatar os defeitos do processo político a nível interno e o carácter necessariamente “parcial” das constituições nacionais (*universal constitutional democracy*) [«The process of empowerment is a core element of the constitutionalization on the international legal system» – Peters 2009, p. 153 ss.]. Tais direitos são direitos subjetivos públicos, mas não são necessariamente direitos fundamentais, reforçando, por essa razão, a hierarquização da ordem jurídica internacional a que se refere Kumm 2013, p. 623 (que faz uma distinção, por outras palavras, entre um direito internacional dispositivo e um direito internacional imperativo ou de ordem pública). Além disso, os tribunais internacionais onde os indivíduos exercem aquele direito de ação desenvolvem, através da jurisprudência, o direito internacional de forma autónoma relativamente aos Estados. O ponto é que estes instrumentos são mais efetivos na promoção do *rule of law* do que regimes intergovernamentais, como a ONU ou a OMC (Petersmann 2018).

⁸² O constitucionalismo global (global constitutionalism) é um conceito que visa englobar todos os fenómenos de aquisição, por complexos normativos (de nível internacional ou transnacional), de

Tendo presente a cautela que o assunto requer, falamos de “constituição” reforçada em sentido figurado, não porque seja nossa intenção tomar partido no debate em torno do constitucionalismo para lá do Estado, mas porque se nos afigura que a analogia funcional entre o sistema da arbitragem dos tratados e o direito constitucional é profícua uma vez chegado o momento de avaliar da legitimidade de um tal regime.

II. CONDIÇÕES NORMATIVAS

As condições normativas dizem respeito à evolução dos valores e interesses fundamentais da ordem jurídica nacional e internacional, materializada na emergência de novos regimes jurídicos e de novos direitos. A emergência da estabilidade regulatória como um interesse público global é evidenciada, por um lado, pelo reforço da proteção da propriedade privada e, por outro, pela consolidação da proteção internacional do investimento estrangeiro.

1. Reforço da proteção da propriedade privada

As últimas dezenas de anos – referimo-nos, sobretudo, ao período subsequente ao desmoronamento do bloco soviético – espelham o reforço na proteção do direito de propriedade privada a nível nacional, internacional e supranacional. Quando, em 2008, Tushnet deu conta da “inevitável constitucionalização do direito constitucional”,⁸³ entendido enquanto processo de convergência das estruturas e direitos fundamentais protegidos pelas constituições nacionais, a “inevitabilidade” da convergência manifestava-se, em boa medida, através da garantia do direito de propriedade privada e da estabilidade regulatória em benefício dos negócios. O reforço da proteção da propriedade privada tem, em nosso entender, três manifestações: acoplamento entre direitos fundamentais e negócios (i); discurso sobre a emergência do direito de propriedade como direito humano (ii); e um conceito amplo de propriedade e de investimento (iii).

1.1. O acoplamento entre direitos fundamentais e negócios

“qualidades constitucionais”, especificamente de elementos de hierarquia, regras de reconhecimento, independência do poder judicial e outros elementos da democracia e do *rule of law* (Shinar 2019).

⁸³ Tushnet 2008, p. 987.

O acoplamento entre os direitos fundamentais e os negócios exprime a tendência de generalização da titularidade de direitos fundamentais pelas empresas (que se organizam em pessoas coletivas) tanto a nível constitucional,⁸⁴ como em espaços normativos para lá do Estado, e dos quais aquelas são as principais beneficiárias.⁸⁵ Referimo-nos ao direito da União, onde os artigos 16 e 17 da CDFUE⁸⁶ vieram reforçar o estatuto fundamental das liberdades do mercado interno, e ao direito do investimento estrangeiro.

Esta extensão tem aspetos positivos, desde logo porque está associada à personalidade jurídica do “indivíduo” no direito internacional público (constitucionalismo cosmopolita) e a um reforço (liberal) da proteção do “indivíduo” contra o Estado. Contudo, há também quem perspetive no discurso dos direitos fundamentais das empresas uma forma de reforçar a legitimidade do modelo capitalista,⁸⁷ isto é, de tornar consensual a convicção – controversa – de que «the world should be made as safe as possible for foreign investors».⁸⁸⁻⁸⁹

A atribuição de direitos adjetivos e substantivos aos investidores estrangeiros por intermédio de API é também uma manifestação daquela associação. Apesar de os API terem por objeto “investimentos” na aceção formal e funcional que escrutinaremos infra, verifica-se uma tendencial equiparação entre investimento e propriedade, no sentido de que existe uma coincidência parcial entre os bens e direitos cobertos pelo conceito de investimento e os bens e direitos que recebem proteção internacional (e constitucional) através de um conceito amplo de propriedade.⁹⁰

⁸⁴ Eg. o artigo 12.2 da CRP, “inspirado” no artigo 19.3 da GG. Sobre os direitos das fundamentais das empresas, Oliver 2015.

⁸⁵ Neste sentido, Carpano 2018, p. 226. Apesar disso, a CDFUE não dispõe expressamente sobre que direitos que podem ser objeto de titularidade por pessoas coletivas. Sobre este ponto, especificamente, Oliver 2015, p. 681, sublinhando a relevância do acórdão DEB, processo C-279/09, 22.12.2010, sobre se uma pessoa coletiva deve beneficiar, nos termos do artigo 47 da CDFUE e do princípio da tutela jurisdicional efetiva, de apoio judiciário numa ação de indemnização intentada contra o Estado.

⁸⁶ O artigo 16 consagra a liberdade de empresa, ao passo que o artigo 17 consagra o direito de propriedade.

⁸⁷ Nicol 2010, alertando para os perigos da confusão entre os interesses económicos das empresas e os direitos fundamentais.

⁸⁸ Schneiderman 2008, p. 28.

⁸⁹ Percebe-se, todavia, que a avaliação – positiva ou negativa – do reforço liberal de proteção dos investidores depende de uma determinada conceção de direito, poder e liberdade, concretamente, da opção entre uma compreensão que entende o DIE como a reafirmação-reconhecimento da prioridade do indivíduo sobre o Estado, e uma compreensão do DIE como complexo regulatório que inviabiliza a autodeterminação da comunidade política. Sobre a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa, Carmona 2012.

⁹⁰ Lehavi & Licht 2010, p. 130; Nikièma 2012, p. 283; Fanou & Tzevelekos 2018, p. 98 [«(...) the two systems converge; that is, in principle, property protection under the ECHR system encompasses investment»]; Ruffert 2000, p. 123.

A miscigenação entre investimento e propriedade abre espaço à caracterização dos direitos dos investidores como direitos humanos,⁹¹ acentuando as similitudes estruturais, funcionais e substantivas entre o direito internacional do investimento e o sistema da CEDH. Com efeito, ambos conferem ao “indivíduo” o direito de demandar diretamente o Estado, subtraindo o litígio à proteção diplomática do Estado de origem (do investidor ou da “vítima”, respetivamente) e remetendo-a para tribunais internacionais.⁹² Nesse sentido, apesar de terem por base a relação interestadual constituída pelo tratado internacional, ambos os subsistemas estão pensados para regular disputas verticais, isto é, disputas sobre o exercício de poderes públicos. Os direitos conferidos são, por isso, “trunfos” relativamente ao modo como os Estados exercem os seus poderes soberanos no plano interno.⁹³

⁹¹ A conexão entre o direito internacional dos direitos humanos e o DIE tem várias projeções. A mobilização dos direitos dos investidores como direitos humanos é apenas uma delas. Sobre este ponto, Klein 2012, p. 204.

⁹² A proteção diplomática é um mecanismo de resolução de disputas regulado pelo direito internacional e dirigido à resolução de litígios entre um estrangeiro e um Estado. Tal mecanismo confere ao Estado de origem do particular o direito de assumir a respetiva pretensão junto do Estado de acolhimento e de obter reparação para o dano causado através de meios pacíficos. A proteção diplomática assenta, portanto, no pressuposto de que um dano causado a um nacional de um Estado é um dano causado a esse Estado (Amerasinghe 2008, p. 21 ss.; Reinisch & Malintoppi 2012, p. 713).

⁹³ Neste sentido, Kulick 2012, pp. 122-123. Antes de responder a algumas questões ligadas à natureza (jurfundamental) dos direitos dos investidores, um ponto importante passa por saber se o investidor, que exerce o direito de ação contra o Estado num tribunal internacional, é o verdadeiro titular dos *direitos substantivos e adjetivos* conferidos pelos API (eg. direito a um tratamento justo e equitativo, direito de não ser expropriado sem indemnização, direito de invocar diretamente a responsabilidade do Estado de acolhimento). Fala-se, a este propósito, de três teorias: a teoria derivada (ou de delegação ou agência), a teoria intermédia e a teoria direta (Paparinskis 2013a, p. 622 ss.; Roberts 2015, p. 355). Para a primeira, à semelhança do que acontece no regime da proteção diplomática, os direitos (substantivos e adjetivos) conferidos pelo API são direitos dos Estados. Logo, uma violação do API pelo Estado de acolhimento constitui um ato ilícito contra o Estado de origem do investidor, podendo este renunciar ou suspender livremente os direitos adjetivos cujo exercício foi delegado nos investidores. Para a segunda, os API são tratados entre Estados soberanos que criam direitos adjetivos a favor de terceiros (investidores), *maxime*, o direito de invocar a responsabilidade do Estado de acolhimento em caso de violação do tratado. Para a terceira, mais alinhada com o constitucionalismo cosmopolita, as posições jurídicas substantivas e adjetivas pertencem ao investidor, condicionando o direito do Estado de origem a renunciar ou suspender os direitos dos seus nacionais. A questão tem repercussões tanto na responsabilidade internacional (infra Cap. 7), como ao nível das chamadas “tensões de terceira ordem”, isto é, das tensões entre o investidor e o seu Estado de origem (eg. Estado de origem compromete-se a pôr fim a todos os processos domésticos, como sucedeu no Acordo de Algiers, que criou o Tribunal Irão-Estados Unidos) ou entre os investidores e os Estados partes do API atuando “coletivamente” (quando estes eg. formulam uma interpretação vinculativa que condiciona o desfecho de uma disputa investidor-Estado pendente ou futura; ou colocam fim ao tratado com efeitos imediatos, sobrepondo-se às cláusulas *sunset* que aquele eventualmente contenha, como parece ser o caso do acordo entre 23 Estados-membros da União no sentido de cessar os API intra-União) [sobre este tema, na doutrina, Kulick 2017b, p. 139; Methymaki & Tzanakopoulos 2017, p. 162; Roberts 2015, p. 391 ss.]. Ora, para aqueles que perfilhem a teoria direta, levanta-se naturalmente a questão da qualidade das posições jurídicas subjetivas conferidas ao investidor, isto é, determinar se se trata de direitos humanos ou de outro tipo de direitos subjetivos não dotados de “fundamentalidade” material (Peters 2009, p. 162).

Existem, além disso, sobreposições a nível substantivo, porquanto o artigo 1-P1 e o direito a um processo justo (artigo 6 CEDH) têm paralelo na cláusula expropriatória e no standard FET (eg. proibição de denegação de justiça) constantes dos tratados de investimento, havendo, inclusivamente, o risco de litígios paralelos com resultados divergentes.⁹⁴ Isto dá força à conclusão de que alguns direitos dos investidores são simultaneamente direitos humanos, compreendido este conceito enquanto posições jurídicas reconhecidas pelo direito internacional e de que todas as *personas* devem ser titulares, independentemente do consentimento dos Estados sobre cuja jurisdição se encontrem.⁹⁵

⁹⁴ Oao Neftyanaya Kompanya Yukos v. Russia, application no. 14902/04, Judgment (Merits), 20.09.2011; e Yukos Universal v. The Russian Federation, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case no. AA227, Final Award, 18.07.2014; Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia, Arbitration pursuant to Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Members States of the Organisation of the Islamic Conference, Final Award, 15.12.2014, ¶556 ss., que associa a violação do FET a uma violação do artigo 14.3 PIDCP.

⁹⁵ Klein 2012. À semelhança dos direitos humanos, também os direitos dos investidores partem da pressuposição de que o tratamento dos indivíduos (e das empresas) não é um “assunto interno” dos Estados, mas uma situação que interessa a toda a comunidade internacional (Vieira de Andrade 1984, p. 14). O ponto só tem autonomia se a “fundamentalidade” das posições jurídicas for concebida para além do que já decorre do costume internacional em matéria de propriedade, ou seja, para lá do direito de não ser expropriado salvo sob condição do pagamento de uma indemnização que ostente uma ligação razoável com o valor do bem. Para além de atrativa em termos “retóricos” (Steininger 2018), a assimilação dos direitos do investidor aos direitos humanos facilita a sua invocação, a nível interno, seja como direitos só materialmente fundamentais, nos termos do artigo 16.1 da CRP (i), seja como critério hermenêutico de normas constitucionais relativas a direitos fundamentais (ii).

(i) O artigo 16.1 contém uma cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais, pressupondo uma analogia substancial com os direitos fundamentais formais, isto é, com os direitos fundamentais consagrados no catálogo (Miranda 2017b, p. 187; Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 364 ss.; Loureiro 1995, pp. 212-213). Essa analogia depende do critério de fundamentalidade que se tenha por relevante. Em nosso entender, certas dimensões fundamentais do standard FET não são *inovadoras* – não se traduzem, verdadeiramente, em *novos direitos* (relativamente ao catálogo formal). Será o caso, por ex., do direito a um processo justo ou do direito a um procedimento transparente e participado. Já as dimensões inovadoras (eg. direito à estabilidade do quadro regulatório) são controversas e, em nosso entender, implicam uma reinterpretação de princípios orientadores da atividade estadual, e não tanto a atribuição de posições jurídicas subjetivas “fundamentais” (sobre o tema, Berner 2016, p. 177 ss., e Scheu 2017, p. 176 ss.).

(ii) O artigo 16.2 contém uma regra especial de interpretação das normas constitucionais. Dispõe esse preceito que os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a DUDH (na doutrina, entre outros, Miranda 2017b, p. 205 ss; Castro 2019, p. 11 ss.; Otero 1990, pp. 603-619). Simultaneamente, a jurisprudência constitucional sublinha que a CEDH é o “standard mínimo” de proteção dos direitos fundamentais e que a jurisprudência do TEDH deve ser considerada pelo Tribunal como “critério coadjuvante” na interpretação do sentido e do alcance das normas constitucionais [recentemente, os acórdãos (TC) n.ºs 328/18, 242/18, 464/19, 60/20], à luz do princípio de preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de proteção mais elevado (Moura Ramos 2004). Também os direitos do investidor devem ser “tomados em consideração” na interpretação dos preceitos constitucionais? Parece-nos que a resposta deve ser positiva, independentemente de essas posições jurídicas de vantagem corresponderem a direitos humanos ou não. Não se trata de sustentar um princípio indiscriminado de primado do direito internacional – «aplicação prevalente da norma de direito internacional, qualquer que seja a fonte desta, sobre a norma de direito interno, qualquer que seja a fonte deste» (D’Oliveira Martins 2016, p. 250) – nem de capitular perante o princípio da realidade, de que fala Cardoso da Costa 2016, p. 13. Trata-se apenas de arguir que o interesse em cumprir o direito internacional convencional – o interesse de *harmonia entre as duas ordens jurídicas*

Subsistem, por outro lado, importantes diferenças ao nível dos beneficiários dos direitos,⁹⁶ do acesso à jurisdição internacional⁹⁷ e da execução das decisões proferidas.⁹⁸ Estes hiatos – a saber, a desnecessidade, por defeito, de esgotamento dos recursos ordinários e o facto de todos os Estados partes assumirem o dever de reconhecimento automático da decisão arbitral (artigo 54 da Convenção ICSID) – mostram inclusivamente que os tratados de investimento furam com maior facilidade o “véu” da soberania do Estado.

1.2. Propriedade como direito humano universal

A problemática do direito de propriedade como direito humano tem diversas declinações consoante o tipo de propriedade em causa – propriedade privada, propriedade coletiva, património comum da humanidade (*global commons*) – mas não se confunde com o standard mínimo de proteção dos interesses patrimoniais dos estrangeiros, isto é, com a asserção de que não pode haver expropriação/nacionalização sem uma indemnização dotada de certas características.

Discute-se na doutrina, com efeito, qual o impacto das Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, adotadas a partir da década de 60, e que lançaram as bases da Nova Ordem Económica Internacional,⁹⁹ no costume internacional relativo ao standard mínimo. Do que não há dúvidas é que uma coisa é conceber a existência de um standard mínimo de proteção da propriedade de estrangeiros enquanto regra costumeira internacional, e outra, bem distinta, é indagar da possibilidade de formular um direito de propriedade como direito humano, aplicável, portanto, às relações de

– constitui um interesse constitucionalmente protegido e, nessa medida, deve ser sistemicamente considerado no processo hermenêutico de apuramento do sentido das normas constitucionais (Galvão Teles 1967, p. 115; Quadros 1998, p. 548).

⁹⁶ Enquanto a jurisdição *ratione personae* de um tribunal arbitral internacional constituído ao abrigo de um API depende da nacionalidade do investidor – exige-se que o investidor seja *estrangeiro* – o mesmo não sucede com o TEDH, cuja jurisdição se estende a todos quantos se encontrem sob o senhorio de um Estado-parte. Sobre este ponto, Kriebaum 2015, p. 222; Fanou & Tzevelekos 2018, p. 98; Schlemmer 2008.

⁹⁷ Um dos princípios estruturantes do sistema da CEDH, em linha com o princípio da subsidiariedade (infra Cap. 4), é o esgotamento dos recursos internos (artigo 35.1 da CEDH). Já no domínio DIE não se exige o esgotamento dos recursos internos, salvo se o instrumento que contém o consentimento do Estado à arbitragem (eg. API) dispuser em sentido contrário (artigo 26 da Convenção ICSID).

⁹⁸ A implementação das decisões do TEDH depende do Estado demandado (artigo 46 CEDH).

⁹⁹ Infra Cap. 5.

todos os Estados com os respetivos nacionais, independentemente do consentimento daqueles.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

O Relatório de Valencia Rodriguez, publicado em 1993, confirmou a perceção dominante desde a aprovação da DUDH. A de que seria extremamente difícil estabelecer um direito de propriedade privada como direito humano universal «in terms that one can substantiate as requiring incorporation in the national law of all States and capable of being given the same weight to in domestic courts».

O direito de propriedade tem, com efeito, “muitos pecados”. A oposição entre comunistas e capitalistas explica a formulação minimalista e limitada que consta do artigo 17 da DUDH,¹⁰² mas a hostilidade prolongou-se para lá dessa data como demonstra o silêncio dos dois pactos de 1966 – o PIDCP e o PIDESC – sobre o tema. Argumenta-se, na verdade, que o reconhecimento de um verdadeiro “direito de propriedade” – numa formulação mais precativa e menos vaga do que a que consta da Declaração – não seria compatível com o princípio da soberania permanente dos Estados sobre os seus recursos naturais (autodeterminação económica)¹⁰³ e que corresponderia a mais uma etapa da aliança entre o direito internacional e o expansionismo comercial do ocidente.¹⁰⁴

Sprankling, porém, defende que o estatuto do direito de propriedade se alterou radicalmente desde o Relatório de 1993. O colapso do bloco soviético permitiu o surgimento de novos Estados e o alinhamento de Estados já existentes com os princípios do liberalismo político e económico. Contudo, o Autor não vai buscar ao direito internacional convencional, designadamente às convenções internacionais de carácter regional ou funcional que consagram o direito de propriedade,¹⁰⁵ a origem do

¹⁰⁰ J. Alvarez 2018, p. 635. O Autor destaca a posição das autoridades jurisdicionais norte-americanas no acórdão *Mezerhane v. Republica Bolivariana da Venezuela*, 785 F.3d 545, 546-47 (11th Cir. 2015), a propósito da alegação de expropriação de um empresário venezuelano contra a Venezuela. Segundo a decisão, que retoma a posição seguida no acórdão *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua*, US District Court for the Eastern District of Louisiana, 515 F. Supp. 900 (E.D. La. 1981), 20.04.1981, as expropriações carreadas por um Estado sobre os seus nacionais não são disputas que envolvam o direito internacional nem tampouco direitos humanos. A única exceção tem que ver com alegações de expropriação que ocorram em simultâneo com a violação de normas de *jus cogens*, como genocídio, tortura ou escravatura (ditos “genocidal takings”).

¹⁰¹ Sobre a distinção, Hefti 1989, p. 251.

¹⁰² O n.º 1 dispõe o seguinte: «Toda a pessoa, individual ou coletiva, tem direito à propriedade». No n.º 2 pode ler-se o seguinte: «Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade».

¹⁰³ J. Alvarez 2018, p. 596.

¹⁰⁴ Miles 2014, p. 23.

¹⁰⁵ A título de exemplo, cf. o artigo 1-P1 à CEDH, o artigo 21 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o artigo 14 da Convenção Africana dos Direitos Humanos; o artigo 25 da Carta Árabe dos Direitos Humanos; o artigo 16.1, al. h) da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, o artigo 5 (d)(v) da Convenção Internacional sobre a eliminação de

direito de propriedade como direito humano universal. Fá-lo, ao invés, com base nos princípios gerais de direito do artigo 38.1 al. c) do ETIJ, ou seja, na ideia de que o direito de propriedade privada se “globalizou”, constando hoje da grande maioria das constituições nacionais, inclusivamente daquelas cujo compromisso com a NOEI ou com o modelo económico comunista era mais vincado.¹⁰⁶

Mas há também quem sustente que não é possível – nem conveniente – configurar a existência de um direito humano de propriedade para além dos desenvolvimentos detetados a nível regional. Subsistem divergências importantes ao nível do conteúdo, dos limites e sobretudo do fundamento da proteção de um tal direito.¹⁰⁷ A coordenação destes aspetos, não só pelas características do direito de propriedade, mas também pelo nível de intrusão na soberania interna dos Estados, pressupõe um processo de globalização “top-down”, assente na delegação de poderes em entidades supranacionais, que não é crível que se estenda para lá do nível bilateral ou regional.¹⁰⁸

A globalização da proteção do direito de propriedade não pode ser desligada da difusão do projeto neoliberal, em parte através da assistência económica aos Estados em situação de emergência financeira. Contudo, é preciso não esquecer que o efeito spill over do direito de propriedade funciona – ainda que em medida não comparável - *contra os próprios negócios*, como demonstra a evolução do instituto da propriedade coletiva ou comunal dos povos indígenas na jurisprudência do TIADH.¹⁰⁹

1.3. Conceito amplo de propriedade privada

todas as formas de discriminação racial, o artigo 15 da Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, ou o artigo 12.5 da Convenção sobre os Direitos das pessoas com deficiência. Do texto de J. Alvarez 2018 consta um anexo contendo informações sobre as 35 convenções internacionais que consagram o direito de propriedade.

¹⁰⁶ Sprankling 2014, p. 484 ss. O exemplo mais enigmático referido pelo Autor é o da China, e as várias reconfigurações dos preceitos referentes à propriedade privada (artigos 11 a 13 da Constituição de 1982). Outro exemplo, desta feita de Schneiderman 2008, respeita à Constituição colombiana de 1991, nos termos da qual, desde a emenda de 1999, deixou de ser possível a expropriação sem indemnização prévia (artigo 58).

¹⁰⁷ J. Alvarez 2018, p. 687.

¹⁰⁸ Lehavi 2017, p. 1186.

¹⁰⁹ Essa jurisprudência é descrita com pormenor por J. Alvarez 2018, p. 606 ss. Destacamos, pela pertinência para o direito do investimento, o acórdão *Sawiyomaxa Indigenous Community v. Paraguay*, Sentencia de 29.03.2006, do TIADH, sobre um processo de reclamação de terras ancestrais por parte de uma comunidade indígena. A propósito da herança indígena no direito internacional do investimento, Vadi 2011, p. 797.

O conceito internacional de propriedade afasta-se, como é sabido, da propriedade civilística, e coincide com o conceito de património da common law, enquanto conjunto de posições jurídicas que integram a esfera patrimonial de uma pessoa.¹¹⁰ É assim no sistema da CEDH, na Convenção americana,¹¹¹ no direito da União e, com nuances, no DIE.¹¹²

1.3.1. No sistema da CEDH

O conceito de “bem” que resulta do artigo 1-P1 da Convenção é um produto da aplicação, pelo TEDH, dos princípios gerais da interpretação “evolutiva” e da interpretação “autónoma”.¹¹³ Uma interpretação assim calibrada permitiu estender a tutela do artigo 1-P1 à chamada “nova propriedade” de que fala Reich, ou seja, à riqueza proveniente da intervenção do Estado na economia, através de subsídios, prestações sociais, contratos ou serviços.¹¹⁴

É, além disso, garante da função de supervisão desempenhada pelo TEDH: apesar de, as mais das vezes, o Tribunal aceitar a classificação que o direito interno atribui a um determinado direito ou interesse patrimonial, a noção autónoma de bem obsta a que os Estados partes se sirvam dessa classificação para se furtarem às obrigações decorrentes da Convenção.¹¹⁵ O exemplo mais comum tem que ver com ocupações privativas de bens do domínio público, consideradas precárias pelo direito interno dos Estados (eg. França) e por definição não conferentes de um direito real sobre o bem. Como se lê no acórdão Brosset-Triboulet, «the fact that the domestic laws of a State do not recognise a particular interest as a “right” or even a “property right” does not necessarily prevent the interest in question, in some circumstances, from being regarded as a “possession” within the meaning of article 1 of Protocol No. 1».¹¹⁶

¹¹⁰ Neste sentido, Padelletti 2003, p. 43.

¹¹¹ O TIADH interpreta o conceito “bens” constante do artigo 21 da Convenção americana como englobando «aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener valor» [caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31.08.2001 (Fondo, reparaciones y costas), ¶144].

¹¹² Ruffert 2000, p. 122.

¹¹³ Infra Cap. 4.

¹¹⁴ Reich 1964, p. 733.

¹¹⁵ Allen 2005, p. 44; Padelletti 2003, p. 66.

¹¹⁶ Brosset-Triboulet and others v. France, application no. 34078/02, 29.03.2010, ¶71; e os acórdãos Öneriyildiz v. Turkey, application no. 48939/99, 30.11.2004, ¶127-129, em que o Tribunal desconsiderou a circunstância de a habitação do requerente, destruída por falta de adoção tempestiva de medidas pelas autoridades públicas, ter sido construída ilegalmente nas proximidades de um aterro sanitário; e Beyeler v. Italy, application no. 33202/96, 05.01.2000, ¶98-106, sobre o exercício do direito de preempção por

A transmissibilidade *inter vivos* ou *mortis causa* não é, no sistema da Convenção, condição da existência de um bem. Não se trata, contudo, de um elemento irrelevante, já que a alienabilidade constitui um indício seguro de que se trata de um bem para efeitos do artigo 1-P1.¹¹⁷

Acresce que, na ausência de normas específicas que garantam um *due process* substantivo ou a liberdade de empresa,¹¹⁸ o TEDH interpreta o artigo 1-P1 como uma garantia de condição financeira dos beneficiários, abrangendo, portanto, tanto bens atuais (posições jurídicas que já integram o património do sujeito), como pretensões jurídicas com um certo nível de consolidação em termos de certeza e de conteúdo. Estas características são um índice seguro – uma legítima expectativa – de que, a breve trecho, a pretensão deverá ou deveria acomodar-se definitivamente no património do queixoso.

O juízo de prognose que o Tribunal se propõe levar a cabo tem uma componente empírica e uma componente normativa. O mesmo é dizer – antecipando a taxonomia que exploraremos no Cap. 4 – que a integração de uma “legítima expectativa” no conceito de “bem” depende, por um lado, de um juízo empírico sobre a probabilidade de sucesso de uma pretensão jurídica no direito interno e, por outro, de um juízo normativo sobre a qualidade da confiança dos particulares num determinado ato dos poderes público do Estado demandado.

1.3.2. No direito da União

A proteção do direito de propriedade no direito da União segue de muito perto o artigo 1-P1 CEDH.¹¹⁹ Com efeito, os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito da União, inspirando-se o Tribunal de Justiça, para a sua proteção, nas tradições constitucionais dos Estados-membros e nos instrumentos de direito internacional relativos à proteção dos direitos humanos de que aqueles sejam signatários (artigo 6.3 do TUE).¹²⁰

parte das autoridades italianas sobre um quadro que estas consideravam ilegalmente adquirido pelo requerente. Sobre a questão francesa, Saccuci 2014, p. 1610 ss.; Blanc-Fily 2015, p. 527 ss.; e Orlandini 2015, p. 621.

¹¹⁷ Padelletti 2003, pp. 66-68; Allen 2005, p. 77; Colacino 2012, pp. 120-121; Van Drooghenbroeck 2000, p. 438.

¹¹⁸ Tal função não é desempenhada pelo artigo 6 da CEDH (direito a um processo justo).

¹¹⁹ Wollenschläger 2014 (anotação ao artigo 17 CDFUE).

¹²⁰ Asserção avançada, quanto ao direito de propriedade, no acórdão Hauer, processo 44/79, 13.12.1979, e desde aí reiterada na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Cf., a título de exemplo, os acórdãos Booker

Além disso, por força do artigo 52.3 da CDFUE, o sentido e âmbito (bem como a extensão das restrições admitidas) dos direitos consagrados na Carta são iguais aos previstos na CEDH.¹²¹ Também por aí, portanto, a proteção do direito de propriedade constante do artigo 17 da Carta terá de ser significativamente coincidente com a da Convenção, o que não obsta a que a União, pelo seu escopo *prima facie* económico, possa adotar um nível mais elevado de proteção.¹²² A proteção do direito de propriedade é um elemento estruturante de uma economia de mercado, ou seja, é a possibilidade de conservação dos incentivos económicos por parte do seu titular que torna possível o desenvolvimento económico e tecnológico *através do mercado*.¹²³

A ligação entre a propriedade privada, liberdades do mercado interno e a liberdade de empresa (artigo 16 CDFUE) ajuda a explicar o papel reservado ao direito de propriedade no sistema jurídico da União. Trata-se, fundamentalmente, de um papel subsidiário ou complementar relativamente às liberdades.¹²⁴

Vale por dizer que a proteção das posições jurídicas patrimoniais – que, no sistema da CEDH, se faz através do artigo 1-P1, isolada ou conjugadamente com os artigos 6 e 14 da Convenção – reentra, no sistema da União, no âmbito de proteção de outros direitos fundamentais (liberdade profissional e liberdade de empresa) e no âmbito de aplicação das liberdades do mercado interno (bens, serviços e estabelecimento) e dos princípios gerais de direito da União, em especial do princípio da proteção da confiança.¹²⁵ «L’attenzione per la proprietà privata (...) è stata spesso solo un riflesso dell’attenzione rivolta principalmente alle imprese ed all’intrapresa economica», explica Anglioni.¹²⁶

Aquaculture, processos apensos C-20/00 e C-64/00, 10.07.2003, ¶65, e Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA), processo C-347/03, 12.05.2005.

¹²¹ Moura Ramos 2013b, p. 93.

¹²² Oliver 2015, p. 680. Quadros 2016, p. 545 ss., sublinhando o tendencial alinhamento do Tribunal de Justiça com a jurisprudência do TEDH quanto à noção de “bem”, mormente no sentido de excluir a “quota de mercado” (receitas futuras) do âmbito de aplicação do artigo 17 CDFUE.

¹²³ Becker 2007, p. 266, sobre o artigo 53 da Carta e a possibilidade de um nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais associados à atividade económica protegida pelo direito da União.

¹²⁴ Carpano 2018, p. 231.

¹²⁵ Carpano 2018, p. 231.

¹²⁶ Anglioni 2001, p. 5 [«Il nucleo più robusto delle garanzie dei Trattati europei, infatti, non sono tanto rivolte alla proprietà all’impresa ed all’attività economica privata. Ciò a cui se guarda di più in Europa, nell’uniformare, avvicinare ed armonizzare i diritti nazionali, non sembra essere la proprietà, come insieme organico di poteri e facoltà che assicurino al privato, in modo astratto e duraturo, la disponibilità ed il godimento di un bene. Il cuore delle garanzie offerte dai Trattati sta nell’abbattimento delle barriere di ogni tipo alla libera circolazione, con la finalità di una pari concorrenza, dell’iniziativa e dell’attività economica privata tesa alla produzione ed allo scambio di beni o servizi (...). Mentre per la difesa della *proprietà come scopo* fine a se stesso è arduo predire anche a livello europeo un luminoso avvenire, la garanzia della *proprietà come mezzo* di esercizio di altre libertà fondamentali dell’uomo ha innanzi a sé uno spazio grande, che è ancora quasi tutto da esplorare (...)].

A questão de saber se as liberdades do mercado interno são direitos fundamentais assume importância mitigada,¹²⁷ a partir do momento em que se admite, como fez o Tribunal de Justiça no acórdão Pfleger, que o artigo 17 não subordina a restrição das posições jurídicas por si protegidas a requisitos mais exigentes do que os que decorrem, em caso de restrição às liberdades do mercado, do TFUE.¹²⁸ Portanto, não oferecendo os direitos fundamentais uma proteção superior à conferida pelas liberdades do mercado interno, a convocação do direito de propriedade será, as mais das vezes, *desnecessária*. A Carta tem o mesmo valor jurídico que os Tratados (artigo 6.1 TUE).

À semelhança do TEDH, o Tribunal de Justiça veicula um conceito alargado de propriedade, que abrange toda a espécie de direitos com valor patrimonial, como, por ex., direitos de propriedade intelectual, direitos exclusivos de radiodifusão atribuídos por contrato,¹²⁹ ou interesses patrimoniais ligados a prestações sociais.¹³⁰ De fora ficam “partes do mercado”, isto é, expectativas de continuar a gozar de uma parcela de negócios num determinado setor de atividade, porquanto tal parcela «não constitui mais do que uma posição económica momentânea sujeita à eventualidade de uma alteração das circunstâncias».¹³¹ Esta conclusão vale, por ex., para as situações em que a União veda a inclusão de certos nutrientes na produção de suplementos alimentares com impacto sobre as empresas produtoras desses suplementos.¹³²

Os interesses patrimoniais protegidos têm de constituir posições jurídicas *adquiridas*. Estando em causa direitos patrimoniais públicos gerados por regulação pro-

¹²⁷ Sublinhando este ponto, Caro de Sousa 2014, p. 509; Babayev 2016, p. 979 ss. [destacando as diferenças entre as liberdades do mercado interno e a liberdade de iniciativa económica constante do artigo 16 CDFUE].

¹²⁸ Pfleger ¶60, a propósito da compatibilidade com a livre prestação de serviços e com o direito de propriedade de uma lei austríaca sobre jogos e fortuna e azar e consequente apreensão, pelas autoridades austríacas, de máquinas de jogo não licenciadas. Em sentido idêntico, *Berlington Hungary*, C-98/14, 11.06.2015, ¶91, em que o princípio da proteção da confiança assume relevo relativamente às restrições às liberdades do mercado, pelo modo como a reforma da exploração de slot machines fora dos casinos foi implementada; e *SEGRO e Horváth*, processos C-52/16 e C-113/16, 06.03.2018.

¹²⁹ *Sky Österreich* ¶35.

¹³⁰ *Eugenia Florescu*, processo C-258/14, 13.06.2017, ¶49.

¹³¹ *Natural Health*, processos apensos C-154/04 e C-155/04, 12.07.2005, ¶128; *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM)*, C-120/06 P and C-121/06 P, 09.09.2008, ¶185. Na doutrina, Basener 2017, p. 131, 425, explicando que a empresa/atividade económica não é protegida no direito da UE [«(...) The general interference with a certain market position, with general and unspecified business opportunities as well as the altering of chances or economic interests does not constitute property in the sense of Art. 17 of the Charter. This also excludes market shares»]; *Papier & Shirvani* 2019 (comentário ao artigo 14 GG, nota n.º 100). No *DIE*, Cox 2019, p. 40, destacando que muito se alterou desde o acórdão *Oscar Chinn*, do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, 12.12.1934, ¶99, e que vários API reconhecem abertamente que o “goodwill” e “partes” ou “quotas” de mercado constituem investimentos protegidos.

¹³² *Natural Health* ¶128. Sobre este ponto, Hins 2014, p. 673.

concorrencial, o momento da aquisição, como destacámos supra a propósito da figura da *regulatory property*, é uma questão de *design* dos regimes jurídicos.

O acórdão Sky Österreich demonstra-o na perfeição. Estava em causa a questão de saber se o artigo 3.º-K da Diretiva Audiovisual,¹³³ na parte em que prevê que a compensação devida aos titulares de direitos exclusivos de transmissão de eventos com elevado interesse para o público pela cedência de excertos ou extratos da emissão a outros operadores não pode exceder os custos adicionais que resultem diretamente do fornecimento de acesso, constituiria uma ingerência no direito de propriedade e se, nessa eventualidade, tal ingerência estaria conforme com o princípio da proporcionalidade. O Tribunal lembrou que, ao tempo em que os operadores adquiriram os direitos exclusivos, já se iniciara o prazo para a transposição da norma da Diretiva que previa os limites da compensação devida pela cedência de excertos da transmissão. Por conseguinte, os operadores não podem invocar uma *posição jurídica adquirida* a uma compensação superior a esses limites.¹³⁴

1.3.3. No direito internacional do investimento estrangeiro

A identificação de um “investimento” é um requisito de jurisdição *ratione materiae* do tribunal arbitral sobre o diferendo entre um Estado (o Estado de acolhimento) e um investidor estrangeiro, ao abrigo de um API e do artigo 25 da Convenção ICSID,¹³⁵ a primeira convenção internacional (multilateral) especificamente voltada para a resolução de litígios entre um investidor estrangeiro e um Estado.

¹³³ Diretiva 2010/13/UE do Parlamento e do Conselho, de 10.03.2010.

¹³⁴ Sky Österreich ¶39. Sublinhe-se que, no entender de alguma doutrina (Hins 2014, p. 674), não há neste arrazoado contradição com a noção de “bem” veiculada pelo TEDH, já que também aí as pretensões não existentes/não adquiridas só entram no âmbito de aplicação *ratione materiae* da CEDH se tiverem base jurídica suficiente no direito interno, o que não sucederia *in casu*. Discordamos desta leitura. Ela resulta de “confusão” entre o papel que a doutrina das expectativas legítimas desempenha aquando da apreciação preliminar, pelo Tribunal, da existência de um bem (*possession*) para efeitos do artigo 1-P1, e o papel daquela doutrina num momento mais avançado do *iter* argumentativo, mormente no momento do apuramento da proporcionalidade da ingerência no “bem” previamente individualizado. Trataremos esta nuance infra (Cap. 4). A ser de outra forma, disposições como o artigo 3-K da Diretiva Audiovisual, que estabelecem um equilíbrio entre o interesse privado de extrair benefícios económicos de direitos exclusivos e o interesse público de acompanhamento de eventos que interessam a todos, nunca seriam escrutinadas à luz do direito de propriedade. Se isso pode ser um resultado tolerável à luz da CDFUE, que contém outras regras e princípios capazes de ser parâmetro de validade de uma tal disposição, ascenderia, no quadro da CEDH, a uma situação de manifesta desproteção.

¹³⁵ A Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958 (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94) regula o reconhecimento e execução das sentenças e não o processo arbitral propriamente dito, e além disso permite que os Estados contratantes limitem a sua aplicação a disputas comerciais (Van Harten 2007, pp. 50-57).

Os API incluem uma lista dos “investimentos” protegidos. Esta lista, que ostenta atualmente configurações cada vez mais diferenciadas, abrange tendencialmente a propriedade sobre bens móveis e imóveis (e outros direitos reais), direitos de propriedade intelectual, direitos subjetivos públicos como licenças ou concessões administrativas, direito de crédito e direitos contratuais, ações, quotas, obrigações ou outras formas de participação em sociedades, empréstimos a empresas.¹³⁶

O elenco dos investimentos protegidos poderá abranger tanto investimentos reconduzíveis ao conceito de investimento estrangeiro direto, como ao conceito de investimentos em portefólio,¹³⁷ muito embora alguns tratados de investimento excluam expressamente os segundos.¹³⁸ Muitos tratados de investimento excluem, direta ou indiretamente,¹³⁹ os direitos de crédito decorrentes (exclusivamente) de contratos comerciais para a venda de bens ou serviços,¹⁴⁰ por lhes faltarem os atributos inerentes a um investimento (eg. duração). Nesta apreciação, adquire relevo a teoria da *unidade do investimento* – relevante, entre outras, nas arbitragens sobre dívida soberana – segundo a qual a presença de um investimento deve ser avaliada “holisticamente”, independentemente de cada uma das transações que o compõem constituir, *per se*, um investimento.¹⁴¹ Outras exclusões não unânimes respeitam a títulos de dívida pública,¹⁴² a empréstimos internacionais¹⁴³ e a ações ou decisões judiciais.¹⁴⁴

i) A noção de investimento para efeitos jurisdicionais

¹³⁶ Moura Vicente 2019, pp. 480-481; Qureshi & Ziegler 2019, pp. 547-551 (alertando para a sobreposição entre os API e o acordo TRIPS); Sérvulo Correia 2010, p. 825.

¹³⁷ De acordo com a OCDE 2008 e com o FMI 2014, pp. 149-150, o investimento estrangeiro direto é uma categoria de investimento transfronteiriço que pressupõe uma relação entre o investidor, residente numa dada economia, e uma empresa, residente noutra economia, com a intenção de aí instituir um projeto de longo-termo, assegurando sobre essa empresa um certo grau de influência e controlo. A posição do investidor sobre a empresa é duradoura quando aquele adquire pelo menos 10% dos direitos de voto sobre esta. Os investimentos em portfolio traduzem-se na titularidade, por um investidor, de menos de 10% dos direitos de voto de uma empresa residente noutra economia, facto que demonstra que esse investidor não pretende verdadeiramente influenciar a gestão da empresa objeto do investimento.

¹³⁸ Eg. Protocolo de Investimento da SADC, modelo API indiano de 2015 e modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil.

¹³⁹ Consideramos que a delimitação é feita indiretamente quando o tratado contém uma definição autónoma de investimento, como, por ex., o modelo de BIT norte-americano de 2012.

¹⁴⁰ Eg. o artigo 8.1 (i) CETA, o artigo 1.9 API COMESA, o artigo 9.1 (nota n.º 2) da CPTPP, o modelo de BIT canadiano, entre outros. É a nossa tradução para «claims for money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods and services».

¹⁴¹ Na doutrina, Cox 2019, p. 38 (¶3.19).

¹⁴² Eg. o modelo BIT canadiano, o artigo 3.1.3 ACFI do Brasil, ou o artigo 1.9 do API COMESA.

¹⁴³ Eg. o artigo 9.1 (nota n.º 3) da CPTPP.

¹⁴⁴ Eg. o artigo 8.1 (iii) CETA [«For greater certainty, claims to money does not include (...) any order, judgment or arbitral award»], ou o artigo 9.1 da CPTPP («but investment does not mean an order or judgment entered in a judicial or administrative action»).

Apesar de a Convenção ICSID não dispor sobre o que entende por “investimento”,¹⁴⁵ alguma jurisprudência arbitral retirou do respetivo artigo 25 uma noção autónoma e material de investimento.¹⁴⁶ Referimo-nos, com efeito, à jurisprudência Salini e ao chamado *outer limits approach*, nos termos do qual um investimento pressupõe uma contribuição de fundos,¹⁴⁷ com certa duração e risco,¹⁴⁸ com relevo para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento.¹⁴⁹ Para esta perspetiva, a jurisdição *ratione materiae* do tribunal arbitral implica a superação de uma “dupla barreira” – a do tratado bilateral em que o Estado demandado consentiu à arbitragem, por um lado, e a da noção autónoma de investimento, por outro.¹⁵⁰

Subjacente a este conjunto de requisitos está a ideia de que os tratados de investimento, pelo seu objeto e fim, visam encorajar os investidores estrangeiros a assumir o *risco* de instalar empresas no Estado de acolhimento, viabilizando, por essa via, as transferências de tecnologia e *know-how* que distinguem o investimento estrangeiro direto do comércio internacional.¹⁵¹

Os testes Salini dificultam a jurisdição dos tribunais arbitrais sobre investimentos em portefólio, designadamente participações sociais inferiores a certa percentagem, dívida ou empréstimos,¹⁵² bem como sobre certo tipo de contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços.¹⁵³ O requisito do contributo para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento permitiu afastar a jurisdição do tribunal arbitral sobre um contrato de recuperação e catalogação da carga de um navio

¹⁴⁵ Segundo o ponto 27 do Relatório dos Administradores Executivos da Convenção, «nenhuma tentativa foi feita para definir o termo “investimento”, dado o requisito essencial do consentimento das partes, e o mecanismo através do qual os Estados contratantes podem dar a conhecer antecipadamente, se assim o desejarem, as classes de litígios que eles considerariam ou não submeter ao Centro», mecanismo esse previsto no artigo 25.4 da Convenção ICSID (a tradução é nossa).

¹⁴⁶ De acordo com o acórdão Romak S.A v. Uzbequistão, PCA Case no. AA280, Award, 26.11.2009, ¶194, 207, o significado autónomo de investimento vale tanto para as arbitragens ICSID como para as arbitragens que não têm por base a Convenção ICSID (eg. UNCITRAL).

¹⁴⁷ Segundo o acórdão Société Civile Immobilière de Gaëta v. République de Guinée, Affaire CIRDI no. ARB/12/36, Sentence, 21.12.2015, ¶217-18, essa contribuição deve ser “substancial” («l’exigence d’un apport substantiel est souvent étroitement lié au critère de prise du risque par l’investisseur»).

¹⁴⁸ Luigiterzo Bosca v. The Republic of Lithuania, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case no. 2011-05, Award, 17.05.2013, ¶168.

¹⁴⁹ Salini Costruttori v. Kingdom of Morocco, ICSID case no. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16.07.2001, ¶44, 52. Ainda antes do acórdão Salini, v. o acórdão Fedax v. The Republic of Venezuela, ICSID Case no. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997, ¶42-43.

¹⁵⁰ Sobre esta “dupla barreira” (double-barrelled test), McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 226.

¹⁵¹ Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, pp. 47, 51.

¹⁵² Dekastros 2013, p. 288.

¹⁵³ Joy Mining v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004, em que estava em causa um contrato de fornecimento de equipamentos para a indústria mineira. Na doutrina, sobre o facto de os direitos emergentes de contratos constituírem um investimento para efeitos dos API, Kriebaum & Schreuer 2007, p. 8.

afundado na costa de Malaca desde o século XIX. Segundo o acórdão Malaysia Salvors, mais tarde anulado, «the contract did not make any significant contribution to the economic development of Malaysia». ¹⁵⁴ Já no acórdão Fedax, o tribunal frisou que só se considerava competente para analisar um diferendo relativo a notas promissórias emitidas pela Venezuela e adquiridas por uma sociedade holandesa por não estar em causa um investimento especulativo de curto prazo – “volatile capital”, nas palavras do tribunal – e pelo facto de a lei do crédito público venezuelana canalizar os instrumentos da dívida pública à consecução de um “interesse público fundamental”. ¹⁵⁵

O afastamento da jurisdição com base nos testes Salini foi objeto de várias críticas. Argumenta-se, na verdade, que uma aplicação taxativa destes critérios aumenta a imprevisibilidade da decisão sobre jurisdição, ¹⁵⁶ e não tem respaldo no modo como, hoje, se desenvolve a atividade económica. ¹⁵⁷ É óbvio que não há investimento sem contribuição de fundos com a intenção de obter retorno. Contudo, seria desavisado da parte dos tribunais arbitrais tentarem traçar uma linha entre atividade que contribui para o desenvolvimento económico e atividade económica que não contribui para o desenvolvimento económicos dos Estados. ¹⁵⁸

Como se disse no acórdão Philip Morris, a propósito da política do Uruguai sobre as embalagens de tabaco, não pode um tribunal, mormente um tribunal arbitral, sobrepor-se ao juízo económico, financeiro e político desenvolvido pelo Estado de acolhimento ao admitir certos tipos de investimento. ¹⁵⁹ Além disso, a miscigenação entre risco político e risco comercial também está presente nos investimentos de portefólio, como demonstram as medidas de reestruturação da dívida soberana adotadas pelos governos grego e argentino, já contestadas na arbitragem do investimento. A desproteção dos investimentos em portefólio repercute-se, por fim, no custo do capital investido. ¹⁶⁰

¹⁵⁴ Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case no. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.05.2007, ¶143. A sentença seria anulada ao abrigo do artigo 52 da Convenção ICSID, Malaysian Historical Salvors, ICSID Case no. ARB/05/10, Decision on the application for annulment, 16.04.2009, ¶57 ss.

¹⁵⁵ Fedax ¶42-43.

¹⁵⁶ Pantechniki v. The Republic of Albania, ICSID Case no. ARB/07/21, Award, 30.07.2009, ¶43.

¹⁵⁷ Dekastros 2013, p. 289.

¹⁵⁸ Sykes 2019, p. 523.

¹⁵⁹ Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case no. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, 02.07.2013, ¶207; Víctor Pey Casado v. La República de Chile, Caso CIADI no. ARB/98/2, 08.05.2008, ¶232. Em sentido idêntico, na doutrina portuguesa, T. Duarte 2012, p. 295, argumentando que se trata de opções internas, sujeitas à *accountability* entre governantes e governados.

¹⁶⁰ Sykes 2019, p. 520.

O acervo de críticas explica a difusão, em jurisprudência mais recente, de um entendimento mais pragmático e flexível do que haja de entender-se por “investimento”. Neste modelo, os testes Salini perdem o seu caráter perentório a nível jurisdicional, assumindo-se como características “típicas” ou “normais” de um investimento,¹⁶¹ sem desconsiderar, contudo, a importância do consenso estabelecido nos tratados quanto aos investimentos a proteger.¹⁶² Alguns tratados de investimento (ou FTA com capítulos de investimento) mais recentes aliam a lista (não exaustiva) de “formas” de investimento a uma norma “chapéu”, que elenca – numa formulação aberta – aquelas características típicas. É o caso, por ex., do modelo de API indiano¹⁶³ ou da CPTPP.¹⁶⁴

ii) A questão da dívida pública

Importa perceber se a arbitragem do investimento estrangeiro pode ser mobilizada para a resolução de diferendos ligados a medidas de reestruturação da dívida. Pelo que se viu supra, o tribunal só assumirá jurisdição *ratione materiae* sobre o diferendo na medida em que a dívida pública possa reconduzir-se ao conceito de investimento.¹⁶⁵

Do que se trata, fundamentalmente, é de dívida (em moeda própria ou estrangeira) emitida por um Estado e subscrita por um conjunto de bancos no mercado primário, e depois distribuída aos intermediários (eg. bancos comerciais, fundos de pensões) e aos respetivos clientes, no mercado secundário. Neste mercado,

¹⁶¹ *Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case no. ARB/05/22, Award, 24.07.2008, ¶312; *Ablacat and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 04.08.2011, ¶364. Neste último, o Tribunal sugere que as duas perspetivas sobre o investimento – a dos tratados de investimento, por um lado, e a noção autónoma, por outro – são “complementares”, no sentido em que correspondem, não a diferentes entendimentos sobre o que é um “investimento”, mas a duas visões – a primeira focada no objeto de proteção, a segunda na contribuição, respetivamente – sobre o mesmo objeto (¶347). Sobre a relação entre ambas, o Tribunal diz o seguinte: «if it is to be applied, the double barrelled test does not mean that one definition, namely the definition provided by two Contracting Parties in a BIT, has to fit into the other definition, namely the one deriving from the spirit of the ICSID Convention. Rather, it is the investment at stake that has to fit into both of these concepts, knowing that each of them focuses on another aspect of the investment». Parece-nos uma afirmação enigmática e pouco esclarecedora.

¹⁶² *CSOB v. The Republic of Slovakia*, ICSID Case no. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999, ¶66.

¹⁶³ Artigo 1 do API Índia-Bielorrússia [«Party in whose territory the investment is made, taken together with the assets of the enterprise, *which have the characteristics of an investment such as* the commitment of capital or other resources, certain duration, the expectation of gain or profit, the assumption of risk and contribution to the development of the Party in whose territory the investment is made»] – o itálico é nosso.

¹⁶⁴ Artigo 9.1 [«(...) investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, *including such characteristics as* the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk»] – o itálico é nosso. O artigo 8.1 CETA contém uma formulação praticamente idêntica.

¹⁶⁵ Sobre essa evolução, Lequesne-Roth 2016, pp. 513-541.

transacionam-se eletronicamente pequenas frações da dívida (*bond*) originalmente emitida, designadas *securities*.¹⁶⁶

O contencioso em torno da dívida pública é um contencioso de *holdout*, isto é, um contencioso despoletado pelos credores *que não aceitaram a proposta de reestruturação* da dívida formulada pelo Estado devedor, com base em cláusulas de ação coletiva contidas no contrato de empréstimo ou unilateralmente.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ Ao contrário da dívida argentina, as Greek government bonds estavam sujeitas ao direito grego. A reestruturação da dívida grega era uma das condições do programa de financiamento inscritas no Memorando de entendimento com a UE.¹⁶⁹ A Lei n.º 4050/2012, de 23.02.2012, previa um programa de troca de dívida grega cujos termos se tornariam vinculativos para todos os credores se verificadas duas condições: (i) participação de pelo menos metade do total de títulos elegíveis; (ii) aceitação de pelos menos dois terços dos títulos GGB. O legislador grego introduzia *retroativamente* uma cláusula de ação coletiva na dívida previamente emitida.¹⁷⁰ A troca de dívida implicava a substituição das GGB por novos títulos com valor nominal inferior, e notas EFSB,¹⁷¹ não estando disponíveis quaisquer fundos para compensar os portadores que não aceitassem a proposta de troca.¹⁷²

Os acórdãos da crise argentina responderam positivamente à questão da jurisdição *ratione materiae*, considerando que os títulos da dívida pública constituíam

¹⁶⁶ Fala-se em *default* quando o Estado emissor não respeita os termos do empréstimo contratado com os subscritores (bancos), isto é, não paga ou não paga a tempo. A reestruturação da dívida soberana refere-se à alteração, pelo Estado soberano, dos termos iniciais do empréstimo, substituindo-o por um empréstimo com taxa de juro mais baixa ou com maturidade superior (*haircut*). Estes empréstimos não são, normalmente, regidos pelo ordenamento jurídico do Estado emitente e podem conter cláusulas de seleção de foro exclusivas ou não exclusivas (Waibel 2007, p. 734).

¹⁶⁷ Existem várias modalidades de cláusulas de ação coletiva. Aquelas a que aqui nos referimos são cláusulas incluídas em contratos de empréstimo relativos a títulos da dívida pública, através das quais se prevê o direito de uma maioria qualificada de credores alterar os termos do contrato (eg. maturidade ou juros) sem o consentimento dos demais (IMF 1998, pp. 19-20).

¹⁶⁸ Veja-se, a título de exemplo, o caso argentino. Em 2002, os oito maiores bancos italianos, representando cerca de 450 000 titulares de dívida argentina, constituíram uma Task Force – a Task Force Argentina (mais tarde, também o Roma o Global Committee of Argentina Bondholders) - com o objetivo de negociar uma solução para o *default*.¹⁶⁸ Todavia, em 2005, a Argentina formulou uma primeira proposta de troca de dívida (Exchange Offer 2005), rejeitada pelos credores da Task Force. Enquanto decorria a oferta de troca, a Argentina aprovou a Lei 26017, de 09.02.05, que proibia a reabertura do processo de troca bem como qualquer acordo judicial ou extrajudicial entre a Argentina e os credores que não aceitassem a troca. Esta proibição frustrou qualquer tentativa de acordo entre Argentina e a Task Force, seguindo-se, paralelamente a centenas de ações intentadas nos tribunais domésticos (de acordo com o direito ou com o foro selecionado pelas partes), vários processos ao abrigo da Convenção ICSID e do API Argentina-Itália. Referimo-nos, para além do acórdão Ablacat, ao acórdão Ambiente Ufficio v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 08.02.2013.

¹⁶⁹ Postová Banka v. The Hellenic Republic, ICSID Case no. ARB/13/8, Award, 09.04.2015, ¶66.

¹⁷⁰ Neste sentido, Kleiner 2019, p. 863.

¹⁷¹ Postová Banka ¶69. EFSF é o acrónimo de European Financial Stability Facility.

¹⁷² Postová Banka ¶72.

um investimento para efeitos do artigo 25 da Convenção ICSID e do artigo 8 do API Argentina-Itália.¹⁷³ O Tribunal afastou as objeções levantadas pela Argentina.¹⁷⁴ Considerou a emissão da dívida e a divisão em “títulos” transacionados eletronicamente nos mercados secundários como uma operação económica única, no sentido de demonstrar que não se tratava de uma miríade de transações comerciais pontuais.¹⁷⁵ O Tribunal aplicou, portanto, a doutrina da unidade geral do investimento.¹⁷⁶

Esta conclusão foi importante para o preenchimento dos testes Salini (Cap. 1). Com efeito, relativamente à contribuição para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento, «what counts is that the bonds issued as a whole amounted, without doubt, to substantial contribution on the investors’ part».¹⁷⁷

Idêntico raciocínio foi aplicado à *duração*, já que se é verdade que a aquisição de títulos pode ser uma operação financeira de curto-prazo (os títulos são transacionáveis no mercado secundário), o que releva é a duração do *empréstimo*.¹⁷⁸ A questão do *risco* também foi abordada, tendo o tribunal concluído que o risco de o Estado intervir, em caso de *default*, e reestruturar a dívida (na ausência de uma cláusula de ação coletiva ou para lá dos termos nela previstos) não se confunde com o risco comercial de incumprimento de uma transação comercial.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

¹⁷³ Os acórdãos da dívida grega adotaram uma perspetiva “complementar”, que toma em consideração tanto a visão de “investimento” a que se refere o artigo 25 da Convenção ICSID, como a lista de investimentos protegidos constante do API (Ablacat ¶349).

¹⁷⁴ Blanchard 2014, pp. 314-323.

¹⁷⁵ Ablacat ¶358; Ambiente Ufficio ¶471-472.

¹⁷⁶ Ambiente Ufficio ¶428-429 [«(...) The doctrine of the “general unity of an investment operation” is well-established in international investment law. Hence, when a tribunal is in presence of a complex operation, it is required to look at the economic substance of the operation in question in a holistic manner»]. Sobre esta doutrina, Duarte 2011, p. 551.

¹⁷⁷ Ambiente Ufficio ¶483.

¹⁷⁸ Ambiente Ufficio, ¶483. Waibel 2007, p. 725 recorda a este propósito que os precedentes (referindo-se aos acórdãos Fedax e Saluka) oferecem poucos argumentos para recusar a jurisdição do tribunal arbitral com base na duração da operação financeira. Isso obrigaria os tribunais a fixar uma duração mínima de propriedade dos títulos ou a apreciar o carácter especulativo ou não especulativo da sua aquisição.

¹⁷⁹ Ambiente Ufficio ¶485.

¹⁸⁰ Destacam-se outros dois pontos quanto à definição de investimento. O primeiro relativo ao local de realização do investimento. A demandada argumentava que o investimento não teria sido realizado na Argentina, uma vez que os montantes devidos pelos títulos da dívida tinham sido pagos aos intermediários envolvidos na respetiva transação. O Tribunal lembrou que, estando em causa investimentos de natureza financeira, «the relevant criteria should be whether and/or for the benefit of whom the funds are ultimately used, and not the place where the funds were paid out or transferred». O segundo quanto à necessidade de uma conexão com uma atividade económica/empresa. Aqui, o Tribunal lembrou que os instrumentos financeiros como os que estavam em causa no processo são investimentos autonomamente abrangidos pelo API [«(...) it would be contrary to the BIT’s wording and aim to attach a further condition to the protection of financial investment instruments»] – Ablacat ¶375. Recorde-se, de uma perspetiva económica, a análise levada a cabo por Sykes 2019, pp. 521-524.

Os tratados de investimento mais recentes contêm anexos quanto à qualificação da dívida pública como “investimento” para efeitos de jurisdição.¹⁸¹ O anexo 8-B do CETA dispõe que os standards de proteção não se aplicam às reestruturações da dívida negociadas (negotiated restructuring), inclusivamente às operações de troca de dívida que contem com a adesão de pelos menos 75% dos títulos.¹⁸² O anexo 9-G da CPTPP exclui que o *default* do Estado possa constituir uma violação do API. Em compensação, a reestruturação de dívida negociada está fora da arbitragem investidor-Estado, a menos que seja discriminatória, isto é, a menos que viole os princípios do tratamento nacional ou da nação mais favorecida. O mesmo é dizer que o investidor não pode contestar a validade de um acordo de reestruturação com base numa violação do FET ou da cláusula expropriatória.¹⁸³

2. Proteção internacional do investimento estrangeiro – o DIE

2.1. Visão geral

O DIE é o conjunto de regras, princípios e standards, de fonte internacional, interna e transnacional, que disciplina as relações jurídicas de investimento entre uma pessoa coletiva pública do Estado de acolhimento (inclusivamente o próprio Estado) e um investidor estrangeiro, e que beneficia de um sistema de tutela especial (nos termos esmiuçados infra).

De entre as diversas configurações do DIE, interessa-nos aquela que diz respeito aos *tratados de investimento*.¹⁸⁴ Estes são convenções internacionais entre dois

¹⁸¹ Eg. anexo 8-B do CETA, o anexo 9-G da Parceria CPTPP; anexo 10-B do BIT Chile-EUA; anexo 4 do API UE-Singapura.

¹⁸² Secções C e D do capítulo 8 do CETA, que correspondem aos artigos 8.6 a 8.14.

¹⁸³ O artigo 9.1 da CPTPP define “negotiated restructuring” como «the restructuring or rescheduling of a debt instrument that has been effected through (a) a modification or amendment of that debt instrument, as provided for under its terms, or (b) a comprehensive debt exchange or other similar process in which the holders of no less than 75 per cent of the aggregate principal amount of the outstanding debt under that debt instrument have consented to the debt exchange or other process».

¹⁸⁴ Falamos de “tratados” do ponto de vista do direito internacional. Do ponto de vista constitucional, trata-se, em alguns casos, de acordos internacionais, aprovados pelo Governo ao abrigo do artigo 197.1, al. c) da CRP, por se dar por adquirido que não versam sobre as matérias elencadas no artigo 161, al. i) nem sobre matérias de competência reservada da AR ou que o Governo tenha entendido submeter à sua apreciação. Temos dúvidas de que assim seja, pelo menos na parte relativa aos direitos, liberdades e garantias dos estrangeiros sob jurisdição portuguesa [artigo 165.1, al. b)], mormente sobre o princípio da igualdade (artigo 13) e sobre o acesso ao direito e a um tribunal independente (artigo 20). A ser assim, os API deveriam ser aprovados pela Assembleia da República [artigos 161, al. i) e 197.1, c), *a contrario*]. O desrespeito por estas disposições corresponde certamente à violação de uma “disposição fundamental” para efeitos da parte final do artigo 277.2 da CRP, assumindo que este se estende aos acordos (Medeiros

(bilaterais) ou mais (multilaterais) Estados, de acordo com os quais cada uma das partes se compromete a tratar os investidores da outra de acordo com certas regras substantivas de recorte *mais ou menos* vago e *mais ou menos* uniforme. De entre as regras substantivas consagradas no DIE, interessam-nos (em termos que veremos detalhadamente infra), o standard FET – acrónimo em língua inglesa para *Fair and Equitable Treatment* – e a cláusula expropriatória, que regula o exercício, pelo Estado, do seu poder inalienável de expropriar, independentemente da forma que assuma o ato expropriatório.

Este afunilamento do tratamento do tema demonstra que, *prima facie*, o nosso interesse recairá sobre as situações em que o consentimento à arbitragem é feito através de um ato jurídico-público internacional – o API – e não tanto, portanto, sobre as situações em que esse consentimento consta de uma lei setorial interna ou de um contrato de investimento, vulgo “de Estado”.¹⁸⁵ Esta é uma opção que traz ínsita a convicção de que os problemas constitucionais e internacionais do DIE são mais intensos na arbitragem dos tratados do que na arbitragem dos contratos de investimento, na medida em que só nos primeiros faz sentido falar de uma espécie de “cheque em branco” à arbitragem e à sua aparelhagem jurídico-financeira.

A atuação lesiva do investimento (e o controlo através dos standards do API) pode traduzir-se em atos de qualquer função do Estado – inclusivamente em atos da função legislativa – representando o sistema, por essa via, um constrangimento potencialmente mais intenso ao *direito de regular*.

2.2. Aproximação ao sistema de tutela do DIE

O sistema de tutela do DIE é *singular*. Esse sistema é composto por três elementos: garantia de acesso imediato, pelos investidores, a um mecanismo de resolução de litígios, geralmente através de uma cláusula ISDS (*i*) resolução dos litígios através de arbitragem (ou, no caso do modelo proposto pela UE, de um sistema híbrido),

1990, p. 370), implicando, por isso, inconstitucionalidade orgânica e formal do decreto de aprovação do acordo (Miranda 2010, pp. 448-9).

¹⁸⁵ A jurisdição do ICSID sobre a disputa depende do consentimento (por escrito) de ambas as partes do diferendo. Esse consentimento pode constar de um contrato (eg. artigo 9 do Decreto-Lei n.º 191/2014, de 31.12), de uma “oferta” à arbitragem inscrita numa lei interna do Estado de acolhimento (eg. artigo 69 da Lei de Petróleos de Moçambique), ou de um API. Cf., sobre este último ponto, Schreuer 2008, p. 832; Duarte 2011, p. 546.

levada a cabo por tribunais internacionais (ii), com primazia ou preferência por uma proteção jurídica (tutela) secundária (iii).

2.2.1. Direito de ação dos investidores

Com efeito, sensivelmente desde a década de noventa,¹⁸⁶ os API passaram a incluir uma cláusula de arbitragem investidor-Estado – ou cláusula ISDS, acrónimo em língua inglesa para *Investor-state dispute settlement*. De acordo com esta cláusula, os Estados partes dão o seu consentimento *ex ante* à arbitragem, permitindo que um investidor nacional de um Estado-parte demande diretamente o outro Estado-parte num tribunal arbitral, disciplinado por regras de arbitragem não estaduais. Os investidores gozam, portanto, de uma garantia de acesso imediato à arbitragem, sem intermediação do respetivo Estado de origem.

De entre as regras de arbitragem dos API, a Convenção ICSID, de 1966, assume lugar preeminente.¹⁸⁷ Trata-se, ao contrário dos demais regulamentos de arbitragem de que é possível lançar mão,¹⁸⁸ de uma convenção internacional – aliás, a primeira convenção internacional especificamente voltada para os diferendos de investimento envolvendo um investidor e um Estado.¹⁸⁹ A ligação ao Banco Mundial transporta para as sentenças arbitrais ICSID o peso institucional do sistema financeiro internacional, fomentando o cumprimento voluntário.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Os API anteriores a esta data exibem preferência clara pela arbitragem interestadual, como demonstrou o estudo de Montt 2012, pp. 65-66. Sobre o recrudescimento da arbitragem interestadual como alternativa ou complemento à arbitragem investidor-Estado, Roberts 2014, p. 1 ss.; Kulick 2017. A generalidade dos API intra-União (com Estados de leste) foi celebrada durante este período.

¹⁸⁷ UNCTAD 2020, p. 110 (o Relatório de 2020, referente ao ano de 2019, confirma que a Convenção ICSID rege mais de 60% das arbitragens instituídas com base em tratados de investimento).

¹⁸⁸ Referimo-nos, com variações, às regras de arbitragem da UNCITRAL, revistas em 2010, às regras de arbitragem da ICC, de 2012, revistas em 2017, e às regras de arbitragem da SCC, revistas em 2017. Não confundir as regras de arbitragem com a instituição que administra a disputa. Por ex., há arbitragens que seguem as regras UNCITRAL, mas que são administradas pelo ICSID (Reinisch & Malintoppi 2012, p. 708 ss.). Para que um investidor estrangeiro possa demandar o Estado de acolhimento (ou qualquer pessoa coletiva de direito público) de acordo com as regras de arbitragem da Convenção ICSID é necessário que tanto o Estado de origem do investidor como o Estado de acolhimento sejam partes signatárias da Convenção. Quando um dos Estados envolvidos na disputa não seja parte da Convenção, o investidor pode lançar mão do Mecanismo Suplementar (ICSID Additional Facility Rules), que, com variações em matéria de anulação e reconhecimento, segue as regras da Convenção ICSID.

¹⁸⁹ Van Harten 2007, p. 50 ss., explicando que tanto a Convenção de Nova Iorque, como a Lei modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional, de 1985, tinham em mente disputas comerciais. A Convenção de Nova Iorque não é restrita a disputas comerciais, mas os Estados podem apor uma reserva excluindo as disputas não comerciais.

¹⁹⁰ Fala-se, a este propósito, de uma política de “condicionalidade” por parte do FMI e do Banco Mundial, que também é conhecida no direito da UE. Salah 2012, pp. 34-35; Pinelli 2019; Witte 2018, p. 502 (referindo-se ao facto de a Argentina, que *prima facie* não havia cumprido voluntariamente várias

Ole Voss avisa que o sistema é “dramaticamente distinto” de tudo o que se conheceu até agora.¹⁹¹ Dir-se-ia que o único sistema equivalente, isto é, que confere ao indivíduo, a partir de uma base horizontal (interestadual), o poder de iniciar, sem interferência do Estado de acolhimento (eg. proteção diplomática), uma disputa vertical suscetível de ter por objeto atos de qualquer *função do Estado*, será o da CEDH (artigo 34).¹⁹² A comparação, aliás, merece reparos, uma vez que, ao contrário do que é exigido pelo artigo 35 da CEDH, a regra por omissão no DIE é a da desnecessidade de esgotamento dos recursos internos. A confirmá-lo estão não só os tratados de investimento – com mitigações¹⁹³ – como o artigo 26 da Convenção ICSID.

2.2.2 Resolução de litígios através da arbitragem

É conveniente não perder de vista que o sistema de tutela do DIE se baseia, sobretudo, num modelo de resolução de litígios *através da arbitragem*.

Cumprir distinguir entre sentenças ICSID e sentenças não-ICSID para efeitos do funcionamento deste sistema. As primeiras são aquelas que em que, nos termos da convenção de arbitragem (resulte esta de contrato, de lei ou de uma “oferta” constante de um API, embora nos interesse preferencialmente a última hipótese), a arbitragem investidor-Estado segue as regras da Convenção ICSID. As segundas são aquelas em que, nos termos da convenção de arbitragem (conste esta de onde constar), a arbitragem investidor-Estado é disciplinada por outro regulamento de arbitragem.

i) Sentenças ICSID

Os Estados contratantes da Convenção ICSID (estejam, ou não, ligados ao litígio) comprometem-se a executar as obrigações financeiras decorrentes da sentença arbitral «como se fosse uma decisão final de um tribunal *desse Estado*» (artigo 54.1 da

sentenças arbitrais em que fora condenada, ter voltado atrás nessa decisão para recuperar financiamento junto do Banco Mundial); Qureshi & Ziegler 2019 (chapter 10); Sérvulo Correia 2010, p. 828.

¹⁹¹ Ole Voss 2011, p. 61.

¹⁹² Van Harten 2007, p. 102.

¹⁹³ Eg. artigo 29.4 do modelo BIT da SADC, que só permite um pedido de arbitragem depois de o investidor ter submetido a disputa aos tribunais domésticos e não ter obtido decisão final decorrido um período “razoável” de tempo; ou o artigo 15 do API Índia-Bielorrússia, que só permite um pedido de arbitragem depois de o investidor ter submetido a disputa aos tribunais domésticos e, decorridos cinco anos contados desde a data em que teve conhecimento da medida lesiva, não tenha obtido uma decisão favorável. Muitos API preveem um período de *cool-off*, ou seja, condicionam a admissão do pedido de arbitragem ao decurso de um período de tempo contado a partir da data em que o investidor solicitou a realização de negociações. Outros contêm uma cláusula de *fork-in-the-road* ou *electa una via*, assente na ideia de que arbitragem e tribunais domésticos são dois mecanismos *disjuntivos* de resolução do diferendo, pelo que a opção por um impede o recurso ao outro.

Convenção ICSID).¹⁹⁴ Por seu turno, o artigo 53 esclarece que as sentenças ICSID só são anuláveis nos termos e com os fundamentos prescritos no artigo 52.¹⁹⁵ Ora, da conjugação destes dois preceitos resultam algumas conclusões importantes.

Em primeiro lugar, não operam os fundamentos de anulação de sentença arbitral interna elencados no artigo 46 da LAV, onde se encontra a referência aos «princípios da ordem pública internacional do Estado português».¹⁹⁶

Tampouco valem os fundamentos de recusa de reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras previstos no direito interno (eg. artigo 56 da LAV) ou na Convenção de Nova Iorque (artigo V), entre eles a exceção de ordem pública internacional do Estado Português ou a não “arbitrabilidade” do litígio.¹⁹⁷ Estes últimos intervêm quando esteja em causa uma sentença arbitral estrangeira, o que não é o caso.¹⁹⁸ Na verdade, ou não existe procedimento de reconhecimento,¹⁹⁹ ou poderá falar-se, quando muito, de um “modelo simplificado” de reconhecimento, que se basta com a confirmação da autenticidade da sentença arbitral.²⁰⁰

¹⁹⁴ O itálico é nosso.

¹⁹⁵ A definição do “lugar” ou “sede” da arbitragem determina a *lex arbitrii*, ou seja, o ordenamento jurídico que regulará o processo arbitral (Caramelo 2017, pp. 163-164). Ora, não há “lugar” da arbitragem (sede da arbitragem) na arbitragem ICSID, e por isso não é possível anular a sentença arbitral com base na *lex arbitrii*. A anulação deve ter por base um dos cinco fundamentos constantes do artigo 52.1: vício na constituição do tribunal, manifesto excesso de poder do tribunal, corrupção de um membro do tribunal, inobservância de uma regra de processo fundamental, ou vício de fundamentação. Sobre este ponto, Welsh 2019, p. 1278 (¶27.24); entre nós, Júdice & Duarte 2012, pp. 333-334; Sérulo Correia 2010, p. 828.

¹⁹⁶ Referimo-nos ao artigo 46.3, b), ii) da LAV.

¹⁹⁷ Witte 2018, p. 500 ss.; Duarte 2008, p. 767; Reinisch & Malintoppi 2012, p. 700. Destaca-se o alinhamento das leis nacionais de arbitragem comercial com a Lei modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional (1985, revista em 2006).

¹⁹⁸ A sede ou lugar da arbitragem é o conceito que permite distinguir a arbitragem nacional da arbitragem estrangeira à luz do artigo 61 da LAV. Há uma diferença importante entre as duas. A primeira tem, de acordo com o artigo 42.7 da LAV 2011 (quando não caiba recurso), o mesmo carácter obrigatório entre as partes que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado e a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual. A impugnação dessa sentença nos tribunais estaduais (leia-se, nos tribunais da *lex arbitrii*) só pode revestir a forma de pedido de anulação (artigo 46 LAV). A segunda carece de ser reconhecida nos termos do artigo 55 ss. da LAV 2011 antes de ser executada (Moura Ramos 2013a, p. 844, 851). Da LAV resulta ainda o conceito de arbitragem internacional (artigo 49 ss.), enquanto arbitragem que «põe em jogo interesses do comércio internacional». Barrocas 2014, pp. 42-43 explica que, à luz do artigo 54 LAV, esta arbitragem tanto pode ser, para efeitos do critério supra enunciado, uma arbitragem nacional (o ordenamento português é *lex arbitrii*), ou uma arbitragem estrangeira (*lex arbitrii* é um ordenamento estrangeiro). Os artigos 49 a 54 da LAV deixam algumas dúvidas sobre a ligação entre a arbitragem internacional e a arbitragem do investimento estrangeiro, uma vez que “comércio internacional” e “investimento estrangeiro” não são conceitos sinónimos. Contudo, a arbitragem internacional *pode* ter por objeto litígios emergentes da relação entre um Estado (ou outra entidade pública) e um estrangeiro, e a lei assume a relevância dessa conexão internacional, desde logo porque, nos termos do artigo 50, o Estado não poderá invocar o seu direito interno para se furtar à convenção de arbitragem (Lima Pinheiro 2008).

¹⁹⁹ Basener 2017, p. 100.

²⁰⁰ Duarte 2008, p. 778 ss., lembrando a diferença, no quadro da execução das sentenças ICSID, entre o reconhecimento, que deve ser simplificado, e a execução forçada, onde valem as regras sobre imunidade

Os tribunais de países signatários onde o investidor procure a execução abstêm-se de exercer a estreita margem de avaliação da sentença de que à partida beneficiariam no controlo de sentenças arbitrais estrangeiras, e abstêm-se de exercer os poderes de que dispõem relativamente a sentenças arbitrais internas, mormente o poder de anulação. Neste sentido, os escolhos à efetividade da sentença transferem-se, integralmente, para o momento da execução forçada, onde operam as imunidades de execução.²⁰¹

O conceito de ordem pública internacional consta tanto do artigo 46.3, b), ii) (fundamento de anulação de sentença arbitral estadual), como do artigo 56.1, b), ii) (fundamento de recusa de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira) da LAV. Há, contudo, uma importante diferença de redação, que se prende com o emprego, no segundo daqueles preceitos, do advérbio de modo “manifestamente”, algo que significa que, no caso de sentenças estrangeiras, só uma violação flagrante do conteúdo da ordem pública internacional permitirá afastar o reconhecimento.²⁰²

A ordem pública internacional é um conceito mais restrito que a ordem pública interna, no sentido em que haverá normas que, integrando o primeiro, não integram o segundo.²⁰³ Diz respeito, portanto, a um reduto mínimo de regras e princípios, substantivos e adjetivos, com respaldo simultaneamente na Constituição portuguesa, no direito internacional e no direito transnacional, e que exprimem um consenso internacionalmente partilhado sobre os valores fundamentais de uma comunidade. A ligação entre a ordem pública internacional e a Constituição é há muito lembrada pela

de execução, a que o artigo 55 da Convenção ICSID abertamente se refere. O que diremos de seguida sobre o artigo 54 da Convenção ICSID e sobre a recusa de execução de sentenças ICSID não publicadas é sem prejuízo do funcionamento das regras sobre imunidade de execução que hajam de aplicar-se.

²⁰¹ Duarte 2008, p. 781 já explicou esse contencioso e as dificuldades que o rodeiam, pelo que nos escusamos de desenvolvimentos adicionais. Relatamos apenas o episódio caricato aquando da execução do acórdão OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Rússia, application no. 14902/04, Judgment (Just Satisfaction), 31.07.14. A Rússia frustrou várias tentativas de execução de bens localizados noutros Estados, afixando placas que identificavam os referidos imóveis como pertencendo à Embaixada Russa (artigo 3 da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade Jurisdicionais dos Estado e dos seus bens, de 2005, aprovada através da Resolução da Assembleia da República n.º 46/2006). As regras sobre imunidade de execução convertem-se assim, nas sentenças ICSID (artigo 55), no principal instrumento de proteção da soberania dos Estados (Messineo 2015, p. 492; Fellmeth 2020, p. 682 ss.).

²⁰² Barrocas 2014; Robin de Andrade 2012, p. 94 (anotação ao artigo 46 LAV); Moura Vicente 2012, p. 106 (anotação ao artigo 56 LAV).

²⁰³ Barrocas 2014, pp. 37-41. Na doutrina nacional, é tradicional a distinção entre ordem pública interna e ordem pública internacional, muito embora ela não tenha respaldo na LAV. Moura Ramos 1998, p. 48; Barrocas 2013, pp. 35-139; J. Moreira 2015, pp. 187-204. Tanto Pinto Monteiro 2013 (em especial a pp. 632 ss.), como Caramelo 2011 questionam o porquê da referência, no artigo 46, à ordem pública “internacional”, e não à ordem pública *tout court*, à semelhança do que decorre da Lei modelo UNCITRAL.

doutrina nacional,²⁰⁴ independentemente da questão de saber se existe *coincidência plena* entre aquele conceito e o bloco de regras e princípios constitucionais.²⁰⁵ A ordem pública internacional é um *conceito-limite*, cuja possibilidade de verificação é contrapartida do facto de o Estado do foro de execução empregar o seu «braço coercivo» sobre sentenças arbitrais estrangeiras.²⁰⁶

A subtração das sentenças ICSID a este limite causa melindre tanto do ponto de vista do direito da União, como do ponto de vista do direito constitucional.

São os tribunais nacionais que asseguram, através do reenvio prejudicial, a interpretação uniforme do direito da UE.²⁰⁷ A recondução de algumas normas de direito da União ao conceito de ordem pública internacional permitiria aos tribunais dos Estados-membros, quando chamados a reconhecer uma sentença ICSID, retomar o controlo sobre decisões arbitrais, em especial sobre decisões arbitrais baseadas em convenções de arbitragem incompatíveis com o direito da União (eg. oferta à arbitragem constante de um API intra-União).²⁰⁸⁻²⁰⁹

Por outro lado, a garantia de controlo estadual sobre a arbitragem, mesmo limitada à aplicação do conceito de ordem pública internacional, é um elemento a ter em conta na apreciação da *constitucionalidade* de instrumentos internacionais que viabilizem o recurso a esse mecanismo alternativo. Ainda mais quando através dele podem ser escrutinados quaisquer atos de autoridade, inclusivamente atos do legislador (infra Cap. 2).²¹⁰

²⁰⁴ Lima Pinheiro 2008, p. 188, lembrando que a ordem pública constitui também «um veículo para a atuação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados», bem como dos direitos consagrados na CEDH e no Direito da União, e uma forma de manifestação das «tradições constitucionais dos Estados-membros» para efeitos do artigo 6.3 TUE (Lima Pinheiro 2019, p. 49).

²⁰⁵ Moura Ramos 1991, p. 216 ss., a propósito da ordem pública internacional aquando da aplicação, pelos tribunais do Estado do foro, de direito estrangeiro. O Autor dá conta, *nesse contexto*, de posições doutrinárias que propõem uma coincidência plena entre a ordem pública internacional e as normas constitucionais, correndo o risco, por conseguinte, de transformar aquele conceito num instrumento de *defesa do ordenamento do foro*, e as posições que salvaguardam a natureza “internacional” da ordem pública, aproximando-a de uma ideia de constituição material “mínima”, ou seja, de um limite superior de tolerância relativamente ao direito estrangeiro.

²⁰⁶ A expressão é de J. Moreira 2015, p. 189, mas a mesma ideia é sublinhada por Caramelo 2011, p. 158.
²⁰⁷ Infra Cap. 6.

²⁰⁸ Na doutrina, favoravelmente, Basener 2017, p. 185. É possível argumentar, como fizeram os tribunais britânicos, que as decisões arbitrais proferidas ao abrigo da Convenção ICSID não estão nem em pior nem em melhor posição que uma sentença estadual transitada em julgado. De facto, olhando ao artigo 54, cada Estado compromete-se a reconhecer a obrigatoriedade da sentença (de condenação no pagamento de uma quantia) e a assegurar a sua execução no respetivo território «como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado». Logo, o primado de aplicação do direito da União, que valeria aquando da execução de sentenças estaduais, também deveria valer para as sentenças arbitrais ICSID.

²⁰⁹ Grierson 2019, pp. 309-330, com revisão atualizada da jurisprudência do Tribunal de Justiça em que o problema da ordem pública se colocou.

²¹⁰ Stoll & Holterhus 2016, p. 346.

O método de aplicação do conceito de ordem pública exprime, destarte, uma ponderação fundamental. Com efeito, quanto mais intenso for o controlo dos tribunais estaduais através da ordem pública internacional, mais diluídas surgirão as vantagens do expediente arbitral no contexto do comércio e do investimento internacionais (fundamentalmente, efetividade, celeridade, neutralidade).²¹¹ A impossibilidade de verificação desta exceção (no caso das sentenças ICSID) perturba, é bom de ver, o equilíbrio subjacente à ponderação.

Há que ter em conta, por um lado, que a arbitragem ICSID *não é uma arbitragem qualquer*. É uma arbitragem institucionalizada, fundada numa convenção internacional, e cujas normas são interpretadas de acordo com as regras da CVDT, com as garantias hermenêuticas (ao nível do *jus cogens* e de interpretação sistémica) dela advenientes.²¹² A ordem pública internacional é, como esclarece Moura Ramos, um conceito defensivo, expressão de uma ideia de *tolerância* relativamente à aplicação de direito estrangeiro ou ao reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira. Se é assim no que respeita ao direito estrangeiro, maior tolerância há-de valer – admita-se o argumento – no que respeita às arbitragens ICSID (pelo menos, relativamente às fundadas em API), em que está em causa a aplicação de direito internacional de fonte convencional, mas com indiscutíveis tendências de multilateralização.²¹³

A não execução de uma sentença ICSID tem, além disso, implicações ao nível do sistema financeiro internacional, atenta a ligação entre o ICSID e Banco Mundial. Portugal, pela posição de dependência em que se encontra relativamente àquele sistema, não pode atuar como se ele não existisse. Os menos sensíveis à pertinência jusconstitucional do argumento utilitarista têm de considerar, pelo menos, que a Convenção ICSID e os API são componentes de um sistema cuja legitimidade assenta na promoção do Estado de direito e do desenvolvimento sustentável (infra neste Capítulo), e na credibilidade e independência dos tribunais internacionais em que os Estados delegam a autoridade jurisdicional.²¹⁴

E, no entanto, «a terra move-se». Por outras palavras, a análise da validade constitucional daquela subtração tem, hoje, como referente o *deficit* constitucional da arbitragem dos tratados de investimento (extensível, em parte, à arbitragem ICSID), que trataremos no Cap. 2, sem esquecer a apreciação levada a cabo pelo Tribunal de Justiça

²¹¹ J. Moreira 2015, p. 189.

²¹² Infra Cap. 5.

²¹³ Schill 2011b.

²¹⁴ Sobre estas finalidades, Scheu 2017, p. 139 ss.

sobre o CETA, no Parecer 1/17. Produziu o Tribunal de Justiça, neste parecer, qualquer coisa próxima de uma declaração de incompatibilidade (com o direito da União) *vertical ou qualitativa*, mediante a qual identificou um sentido de várias disposições do CETA que considera incompatível com o direito primário da União, mormente com o princípio democrático e com o dever de proteção de direitos fundamentais.²¹⁵

Independentemente dos contornos que a execução de sentenças ICSID possa assumir,²¹⁶ julgamos que o segmento normativo do artigo 54 da Convenção ICSID, não sendo inconstitucional (na sua integralidade),²¹⁷ pode gerar interpretações normativas inconstitucionais, na parte em que resulte não ser possível aos tribunais portugueses, enquanto foro competente para a execução, verificar se a sentença ICSID conduz a um resultado *manifestamente* incompatível com a ordem pública internacional.

Obviamente, o raciocínio precedente entronca na ideia de que a mobilização das regras e princípios constitucionais no controlo *a posteriori* de sentença arbitral (seja no processo de reconhecimento, seja no processo de anulação) *só pode ocorrer* por banda da invocação da ordem pública internacional do Estado português. Essa é, com efeito, a solução que maior conforto oferece aos interesses da segurança e da certeza do tráfego internacional.

Porém, não vemos por que razão, num ordenamento regido pelo princípio da constitucionalidade – entenda-se, num ordenamento em que todos os atos dos poderes públicos devem obediência à Constituição (artigo 3 CRP) – o parâmetro normativo-constitucional não possa atuar *autonomamente* no controlo de sentenças arbitrais cuja execução esteja dependente do império dos tribunais portugueses.²¹⁸ Ou seja, nesta hipótese, o bloco de constitucionalidade atuaria sem necessidade de mediação da cláusula de ordem pública, nos limites – claro está – das características que o processo de fiscalização concreta assume entre nós. O juízo de inconstitucionalidade que, por esta via, um tribunal português seja chamado a efetuar está votado a situações excecionais –

²¹⁵ No direito constitucional, fala-se em inconstitucionalidade vertical ou qualitativa (Alves Correia 2019, p. 339).

²¹⁶ Serrão et al. 2019, pp. 29-30 (os Autores admitem a aplicação dos artigos 49 a 54 da LAV às sentenças ICSID).

²¹⁷ Referimo-nos, em primeira linha, a um processo de fiscalização concreta de constitucionalidade. Contudo, o controlo também poderá ocorrer por intermédio de um processo de fiscalização abstrata sucessiva. *De jure condendo*, há que ter em atenção as propostas no sentido da eliminação do controlo sucessivo (ou, pelo menos, da fiscalização abstrata sucessiva) de disposições de tratados, por poder comprometer «a confiança nas relações internacionais» (Miranda 2010, p. 449), para além de traduzir «um lamentável menosprezo das exigências próprias da ordem jurídica internacional» (Mota de Campos, Mota de Campos & Pereira 2014, p. 411). Com posição diversa, Machado 2019, p. 184.

²¹⁸ Moura Ramos 1991, p. 234.

situações limite – que justifiquem a não execução da sentença. O investidor que almeje executar a sentença ICSID num tribunal português é, além disso, titular de um “bem” para efeitos do artigo 1-P1 à CEDH e de um direito patrimonial constitucionalmente protegido à luz da Constituição.²¹⁹

Uma dessas situações surgirá, por ex., aquando da execução de sentenças não publicadas. A não publicidade de alguns processos de *arbitragem de investimento* é, em nosso entender, *muito grave* do ponto de vista do Estado de Direito, porquanto a publicidade do processo (ou pelo menos da sentença) é condição de todas as outras garantias funcionais e organizacionais do exercício da função jurisdicional.²²⁰ Como alerta Kidane, «a system of justice that shields itself from public scrutiny cannot escape suspicion».²²¹ As garantias de independência e imparcialidade constituem “seguramente” – explica Galvão Teles – elementos do conceito de ordem pública internacional do Estado português,²²² que encerra também um «padrão mínimo de justiça processual».²²³

Destarte, os tribunais portugueses não deverão executar sentença-ICSID que não tenha sido objeto de publicação,²²⁴ com fundamento em inconstitucionalidade por violação do princípio do processo equitativo e da independência dos tribunais (respetivamente, artigos 20 e 203 CRP).²²⁵

ii) Sentenças não ICSID

²¹⁹ Trata-se de um aspeto não despidendo, cogitando-se a possibilidade, na eventualidade de um juízo de inconstitucionalidade do TC, de aplicação do artigo 282.4 CRP, previsto para a fiscalização abstrata sucessiva, à fiscalização concreta. Trata-se de uma posição assumida, entre nós, por Medeiros 1999, p. 744 ss.

²²⁰ Classen 2014, p. 614.

²²¹ Kidane 2017. Em sentido idêntico, Moneke 2020, p. 185, lembrando que «transparency is a necessary condition for the legitimacy of investor-State arbitration» e que, nessa medida, «public access must be granted to every arbitral proceeding established to resolve an investment dispute between a foreign investor and a State».

²²² Galvão Teles 2013, p. 637. Sobre a confidencialidade nas arbitragens de direito público, Júdice 2016, p. 87 ss. Não nos parece sujeito a ponderação que, num Estado de Direito, as decisões arbitrais que tenham uma parte pública (independentemente do litígio) têm de ser públicas, sem prejuízo de aspetos que não possam ser revelados (eg. documentos confidenciais, documentos que possam comprometer a segurança interna ou externa do Estado).

²²³ Lima Pinheiro 2018.

²²⁴ Nas hipóteses em que o dever de publicação não consta do regulamento de arbitragem (eg. artigo 48.5 da Convenção ICSID) nem do API, ou os Estados não tenham subscrito a Convenção das Maurícias referida infra (nota n.º 379), que determina a extensão das Regras UNCITRAL sobre a transparência da arbitragem entre investidores e Estados às arbitragens iniciadas com base em tratados de investimento concluídos antes de 01.04.2014.

²²⁵ Sem prejuízo da invocação, pelo Estado ou entidade pública demandados, das imunidades de execução (Fellmeth 2020, p. 688 ss.).

Já as sentenças não ICSID poderão ser impugnadas nos termos da *lex arbitri*, isto é, de acordo com a lei do Estado da sede da arbitragem,²²⁶ escolhida pelos árbitros na ausência de estipulação das partes.²²⁷ O poder de controlo estadual existe mesmo quando a oferta à arbitragem conste de um API.²²⁸ Se o investidor quiser executar a sentença arbitral noutro Estado que não o do lugar da arbitragem, a sentença valerá, nesse ordenamento, como uma sentença arbitral estrangeira ou deslocalizada.²²⁹ Para estas, valem os motivos de recusa de reconhecimento previstos na lei interna do Estado em que se pretende a execução, e/ou no artigo V da Convenção de Nova Iorque.²³⁰

Contudo, não ignoramos que um dos argumentos mobilizados pelo Tribunal de Justiça no acórdão Achmea²³¹ foi, precisamente, o da *impossibilidade* de a interpretação e aplicação uniformes do direito da União ser efetivada através da invocação oficiosa, pelos tribunais dos Estados-membros (enquanto tribunais da *lex arbitrii* ou enquanto tribunais onde fosse iniciado o processo de reconhecimento), da exceção da ordem pública internacional e, conseqüentemente, do direito da União. Ou seja, o Tribunal de Justiça acentua as diferenças entre a arbitragem comercial (que tem por base a autonomia da vontade das partes) e a arbitragem dos tratados (meio através do qual os Estados-membros decidem criar um mecanismo de resolução de litígios *alternativo* à jurisdição dos seus próprios tribunais), no sentido de alertar que *o controlo meramente residual do Tribunal de Justiça (tolerado) na primeira não pode ser transposto para a segunda*.

Portanto, se a interpretação do Tribunal de Justiça estiver correta, e a arbitragem dos tratados não for compatível com a invocação da exceção da ordem pública

²²⁶ Com maior ou menor deferência, no caso de arbitragens fundadas em API, por parte dos tribunais estaduais, como dá conta Laazouzi 2017, p. 807. Entre os fundamentos de impugnação conta-se a invalidade da convenção de arbitragem, a violação dos processos e regras do processo arbitral, o conhecimento, pelo tribunal arbitral, de questões que não podia conhecer (eg. artigo 46.2 LAV). Trata-se, como ensina Barrocas 2014, p. 38, de fundamentos de natureza processual ou relativos à convenção de arbitragem, e, excecionalmente, à decisão de mérito na sentença arbitral (ordem pública internacional do Estado português). Por conseguinte, sentenças arbitrais localizadas em Portugal só podem ser anuladas se essa violação se reconduzir a um dos fundamentos previstos no artigo 46.2.

²²⁷ Caramelo 2017, p. 167. É relativamente comum os API conterem estipulações sobre o lugar da arbitragem (eg. lugar da arbitragem deve ser um Estado-parte da Convenção de Nova Iorque ou um dos “lugares” preferidos dos investidores, a saber, Londres, Paris, Hong Kong, Singapura e Genebra).

²²⁸ Laazouzi 2017, pp. 805-807.

²²⁹ Gaillard & Bermann 2017, p. 31 (sobre as sentenças arbitrais deslocalizadas).

²³⁰ Artigo 55 LAV («sem prejuízo do que é imperativamente preceituado pela Convenção de Nova Iorque de 1958...») e artigo VII.1 da Convenção de Nova Iorque («As disposições da presente convenção não prejudicam o direito de invocar a sentença arbitral que qualquer das partes interessadas possa ter nos termos da lei ou dos tratados do país em que for invocada»). Sobre este ponto, Gaillard 2019a, p. 14.

²³¹ Achmea ¶54-55.

internacional,²³² a questão de constitucionalidade delineada supra para as sentenças ICSID valerá com impacto porventura dobrado nas sentenças não-ICSID.

2.2.3. Resolução através de tribunais internacionais

A arbitragem investidor-Estado que tem por base um consentimento oferecido num API é uma arbitragem internacional, desenvolvida por tribunais internacionais (tribunais constituídos ao abrigo do direito internacional). O tipo de delegação de poder implicado na jurisdição desse terceiro imparcial (o tribunal) tem repercussões na legitimidade das soluções geradas pelo DIE (*output*).

Com efeito, um dos fins dos API é – exploramos o ponto já de seguida – a despolitização dos diferendos de investimento. A delegação, em termos análogos àquela que é feita nos tribunais constitucionais nos vários modelos de constitucionalismo (eg. constitucionalismo judicial, democrático),²³³ medeia entre um modelo que maximiza o controlo dos delegantes sobre as decisões proferidas pelos delegados (modelo de agência), e um modelo que maximiza a credibilidade do *output* através da garantia de imparcialidade e de desvinculação dos delegados (modelo fiduciário).²³⁴ No direito constitucional, o delegante é o povo constituinte, e os delegados são os tribunais encarregados de ajuizar as questões jurídico-constitucionais. No caso do direito internacional, os delegantes são os Estados e os delegados os tribunais internacionais.

Ora, o funcionamento e legitimidade do modelo de resolução de litígios do DIE depende da posição que ocupe no espectro de opções balizadas por aqueles dois modelos ideais de delegação (agência e fiduciário). Os aspetos que abordaremos infra – a saber, a “retoma”, pelo Estado, do controlo sobre a arbitragem dos API e os vários tipos de reforma do modelo – *têm de ser compreendidas e escrutinadas a esta luz*. A retoma diminui o poder dos investidores sobre o sistema, afastando-o de um modelo fiduciário *incontrolado*, mas aproxima-o, *em alguns aspetos excessivamente*, dos defeitos associados a um modelo fiduciário, comprometendo a credibilidade do output,

²³² A ser assim, fica por explicar por que razão os novos API da UE classificam a decisão proferida pelo sistema jurisdicional permanente neles previsto como uma sentença “comercial” para efeitos de reconhecimento-execução ao abrigo da Convenção de Nova Iorque (infra Cap. 5, nota n.º 1719). Pode contra-argumentar-se, todavia, que as sentenças proferidas por este Tribunal não aplicarão nem interpretarão direito da União (infra Cap. 6), e que, nessa medida, o facto de o reconhecimento ser feito nos termos da Convenção de Nova Iorque não levanta os mesmos constrangimentos que nos processos de arbitragem intra-União.

²³³ Tushnet 2016; Schneiderman 2018, p. 586; Tavares da Silva 2014, p. 59.

²³⁴ Sweet & Griesel 2017.

a concretização dos objetivos dos API e, por conseguinte, a legitimidade de todo o sistema (infra Cap. 7). É para este ponto que alerta Kulick.²³⁵

2.2.4. Proteção jurídica secundária

O sistema de garantia do DIE privilegia uma proteção jurídica secundária. O Estado demandado é internacionalmente responsável pelo ato ilícito de violação do API. A responsabilidade internacional consiste no dever de reparar o prejuízo causado pelo facto ilícito, admitindo os tribunais de investimento, à luz do que é pedido pelos investidores, que essa reparação seja feita através de uma compensação financeira.²³⁶ Por razões que esmiuçaremos melhor infra, não está excluído que *o ato em que assentou a violação do tratado* possa permanecer no ordenamento jurídico, *desde que o Estado de acolhimento pague, voluntária ou coercivamente, as sucessivas compensações financeiras em que seja condenado.*²³⁷

2.3. Emergência

O sistema internacional de proteção de investimento, assente em tratados de investimento, começou a delinear-se a partir da década de sessenta, graças ao impulso europeu. Os Estados-Unidos só em 1977 substituiriam o seu programa de Tratados de amizade, comércio e navegação por um programa de tratados de investimento.²³⁸

A dinâmica de conclusão de API entre economias desenvolvidas e países em vias de desenvolvimento (API Norte-Sul) acentuou-se num momento em que a “ação afirmativa” dos países emergentes, e com ela as bases de uma *Nova Ordem Económica Internacional*, começava a perder tração. Portanto, em paralelo com o estabelecimento do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e com a flexibilização do standard indemnizatório em caso de expropriação, os tratados bilaterais de investimento reafirmaram a fórmula Hull e asseguraram, em benefício dos investidores das economias desenvolvidas, um nível de proteção superior ao costume internacional e

²³⁵ Kulick 2017. Entre nós, apreciando positivamente a reforma, Diogo 2018, p. 174.

²³⁶ Infra Cap. 7.

²³⁷ Infra Cap. 7.

²³⁸ Vandeveldt 2005, p. 157 ss.

que, segundo alguns, reprimta os mecanismos da era colonial.²³⁹ É caso para dizer, nas palavras de Lehari: «realpolitik defeated hoch politik».²⁴⁰

O sistema de tratados de investimento foi também uma reação categórica à doutrina *Calvo*, preconizada pelos países da América Latina.²⁴¹⁻²⁴² Vários fatores explicam esta dinâmica. Entre eles, os sucessivos falhanços na conclusão de um tratado multilateral de investimento²⁴³ e a multilateralização do comércio internacional,²⁴⁴ que estimularam a procura de consensos bilaterais; mas também o “triunfo do capitalismo” a nível político, com o desmoronamento do bloco soviético, e a nível económico, com o Consenso de Washington e as políticas ajustamento macroeconómico e de promoção do *rule of law*. A isto há que adicionar os efeitos da política monetária norte-americana da era Reagan na corrida ao capital estrangeiro.²⁴⁵

2.4. Evolução

A partir da década de 90, o sistema sofreu transformações estruturantes. Em primeiro lugar, *descolonizou-se*, ou seja, deixou de ser um modo de regulação das relações de investimento Norte-Sul, para passar a ser o modo normal de regulação das relações de investimento dentro dos vários blocos económicos regionais (e destes entre

²³⁹ Miles 2014, p. 41.

²⁴⁰ Lehari & Licht 2011, p. 123.

²⁴¹ Sobre a doutrina Calvo, Montt 2010, pp. 55-82; Dolzer 1981, p. 560; Been & Beauvais 2003, p. 47. Entre nós, Duarte 2008, pp. 771-773.

²⁴² Esta doutrina interessa para perceber o processo de crítica e de reforma da arbitragem dos tratados. O seu pressuposto é o de que um estrangeiro não deve beneficiar, no Estado de acolhimento, de um tratamento mais favorável do que aquele que tal Estado outorga aos seus nacionais. Significa isto, pela positiva, que os estrangeiros beneficiam do um standard de tratamento semelhante ao dos nacionais, o que está em linha com o princípio da não discriminação ou do tratamento nacional; significa, pela negativa, que os estrangeiros deixam de beneficiar do standard internacional (leia-se absoluto) de proteção da propriedade privada. A doutrina Calvo, quando incorporada no clausulado de contratos de investimento, implicava a “renúncia” à proteção diplomática e a jurisdição exclusiva, dos tribunais nacionais, na resolução dos litígios emergentes desses investimentos. Miles 2014, p. 51, explica que, em rigor, «it was not the individual’s right to waive; the state itself is injured if its citizen is harmed while abroad and it possesses the right of redress». De acordo com o artigo 27 da Convenção ICSID, uma vez desencadeada a arbitragem investidor-Estado deixa de ser possível ao Estado de origem do investidor desencadear uma disputa de proteção diplomática.

²⁴³ Sobre as várias etapas desse falhanço, desde a Convenção Abs-Shawcross para Investimentos Estrangeiros, de 1959, passando pela Convenção da OECD sobre proteção de propriedade estrangeira, de 1967, e pelo Projeto de Acordo Multilateral de investimento, de 1988, também sob os auspícios da OCDE, culminando na oposição à inclusão do investimento nas negociações desenvolvidas por ocasião da Conferência ministerial de Cancun, em 2003, Weaver 2015, p. 247; Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 191; e Qureshi & Weaver 2019, pp. 586-599.

²⁴⁴ Sobre o impacto da multilateralização do comércio internacional na regulação do investimento estrangeiro, Brabandere 2018, p. 2612.

²⁴⁵ Descrita por Vandeveld 2010b, p. 59 ss.

si).²⁴⁶ Alguns falam de um alinhamento entre os interesses dos países tradicionalmente importadores e exportadores de capital.²⁴⁷ Esta transformação, que levou pressuposta a *reintegração* da matéria do investimento na política comercial,²⁴⁸ levanta vários problemas.

Se o *bypass* do sistema judicial do Estado de acolhimento se funda, em parte, no ceticismo quanto à independência do poder judicial em Estados com tradições pouco firmes de Estado de Direito, *para quê* incluir uma cláusula ISDS em tratados de investimento entre economias OCDE?²⁴⁹ Se não há razões para ceticismo, qual será nestas hipóteses a *ratio* da celebração de um tratado que afasta a disputa dos tribunais onde ela normalmente seria decidida – e *prima facie* – *bem* decidida?

A resposta só pode ser, como sugere Kumm, a de que o sistema de arbitragem dos tratados garante ao investidor um “estatuto privilegiado”, que se concretiza, no caso das economias desenvolvidas, não tanto no benefício de uma garantia de independência do poder judicial, mas numa *garantia de fragmentação* ou de isolamento dos direitos do investidor *vis-à-vis* o interesse público nacional.²⁵⁰

O carácter “revolucionário” da arbitragem dos tratados advém, portanto, da conjugação entre um *bypass* adjetivo e um *bypass* substantivo aos ordenamentos estaduais. Como explica Kläger, «only by creating an arbitral jurisdiction, the vague treaty obligations *acquired teeth*, which laid the foundations for the evolution of investment protection standards from politico-diplomatic to judicially enforceable instruments».²⁵¹

A última transformação do sistema tem que ver, precisamente, com este *bypass* substantivo. Kulick fala de *internacionalização* do direito do investimento²⁵² para descrever o facto de a arbitragem investidor-Estado ter passado a ser desencadeada

²⁴⁶ Kumm 2015, p. 6; Ratner 2017, p. 28 [«(...) We are no longer in a world in which the point of foreign investment is to protect Northern investors against Southern Host States»]. Sobre a difusão dos acordos comerciais preferenciais, Mota 2014, p. 2419 ss.

²⁴⁷ Kulick 2017, p. 10.

²⁴⁸ Vandeveldt 2010b, p. 65. Essa reintegração traduz-se na inclusão de disposições sobre investimento e sobre mecanismos de resolução dos diferendos relativos a investimentos nos FTA e nos acordos comerciais preferenciais.

²⁴⁹ Van Harten 2007, p. 43; Kumm 2015; Krajewski 2014.

²⁵⁰ Kumm 2015 (texto disponível online). O AG Bot, nas Conclusões sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019, considera irrelevante o facto de, no caso do CETA, estar em causa o Canadá, «cujo sistema judiciário se presume que oferece garantias suficientes», porquanto o que está em causa, no caso do novo sistema de resolução de litígios de investimento proposto pela UE (infra Cap. 6), é a estruturação de um modelo que «possa ser aplicado em todos os acordos comerciais entre a União e Estados terceiros».

²⁵¹ Kläger 2011, p. 27 – o itálico é nosso.

²⁵² Kulick 2012, p. 46.

predominantemente com base no consentimento outorgado pelo Estado num API, e não tanto através da cláusula de arbitragem contida num contrato de investimento.²⁵³ A ser assim, a revogação do consentimento estadual à arbitragem passou a ser escrutinada à luz do direito internacional, mormente à luz do API e da CVDT,²⁵⁴ aumentando a credibilidade do compromisso do Estado para com a via arbitral.²⁵⁵

A referência «às regras de direito acordadas entre as partes», que o artigo 42 da Convenção ICSID define como o direito aplicável ao litígio, passou a reservar ao direito internacional e ao tratado de investimento um papel central – e não meramente complementar ou corretivo – na resolução do diferendo. Não há, aparentemente, nada de novo nesta última asserção.²⁵⁶ No direito internacional, o direito interno é pertinente a título de *questão de facto*.²⁵⁷ Contudo, no âmbito de um sistema como o do DIE, que evoluiu a partir de contratos de investimento e da arbitragem comercial, aquela asserção vem esclarecer que o diferendo de investimento é um *diferendo internacional*.²⁵⁸

2.5. Pressupostos

A difusão do sistema de tratados de investimento assenta num duplo pressuposto de economia política, que é, também, um duplo pressuposto de legitimidade.

O primeiro é o de que, numa economia de mercado, o investimento estrangeiro – especificamente, o investimento estrangeiro direto – é condição de crescimento económico. Não entraremos nos detalhes da proposição. A transferência de capital de economias exportadoras para economias importadoras através da instalação de empresas

²⁵³ Entre nós, eg. o artigo 9 do Decreto-Lei n.º 191/2014, de 31.12 (que estabelece um regime especial de contratação de apoios e incentivos exclusivamente aplicável a grandes projetos de investimento enquadráveis no âmbito das atribuições da Agência para o Investimento e Comércio Externo de Portugal, E.P.E), onde se prevê a possibilidade de as partes convencionarem o recurso à via arbitral para dirimir os litígios emergentes da interpretação e aplicação de contratos de investimento, com exceção do que diga respeito a matéria relativas a benefícios fiscais. Sobre os contratos de investimento e os contratos de concessão de benefícios fiscais, Casalta Nabais 2005, p. 407 ss.

²⁵⁴ Artigo 56 CVDT.

²⁵⁵ Supra nota n.º 185, sobre o consentimento à arbitragem. A importância desta transformação é sublinhada por Ole Voss 2011, pp. 4-5, desvalorizada por Yackee 2008, p. 136, e criticada, pelo modo como vem subvertendo os termos da “barganha” estabelecida no contrato, por Arato 2019, p. 16 ss. Douglas 2010, p. 832, 839: «article 42(1) is not, therefore, a choice of law rule in the true sense of the term. It simply recognizes the competence of the tribunal to apply both national and international law».

²⁵⁶ Entre nós, Lima Pinheiro 2008, pp. 98-99, notando que também os contratos de investimento «em que as partes consentem que os litígios deles emergentes sejam resolvidos por arbitragem CIRDI são regulados directa e imediatamente pelo Direito Internacional Público».

²⁵⁷ Cf. artigo 8.31.2 do CETA.

²⁵⁸ A questão condiciona a aplicação dos standards substantivos, levantando-se em vários processos o problema de saber qual o relevo da invalidade da medida no plano interno para o apuramento de uma violação do FET. Cf., sobre este ponto, Hepburn 2017, p. 13 ss., que distingue entre uma posição de “absoluta irrelevância”, uma posição de “contribuição” e uma posição de “conexão automática”.

aumenta a produtividade dos fatores de produção e tem efeitos *spill over* sobre as empresas nacionais (eg. transferência de *know-how* e tecnologia).²⁵⁹ Quando tal não sucede, isto é, quando a realidade contraria a teoria, a explicação é simples: segundo Paulsson, há bons e maus investidores. Os bons partilham os objetivos de crescimento económico do Estado de acolhimento; os maus são especuladores que querem ganhar retorno rápido em transações duvidosas.²⁶⁰

O segundo, também contestado, é o de que os tratados de investimento têm *valor acrescentado* em matéria de atração de investimento estrangeiro direto, ou seja, garantem mais investimento do que aquele que existiria na sua ausência. Neste sentido, os API oferecem a cada um dos países em desenvolvimento uma vantagem competitiva sobre os demais no processo de atração de investimento estrangeiro. A capacidade de atração de investimento alicerça-se nas vantagens “reputacionais” e de sinalização dos tratados,²⁶¹ mas sobretudo no facto de os API constituírem “compromissos credíveis”, por parte do Estado de acolhimento, de não efetivação do risco político, sobretudo do risco regulatório (alteração do quadro regulatório em que um investimento é executado, inclusivamente da interpretação da lei pelos tribunais)²⁶² e de outras atuações governamentais que possam afetar o investimento (eg. expropriação indireta, restrições à transferência de capitais).²⁶³

Em termos microeconómicos, isso significa que os API resolvem, de forma mais “credível” que os contratos, os problemas de “hold-up” gerados pelos custos irre recuperáveis do investimento, e a “obsolescing bargain”.²⁶⁴ Existe um problema de “hold-up” quando o um investidor *racional* não investe por saber que, após a realização de custos irre recuperáveis, o Estado terá mais incentivos em renegar o compromisso inicial. Segundo a teoria da *obsolescing bargain*, formulada por Raymond Vernon e pensada sobretudo para a indústria extrativa, o poder negocial dos investidores é maior no momento em que é adotada a decisão de investir. A negociação desenvolvida nesta fase é necessariamente favorável ao investidor. Contudo, a partir do momento em que o

²⁵⁹ Estes pressupostos são explorados por Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, pp. 34-46.

²⁶⁰ Paulsson 2015, p. 351 [«(...) The true dividing line goes within the community of investors; there are good investors and bad investors»].

²⁶¹ Brower & Blanchard 2014, p. 719.

²⁶² Eli Lilly v. The Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules (ICSID), Case no. UNCT/14/2, Final Award, 16.03.2017, ¶354.

²⁶³ Yescombe 2014, p. 296 ss.; Yackee 2013, p. 479.

²⁶⁴ Referimo-nos aos “sunk costs” (eg. custos incorridos em investimentos na indústria extrativa).

capital é investido (*sunk*), os compromissos anteriores tornam-se *obsoletos* e o Estado de acolhimento tem incentivos para renegar as promessas previamente realizadas.²⁶⁵

Veremos que estas considerações, apesar de focadas na análise económica dos tratados, influenciam os argumentos jurídicos desenvolvidos nas disputas de investimento e, especificamente, a aplicação dos instrumentos nacionais e internacionais de proteção contra a alteração normativa.

Além disso, os API têm vantagens em termos de eficiência na alocação dos recursos, porque diminuem os custos do capital investido,²⁶⁶ facilitam o funcionamento dos seguros de risco político fornecidos pelos exportadores de capital (eg. MIGA)²⁶⁷ e freiam o ímpeto regulatório do Estado de acolhimento.²⁶⁸

É preciso, além do mais, enquadrar os API no movimento mais amplo de promoção do *rule of law*, concretamente, no contexto das políticas assistenciais e de desenvolvimento do Banco Mundial, do FMI, da ONU e de agências governamentais e não-governamentais norte-americanas aos chamados *Estados frágeis*.²⁶⁹

2.6. O DIE e a promoção do Rule of law

A promoção do *rule of law* foi uma resposta – não disruptiva – ao insucesso da implementação da agenda neo-liberal, traduzido num incipiente crescimento económico e no aumento dos níveis de pobreza. Decisivo foi também o sucesso dos “Tigres Asiáticos” (Singapura, Coreia do Sul, Taiwan e Hong Kong), cujo milagre económico foi atribuído a uma intensa intervenção do Estado na economia.

²⁶⁵ Sobre o conceito, Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 129 ss.; Desta 2015, p. 230 [«(...) whatever states give at the beginning of the investment relationship they will try to take back afterwards, making a dispute with the foreign investor all but inevitable»].

²⁶⁶ Sykes 2019, p. 491, explicando que os custos adicionais de investir capital num contexto de risco são “internalizados” pelo Estado de acolhimento, pelo que, na ausência de um API, o acréscimo de risco é incorporado na proposta do investidor, repercutindo-se naquilo que o Estado de acolhimento terá de pagar pelo investimento. Também Puig & Shaffer 2018, p. 372; e Salacuse 2017, p. 136.

²⁶⁷ MIGA é o acrónimo de Multilateral Investment Guarantee Agency. Sobre as agências que oferecem seguros contra o risco político, Ginsburg 2013, p. 943.

²⁶⁸ Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 138.

²⁶⁹ A política de *state-building* e de assistência económica descolou nos anos sessenta através do *Law and Development movement* – um conjunto de políticas infraestruturais suportadas por fundos norte-americanos em países da América Latina. Seguiu-se, a partir dos anos oitenta, a implementação de políticas neoliberais – estabilidade macroeconómica (controlo da inflação e do *deficit*), eliminação dos preços regulados, liberalização do comércio e do investimento. Nessa implementação, foram decisivos os programas de ajustamento estrutural do Banco Mundial, que condicionaram a concessão de empréstimos aos países em dificuldades à adoção das políticas macro e microeconómicas da agenda neoliberal (Rodrik 2006, p. 973).

A partir dos anos noventa, a ortodoxia assistencial aliou os “essenciais” do neoliberalismo a um conjunto de reformas imbuídas do ordo-liberalismo alemão e da *new institutional economics*. Nestes moldes, o crescimento económico passou a estar dependente de políticas de boa governança (*good governance*), que recolocam a ênfase no papel – necessariamente “neutro” – do Estado na definição e garantia das “regras do jogo” e na “facilitação” do mercado, isto é, *na criação de um ambiente regulatório estável e previsível*, assente na proteção da propriedade privada, na luta contra a corrupção e na autonomia do poder judicial relativamente ao poder político.²⁷⁰

Como se lê num importante Relatório do Banco Mundial, de 1997, a questão já não é a de escolher entre Estado e mercado: «Investment suffers because entrepreneurs choose not to commit resources in highly uncertain and volatile environments. Where even the most basic types of property are not protected, investors move their resources to other countries (...)».²⁷¹

Destarte, quando hoje se fala em direito internacional do desenvolvimento, a referência deve ser entendida como o conjunto de normas, instituições e práticas destinadas a promover o desenvolvimento dos Estados menos desenvolvidos, entendido aquele não só como crescimento económico (eg. políticas macroeconómicas), mas holisticamente como desenvolvimento sustentável (eg. eliminação da pobreza, direitos humanos, responsabilidade social das empresas, luta contra a corrupção, desenvolvimento cultural, social e ambiental dos povos).²⁷²

Neste cenário, qual o papel dos API? Ora, uma das ideias centrais do *rule of law* e do paradigma do desenvolvimento é a previsão de mecanismos de *lock-in*, isto é, de mecanismos que assegurem que as decisões adotadas no sentido de atrair o investimento – políticas macroeconómicas, privatização de serviços públicos, entre outras – ficam blindadas relativamente à mutação política *à outrance*. Atente-se na seguinte passagem do Relatório do Banco Mundial citado supra: «a number of possible lock-in mechanisms are available, all with the same basic logic: to provide checks that restrain any impulse to depart from announced commitments (...) experience suggests that long-

²⁷⁰ Krever 2011, p. 302 ss.; Tan 2015, pp. 149-155.

²⁷¹ World Bank 1997, p. 36.

²⁷² Estes desenvolvimentos políticos e normativos podem ser seguidos em Qureshi & Ziegler 2019, pp. 677-705. Da nossa parte, interessa-nos sobretudo a natureza “conservadora” (impedir o retrocesso das reformas promovidas) destes desenvolvimentos, e não tanto a conceção e os princípios do paradigma do desenvolvimento.

term goals are better served by sticking to self-imposed restraints *and living with the rigidities they inflict*».273

Os API são claramente mecanismos de *lock-in*: aumentam os custos financeiros, “reputacionais” e jurídicos de decisão política desviante; garantem as condições institucionais de funcionamento de uma economia de mercado e, por conseguinte, o crescimento económico do Estado de acolhimento.274 Não surpreende, pois, que os tribunais arbitrais associem o standard FET à proteção das legítimas expectativas dos investidores, obstando a alterações *significativas* do quadro normativo em que o investimento foi realizado.275 Sloane & Reisman têm por isso razão quando explicam que «os BITs são a manifestação jurídica das políticas macroeconómicas de reajustamento encorajadas por instituições financeiras multilaterais».276

Nem a promoção do investimento estrangeiro nem a conclusão de API são *fins em si mesmos*. Valem *se e na medida em que* se traduzam em desenvolvimento económico.277 Empiricamente, o duplo pressuposto da economia política enunciado supra é objeto de enorme contestação. Os estudos realizados são inconclusivos.278

Apesar da contestação fática e normativa quanto ao contributo do DIE para o fomento dos níveis de investimento estrangeiro, aquele encontra, na promoção do *rule of law*, uma *fonte de legitimidade alternativa e resistente à contradição empírica*.279 Esta fonte alternativa torna *irrelevante*, do ponto de vista normativo, a questão de saber se os API *efetivamente* promovem o investimento estrangeiro ou se o *rule of law efetivamente* promove o crescimento económico.280 Para isso contribuiu o facto de a

273 World Bank 1997, p. 50 – o itálico é nosso.

274 Reisman & Sloane 2004, p. 116.; Tan 2015, p. 159.

275 Infra Cap. 5.

276 Reisman & Sloane 2004, p. 118 – a tradução é nossa. O AG Bot, nas Conclusões sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019, explica que é «tranquilizando os investidores estrangeiros quanto à proteção dos seus investimentos que o Estado de acolhimento poderá atrair novos investimentos» (§84).

277 Schill & Djanic 2018, p. 578; Scheu 2017, p. 139 ss.; Radi 2012, p. 1140 [«It appears then that the protection granted to investors by international investment law *is a way of favoring development*, rather than an objective per se (...)»] – o itálico é nosso.

278 Uma descrição pormenorizada desses estudos pode ser encontrada em Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 47; Vandeveldt 2010b, p. 115 ss. Concluindo que, globalmente, os efeitos são positivos, cf. Schill & Djanic 2018, p. 576 (nota n.º 47). Cf. World Bank 2019, em sentido não desfavorável a essa correlação.

279 É possível contra-argumentar que o *rule of law* emerge, na construção neoliberal, como a ferramenta jurídica que garante as condições institucionais do crescimento económico. O *rule of law* é, pois, um produto com o qual os Estados *se apresentam no mercado de capitais* e através do qual esperam obter mais investimento (Humphreys 2010, p. 139).

280 Enfaticamente, Kleinheisterkamp 2015, p. 809 [«(...) From a normative point of view, however, this uncertainty is irrelevant. What is relevant is that the idea of enhancing development was a primary driver for turning investment treaty law into a global institution. It provided investment treaty law with the legitimacy it needed to grow and prosper (...)»].

política assistencialista ter transitado do crescimento económico para o *desenvolvimento sustentável*, assente na proteção dos direitos humanos e na responsabilidade social das empresas.²⁸¹

Há, por outro lado, quem antecipe neste tipo de discurso uma manifestação do chamado “novo constitucionalismo”, entendido enquanto tradução, no plano constitucional, do pensamento neoliberal, e um “excesso de constitucionalismo” (*constitutional excess*) e correspondente redução do espaço democrático.²⁸² Kumm designa o sistema alicerçado nesta “legitimidade” e no sistema financeiro mundial (eg. API, FTA, instituições financeiras, OMC) como constitucionalismo “económico” ou neoliberal, assente num conjunto de regras secundárias (regras de reconhecimento) que procuram «limitar, reestruturar ou afastar» a autoridade de um Estado de direito assente na democracia e nas constituições nacionais.²⁸³

A legitimidade dos API não se esteia, em todo o caso, apenas na promoção do *rule of law*. Há ainda o argumento relativo à proteção dos estrangeiros. Estes, não participando no processo democrático de manifestação da soberania popular, carecem de uma proteção *diferenciada*.²⁸⁴

O TEDH aderiu a esta fundamentação no acórdão James.²⁸⁵ Porém, a adoção de uma conceção ampla de democracia, não exclusivamente focada na realização de eleições, mas nas liberdades e direitos que enformam o Estado de Direito, põe em causa a tese do *deficit* de proteção dos estrangeiros. Segundo Cotula, o facto de os operadores estrangeiros não participarem formalmente no processo de escolha dos representantes não é sinónimo de exclusão do processo político. Esses operadores, sobretudo quando forem sociedades multinacionais, influenciam as decisões políticas através de outros canais de pressão ou *lobby*, como demonstram os vários exemplos de *regulatory chill* ou subregulação.²⁸⁶

²⁸¹ Sobre este ponto, Desierto 2015, p. 333 ss.; Radi 2015, p. 91; Kumm 2016, p. 11 (o Autor apelida este movimento de “constitucionalismo eco-social”); Sornarajah 2018, p. 542 (como explica o Autor, referindo-se ao desenvolvimento sustentável, «it is a term that may be difficult to define but it moves the investment treaty away from mere economic objectives on to societal interests, responsible corporate conduct and the ending of fragmentation of public international law (...)»).

²⁸² Schneiderman 2018, p. 598 – o itálico é nosso; Messina 2013, p. 117.

²⁸³ Kumm 2016, pp. 7-8. É também a este fenómeno que se refere Hespanha 2013, p. 100, quando menciona um «direito dos princípios ínsitos numa ordem jurídica imanente à atividade económica neoliberal».

²⁸⁴ Bücheler 2015, p. 135; Chen 2015, p. 313; Glinski 2015, p. 217.

²⁸⁵ *Infra* Cap. 4.

²⁸⁶ Neste sentido, Cotula 2017, p. 356, e Glinski 2015, p. 218, para quem existe uma “sobrerepresentação dos investidores”.

III. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 1

Não é possível avaliar da legitimidade (constitucional, global, internacional) de um sistema como o da arbitragem dos tratados – enquanto sistema que condiciona a alteração legislativa – sem antes conhecer os seus alicerces normativos. Na verdade, aquela avaliação terá de levar em conta o modo como são entendidos os “direitos” conferidos aos investidores (se como direitos “delegados” pelos Estados, se como direitos humanos, se como direitos subjetivos dos investidores), os valores e objetivos que o sistema estima prosseguir (crescimento económico, desenvolvimento sustentável, promoção do *rule of law*, neutralidade do foro de resolução de disputas) e a racionalidade (ética ou instrumental) que lhes está subjacente.

Neste prisma, analisando o sistema de tutela da arbitragem dos tratados do ponto de vista do direito interno, parece-nos que sentenças arbitrais confidenciais (não publicadas) não deveriam ser objeto de reconhecimento-execução pelos tribunais portugueses, por violação manifesta da dimensão processual da ordem pública internacional do Estado português. Complementarmente, o conjunto de normas (internas e internacionais) que imponha aos tribunais portugueses o *reconhecimento automático* de decisões arbitrais confidenciais (não publicadas) é inconstitucional, por violação dos princípios do processo equitativo e da independência dos tribunais (sentenças ICSID).

Como se verá melhor de seguida, as exigências de transparência assacadas à arbitragem dos tratados, envolvendo disputas entre um Estado e um investidor estrangeiro sobre um exercício de autoridade pública, não são as mesmas que se impõem à arbitragem comercial.

CAPÍTULO 2 – AS QUALIDADES CONSTITUCIONAIS DO DIE

Como dissemos na Introdução, a tese subjacente a este texto passa por demonstrar que a arbitragem dos tratados assegura ao investidor uma tutela mais efetiva do que o nível “interno”, no que respeita à alteração normativa.

Consideramos que essa maior proteção representa uma “constituição” reforçada para o investimento estrangeiro. A colocação do termo “constituição” entre aspas tem o propósito de mostrar que, independentemente da posição que se adote em matéria de *constitucionalismo para lá do Estado*, o sistema da arbitragem dos tratados tem três “qualidades constitucionais” – o objeto, as normas e a tutela.

Por qualidades constitucionais entendemos os traços substantivos e adjetivos de um regime jurídico que se aproximam das funções desempenhadas por uma constituição, abrindo, por conseguinte, a possibilidade de a proteção conferida pelo nível internacional ser *efetivamente conformadora* de uma situação jurídico-constitucional.

I. AS QUALIDADES CONSTITUCIONAIS DO DIE

As teses sobre a constitucionalização do direito internacional ou sobre constitucionalismo global têm particular ressonância no campo do DIE. Trata-se, em maior ou menor medida, de doutrinas alicerçadas num elemento funcional (certas funções da Constituição)²⁸⁷ ou nas “qualidades constitucionais” dos regimes jurídicos de fonte não estadual.²⁸⁸

A identificação de uma constituição não depende, argumenta-se, de esta provir de uma decisão constituinte do povo – um exercício de “autodeterminação coletiva”,²⁸⁹ ou uma constituição com “C” maiúsculo – mas da circunstância de ela lograr melhor ou pior o cumprimento do desiderato de limitação do poder político (onde quer que ele seja

²⁸⁷ Walker 2009, p. 13; Cassese 2018, p. 83, distingue várias “qualidades” (features) no constitucionalismo: uma ordem jurídica autónoma, dotada de soberania (centralized authority); comunidade política e diálogo entre o Estado e a sociedade; um poder constituinte; um órgão/entidade com competência para legislar; ordem jurídica regida pelo princípio da hierarquia; mecanismos de garantia.

²⁸⁸ Shinar 2019.

²⁸⁹ Medeiros 2015.

exercido).²⁹⁰ A ênfase da função garantística ou de proteção, e dos mecanismos de garantia que lhe dão “dentes” (função conformadora) viabilizam a identificação de qualidades constitucionais no DIE.²⁹¹ São por isso vários os Autores que, como se verá, destacam o caráter “constitucional” ou “protoconstitucional” do DIE. O sistema operaria, assim, como uma “constituição económica paralela”, funcionando como direito especial nas relações entre os Estados e os investidores estrangeiros. A identificação é, em nosso entender, viabilizada por três elementos: objeto, normas e tutela.

1. Objeto

Também o DIE trata de questões “constitucionais”, isto é, questões de justiça distributiva ligadas ao direito de propriedade e normalmente disciplinadas por decisões primárias do legislador (reserva de lei formal e material). Não estão em causa situações jurídicas que têm por objeto (exclusivo) as relações entre Estados soberanos, mas situações próximas de situações jurídicas de direito público interno (constitucional e administrativo). À semelhança do que sucede com a CEDH (mas com diferenças ao nível do elemento gerador de “internacionalização”),²⁹² o DIE consubstanciaria uma ordenação jurídica, embora de origem internacional, daquelas relações.²⁹³

A convicção de que a arbitragem dos tratados trata (*ou pode tratar*) de questões de direito público é reforçada pelas regras sobre a jurisdição dos tribunais arbitrais. Estes só têm competência para dirimir litígios de investimento que pressuponham *violações dos API*. Ora, não é incomum, bem pelo contrário, a factualidade de uma disputa de investimento (instaurada com base num API) envolver aspetos e pretensões relativas a um contrato entre o Estado e um investidor estrangeiro. Isto sem cuidar de saber se se trata de um contrato de direito privado da administração ou de um contrato sujeito a um regime substantivo de direito público, na taxonomia portuguesa, ou se esse contrato contém estipulações específicas em matéria de foro ou de direito aplicável.

²⁹⁰ Moreira 2013, p. 524; Moura Ramos 2008, p. 241. Sobre a importância do elemento democrático, Medeiros 2015, p. 125; Moura Ramos 2013c, p. 108.

²⁹¹ A realização da garantia da Constituição através mecanismos jurisdicionais é uma marca da evolução de um certo constitucionalismo – o constitucionalismo judicial (que corresponde ao constitucionalismo norte-americano e ao constitucionalismo continental de base germânica). Sobre este ponto, Medeiros 2015; Tushnet 2016.

²⁹² Cf. o que se disse supra, no Cap. 1, sobre as diferenças entre o DIE e o sistema da CEDH.

²⁹³ Moura Ramos 1982, pp. 102-103. Questiona Kulick 2017, p. 5, legitimamente: «(...) Indeed, if the claims target, for example, a statute or even far-reaching responses to a financial crisis, *what makes the dispute functionally different from administrative or constitutional judicial review?*» – o itálico é nosso.

Surge, assim, a necessidade de distinguir as *contract claims* (ou pretensões baseadas numa violação do contrato) das *treaty claims* (ou pretensões baseadas numa violação do tratado), no sentido de perceber – para efeitos jurisdicionais e não só – *que comportamentos do Estado de acolhimento* com interferência sobre contratos poderão consubstanciar uma *violação do API*.²⁹⁴⁻²⁹⁵ Por ex.: se a Argentina não cumpre ou não cumpre integralmente um contrato de direito privado envolvendo a transação de títulos de dívida pública, constituirá essa situação de *default* uma *violação do API*? A resposta deve ser negativa. O que poderá constituir uma violação do API é o facto de a Argentina ter, através de uma lei, “incentivado” ou “pressionado” os investidores estrangeiros a aceitar a proposta de troca de títulos da dívida. É a “capa” de Estado soberano que dá azo à violação do tratado (*slip into its sovereign shoes*).

A divisão público-privado tem ainda relevo para efeitos de aplicação da cláusula expropriatória e da identificação de uma expropriação indireta. Ou seja, muito embora se admita que a interferência estadual sobre um contrato possa constituir uma expropriação à luz do DIE, reconhece-se que *existe uma diferença entre expropriar direitos contratuais e não cumprir o contrato*.²⁹⁶⁻²⁹⁷

²⁹⁴ Lemaire 2006, p. 382. Explica a Autora que a admissão deste tipo de disputas retira (alguma) importância às teses sobre a internacionalização (direta ou indireta) dos contratos de Estado. Sobre estas teses, Ole Voss 2011, p. 29 ss.

²⁹⁵ Ablacat ¶318-325 (já mencionado). Embora num contexto distinto, esta perspetiva foi sufragada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Kuhn, processo C-308/17, de 15.11.2018, ¶34-43, a propósito de uma ação instaurada por um adquirente (austríaco) de títulos da dívida grega, em que se pedia a execução das condições de empréstimo iniciais ou a indemnização pela inexecução daquelas. Considerou o Tribunal, a propósito da aplicação do Regulamento n.º 1215/2012, de 12.12, sobre competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial, que o litígio não versava sobre “matéria civil e comercial”, mas que resultava do exercício de poderes de autoridade pública em termos «que exorbitam das regras de direito comum aplicáveis nas relações entre particulares». Para chegar a esta conclusão, o Tribunal usou um critério simultaneamente formal e funcional. A identificação de uma manifestação de autoridade depende, por um lado, do tipo e natureza do ato – *in casu*, um ato legislativo com efeitos retroativos – e por outro, do contexto funcional em que este foi adotado, coincidente com circunstâncias excecionais de grave crise financeira. A diversa conclusão chegou o acórdão Fahnenbrock, processos apensos C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13, 11.06.2015, ¶50-57, embora tendo por base a interpretação de um regulamento distinto (o Regulamento n.º 1393/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.11.2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial). No acórdão, o Tribunal diz duas coisas importantes: (i) a circunstância de a troca de títulos ter sido introduzida por uma lei não é, em si mesma, determinante para concluir que o Estado exerceu o seu poder de autoridade; (ii) a Lei n.º 4050/2012 não foi a causadora do prejuízo, uma vez que as alterações às condições financeiras dos títulos resultam de uma decisão da maioria dos titulares (75%). Notamos, contudo, que o legislador grego não se limitou a *ativar* uma cláusula de ação coletiva já constante do contrato: enxertou retroativamente uma cláusula deste tipo num contrato que *prima facie* não a continha. Considerando que se tratou de uma verdadeira inversão jurisprudencial, Kleiner 2019, pp. 857-867.

²⁹⁶ Waste Management v. United Mexican States, ICSID Case no. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004, ¶175. Na doutrina, entre outros, Crawford 2012, p. 627.

²⁹⁷ Por outro lado, os API contêm não raras vezes as vulgarmente conhecidas “umbrella clauses”, que são cláusulas que exigem que o Estado de acolhimento respeite quaisquer compromissos contratuais a que se

2. Normas

Em segundo lugar, os *standards* substantivos inscritos nos API *fazem as vezes* dos princípios fundamentais da atividade administrativa e, com maior interesse para o nosso estudo, de princípios fundamentais da atividade legislativa.²⁹⁸ Note-se que o facto de *fazerem as vezes* de princípios fundamentais não significa que *devam ter conteúdo exatamente idêntico ao desses princípios*.

É preciso ter em conta, portanto, o objeto e o fim dos tratados de investimento. Roberts relembra que «even when respondent states are democratic, investment treaties might have been signed to give protections to *foreign* investors precisely because *domestic* democratic processes do not adequately protect them».²⁹⁹⁻³⁰⁰

Em todo o caso, os standards substantivos do DIE desempenham uma função garantística, de limitação do poder político, inclusivamente do poder legislativo.³⁰¹ O

ache vinculado em relação ao investimento. Uma das leituras sobre as umbrella clauses, conhecida como «stepping out of the contractual shoes test» ou “something more” doctrine, passa por exigir que o comportamento estadual que interfere com o contrato seja um *ato de autoridade* e não um ato de gestão privada da administração (eg. Vigotop v. Hungary, ICSID Case No. ARB/11/22, Award, 01.10.14, ¶317 ss.). Schill 2009, p. 58, 75-84, argumenta que, historicamente, a inclusão da umbrella clause nos API visa proteger o investidor contra quaisquer comportamentos “oportunistas” do Estado de acolhimento, *independentemente de estes serem manifestações de autoridade pública ou de natureza comercial*. Também Potts 2011, pp. 1028-1035, sustenta, com base nos elementos histórico e teleológico de interpretação dos tratados, a preferência por uma *compreensão ampla* das umbrella clauses, não restrita, portanto, às situações em que o Estado de acolhimento exerça poderes de autoridade. Cf., sobre as umbrella clauses, Alvik 2011, pp. 199-200; Montt 2009, p. 338-342; Lima Pinheiro 2008, p. 93; Sornarajah 2018, pp. 354-355; Crawford 2012, pp. 630-631.

²⁹⁸ Há Autores que veem na arbitragem dos tratados uma manifestação de direito administrativo global. É o caso de Van Harten & Loughlin, 2006, p. 121 ss., e, em parte, de Montt 2009, p. 237, para quem os API são manifestações de direito administrativo global (controlo do poder executivo), mas também de direito constitucional global (controlo dos limites impostos ao direito de propriedade em nome do interesse público). Entre nós, não descurando essa hipótese, Tavares da Silva 2010, p. 25 ss.

²⁹⁹ Roberts 2013, p. 68. A Autora defende, portanto, que os API devem ser concebidos como tratados “triangulares”, isto é, tratados entre Estados que atribuem direitos a terceiros (investidores). As disputas de investimento não são, neste sentido, disputas “verticais”. São disputas “diagonais”, esteadas na barganha bilateral entre os Estados envolvidos. Em sentido igualmente crítico à aproximação da arbitragem dos tratados a institutos de direito público, Chen 2015, p. 307; e Arato 2013, p. 545 ss., rejeitando a aplicação da doutrina da margem de apreciação no direito internacional do investimento.

³⁰⁰ De outra parte, a aplicação dos institutos de direito internacional público a disputas verticais (investidor-Estado) nem sempre produz os resultados mais adequados, como demonstraram os casos da crise argentina, a propósito, concretamente, da aplicação do artigo 25 PARIE. Especificamente sobre a defesa argentina, os textos de Reinisch 2007, p. 195 ss.; Burke-White & Von Staden 2010, p. 297 ss.; Burke-White 2008, p. 200 ss.; Zarra 2018, p. 653 ss.; Hobe & Griebel 2010, p. 424 ss. (comparando a defesa por necessidade no direito da OMC e nos API); Kent & Harrington 2011, p. 246 ss. Da perspetiva da análise económica do direito, Sykes 2015, p. 296 ss.

³⁰¹ A confirmá-lo está a circunstância de muitos dos diferendos relativos a investimentos decididos na arbitragem – revogação/anulação de licenças ambientais, políticas antitabaco com efeitos sobre direitos de propriedade intelectual, aceleração do encerramento das centrais nucleares, alteração dos regimes de incentivo à eletricidade produzida a partir de fontes renováveis – terem sido, em momento prévio, sujeitas ao escrutínio de tribunais administrativos e constitucionais, e não de tribunais civis ou comerciais. Isto

caráter propositadamente vago, “silencioso” ou compromissório dos standards substantivos de tratamento do investidor tem a marca formal e funcional de uma constituição.³⁰² *Certas* dimensões dos standards contêm direitos humanos e direitos materialmente fundamentais. Podem operar, neste sentido, como uma constituição compensatória ou de *fire alarm*.³⁰³

3. Tutela

O DIE beneficia de um sistema de tutela dotado de características especiais. O sistema resulta da conjugação do direito de ação do investidor contra o Estado de acolhimento, num tribunal arbitral, com uma proteção jurídica, *prima facie*, secundária. Abordámos supra a origem desse sistema, designadamente a evolução a partir da arbitragem comercial e dos contratos de investimento.

Tradicionalmente, a arbitragem dos tratados é, do ponto de vista *processual*, muito semelhante à arbitragem comercial: árbitros designados pelas partes do litígio, levantamento da confidencialidade apenas com a concordância das partes,³⁰⁴ princípio da “competência-competência”.³⁰⁵ É, pois, a autonomia das partes que estrutura e orienta a resolução do diferendo. A um modelo de arbitragem juntou-se a “internacionalização” proveniente dos API, da Convenção de Nova Iorque e da Convenção ICSID.

Daqui emergiu, em nosso entender, um sistema de tutela com *qualidades constitucionais* e distinto do restante direito internacional. Sejamos claros. O sistema de tutela do DIE, baseado numa compensação financeira, não se confunde com os mecanismos de garantia previstos no direito constitucional ou no direito da União (eg. fiscalização da constitucionalidade, recurso de amparo, ação de anulação), nem com as suas consequências jurídicas (eg. invalidação ou desaplicação da norma jurídica contrária à constituição ou ao direito primário).

Todavia, de modo formalmente menos agressivo que o direito internacional – por a implementação da sentença arbitral não pressupor diretamente a prática de atos de

sem prejuízo do que se disse supra sobre a desnecessidade de esgotamento dos recursos internos como regra por omissão no sistema de arbitragem dos tratados.

³⁰² Grimm 2016, p. 299.

³⁰³ Paine 2019; Cassese 2018, p. 35.

³⁰⁴ Artigo 48.5 da Convenção ICSID. Este é um ponto em que a reforma da arbitragem dos API já funcionou.

³⁰⁵ Artigo 41 da Convenção ICSID.

autoridade no plano interno – o DIE promove um nível de implementação mais eficaz (porque assente na arbitragem) e menos condicionado pelo direito constitucional dos Estados (porque baseado numa tutela jurídica secundária).

De facto, uma sentença ICSID é obrigatoriamente reconhecida em qualquer Estado-parte da Convenção ICSID. Esse Estado executa a obrigação financeira determinada pela sentença, através dos bens que o Estado executado disponha no território do Estado executante. Em teoria, este movimento pode ocorrer repetidamente, sem que o direito constitucional do Estado executado (ou o direito da União) seja convocado. Do ponto de vista constitucional, a *conformação* do modo como os Estados disciplinam as atividades económicas sujeitas à sua jurisdição é, nesta perspetiva, superior à do direito internacional, mesmo nos Estados que o recebem automaticamente, como é o caso português.³⁰⁶

Estas são, em síntese, as três *qualidades constitucionais* do DIE. Elas justificam, em nosso entender, que se possa falar de uma constituição *figurada*, sem cuidar da resposta que se dê à questão – de teoria da constituição ou de *quid ius* constitucional – sobre se é possível um constitucionalismo *para lá do Estado*.

II. O DESAFIO DE DIREITO PÚBLICO

A conjugação destes elementos levou os publicistas, no final da primeira década do novo século, a falar de um “desafio de direito público” ao DIE. Embora com nuances e intensidade variadas, esse desafio resultava do desalinho entre o “invólucro” comercial (e internacional) da arbitragem dos tratados e o facto de o sistema poder ter por objeto questões de direito público (administrativo e constitucional).³⁰⁷⁻³⁰⁸

³⁰⁶ Kulick 2012, pp. 123-124; Stoll & Holterhus 2016, p. 345.

³⁰⁷ Schill 2011, p. 67. Para o Autor, a crítica de direito público «relates to the observation that investment treaty arbitration restricts governmental action, and therefore concerns questions of public law, without relying on a dispute settlement mechanism that conforms to core public law values, including democracy, equal treatment, separation of powers, legal certainty and predictability, or in other words, the rule of law»].

³⁰⁸ Para Van Harten 2007, pp. 45-55, a classificação da arbitragem dos tratados como um mecanismo de direito público (“mechanism of adjudicative review in public law”) assenta, por um lado, na circunstância de o sistema estar estabelecido sobre um ato de autoridade pública – um tratado internacional – e por outro, no facto de ter por objeto disputas de direito público («disputes arising from the the exercise of sovereign authority»). Para Schill 2011a, p. 79, o sistema de arbitragem dos tratados é uma forma de “global public authority” porquanto, através de um *stare decisis* informal, as sentenças arbitrais viabilizam um processo jurisdiccional de criação de um corpo de normas – o direito internacional do investimento – que molda as expectativas dos investidores e dos Estados noutras disputas. Em sentido próximo, Urueña 2016a, p. 102, para quem o regime do investimento é uma tecnologia de global governance, «in which an international institution exercises power with a direct impact on individuals

A par de alguns casos NAFTA,³⁰⁹ foram as sentenças arbitrais proferidas nos casos da “crise argentina” que deram ensejo a este desafio-crítica.³¹⁰ Estes foram casos que colocaram a nu as dificuldades de o sistema, como se achava configurado, manter níveis de legitimidade-legitimação compatíveis com as funções constitucionais cujo desempenho lhe era assacado. Trataremos este *deficit* já de seguida.

1. O deficit constitucional do DIE

Apesar das “qualidades constitucionais” que a doutrina – ora numa perspetiva empírico-crítica (Schneiderman, Kumm), ora numa perspetiva normativa (Schill) – reconhece ao DIE, o sistema alia as dificuldades tradicionais de legitimação dos regimes internacionais aos problemas de legitimidade associados à fragmentação do direito internacional, à violação do princípio da igualdade e ao sistema de tutela *sui generis* em que se baseia. Nisto consiste, a nosso ver, o *deficit* constitucional do DIE.

Em síntese, segundo os críticos, o DIE é (i) incoerente, (ii) ilegítimo e (iii) inibidor da atividade legislativa.³¹¹

1.1. Um sistema incoerente

Um primeiro nível de incoerência do DIE prende-se, desde logo, com a sua diversidade *substantiva*, exposta na ausência de um tratado multilateral de investimento.³¹² Com efeito, os tribunais de investimento são chamados a interpretar e aplicar standards substantivos *próximos*, mas cujas diferenças de redação e de contexto (objeto e fim do tratado) alavancam resultados normativos distintos. O melhor exemplo desta diversidade é o sentido atribuído ao FET no quadro do TCE, que trataremos no Cap. 5.

beyond the parties do the investment dispute». Kulick 2012 e Montt 2009 preferem falar de um “global public law system”; Sweet & Griesel 2017, p. 30, reconhecem as “funções constitucionais” do sistema ICSID/Convenção de Nova Iorque. Entre nós, sobre o tema, Diogo 2018, p. 168 ss.

³⁰⁹ Infra Cap. 6.

³¹⁰ Os casos da crise argentina abriram o debate sobre a analogia relevante no DIE. Roberts 2013, p. 45 ss., explica que os três paradigmas da arbitragem de investimento – como direito internacional privado, como direito internacional público, ou como direito público - «represent different attempts at seizing institutional power by empowering particular types of expertise, systems of knowledge, and values».

³¹¹ Para uma síntese destas críticas, cf., na doutrina portuguesa, Moura Vicente 2016; e Teixeira 2018, pp. 203-229. Para uma síntese, na doutrina estrangeira, Schill 2015a; Benvenisti 2016, p. 58 ss.; Alvarez 2011, p. 512 ss.; Brabandere 2018, p. 2616 ss.; Brower & Blanchard 2014, p. 700 ss.

³¹² Kaufmann-Kohler & Potestà 2016 (¶73).

O segundo nível de incoerência – mais evidente – provém da combinação de três características do sistema:

(i) O direito de ação do investidor contra o Estado de acolhimento, que viabiliza tantos processos arbitrais quanto o número de investidores estrangeiros afetados e que sejam beneficiários de um tratado de investimento.³¹³ O investidor exerce o seu direito de ação *se e quando* quiser, entenda-se, sem teste prévio ao sistema judicial interno e de acordo com a sua estratégia comercial, que pode, ou não, coincidir com a do Estado de origem.³¹⁴ Este traço confere ao investidor um instrumento de pressão e de barganha muito forte sobre o Estado de acolhimento.³¹⁵

(ii) A primazia da proteção jurídica secundária, a significar que o ato em que assentou a violação do tratado pode permanecer no ordenamento jurídico do Estado de acolhimento, originando múltiplos pedidos de arbitragem (e outros tantos pedidos de compensação financeira).³¹⁶

(iii) As características dos tribunais arbitrais de investimento, de cuja decisão não há recurso. Recordamos que as sentenças ICSID só podem ser anuladas nos termos do artigo 52 da Convenção,³¹⁷ e que as sentenças não-ICSID são anuláveis nos termos do direito do lugar da arbitragem (*lex arbitrii*), que é escolhido pelas partes ou pelos árbitros.³¹⁸ Nenhum dos novos tratados de investimento da União com países terceiros se desvia desta última regra, ou seja, em nenhum deles se determina a *lex arbitrii*.³¹⁹

A ausência de um mecanismo uniformizador de jurisprudência, aliada à multiplicação de processos, é necessariamente fator de incoerência. A sentença não produz efeitos fora do processo e não é possível falar de um efeito de *res interpretata* em termos semelhantes aos que valem na CEDH.³²⁰ Apesar disso, alguma doutrina fala de um *stare decisis* informal para descrever o recurso maciço ao precedente “interno”, entenda-se, às decisões proferidas por outros tribunais arbitrais de investimento.³²¹

³¹³ Pense-se nos processos arbitrais gerados pela crise argentina ou pelas alterações ao regime de incentivação das energias renováveis.

³¹⁴ Van Harten 2007, p. 97; Douglas 2003, p. 170.

³¹⁵ Sanders 2010, p. 346.

³¹⁶ Infra Cap. 7.

³¹⁷ Os dados oficiais dos processos de anulação podem ser consultados em ICSID 2020, p. 16. Esses dados revelam que, desde 2011 até ao presente, apenas 6 sentenças (em 197 decisões proferidas) foram anuladas.

³¹⁸ Respetivamente, os artigos 19 do Mecanismo Suplementar ICSID e 18 das Regras de Arbitragem UNCITRAL.

³¹⁹ Destacando este ponto, Cullborg 2017.

³²⁰ Sobre este efeito, Gerards 2014, p. 23.

³²¹ Sweet, Chung & Saltzman 2017, p. 583; Schill 2011b, p. 1095; Brabandere 2012, pp. 245-288.

Schill & Tvede qualificam o sistema como “largely coherent”, sem prejuízo de algumas exceções importantes.³²²

O *deficit* institucional do sistema é, em nosso entender, um elemento que dificulta o funcionamento das técnicas de diálogo judicial (entre sistemas jurisdicionais distintos).³²³ Estas são ferramentas mobilizadas pelos tribunais domésticos e internacionais para regular a interação entre vários subsistemas jurídicos a nível global e que não se relacionam entre si em termos de hierarquia. Falamos das técnicas de consideração mútua, de diálogo judicial, subsidiariedade, proteção equivalente.³²⁴ A deferência (e a confiança) que o ato de “comunicação” comporta só é concebível se do outro lado estiverem reunidas condições para dialogar.

1.2. Um sistema ilegítimo

O sistema de arbitragem do investimento atravessa uma crise de legitimidade.³²⁵ Para uns, a crise é *chavão*, feito de conclusões apressadas e pulsões ideológicas antiglobalização.³²⁶ Para outros, o sistema tem tantos defeitos que só pode ser abandonado.³²⁷

³²² Schill & Tvede 2015, p. 99. Um dos “custos” do sistema de precedente é, no entender de Kuijper et al 2014, p. 67, um certo laxismo na aplicação das regras sobre interpretação dos tratados previstas na CVDT, com a consequente impossibilidade de os Estados se manterem “Senhores dos tratados”. Montt 2009, p. 157, argumenta que a incoerência é um resultado projetado pelos Estados, a partir do momento em que não se coordenaram no sentido de instituir um tribunal permanente de investimento ou um Órgão de Recurso ao estilo da OMC.

³²³ Slaughter 1993, p. 126, explicando que uma das condições para a “comunicação judicial” é uma *identidade judicial comum*, manifestada, entre outros aspetos, em modos de raciocinar tipicamente jurisdicionais, como o caráter solene do precedente, mesmo em sistemas onde não vale o *stare decisis*.

³²⁴ Seguimos a taxonomia de D’Alterio 2011, p. 399 ss.

³²⁵ Franck 2005, p. 1521 ss. A literatura é extensa, mas destacamos a obra coletiva editada por Waibel, em 2010, cujo título – *The Backlash against investment arbitration* – celebrou o movimento de crítica ao sistema de arbitragem do investimento.

³²⁶ Brower & Blanchard 2014, p. 699. Em jeito intermédio, Lenk 2019, p. 240; e Kulick 2017, p. 6, argumentando que se trata sobretudo de um problema de *perceção de ilegitimidade*.

³²⁷ Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram a Convenção ICSID. Tanto a Constituição da Bolívia, como a Constituição do Equador contêm normas que proíbem a inclusão de cláusulas ISDS nos contratos de investimento a celebrar com investidores estrangeiros (respetivamente, artigos 366 e 422). No Equador, a Corte Constitucional, ao abrigo da sua competência para ajuizar preventivamente da constitucionalidade de tratados internacionais (e da denúncia desses tratados), considerou que as cláusulas de arbitragem contidas em vários API seriam inconstitucionais, por violarem o disposto no artigo 422 da Constituição [eg. Dictamen n.º 020-10-DTI-CC, Caso n.º 0008-10-TI, disponível em <https://www.italaw.com/cases/3031> (acesso a 13.02.2020) a propósito do API Equador-Reino Unido]. A África do Sul denunciou boa parte dos seus API; a Rússia saiu do TCE; a Indonésia manifestou intenção de denunciar os seus 67 API. Sobre estas reações, Cazala 2017, pp. 84-85; e Sattorova 2017.

(i) O sistema tem falta de legitimidade democrática (legitimação), afetando de forma incontrolada os princípios da soberania estadual e da autodeterminação.³²⁸ Uma vez mais, é a conjugação de um *bypass* substantivo com um *bypass* adjetivo (ao direito do Estado de acolhimento) que está na base do *deficit* de legitimidade democrática do sistema.

Porque baseados no consentimento dos Estados, os tratados beneficiam de uma legitimidade democrática indireta. As formulações “vagas” dos tratados de investimento (eg. FET), pensadas para uma conjuntura em que a resolução das disputas de investimento se fazia através do instituto da proteção diplomática, tem ínsito um elemento de “delegação criadora”.³²⁹ Cabe aos tribunais arbitrais a definição dos limites a que está sujeito o poder estadual de regulação da atividade económica. Foi com base neste mandato que a jurisprudência importou, para a arbitragem do investimento, o princípio das legítimas expectativas ou o instituto da expropriação regulatória.³³⁰

Não há nada de novo na diluição do consentimento estadual através da transferência de poderes soberanos para tribunais internacionais ou supranacionais.³³¹ É isso que sucede no direito da UE e na CEDH, que também são alvo de críticas. Reivindica-se, porém, que a arbitragem do investimento agudiza esses receios. Em primeiro lugar, os tribunais do Estado de acolhimento não têm a faculdade de controlar a implementação das sentenças arbitrais, afastando-se, por isso, da CEDH ou da arbitragem administrativa. Em segundo lugar, a falta de transparência do processo dificulta o funcionamento de mecanismos “compensatórios” do *deficit* democrático a nível global, tais como a democracia deliberativa, *accountability* - aquilo que Petersmann designa por “constitucionalismo cosmopolita”.³³²⁻³³³

³²⁸ Sobre as diferenças entre legitimidade e legitimação, Gomes Canotilho 2007, p. 1439.

³²⁹ Montt 2009, p. 144; Titi 2013, p. 831 (referindo-se a um processo de “interpretative lawmaking”).

³³⁰ Zarra 2018, p. 168.

³³¹ Brower & Blanchard 2014, p. 720, recordando que a maior parte das críticas dirigidas ao DIE valem para a generalidade do direito internacional; Medeiros 2015, pp. 35-36, lembrando que, mesmo sem esquecer o papel dos Parlamentos na aprovação dos tratados internacionais – artigo 161, al. i) da CRP – a “dinâmica” das organizações internacionais criadas pelos tratados provoca o “enfraquecimento” do poder de muitos Estados; e Peters 2006, p. 587;

³³² Moreira 2013, p. 532; Cassese 2018, p. 97. Brower & Blanchard 2014, p. 718 consideram a crítica deslocada: não só a confidencialidade do processo é cada vez menos comum, como na ausência de consentimento das partes à publicação dos documentos, a existência do pedido de arbitragem, a identidade das partes e o tema da arbitragem chegam sempre ao conhecimento do público. Concordamos com a primeira parte do argumento (a confidencialidade é, de facto, uma situação rara na arbitragem dos tratados), mas discordamos *frontalmente* da segunda. A divulgação dos aspetos referidos não chega sequer a ser um “ensaio” de transparência e de *accountability*. Entre nós, sobre a centralidade da dicotomia confidencialidade-transparência, Júdice 2016, p. 87; e Pinto Leite 2016, p. 245.

³³³ Supra Cap. 1.

Recorde-se que a União Europeia suspendeu, em 2014, as negociações da TTIP com os Estados-Unidos para realizar uma consulta pública aos cidadãos da União relativamente ao capítulo do investimento e aos mecanismos de resolução de disputas. Finalmente, a capacidade de os cidadãos expressarem as suas preferências através do sistema político é dificultada mesmo nas situações em que a decisão dos Estados é “sair” do sistema.³³⁴

Os resultados do sistema – a sua efetividade (*output legitimacy*) – tampouco compensam a lacuna democrática.³³⁵ Um dos argumentos é o de que o modo como o sistema está estruturado não permite a promoção do *rule of law* nem das instituições de boa governança no Estado de acolhimento.³³⁶ Na verdade, se um dos princípios ínsitos ao Estado de direito é a independência e credibilidade do poder judicial, fica por explicar de que forma é que um sistema assente na *desnecessidade de esgotamento dos recursos internos* e em cláusulas *fork in the road* estimula aqueles desenvolvimentos.³³⁷

A configuração disjuntiva da tutela jurisdicional *desencoraja* a “complementaridade” entre o DIE e o direito interno. Enfraquece, por um lado, a dimensão *terapêutica* do DIE, uma vez que os tribunais domésticos não são chamados a controlar a atuação de legislador ou do executivo. Impede, por outro, a dimensão *profilática*, ou seja, os efeitos *spill over* do DIE sobre o direito interno.³³⁸

(ii) O sistema tem falta de legitimidade normativa (validade). A doutrina aponta o dedo ao caráter *assimétrico* do DIE (*bias* sistémico), onde só os investidores têm direitos e os Estados de acolhimento raramente têm a possibilidade de deduzir pedidos reconventionais (*counterclaims*).³³⁹ O número de casos decididos em favor do

³³⁴ Essa saída é dificultada pelas cláusulas *sunset* (cláusulas de sobrevivência), que prolongam os efeitos do API para lá da denúncia de uma das partes contratantes, mas também pelo controlo exercido pelo poder judicial sobre as decisões do executivo (Jacobs 2015, p. 47; McLachlan 2019, p. 499; Binder 2012, pp. 921-924). Eg. artigo 30.9 CETA, onde se prevê uma cláusula de sobrevivência de 20 anos.

³³⁵ Sobre a diferença entre legitimidade à entrada (*input legitimacy*) e legitimidade à chegada (*output legitimacy*), que corresponde, no fundo, à distinção entre *governo do povo e governo para o povo*, Krisch 2014, p. 6; e Machete 2012, pp. 339-341.

³³⁶ Contrariando esta crítica, Brower & Blanchard 2014, p. 703; Schill & Djanic 2018, p. 577.

³³⁷ Tan 2015, p. 163.

³³⁸ Puig & Shaffer 2018, pp. 396-397, comparando o DIE com o sistema da CEDH, que prevê o esgotamento dos recursos internos [«(...) In doing so, it arguably provides an incentive for domestic authorities to improve the domestic rule of law»].

³³⁹ Uma vez mais, há que entender com cautela esta crítica. Brower & Blanchard 2014, p. 712 ss., referem que as regras da Convenção ICSID não impedem os Estados demandados de formular pedidos reconventionais, desde que tal prerrogativa esteja prevista no instrumento de consentimento à arbitragem. O facto de isso raramente acontecer não quer dizer que o sistema esteja viciado. Significa, tão somente, que os Estados de acolhimento têm à sua disposição outros meios de tutela que consideram mais eficazes. Aliás, se o sistema é desequilibrado e de inspiração imperialista, fica por explicar não só os API entre economias desenvolvidas (eg. CETA), como os tratados de investimento entre economias em desenvolvimento (eg. Protocolo de Investimento da SADC).

investidor é anormalmente elevado, sobretudo se comparado com a atividade da jurisdição administrativa e constitucional no direito interno. Daí a interrogação de Kumm: «Is there any other procedure where private actors have anything close to a 40%-50% success rate going up against public authorities before an impartial and independent tribunal in first instance? (...)».³⁴⁰⁻³⁴¹

Trata-se, por outro lado, de um sistema que viola o princípio da igualdade e o princípio do processo equitativo e da independência dos tribunais, dois princípios que, entre nós, integram o regime geral dos direitos fundamentais (artigos 13 e 20 CRP, respetivamente).

A violação do princípio da igualdade de tratamento resulta da criação, pelo DIE, de um sistema “reforçado” de proteção em benefício dos investidores estrangeiros, com prejuízo, portanto, para os investidores nacionais e para outros investidores da União que não sejam parte do tratado.³⁴²

É preciso, naturalmente, distinguir a questão suscitada pelos API intra-União, onde se discute a eventual violação do princípio da não discriminação entre investidores de um Estado-membro e investidores de outro Estado-membro e que é, sobretudo, um problema de mercado interno (artigos 18 TFUE e 21.2 da CDFUE), da questão levantada pelos API entre a UE e Estados terceiros, para os quais não vale a proibição de discriminação, mas que podem ser escrutinados à luz do princípio da igualdade de tratamento consagrado no artigo 20 da CDFUE.

Tanto uma questão como a outra pressupõem um juízo sobre se (i) o sistema substantivo e adjetivo de proteção que emerge do DIE é *reforçado* relativamente à proteção oferecida pelo nível interno; (ii) se os investidores “estrangeiros”, atentos os fins do sistema, estão *numa situação comparável* à dos investidores nacionais.

³⁴⁰ Kumm 2015. Os dados estatísticos mais recentes demonstram que, no período de 1987-2020, 29% dos processos foram decididos a favor dos investidores, 37% a favor dos Estados, e 21% através de acordo/transação (UNCTAD 2020, pp. 111-112). Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 242 (nota n.º 9), citando um estudo de R. Howse, sublinham que a resolução através de acordo implica geralmente ou o pagamento de uma compensação ao investidor ou a alteração do quadro regulatório. O que significa que a observação de Kumm terá algum cabimento empírico. Com interpretação diversa dos dados, Moura Vicente 2016, p. 346; Franck 2019, p. 141.

³⁴¹ Outra das críticas prende-se com a reminiscência “colonial” do modelo, que profere sistematicamente decisões contra os países em vias de desenvolvimento (Zarate 2018, p. 2783), violando assim o princípio de equilíbrio entre as partes, “decorrente da própria ideia de justiça”, como explica Moura Ramos 1982, p. 170. Sem prejuízo da importância do problema (em geral), ele não tem impacto na nossa tese, por a proteção substantiva contra a alteração normativa que se tem em vista ser a do direito “interno” de países OCDE.

³⁴² Kumm 2015; Kuijper et al 2014, p. 143 ss.

A nossa tese – de que o DIE oferece aos investidores uma proteção reforçada contra a alteração normativa – permitirá comprovar a primeira asserção. Já a segunda extravasa o âmbito material do presente trabalho.³⁴³ O mesmo é dizer que deixaremos de lado a questão de saber se a previsão de um sistema internacional de resolução de litígios investidor-Estado (de arbitragem ou misto) e a sua mobilização em litígios intra ou extra União viola o princípios da não discriminação e da igualdade consagrados no direito primário da União.³⁴⁴

Já a violação do princípio do processo equitativo e da independência dos tribunais reporta-se – sobretudo - à dimensão institucional do direito de acesso ao direito, isto é, ao dever do Estado de assegurar a criação de esquemas organizatórios que permitam uma efetiva proteção judicial dos particulares.³⁴⁵ A crítica tem que ver com o facto de a arbitragem investidor-Estado não assegurar as garantias de independência e imparcialidade dos árbitros.³⁴⁶

O modelo atual – API, Convenção ICSID e regulamentos de arbitragem – não desconhece, como é bom de ver, as exigências de independência e de imparcialidade dos árbitros.³⁴⁷ O artigo 14.1 da Convenção ICSID, em conjugação com o artigo 40.2 do mesmo tratado, exige que os árbitros selecionados pelas partes ou designados para a lista de árbitros ofereçam «todas as garantias de independência no exercício das suas funções». O artigo 57.1 permite a desqualificação de membros «com base num facto que indique uma manifesta falta das qualidades exigidas».

Na verdade, «independence and impartiality are key elements of any system of justice and they are meant to ensure a fair trial and compliance with due process requirements».³⁴⁸ Contudo, a concretização funcional e organizatória destas exigências varia consoante esteja em causa arbitragem interestadual, arbitragem comercial,

³⁴³ Infra (sobretudo) Cap. 6.

³⁴⁴ Parecer 1/17, Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno), 30.04.2019, ¶162-181, concluindo que não havia violação do princípio da igualdade de tratamento, pelo facto de os investidores canadianos não estarem numa situação comparável à dos investidores da União. A única comparação possível seria entre as empresas da União que investem no Canadá e as empresas do Canadá que investem na União. Na doutrina, discutindo as questões, Basener 2017, pp. 305-321; Stoll & Holterhus 2016, pp. 351 ss.

³⁴⁵ Sobre a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 20 da CRP, Gomes Canotilho 2013, p. 334; e Moreira 2016, pp. 123-151.

³⁴⁶ Benvenuti 2016, p. 60.

³⁴⁷ Cf., a título de exemplo, os artigos 14, 52 e 57 da Convenção ICSID, os artigos 11 e 12 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, os artigos 11 e 14 das Regras de Arbitragem da ICC. Estudos referidos no texto de Dupont & Schultz 2016, pp. 19-22 desmentem que haja uma ligação a entre a nomeação de um certo árbitro e as sentenças arbitrais previamente proferidas. Sobre este ponto, Sardinha 2018, p. 125.

³⁴⁸ Comentário n.º 33 do Draft Code of Conduct for Ajudicators in Investor-State Dispute Settlement, elaborado pelos Secretariados do ICSID e da UNCITRAL no seguimento do trabalho desenvolvido pelo Grupo de trabalho III (o comentário remete para o ¶9 do Documento A/CN.9/WG.III/WP.151).

arbitragem voluntária ou arbitragem necessária, arbitragem de direito público (interna), arbitragem do investimento estrangeiro (e dentro desta, arbitragem dos tratados). Dito de outro modo, a *modelação* do princípio do Estado de Direito ou da ideia de *rule of law* não é idêntica – nem se coloca com a mesma intensidade – em todos os tipos de arbitragem.³⁴⁹

Ora, no que respeita à arbitragem dos tratados, as objeções relacionadas com a independência dos árbitros prendem-se não só com os aspetos funcionais do sistema (eg. qualificações, standards éticos, regime de impedimentos), mas também com os aspetos organizacionais (eg. tribunal permanente ou *ad hoc*, duração do mandato, mandatos renováveis ou não renováveis).

Há dúvidas quanto à *suficiência* e adequação dos standards éticos já existentes – pensados para a arbitragem comercial – à arbitragem do investimento estrangeiro. Pense-se, por ex., em questões ligadas à extensão dos deveres de revelação de conflitos de interesses dos árbitros, ou à imposição de limites às nomeações sucessivas, isto é, à nomeação reiterada do mesmo árbitro por uma das partes (*repeat appointments*).³⁵⁰ A arbitragem dos tratados, pelas suas características, facilita que a mesma questão de direito (eg. compatibilidade de um ato legislativo com o FET) seja apreciada em inúmeros processos arbitrais, gerando situações de “pré-decisão” e potenciando fenómenos de dependência (do árbitro relativamente a uma das partes).³⁵¹ Cria-se, pois, uma “aparência” de parcialidade (*perceived bias*). As situações de desqualificação são, aliás, muito escassas.³⁵²

Os aspetos organizacionais prendem-se com a inamovibilidade e com o exercício exclusivo das funções. Para Van Harten, na ausência de inamovibilidade (*secure of tenure*), o sistema não impede a influência dos interesses envolvidos (Estado

³⁴⁹ Wolkewitz 2016.

³⁵⁰ Cf. Diretrizes IBA sobre conflitos de interesse na arbitragem internacional, um conjunto de orientações não vinculativas que se aplicam tanto à arbitragem comercial internacional como à arbitragem de investimentos (ponto 6 da Introdução); e comparar com o Draft Code of Conduct for Adjudicators in ISDS, que pretende ser um conjunto de regras vinculativas aplicáveis, em exclusivo, à arbitragem do investimento (ponto 5 da Introdução). Por ex., as Diretrizes IBA incluem na Lista Verde (lista não-taxativa de situações em que inexistente conflito de interesses e que, portanto, não estão abrangidas pelo dever de revelação) as opiniões e pareceres jurídicos expressados pelos árbitros sobre matéria que também esteja em causa no processo arbitral, ao passo que o artigo 5 do Draft Code estende esse dever de revelação, sem contemplações, a todas as publicações e palestras públicas do árbitro. Sérvulo Correia 2010, p. 834 ss. considera que essas opiniões ou textos não devem impedir a nomeação, «desde que as posições assumidas hajam sido genéricas e não relativas ao próprio caso». Sobre as vantagens e desvantagens de um sistema de nomeação pelas partes (da disputa), Giorgetti 2013, p. 455 ss.

³⁵¹ Cf. ¶22 do Documento A/CN.9/WG.III/WP.151 do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL.

³⁵² Destacamos as sucessivas tentativas de Espanha, nos processos arbitrais movidos por investidores do setor das renováveis, de obter a desqualificação de árbitros. Na doutrina, Sardinha 2018, p. 127; Crawford 2015, p. 596 ss.

e negócios) sobre os árbitros que desejem continuar no “mercado” da arbitragem. «*It is precisely because they are not appointed and assured tenure by the state that arbitrators are exposed to undue political pressures*».353 Um mecanismo permanente, para além de solucionar a aparência de parcialidade supra identificada, uma vez que a formação competente para ajuizar de cada disputa é aleatória, assegura – ainda – as vantagens de previsibilidade, consistência e de lastro jurisprudencial (aquilo que, no sistema da CEDH, corresponde à ideia de *res interpretata*) que o controlo da atividade política à luz de formulações “silenciosas” ou indeterminadas necessariamente requer.354

Só num tribunal permanente faz sentido colocar a questão da exclusividade ou, por outras palavras, a proibição do “double-hatting”.355 «Double-hatting is usually understood as the practice by which one individual acts simultaneously as an international arbitrator and a counsel in separate ISDS proceedings».356-357

Para a perspetiva que adotamos no presente trabalho, o ponto é sobretudo este: atentas as características das disputas investidor-Estado fundadas em API, quão importante é a transição para um sistema jurisdicional permanente? Bastaria um sistema de impedimentos mais exigente, complementado por uma instância de recurso? Bastaria um modelo de lista pré-aprovada? Até que ponto devem estas considerações – respeitantes às vantagens e desvantagens dos modelos de resolução de disputas *na perspetiva do DIE* – condicionar a validade constitucional da arbitragem dos tratados? São questões a que procuraremos dar resposta no fim deste Capítulo.

1.3. Um sistema inibidor da atividade legislativa (soberania)

Outra das críticas ao DIE é a de que a combinação entre tratados e arbitragem impõe um constrangimento excessivo ao direito de regular (*right to regulate*), e mais

353 Van Harten 2007, p. 174 – o itálico é nosso; e do mesmo Autor, especificamente sobre o tema, Van Harten 2010, p. 433 ss.

354 Este ponto é sublinhado no documento anexo às observações submetidas pela União Europeia no âmbito do Grupo de Trabalho III, sessão de 18.01.19 (¶7, ¶30).

355 Kuijper et al. 2014; Sardinha 2018, p. 121; Crook 2019, p. 288.

356 Estes não são os únicos problemas levantados pela seleção dos árbitros. Suscitam-se questões relativamente à nacionalidade (os árbitros são predominantemente provenientes de países OCDE), ao género (esmagadoramente masculino) e às áreas de especialização (a maioria dos árbitros é especialista em arbitragem comercial e não em direito internacional público ou em direito público). Fala-se, a este propósito, de um “deficit de diversidade” na arbitragem (Jacobs 2015, p. 36; Matsumoto 2018, pp. 907-909, ambos com referências doutrinárias sobre o tema).

357 O problema não é exclusivo do direito público, como dá conta Rangel 2012, p. 655, mas agudiza-se no direito público.

especificamente, ao poder de *mudar de política* ou de voltar atrás numa determinada política.³⁵⁸ Também aqui há margem para as maiores divergências.

Na verdade, alguns Autores argumentam que a imposição de constrangimentos à soberania dos Estados, sendo transversal ao direito internacional, é menos intensa no DIE, já que a tutela dos direitos dos investidores, em caso de violação do API, não pressupõe execução específica, isto é, a eliminação do ato ou atos estaduais lesivos.³⁵⁹ A declaração da ilicitude do ato não implica geralmente para o Estado a obrigação de o eliminar, argumento mobilizado pelo Conseil constitutionnel francês e pelo AG Bot no Parecer 1/17.³⁶⁰ Como veremos na Parte III, a violação do API acarreta a responsabilidade internacional do Estado de acolhimento, discutindo-se na doutrina qual a relação que este regime de responsabilidade mantém com o regime previsto no PARIE.³⁶¹

A tutela dos direitos através da responsabilidade patrimonial, sobretudo no quadro de um sistema descentralizado como a arbitragem investidor-Estado, pode gerar um fenómeno de “subregulação” (*regulatory chill*), facto, aliás, não ignorado pelo Tribunal de Justiça quando ajuíza da responsabilidade extracontratual da UE ou dos Estados-membros por ato normativo.³⁶² Fala-se em “subregulação” para descrever as situações em que o Estado prescinde de legislar em benefício do interesse público com receio de que a alteração normativa possa acarretar a efetivação da sua responsabilidade patrimonial na arbitragem do investimento.³⁶³

A ameaça financeira da arbitragem faz-se sentir quando estão em causa atos legislativos. Recorde-se que os Estados dão o seu consentimento *ex ante* à arbitragem, viabilizando – ressalvadas as matérias excluídas do âmbito de aplicação *ratione materiae* do tratado (eg. questões relacionadas com impostos) ou da arbitragem (artigo 25.4 da Convenção ICSID) – disputas de investimento que têm por objeto atos legislativos, de aplicação tendencialmente geral e abstrata.³⁶⁴ Estando os Estados mais

³⁵⁸ Stifter & Reinisch 2016, p. 83.

³⁵⁹ Kuijper et al. 2014, pp. 93-94.

³⁶⁰ Conseil constitutionnel, Décision n.º 2017-749 DC, 31.07.2017, que apreciou a compatibilidade do CETA com a Constituição francesa; Conclusões do AG Bot sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019 ¶125, a propósito da compatibilidade do CETA com o direito primário da União.

³⁶¹ Infra Cap. 7.

³⁶² Infra Cap. 3.

³⁶³ Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, pp. 238-244; Dupont & Schultz 2016, p. 17; Cotula 2017, p. 357; Titi 2015, p. 267; Tienhaara 2011, pp. 606-627 (identificando várias situações de “subregulação”).

³⁶⁴ Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 236, com dados sobre as disputas de investimento desencadeadas por atos legislativos.

conscientes da ameaça da arbitragem, é normal que considerações ligadas ao maior ou menor risco de efetivação dessa ameaça sejam avaliadas pelo legislador.³⁶⁵

Não se trata de um fenómeno imaginário.³⁶⁶ Suspeita-se que o Governo português tenha adiado, na LOE 2018, a criação de uma contribuição incidente sobre os centros electroprodutores em regime especial (energias renováveis) com receio de que os investimentos estrangeiros com participações demandassem o Estado português na arbitragem do investimento, à semelhança do que fizeram os investidores estrangeiros em Espanha.³⁶⁷

A causalidade entre a inação legislativa e a ameaça da arbitragem não é, contudo, fácil de estabelecer, desde logo porque a proteção do investimento estrangeiro – e a preservação de um ambiente regulatório estável – também são interesses públicos constitucional e internacionalmente protegidos.³⁶⁸ A pressão internacional sobre os Estados aquando do procedimento político de decisão existe sempre.

III. A REFORMA DO SISTEMA DE ARBITRAGEM DOS TRATADOS

As propostas e projetos de reforma do sistema da arbitragem dos tratados acentuaram-se a partir da crise financeira de 2007. Devem ser compreendidos à luz da “crítica de direito público” que descrevemos supra, e desenvolvem-se, portanto, em torno de uma tripla orientação: *mais* institucionalização, *mais* legitimidade, *mais* Estado. Fala-se, por isso, do “regresso do Estado”,³⁶⁹ de “repolitização” ou de “retoma de controlo”.³⁷⁰ O fundamento é, no geral, o mesmo: se as disputas são públicas, tem de haver mais *publicidade* na arbitragem.

O ponto está em saber se o facto de haver mais Estado permite colmatar o *deficit* constitucional do DIE (legitimidade, legitimação e integração), e se a criação de um

³⁶⁵ Dupont & Schultz 2016, p. 18, sustentando que o fenómeno de subregulação tende a aumentar, à medida que o risco da arbitragem for incorporado nas avaliações de impacto da legislação.

³⁶⁶ Titi 2015, p. 279, dá conta de situações de adiamento de medidas anti-tabaco por causa da disputa entre a Philip Morris e a Australia (Philip Morris v. Australia, PCA case no. 2012-12, Award on Jurisdiction and admissibility, 17.12.2015).

³⁶⁷ Na verdade, Bloco de Esquerda e Governo tinham acordado a criação de uma Contribuição solidária para a extinção da Dívida tarifária do SEN, incidente sobre os centros electroprodutores para a produção de eletricidade em regime especial, que até aí haviam estado isentos da CESE (Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético). A extensão da CESE às renováveis acabaria por ocorrer por banda da LOE 2019.

³⁶⁸ Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 242; Brower & Blanchard 2014, p. 755; Zarate 2018, p. 2770 (em especial, nota n.º 23).

³⁶⁹ Alvarez 2011, pp. 223-264.

³⁷⁰ Kulick 2017, pp. 3-29.

sistema mais institucionalizado de “arbitragem” convolará o DIE numa “OMC 2.0”, seguindo o título da obra coordenada por Coutinho, Feteira & Santos.

A reforma tem recebido forte impulso da UNCITRAL, através das contribuições dos Estados no Grupo de Trabalho III e do estudo encomendado pela organização ao CIDS.³⁷¹ Deste estudo resultou um relatório que advoga um modelo de reforma implicando a criação de um tribunal internacional de investimento, de um mecanismo de recurso e de uma convenção de adesão, que permitiria aos Estados incorporar estes desenvolvimentos nos tratados de investimento já celebrados.³⁷²

A afetação do poder dos árbitros é, naturalmente, objeto de viva – e por vezes agressiva – contestação. Brower – árbitro (e juiz) renomado – questiona: «Why do these acknowledged leaders [referindo-se à UNCITRAL] of investment dispute arbitration as we know it bring *termites* into our wooden house of investor state dispute resolution?». ³⁷³

Abordaremos ao longo da Parte III, com mais pormenor, as estratégias de reforma ligadas ao FET e à cláusula expropriatória, por um lado, e o modelo de reforma proposto pela UE, por outro. Limitamo-nos, nesta fase, a estruturá-los em função da sua natureza mais ou menos drástica, seguindo de perto a taxonomia proposta por Roberts entre reformas incrementais, reformas sistémicas e reformas que implicam mudança de paradigma.³⁷⁴

1. Reformas incrementais

O nível menos drástico (ou meramente incremental) de reforma foi o encetado pelos Estados-Unidos e Canadá quando, na sequência de algumas decisões NAFTA, se viram – na formulação jocosa de Sornarajah – «at the wrong end of the stick». ³⁷⁵ Principiava assim, com os modelos de BIT norte-americano e canadiano de 2004, o processo de geração dos “novos BIT” ou “BIT 2.0”, que pretendiam “reabsorver” o desequilíbrio do sistema através da ênfase articulada do direito de regular em

³⁷¹ Acrónimo de Geneva Center for International Dispute Settlement.

³⁷² Kaufmann-Kohler & Potestà 2016.

³⁷³ A interrogação é transcrita por Roberts 2018, p. 427. Para Schwebel – juiz do Tribunal Administrativo do Banco Mundial e árbitro afamado – o principal defeito do sistema proposto pela Comissão Europeia é o de pretender substituir um sistema «which on any objective analysis works reasonably well» por um sistema com problemas não despididos em termos de coerência, racionalidade, funcionamento e financiamento (Schwebel 2016).

³⁷⁴ Roberts 2018, p. 410.

³⁷⁵ Sornarajah 2018, p. 300.

benefício do ambiente, da segurança, do trabalho, bem como de um anexo explicativo sobre expropriação.³⁷⁶⁻³⁷⁷

Os API atuais – sobretudo os novos FTA com capítulos sobre investimento – contêm disposições muito mais detalhadas sobre o FET,³⁷⁸ elencando as atuações estaduais que podem constituir uma violação do standard, sobre transparência³⁷⁹ e combate à corrupção³⁸⁰, sobre direitos humanos e responsabilidade social das empresas,³⁸¹ sobre boas práticas regulatórias, sobre desenvolvimento sustentável. Garantem, no preâmbulo e/ou no articulado do tratado, a manutenção de elevados níveis de proteção ambiental e o direito de estabelecer as suas próprias “prioridades ambientais”;³⁸² a declaração de que a promoção do investimento não deve ser feita à custa do abaixamento dos standards laborais;³⁸³ a exclusão de certas matérias ou de certas medidas do âmbito de proteção do tratado ou das disposições sobre investimento;³⁸⁴ ou cláusulas de exceção ou necessidade.³⁸⁵

2. Reformas sistémicas

³⁷⁶ Titi 2015, p. 43; Titi 2014.

³⁷⁷ Infra Cap. 5. O anexo explicativo sobre expropriação “migrou”, entretanto, para outros API, como demonstra eg. o anexo B do API Austrália-Uruguai. Na doutrina, cf., entre outros, Henckels 2016, p. 27 ss.; Giest 2017, p. 32 ss.; Barker 2017, p. 241 ss.; Brabandere 2017, pp. 285-308.

³⁷⁸ Eg. o artigo 8.10 CETA; ou o artigo 9.6 da CPTPP, que contém um anexo explicativo sobre o FET (Anexo 9-A), bem como disposições sobre o ónus da prova (artigo 9.23.7).

³⁷⁹ Verificaram-se avanços significativos em matéria de transparência, que ajudaram a paliar a natureza “clandestina” da arbitragem investidor-Estado. O primeiro foi a reforma do Regulamento de Arbitragem ICSID, em 2006, que permitiu a submissão de observações escritas por terceiros (*amicus curiae*), bem como a publicação de excertos da sentença sem o consentimento das partes (Regras 37.2, 41.3 e 48.4). O segundo passou pela elaboração das Regras UNCITRAL sobre a transparência da arbitragem entre os investidores e o Estado baseada nos tratados, aprovadas em 16.12.2013, que preveem a publicação de todos os documentos do processo (artigo 3, com as exceções do artigo 7), bem como a possibilidade de a sociedade civil (eg. Organizações não governamentais) apresentar as suas observações ao tribunal (artigo 4). A Convenção entrou em vigor em 01.04.2014 e aplica-se aos tratados celebrados após essa data. A AG das Nações Unidas adotou, então, em 10.12.2014, a Convenção das Maurícias, que permitiu a extensão das regras da Convenção sobre a transparência às arbitragens iniciadas com base em tratados concluídos antes de 01.04.2014. Os novos API concluídos pela União com Estados terceiros comprometem-se a respeitar as REGRAS UNCITRAL sobre transparência (eg. artigo 8.36 CETA). Sobre estas inovações, Kaufmann-Kohler & Potestà 2016, p. 27 ss.; Knahr 2011, pp. 319-338; Sackmann 2012, pp. 43-73; Wolkewitz 2016, p. 294; Moneke 2020, p. 157 ss.

³⁸⁰ Artigo 8.18.3 CETA.

³⁸¹ Eg. artigo 10 do Acordo de Facilitação de Investimento Brasil-Angola.

³⁸² Eg. artigo 24.3 CETA; artigo 20.3.2 da CPTPP.

³⁸³ Eg. artigo 19.4 CPTPP; artigo 23.4 USMCA.

³⁸⁴ Eg. artigo 29.5 CPTPP, que admite que as partes possam excluir as medidas antitabaco do âmbito de proteção do capítulo relativo ao investimento. Sobre este ponto, na doutrina, Korzum 2017, p. 398 ss.; Vandeveld 2013, p. 449 ss.

³⁸⁵ Infra nota n.º 2161.

Já integra as reformas ditas “sistêmicas” a proposta – veiculada pela União Europeia e apoiada pelo Canadá, pela China e pela Índia – no sentido de substituir a cláusula ISDS por um tribunal multilateral de investimento, conjugado com um mecanismo de recurso.³⁸⁶ Diga-se que a União Europeia não “inventou a pólvora” nesta matéria: a criação de um tribunal permanente de investimento é há muito reivindicada pela doutrina,³⁸⁷ e tem um precedente fora do espaço europeu – o Tribunal Árabe do Investimento.³⁸⁸ A criação de um mecanismo de recurso, por seu turno, é uma proposta antiga do ICSID, e a sua instituição através de consenso consta, desde 2002, do modelo de API dos Estados-Unidos.³⁸⁹

Pioneirismo à parte, o certo é que a União usou o seu poder negocial para introduzir, a nível bilateral, um novo sistema jurisdicional em matéria de investimentos.³⁹⁰

As objeções da União relativamente ao sistema de ISDS tradicional são de natureza “sistémica”. Têm que ver com a falta de coerência e previsibilidade da atuação dos tribunais arbitrais, com a falta (ou aparência de falta) de independência dos árbitros, e com os custos e morosidade da arbitragem.³⁹¹ Percebe-se, por isso, que a proposta da União passe por um *sistema diferente*, assente num duplo grau de jurisdição – dois tribunais (um tribunal de primeira instância e um tribunal de recurso) – e membros nomeados pelas partes de acordo com procedimentos transparentes e standards de diversidade geográfica e de género, para um mandato de duração determinada, em condições de exclusividade.

³⁸⁶ Roberts 2018, p. 422. Council of the European Union, Negotiating Directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes, 01.03.2018, onde este autoriza a Comissão a desenvolver negociações, sob os auspícios da UNCITRAL, no sentido de que a União possa submeter-se à jurisdição de um tribunal multilateral de investimento (cf. Lista de outros documentos consultados). Com maior detalhe, cf. as Observações submetidas pela União Europeia no âmbito do Grupo de Trabalho III, sessão de 18.01.19, e o Relatório do Grupo de Trabalho III [Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its resumed thirty-eighth session], de 28.01.2020, que analisa detalhadamente a várias propostas, em especial a criação de um mecanismo de recurso, a criação de um tribunal multilateral de investimento e as regras sobre seleção e nomeação de árbitros.

³⁸⁷ Referimo-nos à proposta de Van Harten 2007.

³⁸⁸ O Tribunal Árabe de Investimento foi instituído pela Convenção de Resolução de Diferendos de investimento entre Estados árabes e nacionais de outros Estados Árabes, de 1974.

³⁸⁹ Referimo-nos à proposta do Secretariado do ICSID, formulada em 2004, ao artigo 28.10 do modelo API norte-americano 2012, e ao artigo 9.23.11 da CPTPP. Explicando estes antecedentes, Qureshi 2008; e Kaufmann-Kohler & Potestà 2016, ¶36-41.

³⁹⁰ Roberts 2018, p. 421; Ferreira 2015, pp. 118-124.

³⁹¹ Observações submetidas pela UE no âmbito do Grupo de Trabalho III, na sessão de 18.01.2019, ¶10 (cf. Lista de outros documentos consultados).

A independência dos membros do tribunal é assegurada através de exigências éticas e das características do procedimento de nomeação, mas sobretudo pelo caráter permanente do tribunal (*institutional design*). Num mecanismo permanente, «the contracting parties would be expected to appoint objective adjudicators, rather than ones that are perceived to lean too heavily in favour of investors or states, because they are expected to *internalise* not only their defensive interests, as potential respondents in investment disputes but also their offensive interests, i.e the necessity to ensure an adequate level of protection to their investors».392 Cada disputa investidor-Estado será decidida por uma formação de membros aleatória, evitando assim que as partes conheçam previamente a identidade dos decisores.

A meio caminho ficam também as reformas que tentam conjugar o direito de ação dos investidores com a previsão de mecanismos de interpretação vinculativa por parte dos Estados. O USMCA prevê, à semelhança do NAFTA, o estabelecimento de uma Comissão intergovernamental (Free Trade Commission), com competência para interpretar as disposições do tratado.³⁹³ O CETA prevê idêntica competência em benefício de um Comité Misto.³⁹⁴ Ambos os tratados referem expressamente que essas interpretações serão *vinculativas* para os tribunais chamados a resolver diferendos entre investidores e Estado e que, portanto, integram o *direito aplicável* à disputa, contribuindo decisivamente para colmatar a falta de coerência da arbitragem e para garantir que os Estados contratantes mantêm a transferência de poderes soberanos *sob controlo*. O USMCA prevê um verdadeiro mecanismo de reenvio prejudicial obrigatório (do tribunal arbitral para a Free Trade Commission – o órgão executivo do tratado) caso o Estado demandado levante questões relativamente à interpretação de certas disposições do Tratado.³⁹⁵ O CETA vai mais longe ao prever a possibilidade de o Comité Misto fixar *a data* a partir da qual uma interpretação vinculativa do tratado deve produzir efeitos.³⁹⁶

3. Reformas drásticas ou mudança de paradigma

³⁹² Observações submetidas pela UE no âmbito do Grupo de Trabalho III, na sessão de 18.01.2019, ¶23 (o itálico é nosso) [cf. Lista de outros documentos consultados].

³⁹³ Artigo 30.2 USMCA; artigo 30.2 do Modelo API norte-americano 2012.

³⁹⁴ Artigo 26.1.4 CETA. Recorde-se que, aquando da conclusão do acordo, em 27.10.2016 [13541/16], o Comité Misto emitiu o Instrumento comum interpretativo, ao abrigo do artigo 31 da CVDT, com o intuito de reforçar a salvaguarda do direito de legislar presente no CETA.

³⁹⁵ Artigo 14.D.9 do USMCA.

³⁹⁶ Artigo 8.31.3 do CETA. O Tribunal de Justiça, no Parecer 1/17, “limitou” o alcance desta disposição (infra Cap. 6) de modo a salvaguardar a respetiva compatibilidade com o direito primário.

As propostas mais *drásticas* de reforma do sistema são aquelas que rejeitam por completo um modelo de resolução de litígios de investimento assente no direito de ação do investidor, seja por banda de arbitragem *ad hoc*, seja por banda de um tribunal permanente de investimento. É o caso do Brasil, que, não sendo exatamente um “reformador” do sistema – já que nunca ratificou nenhum tratado de investimento – criou um modelo de acordo de cooperação e facilitação de investimentos em que a resolução dos litígios entre o investidor e o Estado de acolhimento é feita através de mediação por *ombudsmen*;³⁹⁷ ou da África do Sul, onde a resolução das disputas de investimento estrangeiro passou a depender exclusivamente dos tribunais domésticos, com a possibilidade *subsidiária* de recurso à arbitragem interestadual.³⁹⁸

4. Apreciação

Os três modelos de reforma apresentam diferentes *trade-offs* normativos. Um modelo de reforma incremental corre naturalmente o risco de ser insuficiente para evitar o colapso do sistema, não só em países afetados por sentenças arbitrais condenatórias (eg. países da América Latina), mas também em países ou blocos compostos por democracias liberais *responsivas* à vontade política do eleitorado.

³⁹⁷ Sobre os acordos de facilitação do investimento, Moraes & Hees 2018, pp. 197-201, que explicam que a adoção dos acordos de facilitação se ficou a dever, não tanto à necessidade de atrair investimento, mas à necessidade de facilitar a internacionalização dos investidores brasileiros. Os acordos de facilitação de investimento distinguem-se dos API tradicionais, entre outros aspetos, por não preverem o standard FET, e pela resolução dos conflitos de investimento se fazer através da mediação levada a cabo por “pontos focais” (*ombudsmen*) estabelecidos pelos Estados partes, cuja missão é «interagir com as autoridades governamentais competentes para avaliar e recomendar, quando adequado, o devido tratamento para as sugestões e reclamações recebidas dos governos e investidores da outra Parte, informando ao governo, ou investidor interessado, o resultado das ações realizadas». Importante é também o papel do Comité Conjunto, composto por representantes governamentais de ambas as partes, no procedimento de prevenção e resolução de disputas. Caso as disputas não logrem resolução por nenhum destes meios, abre-se a via da arbitragem interestadual (artigo 15 do Acordo de facilitação de investimentos Brasil-Angola). O modelo de acordos de facilitação foi transposto para o MERCOSUL (Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul, assinado em 2017), que, além do que foi dito, contém uma disposição que restringe a cláusula expropriatória a “desapropriações diretas” (artigo 6.6). Ao tempo em que escrevemos, o Brasil concluiu Acordos de facilitação do investimento com vários países (entre eles, Angola, Moçambique, Emirados Árabes Unidos, Equador, Marrocos, Chile, México, Colômbia, mas, à exceção do primeiro, nenhum deles está em vigor). Estes dados podem ser consultados em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil> (acesso em 02.05.2020).

³⁹⁸ Jacobs 2015, pp. 27-30. O que desencadeou esta reação foi o acórdão *Foresti v. Republic of South Africa*, ICSID Case no. ARB(AF)/07/1, Award, 04.08.2010, sobre a alocação de uma percentagem de todas as sociedades dedicadas à exploração de minas a cidadãos Sul-africanos historicamente desfavorecidos. O caso é geralmente entendido como implicando um conflito entre proteção do investimento e direitos humanos. Com outros exemplos de medidas de “indigenização”, Sornarajah 2018, p. 451 ss.; Puig 2019, p. 1286 ss.

Por outro lado, transferir para o Estado o poder de reagir (através de mediação ou de arbitragem Estado-Estado) é uma opção que compromete a efetivação do Estado de direito a nível internacional, leia-se, compromete o processo de substituição de um sistema de força ou de barganha por um *sistema de regras na esfera internacional que busca a tutela de interesses públicos globais*. Brower & Blanchard falam de um regresso a uma diplomacia de canhoiras (“gunboat diplomacy”) – ou, menos agressivamente – de um *sistema de diplomacia económica*, dominado pelo cálculo político-diplomático dos Estados e não pela legitimidade das pretensões dos particulares.³⁹⁹

Mesmo num modelo em que o investidor conserva o direito de ação, a emissão de interpretações vinculativas pelas Comissões e Comités intergovernamentais num momento em que aquele já requereu *ou vai requerer* a arbitragem levanta dúvidas ao nível do direito a um processo justo.⁴⁰⁰ Existe, em nossa opinião, o risco de “intergovernamentalização” *a mais* (Kulick), risco esse agravado pela leitura do Tribunal de Justiça sobre as exigências associadas ao princípio da autonomia da ordem jurídica da União (Cap. 6).

IV. ARBITRAGEM DOS TRATADOS E CONSTITUIÇÃO

A associação entre os API e a aparelhagem jurídico-financeira da arbitragem suscita algumas questões de constitucionalidade.⁴⁰¹ Uma delas prende-se com a constitucionalidade do modelo de reconhecimento automático inscrito no artigo 54 da Convenção ICSID, nos termos analisados no Cap. 1.

³⁹⁹ Brower & Blanchard 2014, pp. 757-758; Dimitropoulos 2016, p. 426, chamando a atenção para os perigos de substituir o sistema quase-judicial da arbitragem por um sistema político bilateral; Roberts 2015, p. 49; Puig & Shaffer 2018, p. 393; Franck 2014, p. 27. Recordamos que a evolução do direito internacional público «mais do que pela busca de um equilíbrio nas relações entre os Estados olhados singularmente e como portadores de vontades divergentes e porventura contrapostas se caracteriza antes por procurar efetivar a tutela de interesses considerados comuns a toda a Humanidade (...)» – Moura Ramos 1981, p. 62 (nota n.º 75).

⁴⁰⁰ Kulick 2017, p. 20.

⁴⁰¹ O problema coloca-se com maior veemência em ordenamentos constitucionais que, como o português, conferem ao direito internacional convencional uma posição infraconstitucional no sistema de fontes (entre nós, eg. Moura Ramos 1982, p. 141 ss.; Miranda 2010, p. 427; Chantal Ribeiro 2001, p. 957; Mota de Campos, Mota de Campos & Pereira 2014, p. 406 ss.; Machado 2019, p. 181; contra, D’Oliveira Martins 2016, p. 269, para quem «os mecanismos previstos de fiscalização da constitucionalidade de normas de tratados e acordos internacionais não têm a intenção de “rebaixar” o lugar do direito internacional convencional para o plano infraconstitucional). As normas constantes de tratado ou acordo internacional estão sujeitas a fiscalização abstrata preventiva e sucessiva, bem como a fiscalização concreta.

A outra tem que ver com a constitucionalidade do complexo normativo – que resulta da aplicação conjugada dos standards substantivos dos API, da Convenção ICSID-Convenção de Nova Iorque e da LAV – quando daí resulte a possibilidade de atos normativos do Estado português (*maxime*, legislativos) serem escrutinados através de arbitragem investidor-Estado. Pode cogitar-se a violação do princípio democrático (autorrevisibilidade das leis) e da soberania popular,⁴⁰² do princípio da independência nacional,⁴⁰³ e dos princípios do processo equitativo e da independência dos tribunais (artigos 20 e 203 da CRP).⁴⁰⁴

Os tribunais arbitrais *internacionais* não são, é certo, tribunais da ordem jurídica portuguesa, ao contrário dos tribunais arbitrais a que se refere o artigo 209.2 CRP. Por essa razão, as exigências organizatórias inerentes aos artigos 20 e 203 da CRP não lhes são dirigidas. Porém, aqueles tribunais têm, por banda de um ato político do Estado português (convenção internacional), competência para dirimir litígios referentes a atividade jurídico-pública do Estado português ou referentes a atividade jurídico-pública de outro Estado com impacto sobre investidores portugueses.

Note-se que a questão de constitucionalidade resulta, na nossa perspetiva, da conjugação das dimensões *substantivas* e *adjetivas* do complexo normativo delineado supra.⁴⁰⁵ Dito de outro modo, o que, em nosso entender, levanta dúvidas de constitucionalidade não é, *per se*, a possibilidade de tribunais internacionais controlarem a validade de atos das funções legislativa e administrativa (à luz de uma convenção internacional). Isso resulta do princípio da unidade do Estado e não é

⁴⁰² Com assento partilhado nos artigos 2 («A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular...»), 3 («A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição»), 8 («defender a democracia política»), 10, 80, a) («subordinação do poder económico ao poder político democrático») e 108 da CRP. Referimo-nos, em síntese, à circunstância de ser ao poder político legitimamente constituído em cada legislatura que caberá, «de acordo com os mandatos populares, decidir sobre o modo de concretização das normas da Constituição que fixam as tarefas fundamentais do Estado» [acórdão (TC) n.º 154/2010].

⁴⁰³ Segundo Miranda 2017a, p. 142 (em anotação ao artigo 8), «a independência nacional corresponde a um conjunto de condições que propiciem a realização dos interesses coletivos e individuais dos portugueses, *sem sacrifícios perante os interesses estrangeiros* e na perspetiva da uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça entre os povos» (o itálico é nosso). A ligação entre a independência nacional e a regulação do investimento estrangeiro está igualmente presente no artigo 87, onde se dispõe que «A lei disciplinará a atividade económica e os investimentos por parte de pessoas singulares e coletivas estrangeiras, a fim de garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país e defender a independência nacional e os interesses dos trabalhadores».

⁴⁰⁴ Não descartamos que se possam colocar outras questões de constitucionalidade, inclusivamente do ponto de vista orgânico e formal (supra nota n.º 184). Estas são, contudo, aquelas que relevam para o presente trabalho, atento o escopo enunciado na Introdução.

⁴⁰⁵ Sem esquecer que o Tribunal de Justiça cindiu as duas questões, pelo menos no que respeita à competência para concluir um acordo internacional que as abranja. Cf. Parecer 2/15 (Tribunal Pleno), 16.05.2017.

desconhecido no direito internacional. Nem é tampouco, *per se*, a possibilidade de Estados (ou outras entidades públicas) e estrangeiros convencionarem o recurso à arbitragem para a resolução de certos litígios decorrentes, por ex., de um contrato de Estado.

As possíveis objeções prendem-se, neste sentido, com a *combinação* emergente do facto de, por um lado, os API conterem disposições próprias em matéria de controlo da atividade legislativa (nos termos que tipificaremos nos Capítulos 3, 4 e 5) e, por outro, preverem o recurso à aparelhagem orgânica e jurídico-financeira da arbitragem. São três os pontos que devem orientar a resposta a esta questão de constitucionalidade.

1. Arbitragem e Constituição

O primeiro não é exclusivo da arbitragem de direito público, achando-se implicado no modo como se conectam as exigências constitucionais assacadas à função jurisdicional e a arbitragem. A função jurisdicional não está, como se sabe, *reservada à justiça pública* – entenda-se, reservada ao Estado.⁴⁰⁶ Também tribunais alternativos⁴⁰⁷ – como os tribunais arbitrais – podem praticar atos jurisdicionais, sentido que o Tribunal Constitucional já retirava da Constituição antes mesmo de o legislador de revisão ter acrescentado a referência que a esses tribunais se encontra no artigo 209.2.⁴⁰⁸

O carácter alternativo dos tribunais arbitrais (relativamente à justiça pública) não implica que sejam também *alternativos* os requisitos constitucionais a que tais órgãos se acham sujeitos.⁴⁰⁹ Ao recorrerem – voluntariamente ou por imposição da lei – aos

⁴⁰⁶ O que se retira do artigo 202.1 é uma reserva de jurisdição. Com efeito, num Estado de Direito, a função jurisdicional cabe, em exclusivo, aos tribunais, e, destarte, «só os tribunais dizem o direito» (Amaral 2010, p. 159). Serão, por conseguinte, inconstitucionais as normas que atribuam a órgãos legislativos ou administrativos a competência para praticar atos materialmente jurisdicionais (Cardoso da Costa 2001, p. 182).

⁴⁰⁷ Gonçalves 2013, p. 779.

⁴⁰⁸ Acórdão (TC) n.º 32/87. A referência do artigo 209.2 foi aditada pela revisão constitucional de 1982 (Lei Constitucional n.º 1/82, de 30.09). O artigo 209 dá cobertura constitucional tanto à arbitragem voluntária, como à arbitragem necessária [Acórdãos (TC) n.ºs 52/95, 262/98, 2/13]. Assumimos que a primeira é aquela em que as partes são livres de concluir uma convenção de arbitragem relativamente a um determinado assunto; e necessária aquela em que a lei retira às partes de um litígio a possibilidade de submeterem a sua resolução a outro meio de resolução de litígios que não seja a arbitragem. Questionando a bondade do conceito de “arbitragem necessária”, e considerando que seria preferível falar de «um meio, imposto por lei, de resolução de um litígio por via jurisdicional através de juizes escolhidos pelas partes», Quadros 2012, p. 257. Sobre a arbitragem na jurisprudência constitucional, Ribeiro Mendes 2014, p. 123 ss.

⁴⁰⁹ Nem as garantias dos particulares em matéria de fiscalização concreta da constitucionalidade, mormente o direito de suscitar o incidente de inconstitucionalidade no processo, que é um direito fundamental dos cidadãos (Vieira de Andrade 2019, p. 347). Os tribunais arbitrais têm o poder-dever de não aplicar normas desconformes com a Constituição, e as regras que disciplinam a impugnação das

tribunais arbitrais os cidadãos estão ainda a exercer o seu direito fundamental de acesso à justiça e aos tribunais.⁴¹⁰ Destarte, sob pena de esse acesso ficar comprometido, a lei deve regular o processo arbitral de modo a que este ofereça «garantias equivalentes às de um tribunal judicial».⁴¹¹

Garantias equivalentes serão aquelas condições que, sem prejuízo da natureza privada ou consensual da arbitragem (na medida em que esta seja efetivamente privada e consensual,⁴¹² ou seja, baseada num negócio jurídico), assegurem que os tribunais arbitrais decidem *com justiça*, ou seja, assegurem a independência dos tribunais (relativamente a ordens e instruções do poder político), a imparcialidade dos juízes (relativamente às partes do conflito), e meios jurisdicionais adequados e eficazes de tutela dos direitos dos particulares.⁴¹³⁻⁴¹⁴

2. Arbitragem e Direito da União

Outro aspeto que não pode ser desconsiderado, atento o princípio do primado recebido no artigo 8.4 da CRP, tem que ver com a distribuição de competências entre os Estados-membros e a União nas matérias direta ou indiretamente relacionadas com o investimento estrangeiro e com compatibilidade da regulação que venha a ser instituída

decisões arbitrais não prejudicam a interposição dos recursos de constitucionalidade previstos no artigo 280 da CRP, nem o regime previsto no artigo 70 LTC. Resta saber, na arbitragem não administrativa, de que forma tomará o MP conhecimento da sentença para efeitos de interposição de recurso de constitucionalidade, nas situações em que este seja obrigatório (artigos 280.3 e 5 da CRP e 72.3 da LTC). Na doutrina, Pinto Monteiro 2009, p. 218 [«(...) o Presidente do Tribunal Arbitral deverá ordenar que o MP do tribunal de comarca seja notificado da sentença arbitral»]; Neves 2018, pp. 124-128; e Violante 2016, pp. 107-108. Nem sempre será fácil apurar quando é que um tribunal recusa a aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade (eg. casos de interpretação conforme à Constituição, cujas particularidades são tratadas, entre outros, por Medeiros 1999, pp. 324-328). Algumas das soluções propostas pela doutrina e pela jurisprudência [cf. o acórdão (TC) n.º 202/2014], um tanto ou quanto caricatas, põem a nu os limites de um entendimento constitucional que, tolerando um acesso “liberal” à arbitragem, transfere as garantias dos tribunais judiciais para os tribunais arbitrais.

⁴¹⁰ Acórdão (TC) n.º 311/08. Sobre este acórdão, Moreira 2016, p. 123 ss.; Caramelo 2017, p. 229.

⁴¹¹ Trata-se de uma matéria de reserva de lei formal, de acordo com o artigo 165.1, al. p) CRP (Lanceiro 2018, p. 54, sobre a evolução da questão, até à introdução desta alínea).

⁴¹² A natureza voluntária ou necessária é um elemento-chave na avaliação da suficiência das garantias, como deu conta o Tribunal Constitucional nos acórdãos (TC) n.ºs 230/13 e 781/13, incidentes sobre normas que instituam a arbitragem necessária do Tribunal Arbitral do Desporto.

⁴¹³ Acórdão (TC) n.º 52/92. Fala-se, no primeiro caso, de independência externa, que está relacionada, como desenvolveremos no Cap. 6, com as garantias organizacionais e institucionais dos tribunais, e no segundo, de independência interna, associada às garantias pessoais-funcionais dos juízes. O ponto é explicado por Galvão Teles 2013, p. 612 ss.

⁴¹⁴ Um desvio importante às garantias do processo judicial prende-se com o estabelecimento da irrecorribilidade como regra, derogável por vontade das partes prevista na convenção de arbitragem (artigo 39.3 LAV); e a ausência de dever de publicação da sentença e de outras decisões do tribunal arbitral (artigo 30.6 LAV).

nesta matéria com o direito primário da União. Trataremos ambas as questões no Capítulo 6.⁴¹⁵

Por agora, é conveniente esclarecer que a matéria do investimento estrangeiro direto – na qual se incluem os standards substantivos de proteção (dimensão substantiva) – é matéria de competência exclusiva da União, nos termos dos artigos 3.2 e 207 TFUE, com a *extensão* definida pelo Tribunal de Justiça, no Parecer 2/15.⁴¹⁶ O Tribunal de Justiça segregou, para efeitos de competência, as dimensões normativas relativas ao investimento estrangeiro propriamente dito, por um lado, e as dimensões normativas relativas ao mecanismo de resolução de disputas investidor-Estado (dimensão adjetiva), por outro. Destarte, a União tem competência exclusiva sobre as primeiras, mas não sobre as segundas, cuja regulação continua a depender do consentimento soberano dos Estados-membros.⁴¹⁷

Quanto aos API dos Estados-membros com países terceiros, releva o preceituado no Regulamento n.º 1219/2012, de 12.12. Este dispositivo, alinhando-se com o artigo 351 TFUE e com o artigo 30.4 da CVDT,⁴¹⁸ determina que os API entre Estados-membros e países terceiros deverão manter-se em vigor, tanto na sua configuração substantiva (standards de proteção) como na sua configuração adjetiva (resolução de litígios).⁴¹⁹ O Regulamento vai, aliás, mais longe e contempla a possibilidade de, mediante certas condições (artigos 8 a 11), o Estado-membro iniciar negociações com um país terceiro com o intuito de alterar um acordo bilateral já existente ou celebrar um novo acordo bilateral. As soluções justificam-se, no entender do legislador da União, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, mas também por um imperativo de proteção dos investidores da União e dos Estados-membros de acolhimento.⁴²⁰

⁴¹⁵ Não queremos com isto dizer que uma norma de direito interno (ou de direito internacional convencional) que viole o direito da União é inconstitucional, ou que os artigos 7 e 8 da CRP promovem a receção formal (para o nível constitucional) de normas de direito da União [Miranda 2017a, p. 119 (anotação ao artigo 7)]. Todavia, é relevante, no plano constitucional, saber se as matérias sobre as quais incidem os API são matérias de competência exclusiva da União ou matérias de competência partilhada e se os mecanismos de resolução de litígios previstos nos novos API são compatíveis com o direito da União.

⁴¹⁶ Como se verá melhor no Cap. 6, no Parecer 2/15, o Tribunal de Justiça foi chamado a apreciar, ao abrigo do artigo 218.11 TFUE, a compatibilidade do Acordo de comércio livre UE-Singapura com as *regras sobre repartição de competências entre a UE e os Estados-membros*. O Parecer não abordou, portanto, a compatibilidade das disposições sobre investimento (inclusive do SJI) com o princípio da autonomia da ordem jurídica da União. Este aspeto viria a ser analisado no Parecer 1/17, a propósito do CETA.

⁴¹⁷ Parecer 2/15 ¶276, 292-293.

⁴¹⁸ Basener 2017, p. 246 ss.

⁴¹⁹ Considerando n.º 16 do Regulamento n.º 1219/2012.

⁴²⁰ Considerando n.º 6 do Regulamento n.º 1219/2012.

Os API da União com Estados terceiros (infra Cap. 6, com maior detalhe) contêm um novo sistema jurisdicional em matéria de investimentos (SJI), distinto, portanto, da arbitragem investidor-Estado tradicional. Recorde-se que o SJI prevê que a resolução de litígios entre Estados (ou a União) e os investidores se faça através de um sistema jurisdicional dotado de um mecanismo de recurso e de uma composição estável, da qual resulta uma formação aleatória para o tratamento de cada disputa. Os “membros” do SJI obedecem às Diretrizes IBA sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional ou a um código de conduta *próprio*.⁴²¹ Este modelo não mereceu censura do Tribunal de Justiça, e os termos em que está formulado o Parecer 1/17 – bem como as razões que motivaram a conceção de um novo sistema jurisdicional – deixam antever que, *na perspectiva do Tribunal de Justiça, não será possível, em novos API, retroceder para um modelo ISDS tradicional*.

3. Arbitragem e direito público

O legislador optou por um modelo de regulação da arbitragem administrativa fragmentário, de acordo com o qual o «tribunal arbitral é constituído e funciona nos termos da lei sobre arbitragem voluntária, com as devidas adaptações» (artigo 181.1 CPTA). Entre esses desvios, contam-se as regras sobre a publicidade das decisões arbitrais,⁴²² a exigência de arbitragem institucionalizada para litígios emergentes de contratos,⁴²³ regras sobre recursos e impugnação,⁴²⁴ regras sobre o poder de veto dos contrainteressados⁴²⁵ e as regras sobre deveres e impedimentos dos árbitros, que seguem o Regime Jurídico da arbitragem em matéria tributária.⁴²⁶

Falta, segundo alguns, um enquadramento “suficientemente consistente” para a arbitragem administrativa.⁴²⁷ São várias, portanto, as propostas da doutrina no sentido

⁴²¹ Infra Cap. 2 e 6.

⁴²² Artigo 185-B CPTA.

⁴²³ Artigos 180.3 CPTA e artigo 476 do CCP. A arbitragem institucionalizada a que se reporta o artigo 476.2 não pode ser uma arbitragem levada a cabo de acordo com as regras da Convenção ICSID. Lendo conjugadamente o artigo 476 com o artigo 62 da LAV, os centros institucionalizados de arbitragem são os centros criados em Portugal, pela lei portuguesa. Sobre a distinção entre a arbitragem institucionalizada e não institucionalizada no CCP, Pedro 2019, pp. 197-124; e Pedro 2018, pp. 23-43.

⁴²⁴ De acordo com o artigo 185-A CPTA, as decisões proferidas pelo tribunal arbitral (que têm valor idêntico ao da sentença de um tribunal estadual já transitada em julgado, segundo o preceituado no artigo 42.7 da LAV) podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na LAV (artigo 46 LAV). Destacam-se, adicionalmente, as possibilidades de recurso previstas nos artigos 180.3, b) e 185-A.2 CPTA.

⁴²⁵ Artigo 180.2 CPTA.

⁴²⁶ Artigo 181.4 CPTA.

⁴²⁷ Aroso de Almeida 2018, p. 21.

de dotar a arbitragem administrativa de um regime menos fragmentário e mais alinhado com a «natureza pública da relação substantiva contenciosa».⁴²⁸ Essas propostas passam, por ex., por um regime distinto de impedimentos e escusa dos árbitros,⁴²⁹ pela criação de uma segunda instância arbitral,⁴³⁰ ou pela transparência e publicidade de todo o processo arbitral administrativo.⁴³¹

Apesar de baseada numa convenção internacional, a arbitragem dos tratados de investimento – enquanto parte constitutiva do DIE – ostenta “qualidades constitucionais”, ou seja, é um regime jurídico cujo objeto, as normas e a tutela desempenham funções semelhantes às de uma Constituição, tanto ao nível do controlo da atividade legislativa como ao nível do controlo da atividade administrativa.⁴³²⁻⁴³³

Esta reflexão destaca a natureza pública da relação substantiva de investimento (estrangeiro) e a natureza pública das normas de controlo (ou regras de condicionamento) da atividade dos poderes públicos contidas no API.⁴³⁴ Destarte, não surpreende que boa parte das questões que hoje enchem o debate sobre a arbitragem no DIE tenham paralelo no debate sobre a arbitragem administrativa. Não há, contudo, um condicionamento automático entre os dois núcleos de questões, ao ponto de se poder dizer que o juízo que se faça sobre a constitucionalidade de um predetermine a apreciação da constitucionalidade do outro.

A analogia, ainda que útil, conhece os seus limites. Por um lado, a arbitragem administrativa interna fica-se, naturalmente, pela resolução de litígios emergentes de *relações jurídicas administrativas*, e nessa medida tem um âmbito material de aplicação

⁴²⁸ Serrão et al. 2019.

⁴²⁹ Serrão et al. 2019. A proposta dos Autores inclui a definição dos princípios fundamentais da arbitragem administrativa (artigo 2), indisponíveis para as partes, e um regime mais exigente de impedimentos. Em sentido idêntico, Neto 2018, p. 83; Tavares da Silva 2014, p. 408.

⁴³⁰ Cadilha 2018, p. 83.

⁴³¹ Serrão et al. 2019, p. 80.

⁴³² Trata-se de uma convicção partilhada pela União Europeia, como evidenciam as Observações submetidas pela União no âmbito reforma da Arbitragem investidor-Estado conduzida pelo Grupo de Trabalho III da UNCITRAL (cf. Lista de outros documentos consultados).

⁴³³ Nem toda a arbitragem dos tratados viabiliza esta *analogia funcional*, ou seja, nem toda a arbitragem dos tratados terá por objeto uma atuação lesiva do investimento resultante do exercício de poderes públicos. Permanece em aberto no DIE, atento o relevo das chamadas “umbrella clauses” (supra Cap. 1, nota n.º 297) *se, em que medida e verificadas que condições* podem atuações de direito privado (da administração) ser escrutinadas à luz de um API.

⁴³⁴ Serrão et al. 2018, na proposta apresentada para uma Lei da Arbitragem Administrativa Voluntária, distinguem entre arbitragem administrativa interna (aparentemente, aquela que, tendo por objeto litígios emergentes de relações jurídicas administrativas, tem como lugar da arbitragem Portugal e que aplica, *prima facie*, direito português) e arbitragem administrativa internacional (que continuará a ser regulada pelo disposto «nas convenções internacionais sobre a matéria vinculativas para o Estado Português» – entre elas, a Convenção ICSID – e nas disposições da LAV – a saber, nos artigos 49 a 54, que são os preceitos que disciplinam a arbitragem internacional. Contudo, sublinham que o critério que permite qualificar uma arbitragem como “interna” ou “internacional” não está «isento de dúvidas».

menos extenso que a arbitragem dos tratados.⁴³⁵ Por outro, por maior que seja a *proximidade funcional* entre a arbitragem administrativa interna e a arbitragem dos tratados, convém não ignorar as “conexões internacionais” desta última, isto é, o modo de prestação do consentimento à arbitragem (tratado), o facto de num dos polos da relação jurídica de investimento estar um investidor *estrangeiro*, e de o direito aplicável não coincidir com o direito interno.

4. Apreciação

Atenta a distribuição de competências em matéria de investimento estrangeiro direto as disposições constitucionais que sobre ele incidam – em especial o artigo 87⁴³⁶ – devem ser interpretadas em conformidade com o Direito da União,⁴³⁷ não tendo aqui o Estado português margem de manobra superior à que resulta da parte final do artigo 8.4.

O mesmo raciocínio não vale para as disposições sobre resolução de litígios investidor-Estado, incluindo neste leque tanto as que dizem respeito aos API concluídos por Portugal com Estados terceiros (que continuam em vigor), como as que dizem respeito aos novos API a concluir pela UE (que são competência partilhada entre a União e os Estados-membros).⁴³⁸ Aqui, *em teoria*, o juízo de constitucionalidade relativo àquelas disposições mantém uma configuração mais ampla, sem prejuízo da preferência do Tribunal de Justiça por um sistema permanente de resolução de litígios.⁴³⁹ Essa preferência funda-se, entre outras razões, na convicção de que só uma *formação aleatória de decisores* está apta a garantir o respeito pelo direito de acesso a um tribunal independente, consagrado no artigo 47 CDFUE e no artigo 6 CEDH.

Ora, a inclusão de uma cláusula ISDS nos API ostenta vantagens comparativas (ainda que contestadas, facto que não é irrelevante) em termos de promoção do

⁴³⁵ Com as limitações previstas nos artigos 1.5 da LAV (autorização legal) e 180 e 185 do CPTA, onde se destaca, precisamente, a exclusão do âmbito da arbitragem administrativa das questões respeitantes à responsabilidade civil do Estado por prejuízos decorrentes do exercício das funções política e legislativa.

⁴³⁶ Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 1023 (anotação ao artigo 87); Medeiros 2018, pp. 116-117 (anotação ao artigo 87); Casalta Nabais 2005, p. 409.

⁴³⁷ Medeiros 2018, p. 116 (anotação ao artigo 87); V. Moreira 2015, p. 905 (para o Autor, «importa por isso eliminar esse preceito da Constituição, por ter caducado»).

⁴³⁸ Conseil constitutionnel, Décision n.º 2017-749 DC, 31.07.2017.

⁴³⁹ *Em teoria*, na medida em que, se for esse o único modelo de resolução de litígios tolerado pelo Tribunal de Justiça, de pouco valerá aos Estados-membros pugnar por sistema distinto, ainda que o possam fazer. Além disso, pode questionar-se se, independentemente da competência – *exclusiva ou partilhada* – para a conclusão de uma convenção internacional sobre resolução de litígios investidor-Estado, as questões que surjam a esse propósito se podem dizer “reguladas pelo Direito da União” para efeitos de aplicação da CDFUE (artigo 51 CDFUE) e, em especial, do artigo 47 CDFUE.

crescimento económico e do desenvolvimento sustentável do Estado de acolhimento, interesses protegidos no quadro da CRP (artigos 66, 81, 87, 99 da CRP) e do DUE (artigos 3.3, 21.2, f) TUE) e que podem justificar uma compressão mais intensa do princípio democrático e do princípio do processo equitativo e da independência dos tribunais. Sem prejuízo da posição infraconstitucional do direito internacional convencional, a pressupor a possibilidade de uma valoração da “legalidade” do acordo do ponto de vista da ordem interna, existe um interesse genérico em garantir a *harmonia entre as ordens jurídicas interna e internacional*.⁴⁴⁰

Neste pressuposto, e em linha com o veiculado em matéria de reconhecimento-execução de sentenças arbitrais (e por maioria de razão, já que agora temos em mente disputas de investimento em que Portugal está envolvido) – consideramos que o ordenamento constitucional não tolera, nesta matéria, constrangimentos à transparência e à publicidade da decisão arbitral proferida com base em API de que Portugal seja parte.⁴⁴¹ As sentenças arbitrais prolatadas ao abrigo dos API contêm interpretações sobre os standards substantivos de proteção do investimento, que condicionam o exercício (futuro) dos poderes de autoridade do Estado português. Por essa razão, se a convenção internacional só vigora na ordem interna depois de publicada (artigo 8.2 CRP), também as sentenças arbitrais só deveriam poder ser executadas pelos tribunais portugueses após a respetiva publicação.⁴⁴²

Propendemos, todavia, no sentido de que a Constituição, tendo em conta a abertura que demonstra para com a arbitragem interna (inclusivamente para com a arbitragem de direito público) e os mecanismos de reforço da imparcialidade e independência aplicáveis à arbitragem dos tratados, *não exige a transição para um mecanismo jurisdicional permanente*.

Como vimos nas secções anteriores, há bons argumentos no sentido de que este será o modelo de resolução de conflitos *mais adequado* às características *públicas* do

⁴⁴⁰ Galvão Teles 1967, p. 115 ss., assinalando que o juízo de legalidade a formular pela ordem interna é um «juízo de segundo grau», levando pressuposto «o prévio juízo do direito das gentes sobre a legitimidade do acordo, cujas consequências não podem deixar de ser atendidas no próprio setor interno».

⁴⁴¹ Tenha-se em atenção que Portugal não é signatário, ao tempo a que escreve, da Convenção das Maurícias (Convenção das Nações Unidas sobre transparência na arbitragem dos tratados entre investidores e Estados). Contudo, as chances de Portugal se ver envolvido num processo arbitral “confidencial” não são significativas, já que a esmagadora maioria dos processos de arbitragem de investimento é pública.

⁴⁴² Atentos os desenvolvimentos normativos e empíricos desenhados nas últimas décadas, que poderão ter tido reflexos no parâmetro constitucional, é relevante perguntar se esta inconstitucionalidade deve ser qualificada como originária ou superveniente (aqui não por banda de uma alteração do texto constitucional, mas por banda de uma mutação constitucional ou inconstitucionalidade deslizando). Sobre esta possibilidade, Medeiros 1999, pp. 542-546.

sistema de arbitragem do investimento. É, desde logo, o único que assegura a *aleatoriedade da formação de decisores* a quem competirá a resolução de um diferendo de investimento. Entre o modelo proposto pela União (Cap. 6) e o modelo atual, existem, contudo, outras alternativas. Há, por ex., a possibilidade de instituir um modelo de lista fechada e pré-aprovada de árbitros, estabelecer limites taxativos às nomeações sucessivas,⁴⁴³ ou instituir uma proibição temporalmente limitada de “double-hatting”.⁴⁴⁴

Considerar que nenhum dos modelos onde aquela aleatoriedade está ausente se mostra capaz de assegurar a independência e imparcialidade dos decisores em termos constitucionalmente compatíveis com os outros interesses constitucionalmente protegidos é um passo que não estamos, *para já*, dispostos a dar. Não nos parece, por isso, que a constitucionalidade dos API de que Portugal faça parte (ou de que venha a fazer parte) esteja dependente da transição do atual modelo de resolução de litígios (cláusula ISDS) para um sistema jurisdicional permanente, em moldes que repliquem o modelo constante dos novos API da UE.⁴⁴⁵

V. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 2

Um dos pressupostos do nosso trabalho é, como destacámos na Introdução, o de que sistema da arbitragem dos tratados, pelo seu objeto, normas e tutela, se comporta ou faz as vezes de uma constituição. Isto sem cuidar do problema de saber se há ou pode haver uma constituição para lá do Estado. As qualidades constitucionais do sistema denotam-se, portanto, na analogia funcional (ao nível das funções conformadora e garantística).

As dimensões deficitárias apontadas, *maxime*, a falta ou aparente falta de imparcialidade e de independência dos árbitros, aliadas à imposição de constrangimentos ao poder de legislar, são constitucionalmente interpelantes. A analogia funcional não é irrelevante, porquanto o modo como o ordenamento jurídico-

⁴⁴³ Serrão et al. 2019, p. 62 (proposta relativa ao artigo 6, sobre impedimentos e escusa dos árbitros).

⁴⁴⁴ Comentário n.º 71 do Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement.

⁴⁴⁵ Reservamo-nos o direito de rever a nossa posição no futuro. Boa parte das nossas dúvidas prendem-se com a capacidade do novo modelo jurisdicional assegurar garantias de imparcialidade e independência, quando acompanhado de um conjunto de outros instrumentos (eg. interpretações vinculativas de órgãos executivos) que o aproximam – excessivamente – de um modelo de diplomacia económica. Cumpre não esquecer, com efeito, que a arbitragem investidor-Estado assenta num modelo de delegação fiduciária, isto é, num modelo em que a legitimidade da decisão depende da credibilidade do ato judicativo e da desvinculação dos delegados (tribunais) relativamente aos Estados (Sweet & Griesel 2016).

constitucional se relaciona com a arbitragem (em geral) e com a arbitragem de direito público (em particular) releva na apreciação daquelas questões de constitucionalidade.

O sistema será inconstitucional, sem dúvida, na parte em que através das respectivas normas permita que atuações soberanas do Estado português sejam analisadas em sentenças arbitrais não públicas. Outro juízo não seria admissível à luz do princípio democrático, da independência nacional e do imperativo de que Portugal não se vincule a sistemas jurisdicionais não organizados em torno das exigências do processo equitativo. As reformas da arbitragem dos tratados garantem que esta será, hoje, uma situação rara.

PARTE II – AS NORMAS

A PROTEÇÃO DO INVESTIDOR CONTRA A ALTERAÇÃO NORMATIVA A NÍVEL CONSTITUCIONAL, REGIONAL E INTERNACIONAL-FUNCIONAL

A Parte II segue o mote deixado na Parte precedente. Se a proteção do investidor estrangeiro contra a alteração normativa pressupõe alguma desconstitucionalização do nível interno, e se o DIE se assume como um regime normativo com “qualidades constitucionais”, é preciso perceber *que* normas evidenciam aquelas qualidades, e de que modo interagem com as normas e princípios que constituem o parâmetro interno nesta matéria.

Ora, a regulação da alteração normativa pode ser feita através de (i) princípios fundamentais da atividade legislativa – concretamente, do princípio da proteção da confiança – (ii) do direito de propriedade privada ou do (iii) instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado (por ato da função legislativa). A relação entre estas normas pode ser de consunção, de substituição ou de complementaridade.

Com efeito, há regimes jurídicos em que a regulação da alteração normativa patrimonialmente relevante é feita exclusiva ou quase exclusivamente através da proteção da propriedade privada. Trata-se de um *modelo de substituição*. As razões por trás desta substituição não são uniformes. Nos Estados-Unidos, o recurso à *takings clause* fica a dever-se ao trauma da era *Lochner*, e à necessidade de colmatar a aplicação *leniente* da cláusula de *due process of law*.⁴⁴⁶ Já na CEDH, a mobilização do artigo 1-P1 permite ao TEDH tratar manifestações de arbitrariedade no exercício dos poderes públicos que, de outro modo, ficariam fora do âmbito material da Convenção.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ Laitos 1997, p. 113. A era *Lochner* – que leva o nome de um dos seus casos mais importantes, o acórdão *Lochner v. New York*, 198 U.S 45 (1905) – foi a corrente jurisprudencial que vigorou no Supreme Court até ao New Deal, e que assentava num entendimento ultraliberal da *due process clause* (14.ª emenda à Constituição Federal), baseado na desconfiança relativamente ao legislador e na convicção de que o direito não deveria ser, sob pena de comprometer as liberdades económicas fundamentais, um instrumento de redução das desigualdade entre as pessoas. Com base neste duplo pressuposto, o Supreme Court obstaculizou uma série de reformas sociais (eg. fixação da jornada máxima de trabalho). As críticas a esta jurisprudência foram de tal forma marcantes que se tornou “traumático” usar a *due process clause* para a invalidar normas de regulação económica, procurando-se na cláusula expropriatória um substituto funcional.

⁴⁴⁷ Nivard 2012, p. 633.

Noutros ordenamentos jurídicos, o direito de propriedade surge como uma proteção adicional relativamente a outras figuras, sejam elas direitos ou princípios fundamentais. Trata-se de um *modelo de complementaridade*. Os casos português, alemão e francês são bons exemplos.⁴⁴⁸ Detetam-se ainda situações estranhas, como o caso espanhol, onde a responsabilidade pelos “lícitos” legislativos parece moldada para substituir situações de violação do princípio da proteção da confiança (que o ordenamento espanhol não desconhece e cuja violação autónoma admite), bem como leis (materialmente) expropriatórias não declaradas inconstitucionais. Trata-se de um *modelo de consunção*.

Atenta esta diversidade de modelos, a nossa opção poderia ter passado pelo estudo do modo como cada uma destes “modelos” assegura a proteção do investidor contra a alteração normativa. Contudo, uma estrutura deste tipo dificultaria a demonstração da nossa tese, porquanto não demarcaria devidamente as fronteiras entre a proteção assegurada pelo nível *interno* e o DIE. Ora, o escopo do presente trabalho passa, precisamente, por enunciar a assimetria de tutela que resulta daquelas fronteiras.

A nossa opção recaiu, por isso, na distinção de três complexos de proteção: o constitucional, o regional, e o internacional-funcional (DIE). Dos capítulos 3 e 4 resultará o nível de proteção oferecido pelo que qualificámos, previamente, como o nível interno. A CEDH é peça-chave da “anatomia” de proteção a nível europeu, atenta a circunstância de o artigo 1-P1 determinar, nos termos do artigo 52.3 CDFUE, o âmbito e sentido do direito de propriedade no direito da UE, a menos que a Carta confira uma proteção mais ampla. Dito de outro modo, a proteção do investidor contra a alteração normativa é dada, no direito da UE, pelas liberdades do mercado interno (que, pelas razões referidas na Introdução, não abordamos), pelo princípio da proteção da confiança (enquanto princípio geral de direito da União) e pelo direito de propriedade (artigo 17 CDFUE), interpretado à luz do artigo 1-P1 CEDH.

A nossa perspetiva é a de quem olha *para fora da União-CEDH*, e não a de quem está no interior deste bloco. Por essa razão, quando falamos em standard “interno” referimo-nos à tutela oferecida pelo “triângulo europeu” e não apenas pelo direito constitucional. A taxonomia que agora se adota, que pressupõe a separação entre o nível

⁴⁴⁸ Neste último, onde as questões de inconstitucionalidade e de “inconvencionalidade” correm autonomamente e são atribuídas a jurisdições distintas – constitucional e administrativa, respetivamente – é comum o Conseil d’État analisar a conformidade de uma medida à luz do artigo 1-P1 da CEDH, enquanto o Conseil constitutionnel se serve da “garantia de direitos” inscrita no artigo 16 DDHC, isolada ou conjugadamente, com a liberdade contratual consagrada no artigo 4 da DDHC (que integra o bloco de constitucionalidade).

constitucional e o nível regional, justifica-se por não afastarmos em absoluto a hipótese de a proteção do investidor (não) assegurada pelo direito da União poder consubstanciar uma violação dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, para efeitos do artigo 8.4 da CRP, ou um elemento a ter conta na identificação de uma violação suficientemente caracterizada, aquando da efetivação da responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da União.

CAPÍTULO 3 – O NÍVEL CONSTITUCIONAL

I. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL

1. Definição

Interessa-nos a proteção da confiança *enquanto princípio fundamental de controlo da atividade legislativa*. O princípio *está aí* e tem uma função conformadora no direito constitucional de vários ordenamentos jurídicos, entre os quais o português, o espanhol, o belga ou o italiano e, de forma menos visível, o francês e o suíço, pelo que não nos preocupamos excessivamente com as suas origens.⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰

O princípio garante a segurança/estabilidade das situações jurídicas subjetivas, ou seja, preocupa-se com a segurança do *utilizador final*.⁴⁵¹ Coincide, numa palavra, com aquilo que alguns designam por segurança jurídica *subjetiva*.⁴⁵²

A legitimidade de uma ordem jurídica fundada num pacto democrático, isto é, numa escolha soberana de todos os cidadãos, depende de um pressuposto (genérico) de confiança na palavra dada por aqueles *que mandam* por parte daqueles *que obedecem*.⁴⁵³ Trata-se de uma ideia «quase intuitiva», como destaca Maria Lúcia Amaral.⁴⁵⁴ Porém, esta confiança genérica na ordem jurídica democrática pouco tem que ver com a

⁴⁴⁹ É abundantemente conhecido o facto de que a proteção da confiança (Vertrauensschutz) é um princípio de assinatura alemã, com origem na jurisprudência do BvFG, e depois importado, com ou sem mediação do direito da União, para uma série de ordenamentos jurídicos. Daquela jurisprudência, já sobejamente tratada tanto no ordenamento de origem como nos sistemas jurídicos de acolhimento, resulta um considerando principal segundo o qual o os indivíduos têm o direito de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões políticas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas (...) se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico (Rennert 2016, p. 9; Pfersmann 2000, p. 238; Grasmann 1989, pp. 1017-1024).

⁴⁵⁰ Com réplicas na jurisprudência constitucional portuguesa, como evidencia o acórdão (TC) n.º 303/90 [«(...) o cidadão deve poder prever as intervenções que o Estado poderá levar a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas. Ele deve poder confiar em que a sua actuação de acordo com o direito seja reconhecida pela ordem jurídica e assim permaneça em todas as suas consequências juridicamente relevantes»].

⁴⁵¹ Merusi 2001, pp. 21-22; Schwarze 2009, p. 996. No ordenamento de origem, a *Rechtssicherheit* (segurança jurídica) significa, sobretudo, segurança/estabilidade das situações jurídicas subjetivas, ou seja, segurança para o *utilizador final* e em benefício deste.

⁴⁵² Kruger 2016, p. 297 («subjective legal certainty focuses on the end user, i.e. the player in the game»); Popelier 2000, p. 340.

⁴⁵³ Luciani 2007, p. 1838

⁴⁵⁴ Amaral 1998, p. 93.

confiança – específica, condicionada, balizada – efetivamente limitadora da liberdade de conformação do legislador no quadro do princípio da proteção da confiança.⁴⁵⁵

Trata-se, na perspetiva em que agora o abordamos, de um *princípio fundamental*. De um *princípio* e não de um *direito*, sendo abundantes as afirmações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que não existe um direito à estabilidade do ordenamento jurídico ou à manutenção de um determinado regime legal (ressalvadas as situações de retroatividade abertamente consagradas nos textos constitucionais). Tal direito não é compatível com um Estado que se adjective como *democrático*, esteado, portanto, na soberania popular e na autorrevisibilidade das leis.⁴⁵⁶

Fundamental na medida em que é parâmetro de validade de decisões primárias do legislador, sem prejuízo de concretizações na lei ordinária, no que às atividades administrativa e jurisdicional diz respeito. Se se ligar a evolução do conceito de Estado de direito à garantia de *supremacia da Constituição* e com ela o reconhecimento de uma qualquer forma de controlo da constitucionalidade das leis através dos tribunais,⁴⁵⁷ a proteção das legítimas expectativas dos investidores, disseminada através do FET e dos API, pode mesmo ser caracterizado como um princípio do *international rule of law* (Cap. 1).⁴⁵⁸

Neste contexto, a circunstância de os ordenamentos jurídicos que não reconhecem a proteção da confiança como princípio constitucional ostentarem tradições fracas ou inexistentes de judicial review da atuação do legislativo não é, obviamente, uma coincidência.⁴⁵⁹ Tem que ver com concepções do Estado de Direito mais próximas da sacralidade da lei e da soberania parlamentar (*King in Parliament*) do que da supremacia da Constituição.⁴⁶⁰ Mesmo nestes ordenamentos, alguns desenvolvimentos devem ser destacados.

2. Desenvolvimentos em França e no Reino Unido

⁴⁵⁵ Dimensão destacada por vários Autores, inclusivamente por Autores de tradição britânica, eg. Reynolds 2011, pp. 342-343.

⁴⁵⁶ Acórdãos (TC) n.ºs 287/90 e 188/09. Na doutrina, Calmes 2001, p. 153 (nota n.º 254).

⁴⁵⁷ Isto, claro, sem prejuízo das especificidades do constitucionalismo de *common law*. Sobre esta evolução, Holterhus 2018, p. 456.

⁴⁵⁸ Trata-se, indiscutivelmente, de um produto de sucesso. Em França, o magnetismo do princípio leva alguma doutrina a sugerir uma releitura “constitucional” de figuras centenárias – como o *fait du prince* e a *responsabilité du fait des lois* – à luz, precisamente, da necessidade de proteger a confiança dos afetados. Broyelle 2009, pp. 336-337; e Pez 2006.

⁴⁵⁹ Supra Cap. 1.

⁴⁶⁰ Sobre este ponto, Simon 2018, p. 606; Medeiros 2015, p. 95; e Craighead 2013, p. 83 ss.

Em França, a garantia de segurança jurídica a nível infraconstitucional é feita, no direito administrativo, através do princípio da intangibilidade dos atos criadores de direitos,⁴⁶¹ do *non venire contra factum proprium*,⁴⁶² e sobretudo, desde o acórdão KPMG, por intermédio da *obrigação*, para as autoridades administrativas, *de previsão de disposições transitórias* em situação de aplicação imediata de um novo regulamento.⁴⁶³ Obrigação idêntica não vale, contudo, no plano legislativo.

A partir de 2013, a jurisdição constitucional, sem nunca falar em proteção de confiança nem mesmo em segurança jurídica, estendeu a proteção conferida pela garantia de direitos inscrita no artigo 16 da DDHC (que, como é sabido, integra o bloco de constitucionalidade) para lá das situações legalmente adquiridas, de forma a abranger «os efeitos que podem legitimamente resultar de tais situações».⁴⁶⁴ Trata-se, portanto, de considerar as “attentes légitimes” (expectativas legítimas) geradas pelo legislador, em especial em matéria de alteração (ou revogação) antecipada de benefícios fiscais previstos para um determinado período tempo.⁴⁶⁵

No Reino Unido, não existe, por razões ligadas ao carácter flexível da Constituição, um princípio da proteção da confiança capaz de impor limites à *legislação primária* do Parlamento (*Act of Parliament*).⁴⁶⁶ Tal não impediu, contudo, a afirmação de uma doutrina da proteção das legítimas expectativas relativamente à *secondary legislation* e à atividade da administração, *mesmo em matérias que não integram o âmbito de aplicação do direito da União*.⁴⁶⁷

⁴⁶¹ Raimbault 2009, p. 413, argumentando, com razão, que o princípio francês de intangibilidade dos atos administrativos criadores de direitos é mais efetivo que o proveniente do Direito da União, precisamente por supor uma proteção objetiva, não alicerçada naquilo que o administrado deveria conhecer.

⁴⁶² Bailleul 2010, p. 1235 ss.

⁴⁶³ Raimbault 2010, p. 78.

⁴⁶⁴ Sobre esta evolução, Vicente 2020 (o texto encontra-se no prelo, pelo que não conseguimos localizar as páginas); Woehrling 2007, p. 285 ss.; Gahdoun 2016, p. 149 ss.

⁴⁶⁵ A decisão inaugural foi a Decisão n.º 2013-682 DC, 19.12.2013, ¶14: «Considérant qu’il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d’abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d’autres dispositions; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles; qu’en particulier, il ne saurait, sans motif d’intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations».

⁴⁶⁶ Thomas 2000, p. 62.

⁴⁶⁷ Caranta 1997, p. 234. O desenvolvimento não é recente, por isso não o colocamos no texto. A jurisprudência tradicional da House of Lords entroncava na cisão entre expectativas procedimentais e expectativas substantivas. Uma expectativa procedimental é a representação, gerada pelo comportamento de uma autoridade pública, de que o indivíduo será ouvido previamente a uma alteração regulatória que lhe seja desfavorável. No acórdão *R v. Secretary of State of Transportation Ex Parte Richmond* (1994), a propósito de medidas restritivas do tráfego aéreo nos aeroportos de Heathrow, Gatwick e Stansted, e que daria origem ao acórdão *Hatton and others v. United Kingdom*, application no. 36022/97, 08.07.2003, do TEDH, a posição tradicional foi sintetizada da seguinte forma: «Although the doctrine of legitimate expectation may require a public authority not to change its existing policy without giving those affected

3. Fundamentos

Não faltam incursões doutrinárias quanto ao fundamento do princípio da proteção da confiança. É natural que assim seja se tivermos em conta que o princípio não encontra consagração expressa nos textos constitucionais dos ordenamentos que o admitem, assumindo-se, no quadro do direito da União, como um princípio geral de direito com origem pretoriana.⁴⁶⁸

Em síntese, esse fundamento pode ser encontrado nos direitos fundamentais (autonomia e propriedade), em ligação com o princípio do Estado de Direito, no princípio da boa-fé ou no princípio do Estado de direito, em conjugação com o subprincípio da segurança jurídica. Esta última é a posição que reúne maior consenso doutrinário e jurisprudencial.⁴⁶⁹

a right to be heard, the doctrine does not extend to give rise to an enforceable substantive expectation that a policy will not be changed even though those affected have been consulted». Já a expectativa substantiva traduz-se na representação de que o indivíduo manterá, no futuro, a vantagem (subsídio, pagamento, licença) de que vem beneficiando e que lhe fora prometida por um comportamento ou prática da administração. Ora, de acordo com a visão tradicional, só o primeiro tipo de expectativas seria suscetível de proteção judicial, algo que se justificava com base na asserção de que o reconhecimento de *substantive expectations* lesaria a *non-fettering doctrine*, a qual, por seu turno, radica na convicção de que uma entidade pública não pode comprometer o exercício da sua discricionariedade, sob pena de atuar *ultra vires* [R v. Secretary of State of Transportation *Ex Parte* Richmond (1994)]. A situação alterou-se consideravelmente com uma série de importantes precedentes, entre os quais se destacam os acórdãos Hamble Fisheries [R v. Ministry of Agriculture Fisheries and Food *ex parte* Hamble Fisheries (1996)], Coughlan [R. v. North and East Devon Health Authority *ex parte* Coughlan (1999)], e Begbie [R v. The Department of Education and Employment *ex parte* Begbie (1999)]. Aqui o Tribunal reconheceu abertamente, não sem algumas oscilações em termos de intensidade de escrutínio, que nas situações em que os poderes públicos criaram a expectativa (legítima) de manutenção de uma determinada vantagem, «the court will have the task of weighing the requirement of fairness against overriding interest relied upon for the change of policy» (Coughlan ¶57). Discute-se qual o fundamento da doutrina no direito britânico, com referências à ideia de fairness, ao princípio da boa administração, à proibição do abuso de poder ou ao Estado de direito (segurança jurídica). O tema é tratado na doutrina anglossaxónica, entre outros, por Moules 2011, p. 492; Sales & Steyn 2004, p. 569; e Craig & Schonberg 2000, p. 697; Craig 1996, p. 290; Clayton 2003, p. 95; Bell 2016, pp. 442 ss.

⁴⁶⁸ Raitio 2003, pp. 31 ss.; para uma revisão pormenorizada destes fundamentos, Calmes 2001, pp. 45-293; García Luengo 2002, pp. 115-202.

⁴⁶⁹ Cf., na jurisprudência, a título de exemplo: a Decisão do BvFG de 5.03.13 [1 BvR 2457/08], ¶40 [as decisões do BvFG podem ser consultadas online em <https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/>]; a Sentença 236/2017, de 10.10.2017, da Corte costituzionale italiana, ¶9.4.4 [as decisões da Corte costituzionale podem ser consultadas em <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>]; o Arrêt n.º 48/2017, de 24.04.2017, da Cour constitutionnelle belga, ¶B.41.1 [as decisões da Cour Constitutionnelle belga podem ser consultadas online em <https://www.const-court.be/fr/common/home.html>], e a STC 270/2015, de 17.12, ¶7, do Tribunal Constitucional espanhol [as STC podem ser consultadas online em <https://www.tribunalconstitucional.es/>]. Entre nós, entre muitos outros, os acórdãos (TC) n.ºs 541/01, 188/09 ou 862/13 [neste último pode ler-se o seguinte: «A proteção da confiança é uma norma com natureza principiológica que deflui de um dos elementos materiais justificadores e imanescentes do Estado de Direito: a segurança jurídica dedutível do artigo 2.º da CRP»]. No acórdão (TC) n.º 228/08, o Tribunal Constitucional chega mesmo a declarar a inconstitucionalidade de uma norma exclusivamente com base no princípio do Estado de Direito, decisão que mereceu a discordância da Conselheira Maria Lúcia Amaral.

3.1. Estado de Direito e Segurança Jurídica

O ponto essencial é o de que a limitação do arbítrio no exercício do poder político – mínimo denominador comum das várias concepções de Estado de Direito – passa necessariamente por assegurar segurança jurídica, entendida enquanto clareza, consistência, publicidade e previsibilidade do direito.⁴⁷⁰

A segurança jurídica é um princípio com desdobramentos no exercício de todos os poderes públicos,⁴⁷¹ e com dimensões cativas em qualquer concepção – formal (*thin*) ou material (*thick*) – de Estado de Direito.⁴⁷² No que respeita à regulação do poder normativo, que é a que nos interessa nesta sede, a segurança jurídica, entendida enquanto *fiabilidade* do direito, pressupõe, por um lado, uma capacidade de “saber” o direito, e por outro, uma capacidade de “prever” o direito.⁴⁷³ O mesmo é dizer que a segurança jurídica se acha ligada, num primeiro momento, a imperativos de clareza, precisão e publicidade, exigências que entre nós se exprimem precisamente através dos princípios da precisão e da determinabilidade das normas jurídicas e da proibição dos pré-efeitos;⁴⁷⁴ e num segundo momento, a uma ideia (não absoluta) de estabilidade e previsibilidade, que no campo normativo remete sobretudo para o princípio do respeito pelos direitos adquiridos, da não retroatividade das normas jurídicas e da proteção da confiança dos cidadãos.

Contudo, níveis “razoáveis” – em até mais efetivos – de segurança jurídica podem alcançar-se sem recurso a um subprincípio concretizador com as características da proteção da confiança (eg. caso francês, na atividade administrativa regulamentar). Afirmção, aliás, coonestada por aqueles que veem na proteção da confiança um limite à segurança jurídica e não um reforço desta. Argumenta-se, com efeito, que a proteção

⁴⁷⁰ Waldron 2008, p. 6; Reis Novais 2019, p. 147 ss. Com exigências que vão muito para lá do âmbito normativo, e que se estendem aos institutos do caso julgado, do caso decidido administrativo, da caducidade ou da prescrição.

⁴⁷¹ Um «princípio sobre princípios» como lhe chama Blanco de Moraes 2000, p. 619.

⁴⁷² Em síntese extrema, o debate é entre aqueles que privilegiam um entendimento formal do Estado de Direito, centrando-se nas características das normas jurídicas (generalidade, publicidade, não retroatividade, clareza), como sugerem Fuller ou Hart, tentando limpar o direito de qualquer “filosofia social” (Raz), e compreensões substantivas, que, apontando a insuficiência da integridade formal das normas jurídicas, associam o Estado de Direito a valores capazes de limitar e orientar o poder político, sejam eles a proteção dos direitos humanos, a democracia social, a economia de mercado ou a erradicação da pobreza. Sobre o tema, Krygier 2012, p. 233 ss. Distinguindo entre o *rule of law* britânico, o *Rechtsstaat* germânico e *État de droit* francês, Rosenfeld 2001, p. 1307 ss.

⁴⁷³ Usamos a taxonomia de Calmes 2001, p. 158.

⁴⁷⁴ Gomes Canotilho 2007, pp. 258-259, e, na jurisprudência constitucional, eg. acórdãos (TC) n.ºs 285/92, 474/13 (em especial, o ponto 12 da fundamentação); e 134/19.

da confiança “governa” a alteração normativa, enquanto a segurança jurídica (e os seus corolários), pelo contrário, oferece “resistência” a essa alteração.⁴⁷⁵

3.2. Direitos fundamentais

O BvfG faz assentar a proteção da confiança dos cidadãos na conjugação do *Estado de Direito* com os *direitos fundamentais*, considerando que a fiabilidade do direito e o respeito pelas legítimas expectativas dos cidadãos são condições indispensáveis para o exercício da autonomia individual (artigo 2.1 GG).⁴⁷⁶ A proteção da confiança opera também no “no interior” do direito fundamental,⁴⁷⁷ como um elemento a ter em conta aquando da ponderação entre interesses constitucionalmente protegidos e o sacrifício das liberdades particulares.⁴⁷⁸ É o que sucede, por ex., quando uma lei interfere com o direito de propriedade⁴⁷⁹ ou com o direito de acesso a cargos públicos.⁴⁸⁰

3.3. Boa-fé

Que a boa-fé pode ser o fundamento da proteção da confiança mostra-o, não só a doutrina alemã e italiana mais antigas,⁴⁸¹ como, do ponto de vista do direito que está, a jurisprudência do Tribunal Federal suíço, que encontra no artigo 9 da Constituição federal o suporte para as exigências de previsibilidade do direito, de proibição da retroatividade e de proteção da confiança relativamente a toda a atividade do Estado.⁴⁸²

⁴⁷⁵ Gigante 2008, p. 7; e Pagano 2017, p. 591.

⁴⁷⁶ Eg. acórdão do BvfG, de 17.12.2013 [1 BvL 5/08], a propósito de uma lei fiscal retroativa: «Both the fundamental rights and the rule of law conjointly guarantee the reliability of the legal order, which is an essential precondition for the self-determination of one’s life plan (...)» (¶ 63) – a tradução é do próprio Tribunal. A frustração da confiança constitucionalmente tutelada existe ou pode existir, portanto, *independentemente* de constituir, em simultâneo, uma limitação a um direito fundamental específico, como se vê em matéria de impostos retroativos – cf., sobre este ponto, o acórdão do BvfG, de 10.04.2018 [1 BvR 1236/11].

⁴⁷⁷ Merusi 2001, p. 37.

⁴⁷⁸ Calmes 2001, p. 197 ss.

⁴⁷⁹ Eg. acórdão do BvfG, de 05.03.2018 [1 BvR 2864/13], ¶42; acórdão do BvfG, de 18.05.2016 [1 BvR 895/16].

⁴⁸⁰ Eg. acórdão do BvfG, de 24.02.2017 [2 BvR 2524/16].

⁴⁸¹ Cf. as referências doutrinárias sobre o tema trazidas por Calmes 2001, pp. 227-245; e Pagano 2014, pp. 596-603.

⁴⁸² ATF 2P.37/1999, 2P.42/1999 e 2P.396/1998, de 09.03.2000 (¶7), ATF 2A.192/2001, de 9.10.2001 (¶3), e ATF 2C_218/2012, de 25.07.2012 (¶3). Os ATF podem ser consultados online em <https://www.bger.ch/fr/index.htm>.

É bom esclarecer que, enquanto fundamento alternativo, é bem de boa-fé *objetiva* que se trata, ou seja, do princípio geral de direito, com origem no direito civil das obrigações, e que reclama de todos um comportamento honesto, leal e não contraditório.⁴⁸³

A boa-fé subjetiva, entendida enquanto “ausência de malícia” ou “crença errônea na validade ou na estabilidade de um ato”⁴⁸⁴ não é irrelevante para o princípio da proteção da confiança, mas não o esgota.⁴⁸⁵ Tem a sua expressão mais evidente no direito administrativo, no contexto dos limites à anulação de atos constitutivos de direitos,⁴⁸⁶ mas também tem reflexos no direito constitucional, seja genericamente – no sentido de legitimidade da expectativa de não alteração desfavorável de um regime jurídico⁴⁸⁷ – seja especificamente – no sentido de ignorância desculpável da inconstitucionalidade da lei.⁴⁸⁸

A principal objeção à boa-fé (objetiva) enquanto fundamento da proteção da confiança⁴⁸⁹ é o facto de a exigência de um comportamento não contraditório não ter a mesma “ressonância moral” em direito público.⁴⁹⁰ Com efeito, as autoridades públicas podem – e em alguns casos estarão obrigadas – a adotar comportamentos contraditórios em benefício da permanente atualização do interesse público. Esta objeção é particularmente gritante no domínio da atividade legislativa,⁴⁹¹ onde a contradição é consequência *previsível* da alternância democrática.⁴⁹² Pense-se, por ex., numa promessa eleitoral de nacionalização dos transportes públicos ou de encerramento das

⁴⁸³ Menezes Cordeiro 1984, p. 1240; Guichard 1996, p. 53.

⁴⁸⁴ García Luengo 2001, p. 124; Kolb 2006, pp. 14-17.

⁴⁸⁵ Calmes 2001, p. 239.

⁴⁸⁶ Artigo 168.6 CPA. Especificamente sobre este ponto, Moniz Lopes 2012, p. 769 ss.; Moniz Lopes, 2011, p. 397-407 (ainda sobre o regime anterior à reforma do CPA de 2014); Melo Egídio 2016 p. 361 ss.; Aroso de Almeida 2020, p. 419 [distinguindo a situação do artigo 168.6 (anulação de atos administrativos constitutivos de direitos), que se reporta à boa-fé subjetiva, da situação do artigo 167.5 do CPA (anulação de atos administrativos constitutivos de direitos), em que se atende à boa-fé objetiva].

⁴⁸⁷ Eg. acórdãos (TC) n.ºs 575/14 e 309/18, em que “confiança” e “boa-fé” aparecem como sinónimos. Na doutrina, Neto 2014, p. 238 (nota n.º 10).

⁴⁸⁸ Gigante 2009, pp. 433-436, dando conta da intransigência da jurisprudência constitucional italiana no que respeita à tutela da confiança baseada em leis inconstitucionais.

⁴⁸⁹ Essas objeções foram objeto de discussão e análise no trabalho de Calmes 2001, pp. 240-245.

⁴⁹⁰ Calmes 2001, p. 242 («l’interdiction du comportement contradictoire perd sa connotation morale en droit public»). Na verdade, também no direito privado a proibição genérica de comportamentos contraditórios comporta riscos, como explica Menezes Cordeiro 1984, p. 751.

⁴⁹¹ Recorde-se que a boa-fé é, entre nós, um princípio fundamental da atividade administrativa, nos termos do artigo 266.2 da CRP, com concretização no artigo 10 do CPA. Sobre a boa-fé na atividade administrativa, entre nós, Moniz Lopes 2011; e Machete 2010.

⁴⁹² Daí que Merusi 2001, p. 46, conceba a boa-fé legislativa não como uma exigência de não contradição, mas como um imperativo de “correção constitucional”, traduzido «nell’obbligo di prendere in considerazione la situazione precedentemente determinata dallo stesso legislatore e di non violarla se non per motivi comparativamente prevalenti su quelli che giustificano la tutela della situazione giuridica di vantaggio del cittadino».

centrais nucleares, ou na revogação de benefícios fiscais incompatíveis com as regras de Direito da União em matéria de auxílios de Estado.

Depois, alerta Calmes, com razão, que o “ângulo de ataque” de proteção da confiança e boa-fé é diverso. Enquanto o primeiro se centra na “psicologia” daquele que confia, o segundo centra-se logicamente no comportamento daquele que induz a confiança, isto é, no comportamento dos poderes públicos.⁴⁹³ Obviamente que há neste argumento uma certa simplificação, já que a confiança que releva para efeitos do primeiro princípio é baseada em dados objetivos (a implicar, bem entendido, especial atenção ao comportamento do legislador), e não nos “estados de alma” do particular.⁴⁹⁴ Mas ele põe a nu um dado, não ignorado no DIE, de que o foco nas legítimas expectativas daquele que confia desvia a atenção do comportamento do legislador *em si mesmo*.⁴⁹⁵

4. Delimitação e caracterização

4.1. Proteção da confiança e segurança jurídica

Trata-se de uma distinção sobejamente abordada na doutrina, para cujas referências remetemos.⁴⁹⁶ Sublinhamos, por isso, apenas um ou outro ponto que nos parece mais relevante.

Um primeiro ponto é este: entre segurança jurídica e proteção da confiança existe uma *relação de consunção* – a primeira engloba a segunda. Ora, significa isto que a segurança jurídica, enquanto “macro princípio”⁴⁹⁷ ou “princípio matriz”, tem uma estrutura mais difusa e um conteúdo mais amplo que o princípio da proteção da confiança,⁴⁹⁸ e isto mesmo que a comparação recaia sobre a segurança jurídica enquanto *capacidade de prever* o direito ou segurança jurídica *ex post*.⁴⁹⁹

⁴⁹³ Calmes 2001, p. 235.

⁴⁹⁴ Luciani 2007, p. 1839.

⁴⁹⁵ Em sentido próximo, a declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral no acórdão (TC) n.º 474/13. Na doutrina, abordando o problema, Galetta 2008, p. 1902.

⁴⁹⁶ Castillo Blanco 1998, p. 274; Gigante 2009, p. 590; Galetta 2008, p. 1902; Carnevale 2002, p. 3670; Calmes 2001, pp. 163-184.

⁴⁹⁷ Castillo Blanco 1998, p. 79.

⁴⁹⁸ Eg. STC 234/2001, de 13.12, ¶9, do Tribunal Constitucional espanhol.

⁴⁹⁹ Na ausência dos seus subprincípios concretizadores – não retroatividade das normas jurídicas, salvaguarda dos direitos adquiridos, intangibilidade do caso julgado – será difícil alicerçar num tal princípio um “juízo” (aqui em sentido não técnico) de inconstitucionalidade. Já a proteção da confiança – vê-lo-emos mais à frente – é um «princípio de ordem formal e instrumental» (Amaral 2012), que funciona de acordo com um determinado *padrão* ou *esquema*.

É comum a asserção de que a proteção da confiança é a *declinação subjetiva* da segurança jurídica.⁵⁰⁰ Enquanto esta, nas suas dimensões de continuidade e de não retroatividade, protege a estabilidade do ordenamento jurídico *per se*, isto é, como um ideal a assegurar independentemente da lesão das posições jurídicas subjetivas dos particulares, a proteção da confiança só opera *se e na medida em que* a alteração normativa se revele desvantajosa para aqueles interesses. Dito de outro modo, ao contrário da proteção da confiança, o princípio da segurança jurídica nem sempre opera em benefício dos particulares. Pense-se, por ex., no artigo 282.3, da CRP, na parte em que protege as decisões já transitadas em julgado dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, sem cuidar de indagar se essa ressalva é favorável ou desfavorável para os particulares.

Finalmente, é preciso destacar a ideia de que a proteção da confiança é uma declinação que *limita e governa* a segurança jurídica, podendo, nessa medida, apontar para soluções contraditórias.⁵⁰¹ Genericamente, o potencial da proteção da confiança para introduzir limites a outros corolários da segurança jurídica, como, por ex., a não retroatividade de normas jurídicas, advém da natureza moderadora do princípio da proporcionalidade. Este, como é sabido, intervém depois de apurada uma situação de confiança legítima, e desempenha uma função de *tamponamento* da tutela jurídica quando o peso do interesse público o justifique.

O acórdão n.º 171/17, em que o Tribunal Constitucional revisitou a questão do tipo de norma contido no artigo 103.3 da CRP constitui um bom exemplo daquele *tamponamento*. A posição tradicional da jurisprudência é a de que, com a inclusão de tal norma no texto constitucional (a partir da revisão constitucional de 1997), a proibição de retroatividade em matéria fiscal adquiriu uma dimensão *objetiva*, traduzida numa sanção *automática* de normas (autenticamente) retroativas desvantajosas «qualquer que tenha sido, *em concreto*, a conduta da administração fiscal ou do particular tributado».⁵⁰² Nas situações de retroatividade autêntica, a ponderação é feita pelo legislador constituinte (de revisão), e não pelos juízes constitucionais.⁵⁰³

Já o acórdão de 2017 interpreta o artigo 103.3 como consagrando um princípio carente de ponderação com outros bens e interesses constitucionalmente protegidos. Avança o acórdão que «se a segurança jurídica é uma das virtudes das regras», a

⁵⁰⁰ Botelho 2015, p. 447.

⁵⁰¹ Calmes 2001, pp. 181-182.

⁵⁰² Sobre essa jurisprudência, Cardoso da Costa 2019, p. 147-148; e Tavares da Silva 2015a, pp. 73-85.

⁵⁰³ Casalta Nabais 2019, p. 653.

interpretação do preceito como contendo uma regra «impede a retroatividade até mesmo onde ela, tudo visto e ponderado, se justificaria», ou, dito de outro modo, impede que a mobilização da proteção da confiança ilumine as situações em que a retroatividade fiscal se mostra constitucionalmente tolerável.⁵⁰⁴

A contradição pode manifestar-se por outras vias, por ex., em caso de leis fiscais interpretativas. Segundo jurisprudência constitucional mais recente, as interpretações autênticas da lei fiscal têm natureza retroativa. Com efeito, «a retroatividade advém do facto de se ficcionar que essa imposição de sentido resultava já da lei interpretada, quando é exatamente a ambiguidade e controvertibilidade de sentido desta que justifica a intervenção interpretativa do legislador».⁵⁰⁵ Tendo natureza retroativa, tais normas beliscam – pelo menos – o princípio da segurança jurídica e da continuidade do ordenamento jurídico (e até o princípio da separação de poderes, quando sejam de aplicação imediata a processos judiciais em curso), mas deixam intocada a confiança legítima dos particulares. Estes não podem invocar a frustração de expectativas legítimas num quadro de efetiva e insanável controvérsia judicial.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Compreende-se a releitura, olhando ao direito comparado – nem franceses, nem espanhóis, nem alemães, nem italianos, nem norte-americanos contêm preceito constitucional semelhante – à instabilidade financeira das últimas décadas, que pode justificar o lançamento de impostos retroativos, e à “dificuldade” da jurisprudência na identificação das situações de retroatividade autêntica, patente, aliás, nos casos sobre tributações autónomas [cf. o acórdão (TC) n.º 617/12, e antes dele, os acórdãos n.ºs 399/10, 18/11 e 310/12]. A rejeição de uma “regra” de proibição de retroatividade autêntica é conhecida da doutrina (Amaral 2012, p. 29; Vasques 2018, p. 346) e da jurisprudência constitucional [votos de vencido dos Conselheiros Moura Ramos e Maria Lúcia Amaral no acórdão (TC) n.º 399/10]. Contudo, a interpretação constitucional anterior parece-nos correta. Há que ter em conta, em primeiro lugar, o âmbito de aplicação da proibição de retroatividade, que, segundo os acórdãos (TC) n.ºs 128/09, 85/10 e 399/10, abrange apenas a retroatividade autêntica. Depois, a motivação financeira é, por inerência, fungível, ou seja, a motivação financeira raramente é *apenas financeira*. Finalmente, a isso conduz o princípio da unidade na interpretação de normas constitucionais, em particular o sentido conferido às outras cláusulas expressas de proibição da retroatividade, *que comungam da mesma raiz valorativa e normativa que a proibição de retroatividade fiscal* [essa semelhança é destacada por Cardoso da Costa 2019, p. 160 (nota de rodapé n.º 40)]. Justifica-se, por isso, um sentido normativo que proteja os cidadãos contra situações de *perigo abstracto* de grave violação da sua confiança legítima.

⁵⁰⁵ Acórdão (TC) n.º 395/17, sobre se o artigo 88.20 do CIRC teria natureza interpretativa ou inovadora e se, por conseguinte, estaria abrangido pela proibição de retroatividade de normas fiscais constante do artigo 103.3 da CRP. Segundo o Tribunal, as leis interpretativas em matéria fiscal, por serem constitutivas e não meramente declarativas do direito, estão abrangidas pela proibição de retroatividade fiscal, salvo quando venham pôr cobro a uma controvérsia jurisprudencial. Trata-se de um raciocínio que parece só fazer sentido na perspetiva, defendida no acórdão (TC) n.º 171/17, de que o artigo 103.3 contém um princípio e não uma regra. Cf., ainda, os acórdãos (TC) n.ºs 644/17, 92/18 e 399/19. Sobre o acórdão (TC) n.º 267/17, Casalta Nabais 2019, p. 645; e Cardoso da Costa 2019, p. 169, manifestando discordância relativamente aos acórdãos. Partindo da distinção tradicional entre normas substancial ou genuinamente interpretativas e leis apenas formalmente interpretativas (inovadoras), o Autor argumenta que a proibição de retroatividade inscrita no artigo 103.3 só deve valer para as segundas, por só ali haver violação do princípio da proteção da confiança. Nas leis genuinamente interpretativas, o efeito retroativo ainda “identificável” não é suficiente para desencadear a proibição constitucional de retroatividade.

⁵⁰⁶ Em sentido idêntico, Sentenzas Cc 229/1999, de 07.06.1999 (¶5.1) e 108/2019, de 19.03.2019 (¶4.1), acórdão do Consiglio di Stato, Sezione sesta, de 02.12.2012, n.º 572 [as Sentenzas do Consiglio di Stato

Outro exemplo é o que provém da legislação temporária, e em especial das chamadas *sunset clauses*. Estas são disposições que prescrevem que uma determinada política, programa ou norma extinguir-se-á ao fim de um certo período de tempo, salvo previsão de renovação.⁵⁰⁷ São frequentes em contexto de reação a crises e constituem um expediente de facilitação do consenso político. A proliferação de disposições temporárias não está em linha com os imperativos de continuidade e de estabilidade que devem caracterizar o ordenamento jurídico,⁵⁰⁸ mas – uma vez mais – o princípio da proteção da confiança não lhe levanta obstáculos.⁵⁰⁹ A delimitação temporal do período de vigência do regime jurídico obsta ao surgimento de expectativas legítimas de estabilidade para lá do prazo *ab initio* fixado.⁵¹⁰

4.2. Proteção da confiança e estoppel

O princípio de estoppel, enquanto princípio geral de direito internacional alicerçado na boa-fé,⁵¹¹ é amiúde convocado nas relações transnacionais⁵¹² e no mecanismo de resolução de conflitos da OMC.⁵¹³ Trata-se de um princípio de origem anglo-saxónica, que, na modalidade que mais interessa ao direito público – o *estoppel by representations*⁵¹⁴ – impede que um sujeito contrarie ou rejeite um direito ou um facto gerado por um comportamento anterior, quando daí advenha prejuízo para a outra parte, que confiou, de boa-fé, na veracidade dessa representação.⁵¹⁵

podem ser consultadas em <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; e o acórdão Yukos ¶570 ss., que trataremos infra Cap. 4. Na doutrina, Carnevale 2001, p. 2415 ss.

⁵⁰⁷ Ranchordás 2015, p. 83.

⁵⁰⁸ Não é absolutamente certo que este tipo de disposições afetem a segurança jurídica, uma vez que garantem uma “segurança temporária” que é, as mais das vezes, preferível a uma situação de permanente mutação normativa (Ranchordás 2014, p. 134).

⁵⁰⁹ Eg. STC 181/2016, de 20.10, a propósito das sucessivas alterações promovidas pelo legislador espanhol no regime remuneratório da eletricidade produzida a partir de energias renováveis, que trataremos com maior detalhe infra. Na decisão em causa, o Tribunal Constitucional espanhol sublinha que o Real Decreto 222/2008, atenta a sua natureza provisória e temporária, era inapto a gerar qualquer expectativa enquadrável no princípio da proteção da confiança.

⁵¹⁰ Mais problemática será a extinção do regime jurídico antes daquele termo, pois aí, à semelhança do que acontece com os regimes transitórios, há bons argumentos para tutelar as expectativas legítimas dos afetados. Relacionado com este ponto, a propósito da situação de confiança alicerçada em convenções coletivas, que têm duração limitada, acórdão (TC) n.º 602/13.

⁵¹¹ Kolb 2006, p. 19; Panizzon 2006, pp. 24-27.

⁵¹² Kulick 2016, p. 107 ss.

⁵¹³ Jiménez García 2002, p. 43.

⁵¹⁴ Sobre as várias modalidades de estoppel, Ngugi 2007, p. 425 ss.

⁵¹⁵ No direito internacional público, Sipiorski 2017 (¶10.41); Kulick 2016, p. 109. Segundo o Autor, em sentido estrito, o funcionamento do princípio está dependente de uma tríade de requisitos [«(...) the statement of fact must be clear and unambiguous»; «the statement must be made voluntarily, unconditionally, and must be authorized»; «there must be reliance in good faith upon the statement either

O interesse da figura para a proteção da confiança é *per se* evidente.

Em primeiro lugar, não é possível invocar o estoppel quando fique demonstrado que o destinatário da representação não está de boa-fé.

Em segundo lugar, o estoppel só opera na presença de *detrimental reliance*, ou seja, perante a comprovação de que o sujeito que confia alterou a sua conduta em função da representação gerada pelo autor (i) e de que dessa alteração resultou um prejuízo (ii). Por outras palavras, de acordo com o princípio de estoppel, a posição do sujeito que confia só merece a proteção do direito se houver tradução da confiança em opções patrimoniais desvantajosas.⁵¹⁶ Não estão em causa os “planos de vida” de que fala, por ex., a jurisprudência do Tribunal Constitucional.⁵¹⁷ No estoppel anglo-saxónico, do que se trata é efetivamente da assunção de compromissos patrimoniais que de outra forma não teriam sido concretizados.⁵¹⁸

Em suma, o estoppel, quando aplicado nas relações de direito público, resulta numa espécie de proteção da confiança mais exigente e mais inflexível.⁵¹⁹ Mais exigente porque os “planos de vida” têm de se materializar em compromissos patrimonialmente relevantes; mais inflexível porque, uma vez verificados os respetivos pressupostos, não há entorses à proteção daquele que tomou como verdadeiras as garantias geradas pela atuação dos poderes públicos.⁵²⁰ Por essa razão, os tribunais britânicos preferiram “importar” a doutrina das *legitimate expectations*, que até há bem pouco tempo desconheciam, a “importar” o princípio de estoppel talqualmente este era aplicado no direito privado.⁵²¹

5. Âmbito de aplicação

Essencial, destarte, para que o princípio da proteção da confiança entre em jogo é a identificação de uma situação de confiança legítima/expectativas legítimas, ou seja, uma situação jurídica subjetiva *de confiança* capaz de ostentar diversos níveis ou graus

to the detriment of the party so relying on the statement or to the advantage of the party making the statement»].

⁵¹⁶ Eg. acórdãos (TC) n.ºs 134/19 e 309/18, e a declaração de voto do Conselheiro Lino Ribeiro no acórdão (TC) n.º 80/19.

⁵¹⁷ Eg. acórdãos (TC) n.º 128/09, 188/09, 396/11 e 862/13.

⁵¹⁸ Calmes 2001, pp. 392-402; Moules 2011, p. 229; Schonberg 2000, pp. 10-11.

⁵¹⁹ Schonberg 2000, p. 11, destacando que existe uma importante diferença entre «frustrating a person’s plan and causing harm because the person acted in “real” reliance upon some prior representation or conduct».

⁵²⁰ Schonberg 2000, p. 11, 17.

⁵²¹ Diehl 2012, p. 345; Sales & Steyn 2004, p. 572. Na jurisprudência, o acórdão *Laker Airways [Laker Airways Ltd v Department of Trade [1977] 2 All ER 182; [1977] QB 643]*.

de *consolidação*. Obviamente que quando essa situação de confiança legítima tem por base um direito, liberdade e garantia, a proteção da confiança – na falta de aplicação do artigo 18.3 da Constituição (retroatividade autêntica) – opera “no interior” ou por ocasião da restrição desse direito fundamental.⁵²² Todavia, daqui não deriva nenhuma diferença essencial quanto ao modo de funcionamento do princípio, *para além* daquela que decorre do tipo de posição jurídica subjetiva lesada.⁵²³

A situação de confiança (legítima) pode também basear-se noutra tipo de situações jurídicas subjetivas, como os direitos adquiridos (que não sejam DLG) e as expectativas jurídicas. A terminologia pode, uma vez mais gerar, equívocos, porquanto tanto num caso como noutra, existe a expectativa de não alteração de um determinado regime jurídico. O que difere é, portanto, o grau de consistência da situação jurídica de confiança, com reflexo, em princípio, no exercício de ponderação em que culmina o princípio.

5.1. Direitos adquiridos

«Cosa sia un diritto quesito resta ancora un mistero», diz Bindi.⁵²⁴ A primeira precisão que cumpre fazer passa por distinguir o conceito “direitos adquiridos” (*droits acquis, diritti quesiti, wohlerworbene Rechte*), admitido na generalidade dos ordenamentos jurídicos, e o princípio do respeito pelos direitos adquiridos, que pode existir como princípio hermenêutico ou como princípio de direito administrativo, mas que não pode ser transposto para o domínio constitucional. Da nossa parte, o facto de incluirmos os direitos adquiridos no acervo de posições jurídicas subjetivas suscetíveis de regulação através do princípio da proteção da confiança é revelador de que o respeito pelos direitos adquiridos não se impõe *tout court* ao legislador.⁵²⁵

A categoria dos direitos adquiridos é normalmente associada a “direitos subjetivos perfeitos”, “direitos já incorporados no património do titular”, “direitos cujos

⁵²² Sobre a extensão e alcance da proibição, Pereira da Silva 2018, pp. 266-272.

⁵²³ Atente-se, por ex., no acórdão (TC) n.º 851/14, do Tribunal Constitucional, proferido a propósito da aplicação imediata de normas constantes do Estatuto da Ordem dos Psicólogos que tornavam mais exigentes os requisitos de acesso à profissão. Em sentido próximo, o acórdão (TC) n.º 473/92, a propósito da aplicação imediata de um sistema de incompatibilidades dos Deputados ao Parlamento Europeu, configurável como uma restrição ao direito de sufrágio passivo (artigo 49.1), mas em que o Tribunal lançou mão do princípio da proteção da confiança na ponderação com outros interesses constitucionalmente protegidos.

⁵²⁴ Bindi 2007, p. 1; Barrero Rodríguez 2002, p. 137 («Todos creemos saber lo que son los derechos adquiridos con tal que no tengamos que definirlos»).

⁵²⁵ Blanco de Morais 2000.

elementos constitutivos já se encontram totalmente verificados”, “direitos dotados de capacidade de resistência relativamente a uma lei posterior”, “prerrogativas ligadas a situações legalmente adquiridas”, “direitos resultantes de atos criadores de direitos”.⁵²⁶ Outros preferem acentuar a ligação ao conceito constitucional de propriedade, próximo, portanto, da ideia de “património”.⁵²⁷ Portanto, na medida em que tenham recorte patrimonial, a afetação deste tipo de posições jurídicas também pode ser escrutinada no âmbito da garantia da propriedade privada.

Uma segunda precisão é a de que o princípio da proteção dos direitos adquiridos não se confunde com o princípio da não retroatividade da lei. E isto independentemente de tais princípios serem entendidos como princípios hermenêuticos (infraconstitucionais) ou constitucionais. A ideia é simples: um direito adquirido, com o sentido exposto supra, carece de proteção tanto relativamente a leis (autenticamente) retroativas como relativamente a leis que só disponham para o futuro muito embora tocando em situações já constituídas e que ainda se mantêm (eg. direitos derivados a prestações, direito ao exercício de uma profissão, direito a um benefício fiscal).⁵²⁸

O último ponto prende-se com a tarimba do princípio. Em França, trata-se sobretudo de um princípio de direito administrativo, ligado à intangibilidade dos atos (administrativos) criadores de direitos, por oposição com o que sucede com os atos precários e com os regulamentos.⁵²⁹ No direito de *common law*, existe uma *presumption against interference with vested rights*, concebida como um princípio hermenêutico, que pretende restringir a discricionariedade do intérprete, mas não a vontade do Parlamento – *rectius*, a liberdade de conformação do legislador. Não poderia ser de outra forma tendo em conta o princípio da soberania parlamentar, ainda hoje associado à premissa Diceyniana de que o Parlamento pode “fazer e desfazer qualquer lei”.⁵³⁰⁻⁵³¹

⁵²⁶ Bindi 2007, p. 1; Barrero Rodríguez 2002, p. 153; Calmes 2001, p. 652; Yannakopoulos 1997, p. 26 ss.; Santulli 2001, p. 87 ss.

⁵²⁷ Kaeckenbeeck 1937, p. 325; Bindschedler 1956, p. 215.

⁵²⁸ Bindi 2007; Salembier 2003, p. 117; Caponi 2011, p. 3769.

⁵²⁹ Auvret 1985, p. 59; Yannakopoulos 1997, p. 44 (o Autor, analisando a jurisprudência do *Conseil constitutionnel* em matéria de diminuição da proteção de direitos e liberdades fundamentais, apelidada de jurisprudência do “cliquet”, argumenta que é possível vislumbrar nela «une sorte d’acquis au niveau législatif», trazendo, no fundo, a proteção dos direitos adquiridos para o nível constitucional).

⁵³⁰ Sobre esta *statutory presumption*, Salembier 1003, p. 101; Turatsinze 2015, p. 215; Juratowitch 2008, pp. 10 ss.; Palmer & Sampford 1994, p. 235.

⁵³¹ Nos Estados-Unidos, os acórdãos *United States v. Wheeler*, 254 U.S. 281 (1920), e *Landgraf v. USI Film Products*, 511 U.S. 244 (1994), sobre a aplicação retrospectiva de uma lei federal – o Civil Rights Act 1991 – estabeleceram um precedente de acordo com o qual quando a intenção do legislador (quanto à eficácia temporal da lei) seja ambígua, vale uma presunção de prospectividade. O mesmo é dizer que a lei não será de aplicação retroativa nem tampouco retrospectiva, ou seja, serão salvaguardados os efeitos futuros de relações jurídicas já constituídas («future legal consequences of past private action»), bem

Entre nós, a jurisprudência constitucional, não rejeitando a existência de direitos adquiridos, afasta, todavia, a existência *autónoma* de um princípio de proteção dos direitos adquiridos. Esta asserção é coonestada pela jurisprudência em matéria de revogação de benefícios fiscais ou de interferências sobre direitos derivados a prestações já em pagamento.⁵³² Tais direitos estão, naturalmente, «mais protegidos em relação a quaisquer modificações legislativas posteriores», mas tal proteção efetua-se nos termos não automáticos e não absolutos do princípio da proteção da confiança.⁵³³

No acórdão n.º 309/18, o Tribunal teve oportunidade de testar um raciocínio semelhante a propósito de uma norma incluída no OE 2011 que estabelecia um teto máximo de 10% para a coleta de IRC que poderia beneficiar do Regime Fiscal de Apoio ao Investimento. A norma impedia, inclusivamente, que as empresas que não tivessem podido beneficiar da totalidade do benefício fiscal nos exercícios anteriores transferissem (como estava *ab initio* previsto) o referido benefício para os exercícios subsequentes. O benefício fiscal em causa, tendo carácter temporário e condicional, assume natureza “paracontratual”, configurando-se como uma proposta-promessa do legislador nos termos da qual, se verificados os pressupostos objetivos e subjetivos previstos na lei (realização de investimentos), o sujeito passivo “adquire” o direito a deduzir à coleta de IRC, desse ano e dos quatro exercícios seguintes, uma parcela do valor do investimento realizado. A norma que, no decurso do período de quatro anos, interfira com o desfrute do benefício, é uma norma lesiva de direitos adquiridos, com carácter retrospectivo, e cuja validade depende do respeito pelo princípio da proteção da confiança, com as particularidades que veremos melhor *infra*.⁵³⁴

Em Itália e em Espanha, os tribunais seguem um raciocínio semelhante. A *Corte costituzionale*, em decisões recentes, reitera que o reconhecimento da proteção da confiança como princípio constitucional não exclui que «il legislatore possa adottare disposizioni che modificano in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti

como os direitos adquiridos («vested right acquired under existing laws»). Sobre esta jurisprudência, Laitos 1997, p. 127 ss.

⁵³² O itálico é nosso.

⁵³³ No acórdão (TC) n.º 862/13, proferido na vigência no Programa de Assistência económico-financeira, o Tribunal qualifica o direito à pensão como um direito adquirido de base legal, distinto de um direito em formação, «com existência real, material, individualizado e incorporado *no património do aposentado*» – o itálico é nosso. Cf., para além do acórdão (TC) n.º 862/13, os acórdãos (TC) n.ºs 237/98, 173/01, 187/13, 134/19 e 575/14. Na doutrina, explica Pereira da Silva 2003, p. 273, que o princípio do respeito pelos direitos adquiridos «não pode valer, abstratamente, como critério de conformação constitucional, mas apenas articulado, no processo de concretização, com o princípio da proteção da confiança».

⁵³⁴ O facto de a situação de confiança estar particularmente consolidada e se revestir de contornos particulares repercute-se, desde logo, na verificação dos primeiros “testes” do princípio, concretamente, na convicção de que se trata de «expectativas legítimas, justificadas e fundadas em boas razões».

giuridici, *anche si oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti*».⁵³⁵ Já o Tribunal Constitucional espanhol há muito veio esclarecer que a proibição de retroatividade constante do artigo 9.3 da Constituição Espanhola, na parte em que se refere às leis “restrictivas de derechos individuales”, não abarca os “derechos adquiridos”, nada impedindo, portanto, que o legislador adote disposições retroativas com efeitos sobre direitos que já integram o património do particular. Mister é que se não desconsidere «la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles».⁵³⁶

O reconhecimento da presença de direitos adquiridos, enquanto direitos que já integram o *património* do particular, abre a porta, porém, a outro parâmetro de controlo – a proteção constitucional da propriedade privada – seja na sua configuração nacional, seja na sua configuração europeia.

A conclusão é, portanto, a de que o princípio da proteção dos direitos adquiridos, na formulação “musculada”, destacada por Calmes – que passa por garantir a proteção destes direitos de forma *objetiva e absoluta*, entenda-se, sem qualquer indagação quanto à “legitimidade” da confiança dos particulares na não afetação desses direitos e sem curar das razões que justificam a alteração normativa que os afeta, respetivamente⁵³⁷ – *não é um princípio constitucional*.⁵³⁸

5.2. Expectativas jurídicas

⁵³⁵ Sentenza Cc 54/2019, de 06.02.2019 – o itálico é nosso. Na doutrina, Matucci 2009, pp. 65-72.

⁵³⁶ Eg. STC 6/1983, de 04.02, 108/1986, de 29.07 e 197/1992, de 19.11. Na doutrina, Barrero Rodríguez 2002, p. 154. A redação do artigo 9.3 da Constituição espanhola é a seguinte: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Na doutrina, Alvaréz Velez 2018, p. 55.

⁵³⁷ Calmes 2001, pp. 653-658. A Autora enuncia, nestas páginas, as diferenças entre o princípio da proteção dos direitos adquiridos e o princípio da proteção da confiança.

⁵³⁸ Apesar de, no direito suíço, o princípio assumir uma formulação mais “musculada”, a proteção constitucional dos direitos adquiridos não difere significativamente da que vimos dando conta até este momento. Numa decisão de 2012, envolvendo uma iniciativa legislativa que previa a supressão de benefícios fiscais para empresas estrangeiras, o Tribunal Federal recordou que a validade de uma norma inautenticamente retroativa depende da não afetação de direitos adquiridos («Or, la jurisprudence précitée admet la rétroactivité improprement dite à condition que les droits acquis soient respectés»), condição que tem arrimo no princípio da boa-fé, consagrado no artigo 9 da Constituição Federal (ATF 1C_659/2012, de 24.09.2013). Numa decisão de 2012, que tinha por objeto alteração das regras no exercício da profissão de notário, o Tribunal Federal dá conta que «il découle uniquement des droits acquis une certaine stabilité de la loi dans le sens que de tels droits ne peuvent pas être annulés ou restreints par des changements de lois ultérieurs sans indemnité», a qual pode, por ex., consistir na previsão de um regime transitório (ATF 2C_507/2011, de 16.01.2012). Na doutrina, Favre 2011, pp. 277-279; e Matucci 2009, pp. 259-264.

As expectativas jurídicas são, por definição, situações jurídicas subjetivas menos consolidadas que os direitos adquiridos. Na definição tradicional, apoiada no direito civil, as expectativas jurídicas apresentam-se como situações de formação progressiva, tuteladas de forma transitória pelo direito (Barrero Rodríguez),⁵³⁹ como «droits virtuels pas encore matérialisés» (Calmes),⁵⁴⁰ ou como situações de direito subjetivo ainda não totalmente realizadas ou incorporadas no património do seu titular (Masaracchia, Medeiros).⁵⁴¹ Comum a todas estas formulações é a circunstância de a expectativa jurídica ser um estágio intermédio na formação de um direito subjetivo perfeito.

5.3. Expectativas qualificadas e meras expectativas: a lei como base da confiança

Independentemente de terem por base um direito adquirido ou um direito de que se espera vir a ser titular, expectativas jurídicas que relevam para efeitos de funcionamento do princípio são sempre *interesses qualificados* de não alteração desfavorável de um determinado regime jurídico.⁵⁴² A exigência de uma especial *qualificação* afasta as expectativas de que agora tratamos da expectativa genérica, fundada na ideia-princípio de segurança jurídica, de continuidade do ordenamento jurídico.⁵⁴³ É, aliás, na distinção entre expectativa genérica de continuidade do direito e expectativa-condição de operatividade do princípio, bem como na identificação dos elementos objetivos e subjetivos que permitem a (eventual) passagem de uma a outra, que reside – parece-nos - o *recorte autónomo* do princípio da proteção da confiança.⁵⁴⁴

6. Estrutura dos modelos de proteção da confiança

Dito isto, como é que os diversos ordenamentos jurídicos tratam a questão da retroatividade? Qual é a conexão que existe entre retroatividade (forte ou fraca) e proteção da confiança?⁵⁴⁵

⁵³⁹ Barrero Rodríguez 2002, p. 164.

⁵⁴⁰ Calmes 2001, p. 656.

⁵⁴¹ Masaracchia 2007, p. 99; Medeiros 1992, p. 257.

⁵⁴² Barrero Rodríguez 2002, p. 167.

⁵⁴³ Matucci 2009.

⁵⁴⁴ Chamando a atenção para a «différenciation substantielle de la situation juridique», Ferrari 2016, p. 865.

⁵⁴⁵ É conhecida a classificação que, neste domínio e com formulações múltiplas, se estabelece entre retroatividade atual e aparente, retroatividade e retrospectividade, retroatividade autêntica e inautêntica, retroatividade própria e imprópria, retroatividade primária e secundária, retroatividade forte e fraca,

A generalidade dos ordenamentos jurídicos contém pelo menos uma proibição (absoluta) de retroatividade, relativa a normas penais *in malam partem*. É assim o artigo 29.1 da CRP, o artigo 25 da Constituição italiana, o artigo 9.3 da Constituição espanhola, o artigo 1, secção 9 da Constituição federal norte-americana.⁵⁴⁶ Alguns ordenamentos vão mais longe e contêm proibições de retroatividade de leis restritivas de direitos individuais, como sucede nos casos espanhol (artigo 9.3) e português (artigo 18.3), e de leis fiscais, como sucede no caso português (artigo 103.3).⁵⁴⁷ A interpretação de tais proibições como “absolutas” – isto é, como consagrando regras de “tudo ou nada” – impede que haja lugar a ponderação.⁵⁴⁸

Daqui não emerge, porém, um raciocínio exceção/regra, nos termos do qual fora dos casos de retroatividade absolutamente proibida, a retroatividade (autêntica) seja, à partida, *permitida*. À autorrevisibilidade das leis e à ampla margem de conformação de que o legislador dispõe para reorganizar vida económica em linha com o «mandato democrático recebido dos eleitores» opõe-se uma “força” de sinal contrário, encabeçada pelos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.⁵⁴⁹ Mas deteta-se entre os ordenamentos que consagram o princípio uma enorme variedade de formulações e de especificidades operativas.

Assim, para o BvFG, as normas retroativas estão, *em geral*, constitucionalmente vedadas, a menos que se verifique uma das exceções elencadas pela jurisprudência, isto é, a menos que a retroatividade beneficie de uma “justificação especial” em termos de interesse público ou que circunstâncias de facto e de direito tenham obstado à formação de expectativas legítimas. Nitidamente, a proteção da confiança sobressai aqui como um

retroatividade e pseudo-retroatividade, retroatividade e quase-retroatividade (Luciani 2007, p. 1826 ss.; Pugiotto 2017, p. 452). O Tribunal Constitucional não se exime de definir a retroatividade forte ou autêntica como aquela que faz «repercutir os seus efeitos sobre factos pretéritos, praticados ao abrigo de lei anterior, redefinindo assim a sua disciplina jurídica», e retroatividade inautêntica como aquela em que «a norma jurídica nova, conquanto pretenda ter efeitos só para o futuro, incide sobre relações jurídicas já existentes, constituídas ao abrigo de Direito anterior». A definição é retirada do acórdão (TC) n.º 575/14. No domínio fiscal, concretamente nos impostos periódicos, a jurisprudência já gizou uma distinção entre retroatividade autêntica, inautêntica e retrospectividade [acórdão (TC) n.º 399/10]. O Tribunal Constitucional espanhol parece admitir três graus de retroatividade, falando em retroatividade de grau máximo, médio e mínimo, mas a jurisprudência mais recente parece claramente em linha com a distinção binária – retroatividade própria e imprópria [eg. STC 6/83, de 09.03, 197/92, de 23.12, e, mais recentemente, STC 51/2018, de 10.05 (¶ 4-5)].

⁵⁴⁶ Com efeito, apesar de tal dispositivo conter uma proscrição genérica de leis retroativas, a jurisprudência do Supreme Court interpretou-a no sentido de abranger apenas as normas penais [acórdão *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798)]. Sobre o tema, Weiler 1993, p. 1077.

⁵⁴⁷ Introduzido pela revisão constitucional de 1997. O Anteprojeto da Constituição espanhola (de 1978) estendia a proibição de retroatividade do artigo 9.3 à matéria fiscal.

⁵⁴⁸ Acórdão (TC) n.º 399/10.

⁵⁴⁹ Acórdão (TC) n.º 335/08.

“limite” à proposição geral de não retroatividade.⁵⁵⁰ Já as leis impropriamente retroativas são, à partida, permitidas. Só assim não será quando o legislador tenha criado um “fundamento especial” de confiança. Isso é particularmente importante em matéria económica: como se lê num acórdão recente, prolatado a propósito da redução antecipada da remuneração garantida dos produtores de eletricidade a partir de energia eólica, quando o legislador *promete* uma remuneração para investimentos realizados em determinadas condições, essa confiança merece “especial proteção” à luz da Constituição, não devendo esse regime jurídico sofrer alterações *onde o interesse público não as suporte*.⁵⁵¹

A *Corte costituzionale*, hoje de forma estável,⁵⁵² admite que o legislador pode adotar disposições retroativas «a condizione che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l’affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto».⁵⁵³ As leis (autenticamente) retroativas, em boa medida por imposição da jurisprudência do TEDH,⁵⁵⁴ são sujeitas pela *Corte* a um escrutínio mais “musculado” que a tradicional *ragionevolezza*:⁵⁵⁵ não basta, com efeito, que as escolhas do legislador não sejam manifestamente arbitrárias, nem basta invocar o interesse financeiro do Estado.⁵⁵⁶ A ponderação é conduzida a partir de uma série de elementos: tempo decorrido até à emanção da legislação retroativa, o grau de consolidação da situação subjetiva de confiança, a previsibilidade de uma alteração retroativa do regime jurídico, a proporcionalidade da intervenção legislativa.⁵⁵⁷

No quadro da retroatividade inautêntica, a *Corte* parece ter absorvido as críticas da doutrina no sentido de atribuir maior relevo às condições que permitem comprovar uma situação de confiança digna de tutela.⁵⁵⁸ Trata-se, uma vez mais, de afastar a tutela

⁵⁵⁰ Acórdão BvFG de 17.12.13 (1 BvL 5/08), ¶¶61-82 (tradução para língua inglesa é do próprio Tribunal). Na doutrina, Rennert 2016, p. 9; Schneider 2002, p. 257.

⁵⁵¹ Acórdão BvFG de 12.02.2019 (1 BvR 2914/17), ¶15.

⁵⁵² Superada a jurisprudência do chamado “combinato disposto”.

⁵⁵³ Eg. Sentenza Cc 54/2019, de 06.02.2019 [as Sentenzas da Corte Costituzionale podem ser consultadas online em <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>].

⁵⁵⁴ Pagano 2017.

⁵⁵⁵ Sobre a “ragionevolezza”, Luther 1997, p. 341 ss; Pennicino 2012; e Modugno 2007.

⁵⁵⁶ Sentenza Cc 108/19, de 19.03.2019, a propósito de uma lei regional interpretativa [«(...) In altri termini, è richiesta non già la mera assenza di scelte normative manifestamente arbitrarie, ma l’effettiva sussistenza di giustificazioni ragionevoli dell’intervento legislativo, poiché la normativa retroattiva incide sulla «certezza dei rapporti preteriti» nonché sul legittimo affidamento dei soggetti interessati»], e 54/19, de 06.02.2019.

⁵⁵⁷ Sentenza Cc 108/2019, de 19.03.2019.

⁵⁵⁸ Galetta 2008, p. 1915; Gigante 2009, p. 410 [«(...) I riferimenti alla sfera soggettiva dell’affidante e più in generale agli elementi che consentono di mettere a fuoco la situazione del singolo non assumono

do *legittimo affidamento* de um puro exame de *ragionevolezza*, segregando-o através de elementos próprios. Na Sentença 16/2017, motivada por legislação que reduzia, em termos faseados e retrospectivamente, as tarifas relativas à eletricidade produzida por certos centros fotovoltaicos, é nítido o esforço realizado pela Corte no sentido de avaliar a *previsibilidade* da alteração normativa.⁵⁵⁹

Em Espanha, o escrutínio associado à proteção da confiança (*confianza legítima*) ostenta, em especial nos últimos anos, cada vez maior ordenação. Isso é visível, desde logo, na delimitação do âmbito de aplicação do princípio da proteção da confiança, por oposição ao princípio-regra de não retroatividade de certas leis inscrita no já mencionado artigo 9.3 da Constituição. A proibição de retroatividade abrange tão-só a retroatividade autêntica⁵⁶⁰ – a incidente, portanto, sobre situações juridicamente “adquiridas” – de normas sancionadoras e de normas restritivas de direitos individuais, nos termos supra esmiuçados. Fora deste círculo, opera o princípio da proteção da confiança, mediante uma apreciação que tenha em conta o grau de retroatividade e as circunstâncias do caso.⁵⁶¹

Sendo a retroatividade autêntica, a *confianza legítima* opera, à semelhança do que sucede no direito da União e no direito alemão, como um limite à não retroatividade. Releva, portanto, na identificação de «alguna razón que permita entender justificada la afectación que a la seguridad jurídica se ha producido».⁵⁶² Não há lesão da confiança se se concluir que não houve “detrimental reliance”, isto é, se se concluir que a atuação do operador económico não teria sido outra se tivesse previsto a alteração retroativa.

Se a retroatividade for inautêntica, a proteção da confiança opera a partir de um ponto de partida inverso, porquanto aí não se trata de abrir exceções à irretroatividade, mas sim de abrir exceções à *natural mutabilidade* do ordenamento jurídico.⁵⁶³ O

perciò il rilievo e la nitidezza di presupposti per il sorgere dell'affidamento, pur potendo venire in considerazione nel momento del bilanciamento come fattori che contribuiscono a definire il “peso” dei contrapposti interessi»]; Carnevale 2002, p. 3671; e Carnevale 2001, p. 2418, qualificando o escrutínio levado a cabo como “casuístico” e “arbitrário”.

⁵⁵⁹ Cf. Sentença Cc 16/2017, de 07.12.2016; também a Sentença Cc 108/2016, de 18.04.2016.

⁵⁶⁰ STC 51/2018, de 10.05, a propósito de uma alteração legislativa que dificultava a concessão de ajudas estatais à aquisição de habitação própria, com efeitos sobre os pedidos de auxílio já formulados, mas ainda não conferidos ao abrigo do regime jurídico anterior.

⁵⁶¹ STC 98/2018, de 19.09.

⁵⁶² STC 121/2016, de 23.06, que ajuizou da constitucionalidade de normas legais, que entraram em vigor em 2011, mas que tributavam, desde 2004, rendimentos do trabalho derivados de opções de compra de ações por parte de trabalhadores.

⁵⁶³ Como se lê na STC 270/2015, de 17.12, «los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación

modelo que orienta o raciocínio da alta instância espanhola não difere substancialmente do que vale entre nós. A tutela da confiança depende, sobretudo, da imprevisibilidade da alteração normativa e da magnitude do dano infligido aos agentes económicos. Se estes dois requisitos não lograrem preenchimento, o escrutínio não avança e, por conseguinte, não há ponderação.⁵⁶⁴

Entre nós, não é claro que exista um princípio geral de proibição de emissão de normas retroativas.⁵⁶⁵⁻⁵⁶⁶ Mas o princípio da proteção da confiança vem adquirindo uma estrutura operativa cada vez mais pormenorizada – mais, aliás, que a dos seus congéneres espanhol e italiano. De uma formulação dita de “retroatividade intolerável”, expressa em vários acórdãos da década de 80,⁵⁶⁷ o Tribunal transitou para um modelo de duplo teste, a partir do acórdão n.º 287/90,⁵⁶⁸ posteriormente desdobrado num modelo composto por quatro requisitos cumulativos, com o acórdão n.º 128/09.⁵⁶⁹

existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general».

⁵⁶⁴ STC 51/2018, de 10.05 [«(...) En las circunstancias analizadas no se acredita una situación de confianza legítima que pudiera fundamentar ciertas limitaciones a la acción del legislador, con el fin de respetar el principio de seguridad jurídica. En consecuencia, tampoco es necesario examinar si concurrían exigencias cualificadas del bien común susceptibles de justificar la prevalencia excepcional de la acción del legislador sobre dicho principio»].

⁵⁶⁵ Entre nós, é relativamente raro o legislador aprovar legislação autenticamente retroativa. Fá-lo, por vezes, em matéria fiscal, não obstante a proibição constitucional constante do n.º 3 do artigo 103 da CRP, por não ser de todo óbvia, em alguns casos, a distinção entre retroatividade autêntica e inautêntica (pense-se na controvérsia em torno das tributações autónomas, por ex.). Fora deste domínio, o facto de a retroatividade se dizer autêntica ou inautêntica está longe de ser *decisivo*, fazendo-se sentir, sobretudo, no momento da ponderação [acórdãos (TC) n.º 304/01, proferido a propósito de uma alteração ao Regime do Arrendamento Urbano, (TC) n.º 559/98, a propósito de uma interpretação normativa que vinha permitir a penhora de bens comuns do casal em ações movidas contra um dos cônjuges, e 294/14, em que estava em causa uma Portaria de extensão conferindo natureza retroativa a certas disposições de uma convenção coletiva de trabalho]. No acórdão (TC) n.º 202/14, por ocasião de uma lei que revogava, com efeitos retroativos, um decreto-lei que servira de base legal específica para a celebração de um aditamento ao contrato de concessão relativo aos direitos de exploração do terminal portuário de Alcântara, a retroatividade das normas jurídicas foi fator considerado no momento da ponderação, em especial pelo tempo que mediou entre o decreto-lei do Governo e a lei da Assembleia da República.

⁵⁶⁶ No sentido de que não existe, o acórdão (TC) n.º 41/07.

⁵⁶⁷ Acórdãos (TC) n.ºs 11/83, a propósito de um imposto extraordinário retroativo [« É que, se o princípio de protecção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito Democrático, não exclui em absoluto a possibilidade de leis fiscais retroactivas, exclui-a seguramente quando se esteja perante uma retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos contribuintes»] e 66/84, ambos sobre matéria fiscal.

⁵⁶⁸ De acordo com este duplo teste, a confiança é tutelada quando se verificarem dois requisitos essenciais: a) a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18 da CRP).

⁵⁶⁹ Acórdão (TC) n.º 128/09 [«Os dois critérios enunciados (e que são igualmente expressos noutra jurisprudência do Tribunal) são, no fundo, reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou “testes”. Para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o

Sobressai, no entanto, que este modelo de quatro testes nem sempre é enunciado e nem sempre é aplicado (na sua totalidade).⁵⁷⁰ O que é curioso, se pensarmos que a vantagem de um modelo deste tipo, reconhecida pelo próprio Tribunal, reside precisamente no facto de «sendo os “testes” (...) cumulativos, o facto de um deles não se cumprir basta para que se não possa, com esse fundamento, julgar inconstitucionais as normas *sub judicio*».⁵⁷¹ Outra característica importante do modelo português é a sua estrutura marcadamente *bifásica*: enquanto os três primeiros testes servem sobretudo o propósito de apurar a existência de uma situação de confiança *digna de tutela* – correspondente, portanto, a uma «mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas não podiam contar» – o último visa determinar quais dessas situações devem prevalecer sobre o interesse público que justifica *a não continuidade* do comportamento gerador da expectativa.⁵⁷²

Em síntese, seja por influência do modelo alemão, seja por influência do direito da UE,⁵⁷³ o escrutínio associado ao princípio da proteção da confiança vem-se revelando progressivamente mais estruturado. À exceção, porventura, do ordenamento português, a identificação da modalidade de retroatividade em causa revela-se *prima facie* importante. A menor relevância dessa qualificação (no caso português) não é difícil de compreender: sendo o sistema constitucional muito generoso na previsão de hipóteses de proibição absoluta de retroatividade (autêntica), percebe-se que não sinta a mesma necessidade de concetualizar um modelo de proteção da confiança como limite excepcional à irretroatividade da lei.

Todos eles, sem exceção, se preocupam em definir, com precisão, *a situação de confiança merecedora de proteção*, naturalmente mais intrincada no domínio da retroatividade inautêntica por ser aí mais intenso o constrangimento imposto à liberdade de conformação do legislador.

Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa»].

⁵⁷⁰ Acórdãos (TC) n.ºs 847/14, 355/13, sobre a alteração das regras de acesso ao ensino superior, e 399/10. Neste último, o Tribunal enuncia os quatro testes, mas não os aplica.

⁵⁷¹ Acórdão (TC) n.º 154/10. Contra este entendimento, no plano administrativo, Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010a, p. 223.

⁵⁷² Em teoria, o quarto “teste” só teria lugar se preenchidos os três primeiros. Embora se conheçam acórdãos que operaram dessa forma [eg. acórdãos (TC) n.ºs 18/11 e 355/13], o TC pode, na tentativa de consolidar a fundamentação da decisão, realizar o quarto “teste” mesmo tendo concluído pela ausência de uma situação de confiança digna de tutela [eg. acórdão (TC) n.º 42/14].

⁵⁷³ *Infra* Cap. 4.

7. Funcionamento

O funcionamento do princípio da proteção da confiança revela-se numa dupla proposição: por um lado, nem todas as situações de confiança são situações de confiança legítima ou digna de tutela; por outro, nem todas as situações de confiança dignas de tutela *justificam*, em concreto, a proteção do direito constitucional. Esta última proposição tem que ver com a intervenção do princípio da proporcionalidade, que, atento o interesse público que a alteração normativa visa prosseguir, filtra as situações de confiança legítima e modela o tipo de tutela jurídica oferecido pelo princípio da proteção da confiança.⁵⁷⁴

7.1. Legitimidade da confiança

A adjectivação da confiança como “legítima” ou digna de proteção resulta de um juízo de apreciação casuístico, alicerçado em critérios que, apontando em direções contrárias, só conjugadamente permitem uma resposta *binária* sobre as expectativas. Já vimos que os diversos ordenamentos jurídicos estruturam este primeiro momento de escrutínio de forma mais ou menos articulada. Entre nós, o Tribunal Constitucional enuncia, de forma estruturada, três “testes” capazes de demonstrar a legitimidade das expectativas. Da nossa parte, consideramos que, no domínio dos negócios, a legitimidade das expectativas (em sentido amplo) depende de três vetores: imprevisibilidade, legitimidade (ou aquilo que o Tribunal Constitucional apelida de “boas razões”) e *reliance*.

7.1.1. Imprevisibilidade

A imprevisibilidade da alteração normativa é indiscutivelmente o momento mais melindroso de uma análise da confiança. A razão de tal complexidade é relativamente simples: se excluirmos as hipóteses de retroatividade autêntica – que têm, como vimos, contornos particulares – a questão que se coloca é legitimamente a de saber *o que pode ser tido por imprevisível num contexto de fisiológica mutabilidade*. A questão é legítima em qualquer sector, mas reveste-se de particular importância na regulação de atividades económicas, porquanto se aí o Estado é chamado, por um lado, a coordenar a prestação

⁵⁷⁴ Raimbault 2010, p. 413; Calmes 2001, pp. 181-183; Gigante 2008, p. 149.

destas atividades por privados, através do seu poder de regular, há a necessidade, por outro, de assegurar um *resultado económico concreto* e de garantir uma adequada remuneração dos investimentos (supra Cap. 1). Nas palavras de Travi, «nell’ambito di una regolazione economica, non è ragionevole ammettere una fractura fra il quadro giuridico e la realtà economica».

i) Situações de confiança substancialmente diferenciadas

O modelo adequado para os referidos setores de atividade implica, em primeiro lugar, a identificação de situações-tipo de previsibilidade, ou seja, de situações que seja em virtude do grau de consolidação, do comportamento do legislador ou das suas características intrínsecas, *tendem para a estabilidade*. Este trâmite permitirá segregar, portanto, as situações de confiança substancialmente diferenciadas.⁵⁷⁵

Porém, tem razão Fisch quando alerta que «the stability of a regulatory context is a *matter of degree* and, in any given case, individual facts may point in opposite directions».⁵⁷⁶ Caso a situação de confiança revele algum traço de diferenciação substancial, é necessário enquadrá-la num contexto normativo e económico mais amplo no sentido de perscrutar indícios de *natural instabilidade*, tais como o tipo de indústria, o tipo de operador económico afetado ou eventuais avisos ou alertas fornecidos pelo Estado-legislador ou pelo Estado-regulador.

a) Contratos e situações jurídicas consolidadas

As situações jurídicas consolidadas têm maior vocação para a estabilidade. Daí que qualquer norma jurídica que, retroativamente, tenha impacto sobre uma situação deste tipo se profile como *imprevisível*.⁵⁷⁷

No acórdão n.º 202/14, já aqui mencionado, a propósito da revogação retroativa da norma legal que redefinira as bases de um contrato administrativo de concessão, o Tribunal Constitucional destacou o facto de estar em causa «um direito legal e contratualmente fundado, consolidado na titularidade de certo particular». O direito em

⁵⁷⁵ Ferrari 2016, p. 865.

⁵⁷⁶ Fisch 1997, p. 1103 – o itálico é nosso.

⁵⁷⁷ STC 51/2018, de 10.05.2018 [«(...) la previsibilidad de normas futuras dotadas de retroactividad auténtica debe ser, en principio, excepcional»]. No acórdão (TC) n.º 135/12, a propósito da criação de uma taxa de comercialização de produtos de saúde com efeitos a partir de janeiro de 2000, o Tribunal Constitucional sublinhou que «aos agentes económicos por ela abrangidos não ocorreria que [a referida taxa] fosse aplicada retroativamente a transações já efetuadas à data da entrada em vigor da lei», tornando impossível o planeamento económico e a conseqüente repercussão do tributo sobre o consumidor final.

causa não é o *direito à não revogação da norma* legal que viabilizou o contrato. Um tal direito, já o dissemos, *não existe*. Mas a existência de um direito “fundado” reforça, no entanto, a *base da confiança*, isto é, a expectativa de que o “estado de coisas” (normativo) em que o contrato foi concluído não será drasticamente alterado (nem para o passado nem para o futuro) em termos que impeçam ou tornem excessivamente onerosa a sua execução.⁵⁷⁸

A constitucionalidade da interferência do legislador nos contratos em curso levanta-se quer os contratos sejam privados quer sejam públicos. Contudo, a circunstância de o contrato ser público – em especial, a circunstância de o contrato estar sujeito a um regime *substantivo* de direito administrativo⁵⁷⁹ – não é um *pormenor* chegado o momento de apreciar a validade constitucional de uma alteração legislativa com impacto sobre um contrato.⁵⁸⁰

Existe, desde logo, o perigo de uma *situação patológica* de “substituição funcional” do executivo pelo Parlamento, nos termos alertados na Introdução, ou seja, uma situação em que o legislador parlamentar “usurpa” a atividade político-governativa ou administrativa do Governo, em termos suscetíveis de consubstanciar uma violação do princípio constitucional da separação de poderes.⁵⁸¹ A este perigo acrescem situações de inadequação, não aplicação ou de funcionamento insuficiente dos mecanismos através dos quais o direito administrativo trata o problema da alteração normativa com impacto sobre o contrato. Referimo-nos ao instituto do facto do príncipe e à tutela do cocontratante nas hipóteses assim configuradas.⁵⁸² Estamos a pensar em alterações

⁵⁷⁸ Broyelle 2009, p. 335.

⁵⁷⁹ Aroso de Almeida 2020, pp. 473.

⁵⁸⁰ Para além do facto do príncipe, que é um instituto de direito administrativo, a interferência do legislador nos contratos do setor público pode ser escrutinada através do direito a um processo equitativo (artigo 6 CEDH), na parte em que a interferência se produzir sobre processos em curso, e, no direito constitucional norte-americano, através da *contract clause*, consagrada no artigo 1.10 (1) da Constituição federal norte-americana: «No State (...) shall pass any law impairing the obligation of contracts». A cláusula oferece proteção contra alterações normativas com efeitos sobre contratos, sejam eles contratos entre privados ou envolvendo entidades públicas (Fletcher v. Peck). Contudo, a jurisprudência constitucional reconhece que o envolvimento de uma entidade pública fomenta comportamentos “oportunistas” por parte do legislador, justificando-se, por isso, um *heightened scrutiny*, isto é, um escrutínio mais intenso das motivações públicas, mormente a demonstração de que a opção legislativa é essencial e de que não estavam à sua disposição meios menos onerosos, mas igualmente eficazes na prossecução daqueles objetivos. A questão ganhou novos contornos durante a crise financeira de 2008, que motivou alterações aos planos contratuais de pensões do setor público, permitindo um afinamento das defesas tradicionalmente invocadas pelo Estado-legislador (a “reserved powers doctrine” e a “unmistakability doctrine”).

⁵⁸¹ Acórdão (TC) n.º 24/98.

⁵⁸² Existem várias aceções de facto do príncipe, como demonstram a doutrina francesa e a doutrina portuguesa (cf., na doutrina francesa, Raimbault 2010, p. 61; Vidal 2005, p. 130 ss.; Richer 2019, p. 283; e na doutrina portuguesa, por todos, Saavedra Pinto 2012). Numa conceção estrita, o facto do príncipe

normativas com impacto indireto sobre o contrato (eg. lançamento de uma contribuição financeira sobre um setor) ou em alterações normativas insuscetíveis de qualificação como “anormais” e “imprevisíveis” para efeitos de aplicação do instituto da alteração das circunstâncias.⁵⁸³

Existem, por outro lado, situações não contratuais com forte vocação de consolidação, como é o caso do fomento fiscal e da atividade de incentivação estadual em geral.⁵⁸⁴ São hipóteses de confiança diretamente fundas na lei e com vocação (*ab initio*) para durar um certo período de tempo, de tal forma que, durante esse período, originam situações de “confiança reforçada”.⁵⁸⁵ Ou seja, uma situação de incentivação ou de fomento que se prolongue indefinidamente no tempo não evidencia nenhuma característica reforçada em termos de confiança. É *expectável* uma decisão legislativa que ajuste o incentivo ou o elimine tendo em conta a evolução do cenário económico. Já se a lei que prevê o incentivo consagrar direta ou indiretamente um prazo de vigência, a decisão legislativa de eliminação ou de ajustamento substancialmente desvantajoso cai, à partida, no espectro da imprevisibilidade.⁵⁸⁶

reconduz-se às situações em que o contraente público ou um ente público estranho à relação contratual (eg. Estado-legislador, União Europeia) exerce os seus poderes no plano extracontratual, praticando atos normativos ou governativos que afetam o contrato [Vieira de Andrade 2010, p. 226 fala em «poderes normativos gerais», «em regra, por decisão de soberania político-legislativa (por via geral e abstrata ou através de uma lei ou de uma medida política concreta), mas também em certos casos por via regulamentar»]. Esta definição pretende abranger tanto o facto do príncipe dito *clássico*, como o facto do príncipe *diluído ou difuso*, por o ato que desequilibra o contrato poder provir de diferentes níveis de governance (Martins 2014, p. 629). É importante destacar que, para alguns Autores, só são configuráveis como de facto do príncipe as situações em que uma atuação extracontratual dos poderes públicos afete direta e especialmente o contrato, modificando imediatamente o seu conteúdo ou condições de validade (Saavedra Pinto 2012, p. 68 ss.). Num entendimento deste tipo, estão fora do facto do príncipe os casos – mais relevantes para o nosso estudo – de influência indireta sobre o contrato, traduzida na alteração das condições externas (ambientais, fiscais, económicas) ou do ambiente regulatório de execução do contrato. No plano do direito positivo, as situações de facto do príncipe são tratadas através do instituto da alteração das circunstâncias. O artigo 314 do CCP distingue os casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias por decisão imputável ao contraente público adotada no plano extracontratual (artigo 314.1, a) do CCP), cuja tutela é feita através do dever de reposição do equilíbrio financeiro do contrato (quando este possa subsistir) ou de uma justa indemnização (quando não possa), equiparando o Código estes casos às hipóteses de exercício, pelo contraente público, dos poderes de conformação da relação contratual, i.e. de modificação e resolução do contrato por razões de interesses público (artigos 314.1, b), 334.1 e 335.2 CCP). E os casos de alteração das circunstâncias não imputáveis a nenhuma das partes – no âmbito das quais se inclui a produção de atos normativos ou governativos por uma entidade pública estranha ao contrato – cuja tutela é feita através de pagamento de uma compensação financeira e/ou, quando possível, da modificação do contrato (artigo 314.2 e 335.1 CCP). Sobre este regime, Aroso de Almeida 2019, pp. 5-14.

⁵⁸³ Sem esquecer, contudo, a proposta de Martins 2014, p. 632, no sentido de um tratamento unitário do instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, com flexibilidade para abranger, portanto, todas as situações de alteração das circunstâncias por facto do príncipe (clássico ou difuso), mesmo que tal alteração não seja nem anormal nem imprevisível.

⁵⁸⁴ Ferrari 2016, p. 870.

⁵⁸⁵ Calmes 2001, p. 420.

⁵⁸⁶ Dizendo textualmente isto, Merusi 2001, p. 62; e Sigron 2014, p. 65; Gigante 2009, p. 436.

Veja-se, por ex., o acórdão n.º 309/18, já referido. Ao contrário dos benefícios fiscais estáticos, que remuneram situações já consumadas, os benefícios fiscais dinâmicos têm uma natureza bilateral ou paracontratual, funcionando como estímulos e incentivos que o Estado criou para atrair os contribuintes a colaborar na realização de determinadas atividades de interesse público. Nestas circunstâncias, uma alteração normativa que iniba o gozo dos benefícios fiscais em toda a extensão do prazo legalmente fixado há-de considerar-se *imprevisível*, porque presumivelmente perturbadora da equação financeira subjacente à decisão de investir, entenda-se, ao *trade-off* entre a atividade de cumprimento das condições de que está dependente a concessão do benefício e as vantagens económicas em que este se traduz. Mais do que isso: «o Estado tem o dever de respeitar os compromissos assumidos e a boa-fé (*pacta sunt servanda*) de quem confiou na reciprocidade de vantagens e ónus». A modificação unilateral desse acordo tácito constitui uma violação do *non venire contra factum proprium*.⁵⁸⁷

Contudo, as alterações retrospectivas aos regimes de incentivo à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis – sobretudo de energia eólica e fotovoltaica – só parcialmente comprovaram aquela “força peculiar”. A par do que veremos aquando do estudo do FET, há que destacar o caso alemão, em que o BvFG reconheceu que o regime de incentivação incorporava uma *promessa do legislador*, de acordo com a qual a eletricidade produzida em certas condições auferiria uma remuneração mais elevada.

⁵⁸⁷ Os desenvolvimentos da doutrina italiana sobre as *leggi di incentivazione economica* confirmam a importância da incentivação no reforço da situação de confiança. Apesar de a atividade de incentivação conhecer um sentido amplo, o termo (em sentido estrito) refere-se a uma atividade de estímulo da iniciativa económica privada, consubstanciada na previsão ou promessa legal de uma vantagem ou benefício como contrapartida do desenvolvimento de uma determinada atividade economicamente útil. Essa vantagem pode traduzir-se num subsídio, no acesso a crédito bonificado ou em benefícios fiscais. Ponto é que as leis de incentivação não se confundem com os prémios, recompensas previstas *ex post* como consequência de uma atividade já realizada. Os incentivos, por seu turno, são benefícios subordinados à realização de uma atividade futura que, *de outro modo*, não seria levada a cabo. Isto esclarece a especificidade das leis de incentivação no que respeita à proteção da confiança: explica Luciani 2007 que «il principio di affidamento si presenta, nel caso delle leggi di incentivazione, con una forza peculiare, a causa della *struttura essenzialmente contrattuale* del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato». Luciani 2007, p. 2092; Pace 1997, pp. 165-194; Di Plinio 1998, pp. 599-625. As leis de incentivação só se justificam enquanto o comportamento ambicionado não se generalizar. Caso isso aconteça, Rigano 1993, pp. 2223-2232, argumenta que a Corte costituzionale deve poder afastar a sua validade com fundamento na violação do princípio da proporcionalidade. Os vários Autores fazem referência à tese da inderrogabilidade das leis de incentivação, proposta por Guarino, e assente no caráter contratual de tais leis. Aliás, segundo este Autor, as leis de incentivação não imporiam apenas uma proibição de revogação ao legislador, mas também a proibição de adotar normas desfavoráveis através, por ex., do lançamento de tributos que produzissem efeitos semelhantes aos da revogação do incentivo – Benadusi 1966, p. 896.

A confiança assim gerada, materializada numa atividade de investimento, merece especial proteção constitucional. O facto de as alterações efetuadas se terem traduzido em *pequenos ajustes*, deixando intocadas as *garantias essenciais* do modelo, levou, todavia, o BvfG a concluir no sentido de que não haveria violação da Vertrauensschutz.⁵⁸⁸ Trataremos os casos italiano e espanhol mais à frente.

b) Situações jurídicas de confiança reforçada *ex post*

Também se configuram como de confiança substancialmente diferenciada aquelas situações que, independentemente de tenderem *ab initio* para a instabilidade, beneficiam, em momento posterior ao da sua formação, de uma atuação legislativa de reforço das expectativas na continuidade de um determinado regime jurídico. Nestas hipóteses, «le degré de consolidation de la situation importe moins que le comportement de l'autorité normative».⁵⁸⁹ Trata-se, portanto, de situações de base de confiança *complexa* ou de *aquisição progressiva*, geradas seja por um comportamento positivo do legislador (normalmente, a previsão temporalmente balizada de um regime transitório), seja por um comportamento negativo do legislador (a não alteração de um regime jurídico durante um longo período de tempo).

O BvfG, num acórdão de 2016 proferido a propósito do encerramento antecipado das centrais nucleares em funcionamento na Alemanha, sufragou a importância do regime transitório no reforço das expectativas dos investidores.⁵⁹⁰ Considerou aquele Tribunal que, ao prever, em 2002, a atribuição de volumes adicionais de eletricidade destinados a um grupo determinado de investidores durante um certo período de tempo, o legislador alemão criara uma “situação especial de confiança”, outorgando aos produtores de energia nuclear a expectativa de que poderiam continuar a

⁵⁸⁸ Acórdão BvfG, de 12.02.2019 [1 BvR 2914/17], ¶15] [«(...) Verspricht der Gesetzgeber allerdings – wie hier in den verschiedenen Fassungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes – für einen konkret festgelegten längeren Zeitraum Vergütungen einer bestimmten Höhe für nach den Bedingungen des Gesetzes produzierten Strom, schafft er eine besondere Vertrauensgrundlage für darauf aufbauende Investitionen. Auf die Initiierung derartiger Investitionen ist eine solche Gesetzgebung angelegt»].

⁵⁸⁹ Ferrari 2016.

⁵⁹⁰ Acórdão BvfG de 06.12.16 [1 BvR 2821/11 1 BvR 321/12 1 BvR 1456/12] – a tradução para inglês é do próprio tribunal. Sucintamente, em 2002, o legislador federal decidira pôr termo à produção de energia nuclear, montando um regime transitório que, apesar de não fixar datas para o encerramento definitivo da produção, alocava um certo número de volumes de eletricidade adicionais às centrais que ainda se encontravam em funcionamento. Em 2009, na sequência das eleições legislativas, o legislador federal atribuiu às centrais em funcionamento novos volumes adicionais de eletricidade que lhes permitiriam operar, como tecnologia de transição, durante um período adicional de 12 anos. Sucede que, em 2011, reverteu a decisão política anteriormente adotada, desta feita fixando datas definitivas para o encerramento em termos que não permitiam às centrais em funcionamento utilizar os volumes adicionais de energia conferidos pelo legislador em 2002. Sobre a questão, Glinski 2015, p. 194 ss.; Wendt 2018 (nota n.º 48 da anotação ao artigo 14 da GG); Paulus & Nölscher 2018, pp. 133-168.

levar a cabo a sua atividade económica durante o período de “vida” dos referidos volumes.⁵⁹¹ Será comum no campo dos negócios, aliás, que esse regime transitório opere a título de compensação financeira, *in casu* como compensação pela perda do direito de explorar as centrais nucleares, permitindo a amortização dos investimentos e a obtenção de uma taxa de retorno razoável.⁵⁹²

Dito de outro modo, regimes jurídicos que persistem no tempo, por vezes apoiados em disposições transitórias com vigência temporal definida, são indícios firmes de um “equilíbrio estável”, e destarte dotados de maior resistência à retrospetividade ou aplicação imediata, característica das reformas económicas.⁵⁹³⁻⁵⁹⁴

ii) Fatores de previsibilidade

Como alertámos, o facto de uma situação jurídica se configurar, *prima facie*, como tendencialmente estável não resolve inteiramente a questão da *imprevisibilidade* da alteração normativa. O mesmo é dizer que há situações de confiança reforçada em que alteração normativa é previsível. Esta conclusão não é matemática: pressupõe naturalmente uma apreciação estribada em vários fatores de instabilidade, que pelo seu relevo casuístico, evidenciam previsibilidade.

Existem situações em que a retroatividade (autêntica) é previsível por ser indispensável ou pelo menos aceitável. *Gouverner c'est aussi rétroagir*, diz Yannakopoulos.⁵⁹⁵ Isso sucede com alguma frequência quando estão em causa leis cuja obscuridade cria uma situação de controvérsia jurisprudencial ou de forte insegurança jurídica a que urge pôr fim através de uma lei (interpretativa) retroativa. Esta é uma das exceções à presunção de inconstitucionalidade de que estão feridas as normas (autenticamente) retroativas, de acordo com o BvfG, e já vimos que o Tribunal Constitucional não ignora a importância de tal arrazoado, sobretudo em matéria fiscal, onde a retroatividade pode revelar-se necessária caso alguns contribuintes usem a

⁵⁹¹ Acórdão BvfG de 06.12.16 [1 BvR 2821/11 1 BvR 321/12 1 BvR 1456/12], ¶334 ss.

⁵⁹² Acórdão BvfG de 06.12.16 [1 BvR 2821/11 1 BvR 321/12 1 BvR 1456/12], ¶344-345.

⁵⁹³ Fisch 1997, p. 1103.

⁵⁹⁴ Sentenza Cc 216/2015, de 07.10.2015, ¶4.2, a propósito de um decreto-lei (decreto-legge 6 dicembre 2011 n.º 201) que impedia, com efeitos imediatos, a conversão de liras (notas e moedas) em euros, revogando o regime transitório instituído em 1997/98 nos termos do qual aquela conversão seria possível até 28 de fevereiro de 2012. De acordo com a Corte costituzionale, «il lungo tempo trascorso senza alcuna modifica dell'assetto normativo regolatore del rapporto rende anzi ancora più evidente il carattere certamente consolidato della posizione giuridica dei possessori di banconote in lire e della loro legittima aspettativa (...)».

⁵⁹⁵ Yannakopoulos 1997, p. 398. Uma retroatividade indispensável ou necessária, para além de mitigar a imprevisibilidade da alteração normativa, aumenta o peso relativo do interesse público na ponderação a que haja eventualmente lugar.

ambiguidade da lei para, de forma sistemática e intencional, evitar as suas responsabilidades contributivas (*loopholes*).⁵⁹⁶

A doutrina anglo-saxónica, tradicionalmente mais permissiva relativamente à retroatividade,⁵⁹⁷ especialmente quando esta assume contornos de *curative legislation*,⁵⁹⁸ destaca a previsibilidade de normas retroativas cujo desiderato é frustrar “comportamentos oportunistas” (*opportunistic behavior*) dos particulares. Por ex., se o legislador estabelece que a partir de certa data uma determinada transação já não será tolerada ou terá consequências menos vantajosas do que aquelas de que vinha beneficiando, é expectável que faça retroagir os seus efeitos à data desse anúncio, sob pena de os particulares contornarem os objetivos da alteração normativa.⁵⁹⁹ A expectativa gerada nesta sequência dificilmente, aliás, poderá qualificar-se como fundada “em boas razões”, como veremos infra.⁶⁰⁰

Em certas circunstâncias, a imprevisibilidade é também afastada quando a alteração normativa seja precedida de anúncios dos poderes públicos ou possa ser antecipada a partir do início do procedimento legislativo parlamentar.⁶⁰¹ O Tribunal Federal suíço, numa decisão proferida a propósito da criação de um imposto progressivo sobre os proveitos derivados da exploração de máquinas de jogo, deu relevo à circunstância de a recorrente – uma sociedade exploradora de um casino – *dever estar* informada sobre o projeto de lei federal que desencadeara o procedimento legislativo em curso. O período que medeia entre o início do procedimento e a produção de efeitos jurídicos pode, inclusivamente, operar como um período transitório *de facto*, na eventualidade de a nova lei ser de aplicação imediata.⁶⁰²

A atenção conferida aos avisos ou alertas dos poderes públicos e à informação que o operador económico médio *não deve ignorar* constituem importantes sintomas de

⁵⁹⁶ Acórdão (TC) n.º 171/17. Na doutrina norte-americana, Munzer 1982, p. 448.

⁵⁹⁷ Sobre este ponto, Laitos 1997, p. 112; Schwartz 1999, p. 946; Weiler 1992, p. 1070.

⁵⁹⁸ A “curative legislation” não anda muito longe das leis de validação francesa, que são atos legislativos, normalmente “solicitados” pela administração pública, que interferem no exercício da atividade jurisdicional tornando válidos atos administrativos e regulamentares que, *prima facie*, não o seriam (Mathieu 1987). Para Laitos 1997, p. 95, a curative legislation «ratifies prior official conduct of government officers who acted without the requisite authority» ou «retroactively cures defects in an administrative system».

⁵⁹⁹ Calmes 2001, p. 377; e Fisch 1997, p. 1089.

⁶⁰⁰ A este elenco há que acrescentar as situações em que a retroatividade é prática relativamente comum, como sucede com disposições pecuniárias de convenções coletivas. Neste sentido, o acórdão (TC) n.º 294/14.

⁶⁰¹ Calmes 2001, p. 377 [«(...) Vu sous l’angle de la protection de la confiance légitime, il est cependant incontestable que l’annonce d’un changement législatif détruit la confiance des milieux informés»].

⁶⁰² ATF 2P.37/1999, 2P.42/1999, 2P.396/1998, de 09.03.2000, ¶7.

previsibilidade.⁶⁰³ Não abordaremos por hora o critério do operador prudente e avisado, formulado pelo Tribunal de Justiça, nem os problemas que o mesmo levanta.⁶⁰⁴

Diremos apenas que a avaliação da prognose do operador médio sobre a evolução de um dado mercado nem sempre é usada criteriosamente. Atente-se no caso espanhol de alteração retrospectiva dos regimes de incentivo à eletricidade produzida a partir de fontes renováveis,⁶⁰⁵ em especial nas alterações promovidas em 2013, que aboliram o regime de feed-in-tariff até aí existente, bem como a diferença entre o regime ordinário e o regime especial de produção de eletricidade.

O Tribunal Constitucional espanhol, na STC 270/2015 – uma das muitas decisões produzida sobre a reforma legislativa do sector⁶⁰⁶ – sustenta o seguinte: «No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un “operador económico prudente y diligente”, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente (...)».⁶⁰⁷

⁶⁰³ Calmes 2001, pp. 380-382.

⁶⁰⁴ Infra Cap. 4.

⁶⁰⁵ Em síntese, nas alterações promovidas em 2010, o legislador manteve-se fiel ao regime feed-in-tariff, mas eliminou a tarifa regulada a partir do 26.º ano de funcionamento das instalações solares/fotovoltaicas, limitou do n.º de horas de produção abrangidas pela tarifa regulada e subordinou todos os produtores de energia elétrica ao pagamento de uma tarifa de acesso à rede de distribuição a que estivessem conectados (Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, e Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre). Tratou-se de uma alteração negativa porque o Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, estabeleceu três categorias de tarifas segundo a potência instalada e, dentro de cada categoria, fixaram-se duas tarifas reguladas: uma mais elevada, aplicável aos primeiros 25 anos de funcionamento da instalação, e outra inferior, aplicável a partir do 25.º ano de funcionamento. Mais tarde, em 2013-14, o legislador transformou substancialmente o modelo de incentivo, eliminando o sistema feed-in-tariff e instituindo uma remuneração assente no princípio da rentabilidade razoável (Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, e a Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, regulamentada pelo Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, e pela Orden IET/1045/2014, de 16 de junio). De acordo com este novo regime, os produtores de energia elétrica a partir de fontes renováveis vendem a energia produzida no mercado e poderão auferir, *caso se justifique*, uma retribuição específica que «no sobrepasará el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que permitan competir a las instalaciones en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado y que posibiliten obtener una rentabilidad razonable por referencia a la instalación tipo en cada caso aplicable». O objetivo é garantir que a remuneração se desvincula da situação particular de cada centro electroprodutor e toma por referência uma *central eficiente*.

⁶⁰⁶ Reiterada pelas STC 19/2016, de 04.02, 29/2016, de 18.02, 30/2016, de 18.02, 42/2016, de 03.03, e 61/2016, de 17.03. A posição do Tribunal Constitucional foi seguida pelo Tribunal Supremo (eg, as STS 2087/2017, 26.05.17, 2126/2017, 25.05.17, 2086/2017, 23.05.17, 1946/2017, 22.05.17, 1947/2017, 17.05.17 e 2111/2017, 26.05.17. As STS podem ser consultadas em <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Actualidad-Jurisprudencial/>). Algumas destas decisões avaliaram a validade das medidas de 2013 não só à luz do artigo 9.3 da Constituição espanhola, como do Direito da União e do TCE. A este propósito, nota-se com interesse a crítica de Revuelta Pérez 2019, p. 414, no sentido de que o Tribunal Supremo deveria ter efetuado reenvio prejudicial de interpretação, uma vez que a legislação revogada estava adstrita ao cumprimento dos objetivos da União em termos de eletricidade “verde” e que dificilmente os dados existentes permitiriam a aplicação das doutrinas do “ato claro” ou do “ato clarificado”.

⁶⁰⁷ STC 270/2015, de 17.12.

Ora, esta é uma asserção que tem tanto de *verdadeira* quanto de *irrelevante*. Obviamente que o operador médio de um sector específico como são as renováveis não ignorava que a magnitude do *deficit* tarifário, aliada a uma situação de crise económico-financeira, levariam o legislador - cedo ou tarde - a ajustar o modelo regulatório, pondo fim à sobrecompensação dos centros electroprodutores que beneficiavam da tarifa bonificada.

Mas a questão é outra, na verdade. Cairia uma transformação do paradigma regulatório no espectro das alterações previsíveis? Admitindo que um operador médio não poderia ignorar que às reformas de 2010 e 2012 se seguiria uma reforma legal muito mais “musculada”, que uso poderia ter dado a essa informação num contexto em que o capital já estava “afundado”?

Pode argumentar-se que um operador prudente e razoável deveria ter tentado, logo que possível, tornar-se *mais eficiente*, por forma a precaver-se contra a “morte anunciada” do feed-in-tariff, modelo desaconselhado pelas instituições europeias e objeto de contestação na OMC.⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹ Todas as reformas normativas podem ser antecipadas; o relevo dessa antecipação é que nem sempre é o mesmo. Por vezes, *saber* é fraco remédio.⁶¹⁰

Um último fator de previsibilidade da alteração normativa tem que ver com a indústria ou sector em que aquela tem lugar. A doutrina norte-americana destaca, com efeito, que nas *heavily-regulated industries* as alterações normativas são, por definição, previsíveis⁶¹¹. Como explica Fisch, «the likelihood of legal change in an unstable equilibrium makes reliance on the legal status quo unreasonable (...)».⁶¹²

Paradoxalmente, portanto, a proteção da confiança tem dificuldades em operar nos setores ou nichos normativos onde a insegurança jurídica – traduzida na não

⁶⁰⁸ Comissão Europeia 2014 (Comunicação sobre Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020); e a contestação da China aos regimes grego e italiano de apoio à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis [European Union and certain Member States – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Request for consultations by China, 07.11.2012], ou a contestação do Japão ao modelo de feed-in-Tariff de algumas províncias do Canadá [Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Sector (WT/DS412) e Canada – Measures Relating to the Feed-in-Tariff Program (WT/DS426)].

⁶⁰⁹ Alertando para a importância da questão tecnológica no quadro do justo balanceamento entre “proteção da confiança”, a “eficiência” e a “justiça intergeracional”, Tavares da Silva 2015b, p. 46.

⁶¹⁰ Revuelta Pérez 2019, p. 429, refere que, ao tomar em consideração aspetos conjunturais posteriores à realização do investimento, «el inversor real y el inversor prudente (...) quedaron situados en posiciones distintas, incomparables». A conclusão é esta: «Seguramente, el inversor de 2013 – con la información disponible en dita fecha – habría tomado una decisión diferente al inversor de 2007». Defendendo que a alteração pode originar responsabilidade patrimonial do legislador (mesmo não tendo os tribunais espanhóis concluído pela violação do princípio da proteção da confiança), Galán Vioque 2015, p. 134.

⁶¹¹ Schwartz 1999, p. 954.

⁶¹² Fisch 1997, p. 1109.

continuidade do ordenamento jurídico – é maior.⁶¹³ O argumento é particularmente forte no que respeita aos setores regulados, e em especial naqueles em que a regulação vai ao ponto de fixar as tarifas cobradas pelos serviços prestados.⁶¹⁴

A *Corte costituzionale* italiana sublinha que a remodelação do modelo de incentivos às fotovoltaicas, longe de ser imprevisível, consubstancia, nos mercados sujeitos a regulação pública, «un elemento fisiologicamente riconducibile al rischio normativo di impresa».⁶¹⁵ Em Espanha, o *Tribunal Supremo* vai mais longe e afirma que a fisiológica mutabilidade do modelo regulatório deve ser compreendida como o reverso da opção dos operadores por uma remuneração através de tarifas bonificadas, «con eliminación del riesgo empresarial, sin competir en precios con el resto de los agentes del mercado eléctrico, sujetos a las vicisitudes de la libre competencia».⁶¹⁶

7.1.2. Legitimidade

Entre nós, as expectativas dignas de tutela devem ser «legítimas, justificadas e fundadas em boas razões». Não é fácil determinar ao certo o que o Tribunal Constitucional entende serem “boas razões”. Por vezes o conceito é utilizado no sentido de *validade* da expectativa; outras vezes, parece diluir-se na ideia genérica de “legitimidade”, seja como sinónimo de “imprevisibilidade”, seja como sinónimo de “essencialidade” (importância).⁶¹⁷

Note-se que, no direito administrativo, as boas razões da expectativa coincidem com a “boa-fé” do administrado que ignorava o vício de que padecia o ato

⁶¹³ Acórdão (TC) n.º 42/14. Estavam em causa, com efeito, normas do Orçamento de Estado para 2013 que vinham alterar o Estatuto dos Benefícios Fiscais, dispondo que as mais valias e as menos valias realizadas pelas Sociedades Gestoras de Participações Sociais (SGPS) deixavam de concorrer para a formação do lucro tributável destas sociedades. O Tribunal esclareceu que a mencionada alteração se localizava na “zona de previsibilidade” da recorrente, sobretudo porque a evolução legislativa anterior, pautada por mudanças constantes, vinha denotando a constante preocupação do legislador em atingir um regime equilibrado e competitivo relativamente aos regimes de outros Estados-membros da União.

⁶¹⁴ Rodríguez Bajón 2012, p. 202, assumindo que o conceito de “riesgo regulatorio” pode ser mobilizado para afastar a violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos.

⁶¹⁵ Sentenza Cc 16/2017, de 07.12.2016. Em sentido próximo, Sentenza Cc 56/2015, de 10.03.2015, a propósito de uma norma legal que sujeitava os concessionários (atuais e futuros) da atividade de jogo lícito a novas regras em matéria de sede, capacidade técnico-infraestrutural, deveres de informação, instrumentos para excluir os menores de acesso ao jogo, entre outras. Considerou a Corte costituzionale que não havia violação do “legittimo affidamento” das concessionárias, uma vez que «la possibilità di un intervento pubblico modificativo delle condizioni originarie è da considerarsi in qualche modo connaturata al rapporto fin dal suo instaurarsi» (§4.1). As reformas italianas do regime de produção de eletricidade a partir de energias renováveis já foram escrutinadas no DIE (infra Cap. 5).

⁶¹⁶ STS 1971/2017, de 18.05.2017.

⁶¹⁷ A questão é particularmente importante em matéria de pensões, ou genericamente, de redução de prestações sociais, mas, por razões evidentes, não entraremos no tema [eg. acórdãos (TC) n.ºs 413/14, 355/13, 396/11, 3/16].

administrativo. Idêntico raciocínio não vale para o direito constitucional, pois aí o *conhecimento da ilegitimidade* da base da confiança – uma lei – é uma questão mais complexa, atentas as diferenças entre a discricionariedade administrativa e a liberdade de conformação do legislador.⁶¹⁸ Submeter as expectativas do operador a um crivo de validade, na conotação supra enunciada, é admitir que a mera atuação em conformidade com a base da confiança (norma jurídica) é insuficiente para reputar como digna de tutela a expectativa de que aquele é titular.

Munzer não ignora o problema, ao distinguir abertamente entre a racionalidade (previsibilidade) e a legitimidade (validade) de uma expectativa: «the point of having a separate requirement of legitimacy (...) for protecting expectations is to permit a frustrating change that is, *even if a surprise, not improper* (...)».⁶¹⁹ Contudo, uma asserção com este recorte levanta pelo menos um problema: qual o momento relevante para apurar da *validade* da expectativa? O momento em que esta se formou? Ou também momentos posteriores, de forma a levar em conta a evolução axiológico-normativa da comunidade política ou as melhores práticas de um determinado setor?

A validade-legitimidade das expectativas encontra terreno fértil no campo dos negócios. Referimos supra que comportamentos especulativos e oportunistas dos operadores económicos não fundam expectativas dignas de proteção: é o caso daqueles que exploram os *loopholes* da legislação fiscal, ou que efetuam investimentos mesmo sabendo que a legislação será alterada.⁶²⁰

Idêntica conclusão se impõe relativamente a investimentos em setores regulados, remunerados através de tarifas que, em virtude da *evolução tecnológica* (a chamada “curva de aprendizagem”), se tornaram excessivas.⁶²¹ Estes investidores não podem legitimamente confiar que essas tarifas, mesmo que “prometidas” durante um certo período de tempo, não sofrerão ajustes nem reduções. Nenhum outro Tribunal o disse tão abertamente como o *Consiglio di Stato*, numa decisão de 2016, proferida a propósito do *quarto conto energia*: «la nuova disciplina è intervenuta a prevenzione di *indebiti*

⁶¹⁸ Pereira da Silva 2003, p. 29.

⁶¹⁹ Munzer 1982, pp. 432-435 – o itálico é nosso. A discussão é desenvolvida por Brown 2017, p. 441, que aborda a legitimidade das expectativas no contexto da Teoria da Justiça de Rawls («Rawls claims that if expectations exist against the backdrop of a just basic structure, then they are legitimate»), e da releitura proposta por Buchanan («One implication of Buchanan’s version is that if just institutions go from being just to being unjust, then the expectations formed under the just institutions must change from being legitimate to being illegitimate»). Santaella Quintero 2019, p. 122 (nota n.º 57) levanta o problema a propósito da lei que aboliu a escravatura na Colômbia, em 1851, acautelando a situação patrimonial dos proprietários através de uma indemnização.

⁶²⁰ Laitos 1997, p. 100.

⁶²¹ STS 3458/2013, de 26.06.13.

*trattamenti (questi sì discriminatori) a favore di taluni imprenditori sovrapensati».*⁶²² Explicaremos infra as razões da nossa discordância com este entendimento no domínio da arbitragem dos tratados.

7.1.3. *Reliance*, dano e nexos de causalidade

A tradução da confiança em atos – o chamado “investimento da confiança” – não é, para a doutrina, condição de aplicação do princípio. Todavia, uma confiança não objetivada em atos é uma confiança com menos *chances* de ser tutelada pelo direito. Na jurisprudência constitucional encontram-se amiúde referências aos “investimentos na confiança”, mas também a “planos de vida” e “investimento pessoal”. A distância entre uns e outros não é muito nítida,⁶²³ e por isso interpretamos as diversas formulações como traduzindo a exigência de que os particulares tenham feito “opções de vida”, independentemente de conotação patrimonial,⁶²⁴ com arrimo numa determinada base de confiança.

Ora, no domínio das atividades económicas, não há “planos de vida” (com ou sem repercussões patrimoniais), só interessam “planos de negócio”. O que releva não é a proteção da autonomia individual, mas a proteção do património e da livre iniciativa económica. Aqui, a tutela da confiança pressupõe dano patrimonial (i), e nexos de causalidade entre a base da confiança e essa estratégia comercial (ii).

Existe dano no caso de o operador adotar uma estratégia *irreversível*, isto é, uma estratégia que tem repercussões patrimoniais *graves e não ajustáveis de imediato*.⁶²⁵

⁶²² Consiglio di Stato, Sezione sesta, 19.01.16, n.º 1768.

⁶²³ Calmes 2001, p. 401.

⁶²⁴ Esta não tem de existir, como evidenciam, eg. os acórdãos (TC) n.ºs 1/97, 176/12, 355/13, todos sobre alteração de regras de acesso ao ensino superior. Na doutrina, Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010a, p. 222.

⁶²⁵ Atente-se, por ex., nos acórdãos (TC) n.ºs 135/12 e 847/14, este último por conta de uma lei que eliminou os documentos particulares do rol de títulos executivos, com efeitos imediatos, isto é, sem disposições transitórias. Trata-se de uma situação em que a atividade da confiança – consubstanciada na não obtenção de outro tipo de título executivo – tem consequências patrimoniais irreversíveis para o credor, concretamente a não satisfação do seu crédito. Ou na Sentença Cc 216/2015, de 07.10.2015, ¶4.2 – já mencionada – sobre a impossibilidade de conversão de liras em euros. Realça a Corte costituzionale que «la lesione dell'affidamento risulta tanto più grave e intollerabile in quanto la norma censurata (...) estingue ex abrupto il diritto a cui si riferisce, senza lasciare alcun residuo margine temporale per il suo esercizio». Em sentido próximo, a Sentença Cc 54/2019, de 06.02.2019, a propósito de uma norma legal que fixava um prazo para a reclamação pelas concessionárias da ferrovia dos montantes devidos pelo Estado, prazo esse já esgotado no momento em que a referida norma legal entrou em vigor [«(...) l'introduzione di un termine di decadenza, già decorso al momento dell'entrata in vigore della disposizione che lo ha previsto, ha definitivamente precluso la possibilità di ottenere il rimborso di oneri già sostenuti»].

O nexo de causalidade pressupõe que o investidor tenha alterado a sua conduta negocial (investindo ou não investindo, exercendo ou não exercendo um direito, concluindo ou não concluindo um negócio, repercutindo ou não repercutindo um custo sobre um determinado produto) *porque confiou na estabilidade do regime jurídico*.⁶²⁶ Na formulação do Tribunal Constitucional espanhol, que aqui recuperamos, «el principio de confianza legítima viene anudado a la realización de conductas, tal como inversiones, que no se habrían llevado a cabo, o se habrían realizado en cuantía o condiciones diferentes en caso de haberse conocido que el panorama iba a mudar». ⁶²⁷ Este nexo de causalidade só se verifica, portanto, se o agente económico *conhecer* a base da confiança.⁶²⁸

7.2. Ponderação e níveis de tutela

As situações de confiança dignas de tutela não são protegidas pelo direito de forma absoluta. A *relativização* dessa tutela faz-se através da intervenção de um método de ponderação, através do qual se balança o peso relativo de interesses contrapostos.

Dizer isto é dizer *quase nada*. De que método de ponderação se trata? Como é efetuada a ponderação? Quais os interesses ponderados? A que tipo de proteção pode ambicionar uma situação de confiança digna de tutela?

7.2.1. Ponderação

Falar de método de ponderação é falar de proporcionalidade, qual princípio “relativizador” do Estado de Direito.⁶²⁹ Entre nós, é ele que permite apurar se existem razões de interesse público que justifiquem a não continuidade do comportamento que gerou a situação de confiança. Trata-se, no fundo, de assegurar que as legítimas expectativas dos cidadãos não são afetadas de forma desrazoável ou excessiva.⁶³⁰ De

⁶²⁶ Entre nós, com clareza, o acórdão (TC) n.º 309/18.

⁶²⁷ STC 181/2016, de 20.10, e entre nós, o acórdão (TC) n.º 18/11. Na doutrina, Weiler 1993, p. 1117 [«(...) If a citizen would not have altered his conduct despite knowledge of the retroactive law, then it follows that he did not rely on the law as it stood prior to the retroactive change»].

⁶²⁸ Calmes 2001, p. 403.

⁶²⁹ Calmes 2001.

⁶³⁰ Existe muita variedade de formulações. Enquanto a Corte costituzionale fala de «bilanciamento» e de «esigence inderrogabile», o Tribunal Constitucional espanhol fala de «interdicción de arbitrariedad» e de «exigencias cualificadas del bien común», ao passo que o BvFG exige que «das berechtigte Vertrauen der Betroffenen nicht unangemessen zurücksetzt» (que a confiança legítima dos cidadãos não seja afetada de

forma minuciosa, o que se verifica é uma reapreciação, pelo juiz das leis, da *opção legislativa* quanto ao nível de tutela das expectativas legítimas dos particulares no confronto entre a lei antiga e a lei nova.⁶³¹

Esmiuçando um pouco melhor, aquando do surgimento de uma lei nova, o legislador pode “gerir” as expectativas dos cidadãos por várias vias: atribuindo-lhe eficácia retroativa (i), prevendo a sua aplicação imediata/retrospectiva (ii), prevendo um regime transitório, nos termos abordados supra (iii), ou atribuindo-lhe eficácia (tão-só) prospetiva (iv). Neste sentido, a ponderação a efetuar é complexa.

Não se trata apenas de aferir se o grau de realização do interesse público alcançado com a mudança justifica o grau de sacrifício imposto às expectativas dos particulares na continuidade de um regime jurídico.⁶³² Ponderar significa aqui comparar as vantagens entre a opção de “gestão” de expectativas adotada pelo legislador e a opção imediatamente menos lesiva, no sentido de perceber se o ganho *marginal* em termos de realização do fim “compensa” o acréscimo de “sacrifício” da opção efetivamente selecionada.⁶³³

A situação típica de violação do princípio da proteção da confiança é, portanto, aquela em que o juiz considera que a decisão legislativa de aplicação imediata de um regime jurídico é *desproporcional*, porque o ganho marginal proveniente de uma tutela mais forte do interesse público não compensa o acréscimo de desvantagens relativamente à opção de previsão de um regime transitório.⁶³⁴

forma desrazoável); já a Cour constitutionnelle belge fala de uma «atteinte excessive au principe de la confiance légitime».

⁶³¹ Entre nós, alguns acórdãos do TC consideram que o princípio da proporcionalidade opera através da sua estrutura “tradicional” – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida [eg. acórdão (TC) n.º 396/11, sobre reduções remuneratórias no setor público] – ao passo que outros “abreviam” a metodologia, aplicando imediatamente o terceiro teste ou subprincípio [eg. acórdão (TC) n.º 187/13, e na doutrina, Amaral 2012, p. 24, e Galetta 2008, p. 1910, 1916]. A questão não é digna de maiores reflexões, não só porque a justa medida é o teste decisivo, mas também porque a busca e identificação de uma situação digna de tutela compensam o *deficit* estrutural que aquela aplicação imediata pode implicar.

⁶³² A distinção entre o direito intertemporal e o direito transitório é bem conhecida. O primeiro é composto pelas regras gerais secundárias que regulam a sucessão de leis no tempo (eg. aplicação da lei antiga, aplicação da lei nova, aplicação de outra lei). O segundo existe quando a lei nova contém disposições que regulam aquela sucessão, determinando a aplicação da lei nova ou da lei antiga, ou disposições que contêm um regime jurídico provisório (temporário), que não se confunde nem com a lei nova nem com a lei antiga. Sobre estes conceitos no direito público, Éveillard 2007.

⁶³³ Barak 2012, p. 350 ss. [«First, it is important to note that the comparison is not between the importance of fulfilling the purpose of the limiting law and preventing the harm to the constitutional right. Rather, the comparison focuses only on the marginal effects – on both the benefits and the harm – caused by the law. In other words, the comparison is between the margins (...)»]; Calmes 2001, p. 452; Galetta 2008, p. 1916; Reis Novais 2019, pp. 167-168; Canas 2012, pp. 890-893.

⁶³⁴ No acórdão (TC) n.º 847/14, já aqui mencionado, sobre a uma lei que eliminou os documentos particulares do rol de títulos executivos, o Tribunal Constitucional constatou que a sua aplicação imediata

No entanto, o juiz pode ser chamado a avaliar a suficiência do regime transitório gizado pelo legislador, aqui com o objetivo de perceber se o ganho relativo da configuração que lhe foi dada compensa o sacrifício imposto quando comparado com configurações alternativas menos lesivas – eg. um regime transitório mais longo. Obviamente que, nesta sede, não pode o juiz das leis deixar de demonstrar alguma deferência para com o modo como o legislador “montou” o regime transitório.⁶³⁵⁻⁶³⁶

7.2.2. Disposições transitórias

No domínio dos negócios, a tutela da situação de confiança, uma vez aplicado o princípio da proporcionalidade, não reclama a “preservação da base da confiança”, isto é, a manutenção em vigor da lei antiga, seja para as situações já esgotadas seja para as situações em curso. A tutela jurídica de interesses patrimoniais pode ser assegurada através da preservação de uma *garantia de valor*.

Por outras palavras, a natureza patrimonial do interesse sacrificado (opções de negócio) basta-se, *quando adequado*, com a previsão de disposições transitórias ou com o pagamento de uma indemnização que *faça as vezes de* disposições transitórias, assegurando a proporcionalidade e a igualdade perante os encargos públicos.⁶³⁷

7.2.3. Interesses públicos

seria «ultrapassar, de forma, excessiva, a medida de sacrifício imposto aos interesses particulares atingidos, uma vez que bastaria a previsão de um regime transitório adequado para acautelar as expectativas dos titulares de títulos executivos que perderam essa natureza». Em sentido idêntico, acórdãos (TC) n.ºs 862/13, 176/12, 355/13 e 309/18. Em todos eles, o Tribunal Constitucional considerou haver violação do princípio da proteção da confiança por ausência de regime transitório. Na jurisprudência estrangeira, eg. as Sentenzas Cc 216/2015, de 07.10.2015, 16/2017, de 07.12.2017, 54/2019, de 06.02.2019, e o Arrêt n.º 121/2009, de 16.07.09, da Cour constitutionnelle belge.

⁶³⁵ Matucci 2009, pp. 137-152, dando conta que a Corte costituzionale, nas situações em que a não previsão de disposições transitórias se mostra contrária ao “legittimo affidamento” dos cidadãos, profere decisões aditivas “a rime obbligate” (aquilo que se adiciona é constitucionalmente vinculado), normalmente prologando a vigência da lei antiga até que seja elaborado um regime transitório; mostra-se, contudo, mais deferente quando o legislador prevê *ab initio* um regime transitório. Sobre as decisões aditivas “a rime obbligate”, Alves Correia 2019, pp. 359-360.

⁶³⁶ Assim, o Tribunal Federal suíço, analisando a constitucionalidade de uma lei que introduzia incompatibilidades no exercício da profissão de notário e que previa um regime transitório de três anos para que os notários colocassem fim à atividade geradora de incompatibilidade ou vice-versa, disse o seguinte: «Il est certain qu'un tel réaménagement de la vie professionnelle, tel que rendu inéluctable par la nouvelle loi sur le notariat, requiert du temps. Trouver des mandats supplémentaires pour une étude ou un nouveau travail salarié ne se fait pas du jour au lendemain. Cependant, un délai de trois ans apparaît comme étant raisonnable pour ce faire» (ATF 2C_507/2011, de 16.01.2012). Também sobre a reforma do setor notarial, cf. o acórdão do BvFG de 24.02.2017 [2 BvR 2524/16], ¶69.

⁶³⁷ Galetta 2008, p. 1916; Calmes 2001, pp. 438-479; Bacigulapo Saggese 2002, p. 134; Santaella Quintero 2019, p. 134.

Atenta a especial *qualificação* da situação de confiança, incumbe ao legislador dar conta das razões que justificam os termos em que decidiu “gerir” as expectativas legítimas dos investidores – entenda-se, o porquê de uma aplicação retroativa ou o porquê de uma aplicação imediata da lei nova.⁶³⁸ Daí as “*esigenze inderrogabile*” do ordenamento italiano, as “*exigencias cualificadas del bien común*”, no caso espanhol, e o interesse público de “*importância fulcral*” ou de “*premência absoluta*”, entre nós.⁶³⁹ Os interesses públicos que justificam a “mudança” podem ser os mais variados (isolada ou conjugadamente) – alternância democrática, interesses financeiros, igualdade,⁶⁴⁰ concorrência e mercado interno,⁶⁴¹ justiça inter-geracional,⁶⁴² combate à evasão fiscal,⁶⁴³ eficiência da administração pública,⁶⁴⁴ razões ambientais ou de saúde pública.

8. Proteção da confiança e emergência financeira

Tanto os sistemas cujo direito positivo consagra um estado de exceção constitucional,⁶⁴⁵ como aqueles que evitam ou abdicam de uma consagração expressa conhecem a discussão em torno de um alegado estado de emergência financeira.⁶⁴⁶ Estas situações podem viabilizar a transferência de poderes para o executivo, fornecer justificação para uma compressão mais intensa de direitos fundamentais (ou de outras

⁶³⁸ Acórdão (TC) n.º 474/13.

⁶³⁹ Acórdãos (TC) n.ºs 396/11 e 355/13.

⁶⁴⁰ A uniformização dos regimes jurídicos que se sucedem no tempo é um motivo válido para a aplicação imediata da lei nova [eg. acórdãos (TC) n.ºs 602/13, 294/14, 828/17], com uma precisão importante. Como é amiúde reiterado pelo Tribunal Constitucional, o princípio da igualdade não opera diacronicamente [eg. acórdãos (TC) n.ºs 99/04, 303/09, 205/14], e por isso há que evitar a diluição do juízo da proteção da confiança no juízo de igualdade, ou seja, há que evitar um juízo nos termos do qual a sucessão de leis no tempo tenha ínsita uma violação do princípio da igualdade [sobre os perigos desta diluição, cf. a declaração de voto da Conselheira Maria Lúcia Amaral, no acórdão (TC) n.º 228/08].

⁶⁴¹ Sentenças Cc 56/2015, de 10.03.2015, e 34/2015, de 10.02.2015, o primeiro sobre novas regras impostas aos concessionários da atividade de jogo lícito, o segundo sobre o aumento das tarifas devidas pelos concessionários de atividades mineiras, em ambos os casos com fundamento na necessidade de aproximar, por razões de concorrência, o regime jurídico a que se achavam sujeitos os novos concessionários e os concessionários preexistentes.

⁶⁴² Eg. acórdão (TC) n.º 862/13.

⁶⁴³ Eg. STC 176/2011, de 08.11, e 121/2016, de 23.06 [«(...) La garantía de un sistema tributario justo es central a todo Estado social y democrático de derecho, ya que, en ausencia de tal sistema, no puede ni siquiera haber una sociedad civilizada. Ahora bien, ello no permite, sin más, que el legislador pueda anular a una disposición una retroactividad de efectos tan amplios como la que aquí se enjuicia, pues ello convertiría el principio de seguridad jurídica en una mera ilusión o en un principio vacío de contenido»].

⁶⁴⁴ Acórdão (TC) n.º 154/10.

⁶⁴⁵ Alvarez Garcia 1996, pp. 31-63; Bacelar Gouveia 2020.

⁶⁴⁶ O direito da União não prevê a possibilidade de invocação formal de um estado de exceção. Contudo, a doutrina retira de certas interpretações teleológicas do Tribunal de Justiça (eg. sobre o artigo 125 TFUE), bem como da invocação do caráter único e excecional das circunstâncias da crise, um estado de exceção “informal”, com consequências para as garantias substantivas de proteção dos particulares (Martin Rodriguez 2016, p. 269).

posições jurídicas constitucionalmente protegidas), ou, simplesmente, “enquadrar” juridicamente o não pagamento de dívidas pelo Estado. Usamos uma formulação propositadamente vaga porque esse enquadramento pode traduzir-se, no plano do direito internacional, na exclusão da ilicitude de uma conduta através da invocação do estado de necessidade,⁶⁴⁷ e, no plano do direito interno, na limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, por razões de interesse público de excepcional relevo, ou na invocação de causa legítima de inexecução de sentença condenatória da Administração ao pagamento de quantia certa.⁶⁴⁸

O interesse financeiro do Estado pode concretizar-se em medidas de redução da despesa pública – redução de subvenções, de despesas decorrentes do incumprimento de obrigações de terceiros que o Estado tenha garantido, da despesa com juros da dívida pública, eliminação de obrigações – ou num aumento da receita com idêntico impacto – criação de tributos, transitórios ou permanentes, sobre sectores específicos. Do ponto de vista do peso que assume na ponderação, o interesse financeiro é simultaneamente forte e fraco.

É forte porque a existência do Estado é prioritária: «Não há (...) ordem constitucional que perdue para lá do Estado», diz Maria Lúcia Amaral.⁶⁴⁹ A crise é um momento de «desarticulação global», «pondo em causa a sobrevivência do todo e justificando medidas supremas e urgentes para o salvar».⁶⁵⁰ A invocação do interesse financeiro em situação de crise vale mais que o interesse, puramente “político”, de alternância democrática. Di-lo abertamente Merusi a propósito da revogação de leis de incentivação: «è concepibile che una legge di incentivazione venga abrogata o modificata *in pejus* per l’insorgere di una grave crisi monetaria ou inflazionistica, ma non perché venga a delinarsi in parlamento una maggioranza che si fa portatrice di una impostazione dei problemi politico-economici diversa (...)».⁶⁵¹

⁶⁴⁷ Sykes 2015, p. 308 ss.

⁶⁴⁸ Referimo-nos a algumas das propostas de Otero 2018.

⁶⁴⁹ Na declaração de voto junta ao acórdão (TC) n.º 474/13. Proximamente, Otero 2018.

⁶⁵⁰ Hespanha 2013, p. 85. Segundo o Autor, a “ideia de crise” e de urgência constituiu a moldura cultural, política e social que permitiu expor as medidas de recorte neoliberal como uma “inevitabilidade”. Daqui resultou um regime dualista relativamente às situações adquiridas – de proteção absoluta, com subtração aos riscos político, fiscal e económico, para os direitos do “mercado”, e de desproteção e precarização, para os direitos do trabalho, do consumo e do arrendamento.

⁶⁵¹ Merusi 2001, pp. 74-75. Em sentido idêntico, Luciani 2007, p. 2090 (nota n.º 12). O problema também se levanta nas situações de expropriação formal (ou nacionalização), a propósito do conceito de utilidade pública. Não obstante a validade destes atos jurídico-públicos depender do pagamento de indemnização, o problema que se levanta é o de saber a invocação da vontade da maioria (decisão política) é suficiente para alicerçar a condição de utilidade pública.

É fraco, de outra parte, porque a invocação do interesse financeiro tem sempre subjacente uma opção política sobre *onde* poupar ou *onde* obter receitas. Não é possível, pois, demonstrar a *indispensabilidade* da opção tomada, mas apenas a impraticabilidade (irrazoabilidade) das soluções alternativas.⁶⁵² Geralmente, no domínio dos negócios, o Estado opta por um setor – e não por outro – por considerar que os operadores que o compõem estão numa situação de *vantagem indevida* relativamente a outros, o que obstaria à legitimidade das expectativas de continuidade dos regimes anteriores.

Pense-se, por ex., na Contribuição Extraordinária sobre o setor energético ou na Contribuição Extraordinária para o setor bancário, no caso português, na redução dos incentivos à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, nos casos espanhol e italiano, na contribuição sobre os produtores de energia nuclear, no caso belga.⁶⁵³ Ou nas medidas excepcionais implementadas pelos Estados-membros no quadro de programas de assistência sob a égide do MEE ou dos seus antecessores. Referimo-nos, concretamente, às medidas de resolução do BES e do BANIF,⁶⁵⁴ à medida de resolução do banco Laiki (segundo maior banco cipriota) ou às medidas de reestruturação da dívida grega. As duas primeiras medidas foram implementadas num momento em que já se fizera a transição para um novo sistema de resgate a bancos (*bail-in*), que pretendia libertar o orçamento do Estado, forçando os acionistas e alguns credores a contribuir, por intermédio da extinção dos seus direitos e participações sobre a instituição de crédito, para a medida de resolução. O novo sistema assenta, portanto, num princípio de secundarização dos interesses dos acionistas e credores relativamente aos interesses dos contribuintes e do erário público (artigos 145, 145-B do RGICSF) – leia-se, aos interesses financeiros do Estado.⁶⁵⁵

O contexto argumentativo da ponderação orienta-se, portanto, em função de um conjunto de “peças”, que devem dispor-se da seguinte forma. Em face de uma situação *qualificada* de confiança (com as características expostas supra), só uma poupança

⁶⁵² King 2007, p. 218.

⁶⁵³ Arrêt n.º 106/2014, de 17.07.2014, da Cour constitutionnelle belga.

⁶⁵⁴ Deliberação do Banco de Portugal, de 03.08.2014, que aplicou medida de resolução traduzida na transferência da atividade do BES (instituição de crédito) para um banco de transição (Novo Banco), com exceção de certos passivos, designadamente de «passivos para com (...) os responsáveis por factos relacionados com a instituição de crédito, ou que deles tenham tirado benefício, diretamente ou por interposta pessoa, e que estejam na origem das dificuldades financeiras ou tenham contribuído, por ação ou omissão no âmbito das suas responsabilidades, para o agravamento de tal situação, no entender do Banco de Portugal»; Deliberação do Banco de Portugal, de 19.12.2015, que aplicou medida de resolução traduzida na transferência da atividade do Banif para uma outra instituição de crédito, o Banco Santander, S.A.

⁶⁵⁵ Sobre este sistema (*bail-in*), Machado 2017, p. 30 ss.

macroeconomicamente *relevante*,⁶⁵⁶ aliada a um contexto económico *muito severo de condicionalidade*, justificará a aplicação imediata ou retroativa de uma medida de redução de despesa.⁶⁵⁷ Além disso, os Estados devem conseguir demonstrar que a opção de fazer incidir a medida ablativa sobre uns investidores em detrimento de outros é uma opção razoável à luz dos interesses públicos que suportam a medida, financeiros e não financeiros.

Finalmente, a “remissão para cima” a que se refere Hespanha, em tom crítico, implica a tomada em consideração do direito da União e do direito internacional no estreitamento da margem de conformação do legislador aquando da imposição de medidas com impacto negativo sobre os direitos patrimoniais privados.⁶⁵⁸ No caso do DIE, se a poupança orçamental for feita à custa de investidores estrangeiros, mais especificamente de investidores cujo Estado de origem tenha celebrado um API com o Estado de acolhimento, *à poupança imediata* contrapõe-se o *risco da arbitragem* e o risco de responsabilidade internacional na arbitragem (que, como vimos no Cap. 1, não se confundem).⁶⁵⁹

II. PROPRIEDADE PRIVADA

A invocação de um *human right to property*⁶⁶⁰ e a miscigenação de vários modelos de proteção da propriedade privada no âmbito da proteção do investimento estrangeiro obrigam a que se revise o problema da capacidade do direito de propriedade para regular a alteração normativa.

⁶⁵⁶ Galetta 2008, p. 1923; e Calmes 2001, p. 418, ambas destacando o “dato quantitativo”.

⁶⁵⁷ Entre nós, Medeiros 2015, p. 64 ss. Vejam-se as conclusões do Tribunal Constitucional espanhol a propósito de um imposto autenticamente retroativo, na STC 121/2016, de 23.06 [«La realidad de la crisis financiera, y sus devastadores efectos sobre las cuentas públicas, no permiten sin más tener por justificado cualquier grado de retroactividad (...)»]. A Corte costituzionale, sobretudo quando estejam em causa situações subjetivamente perfeitas, rejeita a sobreposição do interesse financeiro [eg. Sentenzas Cc 170/2013, de 01.07.2013, 108/2016, de 18.04.2016, e 54/2019, de 06.02.2019].

⁶⁵⁸ Hespanha 2013, pp. 99-100, que entende a remissão “para cima” como uma estratégia usada pelos juízes constitucionais no sentido de não serem forçados «ou a usar argumentos de oportunidade política ou a remeter, passivamente, para as decisões do legislador, como instância adequada de resolução das questões políticas num Estado democrático». Corresponde, na leitura (crítica) do constitucionalismo neoliberal abordada no Cap. 1, a um mecanismo de *lock-in* da decisão (neste caso, da decisão jurisdicional sobre a decisão política). Reclamando a consideração do direito da União nas decisões do TC prolatadas em contexto de crise, Cardoso da Costa 2016, pp. 12-13.

⁶⁵⁹ Voto particular concorrente do Magistrado Xiol Ríos na STC 270/2015, de 17.12, alertando para os processos arbitrais em que a Espanha era parte demandada, na sequência das medidas adotadas no setor das renováveis.

⁶⁶⁰ J. Alvarez 2018, p. 580.

1. Conceito constitucional de propriedade

Parece-nos desnecessário, nesta sede, tornar ao conceito constitucional de propriedade privada. É pacífico que esse conceito, em termos próximos – ainda que não exatamente coincidentes – de ordenamentos jurídicos paralelos,⁶⁶¹ do direito da UE,⁶⁶² ou do direito da CEDH,⁶⁶³ abarca direitos de conteúdo patrimonial que não se reconduzem ao direito real máximo nem a direitos reais menores ou direitos da propriedade intelectual-industrial.⁶⁶⁴ Referimo-nos a direitos de crédito, participações sociais ou a direitos subjetivos públicos, como direitos a prestações.⁶⁶⁵ Essa amplitude também existe, como vimos, nos API, onde o “investimento” faz as vezes da propriedade e serve de referente à expropriação.⁶⁶⁶

O artigo 62 contém uma *garantia de instituto*, isto é, uma norma dirigida ao legislador ordinário no sentido da preservação ou da intangibilidade do sistema de propriedade privada,⁶⁶⁷ associada a uma cláusula geral de *conformação social* da propriedade («nos termos da Constituição»),⁶⁶⁸ e a dimensões negativas análogas aos direitos, liberdades e garantias.

Existe uma discussão a propósito de saber *quantas e que* normas contém o artigo 62 da CRP. Algumas leituras assentam no pressuposto de que n.º 1 do artigo 62, para além de uma garantia de instituto e de uma cláusula de conformação social, contém um

⁶⁶¹ Continuam a valer as considerações de Amaral 1998, p. 485 ss., com referência à situação nos ordenamentos alemão, italiano e português. Cf. também Nogueira de Brito & Robin de Andrade 2014, p. 65 (sobre a posição do arrendatário habitacional); Pinto 2016, p. 32.

⁶⁶² Supra Cap. 1.

⁶⁶³ Infra Cap. 4.

⁶⁶⁴ Eg. acórdão (TC) n.º 421/09 [«(...) os direitos patrimoniais privados e não apenas os direitos reais tutelados pela lei civil, ou o direito real máximo»]. Na doutrina, Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 800 (anotação ao artigo 62).

⁶⁶⁵ Pacheco de Amorim 2014, pp. 510-513.

⁶⁶⁶ Supra Cap. 1.

⁶⁶⁷ Amaral 1998, p. 556; Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 801 (anotação ao artigo 62) [distinguindo o direito de propriedade privada do setor privado da economia, para sublinhar o facto de o n.º 1 do artigo 62 ter em vista o primeiro, isto é, «a relação privada de uma pessoa ou entidade com determinados bens», mesmo que o titular dos bens seja uma entidade pública]; Passinhas 2019, pp. 271-272 [referindo-se ao sistema de propriedade privada como um «(...) sistema de aquisição, de transmissão e de proteção» de bens e recursos afetados *aos particulares*, abarcando a garantia de instituto esta dupla densificação].

⁶⁶⁸ Essa cláusula de conformação social implica que a conformação do conteúdo do direito de propriedade leve em consideração a Constituição *no seu conjunto*, como sugere Medeiros 2017, p. 907 (anotação ao artigo 62). Trata-se, de acordo com o acórdão (TC) n.º 326/15, de compatibilizar a regulação do direito de propriedade com «todos os outros imperativos constitucionais que nele se projetam», isto é, com o sistema constitucional no seu conjunto, sendo os mais evidentes o direito à habitação, o direito à saúde pública, o direito ao ambiente ou o ordenamento do território, o sistema financeiro, mas também princípios-incumbência do Estado com carácter mais difuso, como a igualdade real entre os portugueses, a realização de uma democracia económica, social e cultural, ou uma sociedade livre, justa e solidária (Sousa Ribeiro 2009, p. 26).

direito (subjetivo) fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.⁶⁶⁹⁻⁶⁷⁰ A este entendimento opõe-se Maria Lúcia Amaral, para quem o *único* direito fundamental de natureza análoga aos DLG é o consagrado no n.º 2 do artigo 62, pelo que do n.º 1 decorre apenas uma garantia de intangibilidade – leia-se, uma garantia de instituto não “subjektivável” – aplicável a *todos* os direitos reais.⁶⁷¹ A questão, como veremos, tem repercussões ao nível do processo de qualificação das interferências no direito de propriedade, mormente no que respeita ao conceito constitucional de expropriação.

Ao direito de propriedade privada está subjacente um problema ontológico: «How can persons simultaneously be protected *from* government for a right that exists only because it is created *by* government?». ⁶⁷² Estando o direito de propriedade sujeito a uma cláusula geral de conformação social, que não se confunde com uma cláusula de reserva de lei restritiva muito embora a abranja,⁶⁷³ não se afigura fácil distinguir a atividade de determinação do conteúdo do direito de propriedade da atividade legislativa restritiva ou ablativa desse direito.

2. Qualificação jurídico-dogmática das interferências no direito de propriedade

2.1. No direito alemão

O tratamento das interferências no direito de propriedade partiu inicialmente de um princípio costumeiro de direito público⁶⁷⁴ – o princípio de compensação por

⁶⁶⁹ Medeiros 2017 (anotação ao artigo 62) [que se manifesta num poder-ter, num poder-utilizar, num poder-dispor e num “direito de não ser privado dos direitos patrimoniais de que se é titular”]; Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 802 (anotação ao artigo 62); Vaz 1994, p. 198, que identifica naquele dispositivo uma norma consagradora de um direito de natureza análoga aos DLG e uma norma consagradora de um direito económico, social e cultural.

⁶⁷⁰ Comparar o acórdão (TC) n.ºs 494/94 [considerando, a propósito de uma norma do Código de Processo Tributário que estabelecia a impenhorabilidade total dos bens anteriormente penhorados no âmbito de uma execução fiscal, que da garantia constitucional da propriedade privada resultava a garantia do credor à satisfação do seu crédito, se necessário através dos mecanismos de realização coativa]; com o acórdão (TC) n.º 535/01 [a propósito da norma em que se estabelecia a impossibilidade de extinção por compensação de créditos provenientes de factos ilícitos dolosos, por as leis que estabelecem limites ao modo de extinção das obrigações não poderem atingir a garantia do direito à propriedade privada];

⁶⁷¹ Amaral 1998, p. 549.

⁶⁷² J. Alvarez 2018, p. 591 – o itálico é nosso.

⁶⁷³ Sousa Ribeiro 2009, p. 24 [«(...) E, evidentemente, pode ver-se neste segmento normativo uma previsão indirecta de restrições, convocando as estabelecidas noutras normas constitucionais, situadas, quer na disciplina específica de certos sectores da propriedade privada, quer, mesmo, no âmbito de outros direitos ou liberdades constitucionais»].

⁶⁷⁴ Sobre as origens do princípio, Schubert & Cossalter 2019, p. 416; Papier & Shirvani 2019 (comentário ao artigo 14 GG, nota n.º 82).

imposição de sacrifício ou *Aufopferungsgrundsatz* – e que entronca num conceito amplo de expropriação: são expropriatórias todas as leis que imponham um sacrifício grave e especial ao património dos particulares, por razões de bem comum.⁶⁷⁵

A lei expropriatória acompanhou a expansão do direito de propriedade e assumiu, durante o período de Weimar, um recorte *amplo* (“erweiterten Enteignungsbegriff”),⁶⁷⁶ abrangendo figuras para além da expropriação em sentido clássico (“klassische Enteignung”).⁶⁷⁷

A um conceito amplo de expropriação prefere o BvfG, hoje,⁶⁷⁸ um conceito estrito ou formal de expropriação, que remete para o artigo 14.3 da GG *tão-só* a privação coativa (por lei ou com base na lei) da titularidade do direito de propriedade, mesmo que a medida estadual elimine ou destrua a substância económica do direito, isto é, mesmo que se configure como uma expropriação de sacrifício ou substancial.⁶⁷⁹

A expropriação pode ser efetuada por lei ou com base na lei (“durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes”), cuja constitucionalidade está dependente de a mesma prever, simultaneamente, o tipo e extensão da indemnização.⁶⁸⁰ Eis a chamada *Junktim-Klausel*.⁶⁸¹ A indemnização não é uma consequência da lei expropriatória, é um *pressuposto* da respetiva validade, sem o qual aquela seria inconstitucional, por violar o princípio da igualdade perante os encargos públicos (artigo 14.3.2 GG).

O ponto essencial é que as outras leis – as leis que determinam o conteúdo e os limites do direito de propriedade (artigo 14.1 e 2 GG), em linha com a chamada *Sozialbindung* (artigo 14. 2 GG) - não se convertem em expropriatórias *mesmo quando vão longe demais*, isto é, mesmo quando violem o princípio da proporcionalidade ou o princípio da proteção da confiança.⁶⁸² Pode suceder que a conservação de um desenho de proporcionalidade na determinação daqueles limites exija – exceionalmente - que a

⁶⁷⁵ Machete 2013, p. 429.

⁶⁷⁶ Schubert & Cossalter 2019, p. 416; Papier & Shirvani 2019 (com. artigo 14 GG, nota n.º 630).

⁶⁷⁷ Não trataremos as outras figuras associadas à “Aufopferungsgrundsatz”, a saber, as medidas (ilícitas) com efeito equivalente à expropriação (“enteignungsgleicher Eingriff”) e a expropriação indireta (“enteignender Eingriff”), por as mesmas não terem aplicação no domínio legislativo. Sobre elas, Schubert & Cossalter 2019, p. 417 ss.; Magnus 2016, p. 179; Blandfort 2020, p. 276 ss.

⁶⁷⁸ Sobre este ponto, Glinski 2015, p. 197; Papier & Shirvani 2019 (comentário ao artigo 14 GG, nota n.º 629). Nogueira de Brito 2008, pp. 771, 1006 ss., explica que a adoção, pelo BvfG, de um conceito formal de expropriação se ficou a dever, entre outras razões, ao desejo de reforçar a segurança jurídica, permitindo ao proprietário antecipar, com alguma precisão, quando é que uma medida é expropriatória.

⁶⁷⁹ Acórdão BvfG, de 06.12.16 [1 BvR 2821/11 1 BvR 321/12 1 BvR 1456/12], ¶243. O BvfG explica, com detalhe, a preferência por um conceito estrito de expropriação. Na doutrina, Papier & Shirvani 2019 (com. artigo 14, nota n.º 455).

⁶⁸⁰ Papier & Shirvani 2019 (comentário ao artigo 14 GG, nota n.º 658); Amaral 1998, p. 469.

⁶⁸¹ Cláusula de indemnização conjunta ou cláusula de simultaneidade.

⁶⁸² Rittner & Dreher 2007, p. 100 (¶54).

lei não expropriatória contemple disposições financeiras ou indemnizatórias.⁶⁸³ Contudo, estas disposições ainda são uma manifestação de *proteção jurídica primária*, isto é, ainda respeitam à validade do ato jurídico – à garantia de permanência – e não à compensação dos danos causados pela lesão do direito de propriedade (função secundária).⁶⁸⁴

Quer isto dizer que, ao contrário do que sucede no direito constitucional norte-americano ou no DIE, a demarcação entre expropriação e determinação do conteúdo é feita através de um critério “abstrato-conceptual”.⁶⁸⁵ Não há nenhum *I know it when I it* neste processo de qualificação,⁶⁸⁶ ou seja, o facto de uma medida regulatória ir longe demais não a *transforma* numa lei expropriatória. Evidencia, quanto muito, a sua inconstitucionalidade por violação dos vínculos fundamentais a que se acha sujeita.⁶⁸⁷ É também isso que se passa na jurisprudência do TEDH sobre o artigo 1-P1 (infra Cap. 4).

2.2. No direito português

De acordo com o artigo 62.2 CRP, «a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização». No quadro nacional, existe a convicção de que este dispositivo consagra um conceito estrito (ainda que não necessariamente clássico)⁶⁸⁸ de expropriação, enquanto procedimento definitivo de aquisição de bens, a implicar a privação do direito de propriedade de um sujeito (dimensão subtrativa) e a sua transferência para outro sujeito (dimensão apropriativa), por razões de utilidade pública.⁶⁸⁹⁻⁶⁹⁰

⁶⁸³ Glinski 2015, p. 196; Papier & Shirvani 2019 (comentário artigo 14 GG, nota n.º 422 ss., e 441); Nogueira de Brito 2008, p. 1009 ss.; Blandfort 2020, pp. 268-269. Fala-se, neste caso, de determinação do conteúdo da propriedade envolvendo um dever de indemnizar (“ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung”).

⁶⁸⁴ Nogueira de Brito 2008, pp. 1008-1016. O apuramento do dever de indemnizar, admite o Autor, implica uma recuperação do conceito de sacrifício indemnizável (sacrifício grave e especial), que antes era critério de distinção entre as leis expropriatórias *e as outras*.

⁶⁸⁵ Pereira 2015, p. 62.

⁶⁸⁶ Infra Cap. 5.

⁶⁸⁷ Pereira 2015, p. 63 [«(...) Ou seja, mesmo na hipótese de o normativo que vem determinar o conteúdo e limites da propriedade privada consubstanciar uma afectação excessiva da posição do proprietário, não é o excesso da afectação que transforma esse normativo numa expropriação, antes conduz à inconstitucionalidade do mesmo, que nem por isso perde o seu carácter de “determinação do conteúdo e limites da propriedade”»].

⁶⁸⁸ Para um conceito clássico de expropriação, Alves Correia 2010, pp. 131-132. Pressupondo um conceito estrito de expropriação, eg. os acórdãos (TC) n.ºs 39/88, 262/93, 452/95, 205/00.

⁶⁸⁹ O artigo 62.2 estende o regime jurídico-constitucional da expropriação à requisição. Em sentido amplo, esta é o ato pelo qual a administração determina a utilização temporária de bens móveis e imóveis e a utilização (e prestação) temporária de serviços, quando fique demonstrado, em casos excepcionais e de urgência, que essa medida é adequada, necessária e proporcional para a realização de uma atividade de

De acordo com o Tribunal Constitucional, a expropriação por utilidade pública a que se reporta o n.º 2 do artigo 62 não se confunde com a nacionalização, que assume a forma legislativa e goza de um fundamento (artigo 83) e de um regime constitucional distintos.⁶⁹¹ Aqui, assim como na expropriação de meios de produção em abandono (artigo 88), o critério de indemnização (remetido para a lei) não tem de ser o da “justa indemnização” prevista no n.º 2 do artigo 62. A indemnização não tem de ser *prévia nem simultânea* (definida aquando da emanção do ato ablativo), bastando que da aplicação dos critérios que o legislador venha a definir não resultem indemnizações “irrisórias”, “nominais” ou “manifestamente desproporcionadas à perda dos bens nacionalizados”.⁶⁹²

Subsistiriam, neste sentido, dois critérios de justiça da indemnização: um critério mais exigente, decorrente do artigo 62.2, que impõe a indemnização total, integral e simultânea do dano suportado pelo particular; e um critério “menos exigente”, que se basta com uma indemnização razoável e aceitável.⁶⁹³ Esta dualidade de intensidade é objeto de críticas na doutrina.⁶⁹⁴

interesse público ou para assegurar o regular funcionamento de serviços essenciais. A sua validade está dependente do pagamento de uma “justa indemnização”. Um conceito amplo abrange, portanto, a requisição civil, disciplinada no Decreto-Lei n.º 637/74, de 20.11.1974. O conceito estrito ou constitucional de requisição a que se reporta o artigo 62.2 abrange apenas a requisição de imóveis, disciplinada nos artigos 80 ss. do Código das Expropriações.

⁶⁹⁰ Vieira de Andrade 2011, p. 358.

⁶⁹¹ Sobre a distinção entre expropriação e nacionalização, Vaz 1994, p. 190; Santos, Gonçalves & Leitão Marques 2014 p. 149; Cabral de Moncada 2018, p. 379 ss. Em síntese, a nacionalização é um ato jurídico-político, praticado sob a forma do ato legislativo, que determina a transferência para o Estado de empresas ou unidades de produção, motivado por critérios político-ideológicos ou pela necessidade de salvaguardar a estabilidade de um determinado setor (por ex. nacionalização do BPN); a expropriação é um ato administrativo, incidente sobre bens imobiliários, motivado por razões pragmáticas (não ideológicas). Para Rebelo de Sousa 1988, p. 381, a nacionalização é uma modalidade ou subtipo de expropriação, normalmente protagonizada através de lei, e não de ato administrativo. Segundo o Autor, é a graduação (ato legislativo/ato administrativo) que explica que, na doutrina, a nacionalização seja qualificada como um ato político e a expropriação como um ato da função secundária. «Em rigor, existe uma opção política quer no ato legislativo de nacionalização, quer no acto legislativo que permite ou impõe mesmo a expropriação (...). Quando muito, poderá dizer-se que na nacionalização a decisão política é imediata nos seus efeitos e daí a forma legislativa escolhida, ao passo que ela é mediata na sua eficácia quando a lei de expropriação carece de execução mediante actos expropriatórios».]. Nogueira de Brito 2008, p. 1032 ss., sublinha que a expropriação e a nacionalização desenvolvidas no âmbito de uma reforma agrária, por oposição à expropriação por utilidade pública (e à requisição) permitem eliminar todos os direitos de propriedade privada sobre uma determinada categoria de bens, não se traduzindo, por isso, numa quebra esporádica ou pontual da “ordem de propriedade”, mas numa nova constituição ou formação da propriedade; Amado Gomes 2012, pp. 157-158; Medeiros 1992, pp. 295-296.

⁶⁹² Eg. acórdãos (TC) n.ºs 39/88 e 452/95.

⁶⁹³ Acórdão (TC) n.º 452/95.

⁶⁹⁴ Nogueira de Brito 2008, p. 1049; Pacheco de Amorim 2014, p. 569 ss. [o Autor admite as dificuldades na determinação do valor de mercado de uma empresa, mas esclarece que não subsiste hoje “base dogmática” para uma indemnização meramente razoável ou aceitável em caso de nacionalização, sobretudo pela violação das vinculações decorrentes do direito internacional (DUDH) e da CEDH]; Medeiros 2018, pp. 73-74 (anotação ao artigo 83), referindo que, se a Constituição não impõe um “regime

O conceito estrito de expropriação é rejeitado por Maria Lúcia Amaral, para quem o artigo 62.2, enquanto densificação “patrimonial” do artigo 13 e do princípio da igual repartição dos encargos públicos, está concebido para «todos os sacrifícios patrimoniais privados que sejam graves e especiais, quer eles se traduzam em alterações quanto à titularidade de um direito quer impliquem meras restrições ao seu exercício».⁶⁹⁵ Também por Alves Correia, que entende que o conceito constitucional de expropriação por utilidade pública cobre igualmente as situações de expropriação pelo sacrifício.⁶⁹⁶

Um conceito estrito de expropriação exclui do âmbito de proteção do artigo 62.2 todos os demais atos (individuais ou gerais) que imponham ao património do particular um sacrifício grave e especial, *independentemente* do seu impacto mais ou menos *drástico* sobre a substância económica e/ou jurídica do direito. Excluem-se, entre outros, as expropriações de sacrifício (eg. servidões administrativas e expropriações do plano), a venda forçada, medidas legislativas que imponham a cessação antecipada de contratos administrativos e quaisquer outras medidas que impliquem extinção de direitos patrimoniais ou redução “a nada” da substância económica ou das possibilidades de uso da propriedade (eg. desvalorização monetária, medidas de resolução bancária, apreensão de bens no âmbito de procedimentos sancionatórios).⁶⁹⁷

indemnizatório comum e indiferenciado” para todas as formas de apropriação pública dos meios de produção, nem por isso pode a indemnização em caso de nacionalização *deixar de ser justa*. A indemnização, mesmo que não seja prévia ou simultânea, *terá pelo menos de ser pronta*, não se tolerando «um regime legal que imponha uma dilação de pagamento da indemnização por períodos totais extremamente alongados, sem qualquer mecanismo de compensação durante o fenómeno inflacionário».

⁶⁹⁵ Amaral 1998, pp. 561-576.

⁶⁹⁶ Alves Correia 2013, p. 231. Também Pacheco de Amorim 2014, p. 527 se afasta abertamente de uma conceção constitucional estrita de expropriação e requisição [«(...) aqueles outros conceitos (referindo-se aos conceitos constitucionais de requisição e expropriação) abrangerão ainda figuras próximas que consubstanciam também medidas de privação provisória (como a intervenção na gestão de empresas privadas) ou definitiva (como a chamada expropriação de sacrifício) quer da propriedade imóvel, quer de quaisquer outros direitos patrimoniais privados»]. Um entendimento material de expropriação – abrangendo «quaisquer atos ablativos análogos, ainda que não administrativos», de alcance similar – é igualmente defendido por Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010b, p. 522.

⁶⁹⁷ As deliberações do Banco de Portugal (BES e BANIF) impondo medidas de resolução levantam várias questões de legalidade e de constitucionalidade, a apreciar pela jurisdição administrativa (artigos 145-A a O do RGICSF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31.12, na redação hoje conferida pelo Decreto-Lei n.º 144/2019, de 23.09. Este regime jurídico transpôs, para o ordenamento jurídico português, a Diretiva 2014/59/UE, sobre recuperação e resolução de instituições de crédito, matéria também disciplinada pelo Regulamento n.º 806/2014, de 15.07). Para o que agora releva, importa determinar se houve interferência no direito de propriedade dos acionistas e credores cujos créditos não foram integrados no perímetro de transferência e, em caso de resposta positiva, que tipo de interferência se trata. Para o STJ, a deliberação do Banco de Portugal não contém um ato expropriativo, mas uma restrição ao direito de propriedade não desproporcional aos direitos e interesses que se pretendeu salvaguardar [entre outros, acórdão STJ, processo 3499/16.0T8VIS.S1, 26.09.2017 (Rel. Ana Paula Bolartot)].

Um conceito estrito de expropriação delimita, por outro lado, o leque de atuações dos poderes públicos relativamente aos quais a previsão de “justa indemnização” (com as características que decorrem do artigo 62.2) é um elemento do *Tatbestand* expropriatório (ou da requisição).⁶⁹⁸ Portanto, seguindo este entendimento, estão fora do conceito constitucional de expropriação medidas que, de acordo com DIE, reentrariam no conceito de expropriação regulatória.

Contudo, importa perceber que esta interpretação não deixa o particular constitucionalmente *desprotegido*. Doutrina e jurisprudência reconhecem, com efeito, a existência de *restrições ao direito de propriedade sem caráter expropriatório*, ou, por outras palavras, atos ablativos das posições jusfundamentais dos proprietários não reconduzíveis ao conceito constitucional de expropriação.

A identificação de uma restrição depende, naturalmente, da afetação compressiva de componentes do direito de propriedade com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. O Tribunal Constitucional afasta a ideia de que os únicos atos ablativos (restritivos) do direito de propriedade consentidos pela Constituição sejam os previstos no n.º 2 do artigo 62.⁶⁹⁹

Aqui, a aplicação do princípio geral da igualdade perante os encargos públicos, e dos requisitos da lei restritiva, esteados nos artigos 13, 18.2 e 3, e 62.1 e 2 da CRP⁷⁰⁰ permitirão distinguir – segundo alguma doutrina – entre *restrições que acarretam dever de indemnizar*, porque impõe aos afetados um sacrifício grave e especial (sacrifício indemnizável), e *restrições que não acarretam dever de indemnizar*, por se limitarem a concretizar vinculações sociais ou situacionais dos bens objeto do direito de propriedade.⁷⁰¹⁻⁷⁰² O dever de indemnizar vai para lá do artigo 62.2: «a recusa de enquadrar esses casos num conceito amplo de expropriação não equivale a aceitar que

⁶⁹⁸ Carla Amado Gomes defende, relativamente às afetações patrimoniais que não se reconduzam ao «padrão constitucionalmente identificado» no artigo 62.2 da CRP, que o legislador ordinário se encontra «mais solto» na determinação dos pressupostos e dos critérios de indemnização (Amado Gomes 2012, p. 158); Medeiros 2017, p. 924 (anotação ao artigo 62) recorda que a Constituição não impõe «um regime indemnizatório comum e indiferenciado» aplicável tanto às expropriações por utilidade pública, como a outros atos ablativos do direito de propriedade (eg. nacionalizações, situações geradoras de indemnização pelo sacrifício). Contudo, para o Autor, a garantia adstrita ao n.º 2 do artigo 62 «não está confinada aos sacrifícios» impostos por banda de expropriação ou requisição por utilidade pública (p. 916).

⁶⁹⁹ Acórdão n.º 491/02. Na doutrina, Vaz 1994, p. 198; Miranda 1998, p. 247, Pinto 2016, p. 17.

⁷⁰⁰ Medeiros 1992, p. 302.

⁷⁰¹ Eg. acórdão (TC) n.º 421/09, sobre venda forçada.

⁷⁰² Sousa Ribeiro 2009, p. 41 [«(...) a relevância indemnizatória dessas restrições resulta da refracção de um princípio geral, não constituindo um elemento constitutivo da garantia específica do direito de propriedade privada consagrada no n.º 2 do art. 62.º (cfr., nesse sentido, o Acórdão n.º 444/2008)»].

os mesmos não possam dar origem a uma pretensão indemnizatória do particular», remata Nogueira de Brito.⁷⁰³

Em suma, no direito constitucional português, que não adota a taxonomia do direito alemão, nem do direito da CEDH, as interferências *do legislador* no direito de propriedade reconduzem-se a um de três tipos:

(1) Intervenções delimitadoras, condicionadoras ou conformadoras (não restritivas), que são as leis através das quais o legislador explicita ou declara limites imanes⁷⁰⁴ (i), estabelece requisitos de ordem procedimental ou processual (ii)⁷⁰⁵ ou conforma o conteúdo do direito de propriedade (iii), ao abrigo da cláusula geral de conformação social do artigo 62.2, acomodando-o com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.⁷⁰⁶ Foi a conclusão a que chegou o Tribunal Constitucional, por ex., nos acórdãos n.º 491/02⁷⁰⁷ e 205/00.⁷⁰⁸

(2) Intervenções restritivas ou restrições sem carácter expropriatório (indemnizáveis ou não indemnizáveis), que pressupõe a afetação de uma dimensão do direito de propriedade de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, cuja constitucionalidade há-se ser apreciada à luz dos “limites dos limites” do artigo 18.2 e 3 CRP. Foi o que sucedeu, por ex., nos acórdãos 187/01 (limitação da propriedade e da transmissão da propriedade de farmácias a farmacêuticos) e 421/09 (venda forçada quando o proprietário não realize obras de reabilitação urbana).⁷⁰⁹

⁷⁰³ Nogueira de Brito 2008, p. 959.

⁷⁰⁴ Eg. as leis que se limitam a declarar certos bens como integrantes do domínio público, em concretização do artigo 84 CRP.

⁷⁰⁵ Vieira de Andrade 2019, p. 207 (nota n.º 477) exemplifica através do acórdão (TC) n.º 866/96.

⁷⁰⁶ O problema do âmbito da reserva de lei formal prevista no artigo 165.1, b) encontra-se há muito resolvido na jurisprudência constitucional, no sentido de que por ela estão abrangidas as dimensões do direito de propriedade que tenham natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, no fundo, aquilo que o Tribunal qualifica como o “núcleo essencial” do direito de propriedade. Parte-se do pressuposto, portanto, que num direito com uma forte dimensão institucional ou objetiva, como é o direito de propriedade, há uma sobreposição entre as dimensões garantísticas do direito e o respetivo núcleo essencial (por vezes designado “dimensão essencial”) – eg. acórdãos (TC) n.ºs 517/99 e 187/01.

⁷⁰⁷ Acórdão (TC) n.º 491/02, a propósito de uma norma do Código das Sociedades Comerciais em que se previa a possibilidade de aquisição potestativa, por parte de sociedade que detivesse mais de 90% do capital social de outra, das ações ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente, mediante declaração unilateral seguida da celebração da correspondente escritura. O fundamento do acórdão reside na ideia de que a norma em causa não comprime “a partir do exterior” a propriedade corporativa (direito sobre participações sociais), antes constitui uma regulação constitutiva dessa mesma propriedade]. Advogando a inconstitucionalidade deste normativo, Pacheco de Amorim 2014, p. 530 (nota n.º 1014).

⁷⁰⁸ Acórdão (TC) n.º 205/00, a propósito da figura da acessão industrial, prevista, ao tempo, no artigo 1340 do Código Civil.

⁷⁰⁹ Cf. ainda os acórdãos (TC) n.ºs 194/89, 257/92 ou 391/02. Como se lê no acórdão n.º 421/09, «o instituto da venda forçada implica a imposição de transmissão a outrem do bem de que se é titular, e, por isso mesmo, naturalmente, a sua perda. Nessa medida, e porque a posição jusfundamental que assim é afectada detém estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias, será indiscutivelmente aplicável a

(3) Nacionalizações sob a forma de ato legislativo.

(i) A nacionalização é, já o referimos, um ato de apropriação pública de meios de produção, ou seja, implica a transferência de um ou mais meios de produção para o setor público (artigo 83). O artigo 2.1 do Regime jurídico de apropriação pública por via de nacionalização dispõe que o ato apropriativo deve revestir a forma de decreto-lei.⁷¹⁰ Este ato legislativo é válido, à luz dos requisitos constitucionais das leis restritivas, porque se considera que a ablação restritiva reside na Lei-quadro, ou seja, é esta que contém a *ablação geral e abstrata* das formas de apropriação dos meios de produção através de nacionalização. Nessa medida, estar-se-á perante um *verdadeiro* ato administrativo sob a forma de decreto-lei, isto é, de um ato de concretização ou de aplicação de uma regulação normativa prévia,⁷¹¹ que cai, por conseguinte, no âmbito material da justiça administrativa (artigo 268.4 CRP).⁷¹²

Visto que também os atos administrativos sob a forma de lei integram o objeto de controlo da justiça constitucional (supra Introdução), este *modus operandi* só é viável porque se interpreta o artigo 268.4 CRP como um sinal de tolerância constitucional relativamente ao exercício da função administrativa através da forma legislativa.

(ii) Já a lei expropriatória não é, por tudo que vimos, uma figura consensual. À partida, só será admissível por parte daqueles Autores que entendam que o conceito constitucional de expropriação não se reconduz ao sentido clássico do direito administrativo, ou seja, que sujeitem às garantias do artigo 62.2 CRP outros atos impositivos de sacrifícios anormais e especiais sobre os direitos patrimoniais dos particulares. Mister é que tais atos – em todo o caso - obedeçam ao disposto no n.º 3 do artigo 18.⁷¹³

qualquer acto legislativo que a restrinja o regime próprio dos limites das restrições, definido no artigo 18.º da Constituição».

⁷¹⁰ Aprovado em anexo à Lei n.º 62-A/2008, de 11.11, que nacionaliza todas as ações representativas do capital social do Banco Português de Negócios, S.A.

⁷¹¹ Considerando que não é este o critério decisivo para distinguir entre decretos-leis individuais e concretos que contêm opções políticas primárias e atos administrativos sob a forma de decreto-lei, Gonçalves 2020, p. 1025.

⁷¹² Medeiros 2018, p. 69 (anotação ao artigo 83).

⁷¹³ Pacheco de Amorim 2014, p. 528, 563 ss. argumenta, em linha com outra doutrina nacional, que a nacionalização é uma subespécie de expropriação, correspondendo, nessa medida, ao exercício de uma função materialmente administrativa (e não de uma função político-legislativa), através de um ato impugnável nos tribunais administrativos ao abrigo da garantia constante do n.º 4 do artigo 268 CRP. Medeiros 2017, p. 916 (anotação ao artigo 62), que não confina o artigo 62.2 CRP às situações de expropriação ou requisição por utilidade pública, admite, portanto, que aquela norma abrange sacrifícios impostos imediatamente por via legal, *exigindo-se aí o respeito pelos limites constitucionais das leis restritivas*. Por maioria de razão, também Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010b, p. 522 pugnam pela «subordinação a um regime comum das pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de todo e

3. O sacrifício grave e especial

De acordo com o princípio da igualdade perante os encargos públicos, todas as leis que imponham ao património dos particulares um sacrifício *grave e especial* devem ser compensados pela comunidade. Para aqueles que adotem um conceito amplo de expropriação, não reconduzível ao conceito formal ou estrito enquanto procedimento de aquisição de bens através de ato administrativo, esse dever de indemnizar resulta, desde logo, do artigo 62.2 CRP.⁷¹⁴ As características da gravidade e especialidade do sacrifício patrimonial, como vimos supra, são a chave de demarcação entre as leis expropriatórias e as outras leis.

Este critério não é – tampouco – irrelevante para os que, acantonando o artigo 62.2 nos procedimentos que sejam simultaneamente subtrativos e apropriativos de bens, admitam a possibilidade de leis restritivas (não expropriatórias) envolvendo dever de indemnizar. Na verdade, mesmo aí, o critério do sacrifício grave e especial pode ser mobilizado no sentido de apurar quais as leis restritivas cuja proporcionalidade está dependente da inclusão de disposições indemnizatórias.

O critério tem ainda relevo no campo da responsabilidade civil por ato lícito, tratada entre nós no artigo 16 RRCEE. A secção seguinte demonstrará a possível sobreposição, no domínio legislativo, entre este instituto e as pretensões indemnizatórias fundadas no princípio da igualdade perante os encargos públicos.⁷¹⁵ O legislador ordinário considera, então, que nem todos os prejuízos resultantes de atuações lícitas impostas pelo bem comum serão indemnizáveis. Fá-lo em nome do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, mas também como norma-travão ou limite, evitando a sobrecarga das finanças públicas.⁷¹⁶

É pacífico que a anormalidade do sacrifício tem que ver com o peso e com a gravidade, *para os particulares afetados*, dos ónus da atuação dos poderes públicos. Estas são, aliás, considerações idênticas àquelas que valem para a proteção da

qualquer direito patrimonial privado», regime esse que não pode ser coincidente – na posição dos Autores – com a figura da indemnização pelo sacrifício prevista no artigo 16 do RRCEE.

⁷¹⁴ Partimos necessariamente do pressuposto de que a generalidade e abstração do ato normativo, mormente do ato legislativo, não obstam à especialidade do dano, em função das situações da vida sobre as quais a norma incide, e de que pode haver leis que causem prejuízos graves e especiais, mesmo que não se reconduzam a leis-medida nem a atos administrativos sob a forma de lei [Sérvulo Correia 2001, p. 1334; Bifulco 1999, p. 35; Medeiros 2017, pp. 917-918 (anotação ao artigo 62)].

⁷¹⁵ Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010b, p. 448, destacando a simbiose entre as «pretensões indemnizatórias pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados» e a responsabilidade civil por facto lícito, dado que ambas se fundam no n.º 2 do artigo 62 da CRP.

⁷¹⁶ Gomes Canotilho 1974, p. 280 ss.

confiança, que pressupõe uma alteração normativa com efeitos *abruptos* sobre as atividades de investimento levadas a cabo pelo particular, sob pena de não se poder falar em *dano da confiança*.⁷¹⁷ Portanto, danos que causam constrangimentos aos investidores, mas sobre os quais estes estavam suficientemente alertados (desde que o tempo presente, efetivamente, capacidade para atenuar o prejuízo), e que não causem perturbação substancial à relação jurídica de investimento não podem qualificar-se como “anormais”.

Mais difícil é a identificação do que seja um sacrifício especial. O artigo 2 RRCEE adota uma das teorias alemãs sobre o tema, a *Sonderopfertheorie*,⁷¹⁸ que liga a especialidade do prejuízo à violação do princípio da igualdade, ou seja, à segregação de certas pessoas ou de certos grupos, em detrimento da generalidade, com o ónus de suportar uma intervenção ablativa.⁷¹⁹

Não cuidaremos aqui das críticas a esta teoria,⁷²⁰ nem tampouco das teorias que a doutrina propôs em sua substituição – a teoria do *gozo standard*, preferida por Gomes Canotilho,⁷²¹ ou a teoria da utilidade privada, adotada por Maria Lúcia Amaral.⁷²² Recordamos apenas que o fundamento da indemnização destes danos assenta num imperativo constitucional de *reposição da igualdade* perante os encargos públicos. Consequentemente, como destaca Pedro Machete, é mister que o universo daqueles que financiam a indemnização não coincida com o universo dos afetados,⁷²³ sob pena de a indemnização consubstanciar, afinal, uma espécie de *negócio consigo mesmo*.

Por conseguinte, não deve haver lugar a reposição – sublinha o BvfG – quando tenham sido os particulares afetados *a dar causa* à medida ablativa. Indemnizar estes particulares obstaculizaria qualquer intervenção dos poderes públicos em nome do bem

⁷¹⁷ Amado Gomes 2012, p. 165, com inúmeras referências à jurisprudência administrativa. Referindo-se ao dano da confiança, Alves Correia 1989, p. 507.

⁷¹⁸ Alves Correia 2013, p. 218.

⁷¹⁹ Amaral 1998, p. 600.

⁷²⁰ Medeiros 1992, p. 321 ss.; Medeiros 2017, p. 918 (anotação ao artigo 62), argumentando que a teoria é inadequada pois «mesmo quando as medidas ablativas incidem sobre categorias de meios de produção e atingem todos os proprietários que exerçam, em condições semelhantes, a mesma atividade económica, é possível afirmar que se está ainda perante um sacrifício patrimonial indemnizável»; e Amaral 1998, p. 600 [salientando que, muito embora a *Sonderopfertheorie* tenha a intenção de colmatar o carácter formal da *Einzelakttheorie*, também ela assenta num critério formal, a saber, o número de sujeitos afetados. Nenhuma das teorias ostenta, portanto, a virtualidade de ligar o princípio da igualdade à intensidade e gravidade do sacrifício].

⁷²¹ Gomes Canotilho 1974, p. 280.

⁷²² Amaral 1998, p. 603. Para a Autora, o sacrifício grave e especial é aquele que resulta de afetações que instrumentalizem, por completo, o aproveitamento privado da propriedade em benefício do aproveitamento público, impedindo o particular de exercer a sua liberdade na definição e realização de projetos económicos.

⁷²³ Machete 2013, p. 81.

comum, porquanto reporia a *desigualdade* a que, através da medida, se visara obstar.⁷²⁴ Este arrazoado coincide, aliás, com as regras da *nuisance* típicas da *common law* e no direito constitucional norte-americano,⁷²⁵ e tem respaldo na figura francesa da *responsabilité du fait des lois*, que trataremos na próxima secção.

4. A intersecção entre os institutos da responsabilidade civil e da expropriação

4.1. A responsabilidade indemnizatória do Estado no direito português

Identificámos, nas secções precedentes, vários tipos de interferências no direito de propriedade e as respetivas consequências no plano indemnizatório. Contudo, a tradição portuguesa, por influência do direito francês e da *responsabilité du fait des lois*, é a de tratar algumas dessas consequências indemnizatórias no quadro da responsabilidade civil por facto lícito.⁷²⁶ Contexto histórico e doutrinal que torna difícil o tratamento unitário do dever jurídico-público de indemnizar, mesmo quando circunscrevemos a nossa análise aos atos ablativos do legislador. É possível, ainda assim, detetar na jurisprudência constitucional algum arrimo no sentido de uma compreensão totalizante do artigo 22. De uma leitura conjugada com princípio do

⁷²⁴ Acórdão BvFG, de 06.12.16 [1 BvR 2821/11 1 BvR 321/12 1 BvR 1456/12]. Lê-se, no ¶261 da decisão, a propósito das intervenções conformadoras (não expropriatórias) reconduzíveis ao artigo 14.1, 2 da GG, «in the review of reasonableness (...), in each instance it will be of particular importance to what extent the owner is responsible for the reasons that legitimate the deprivation of property, or to what extent those reasons are at least attributable to the owner» (a tradução para língua inglesa é do próprio BvFG).

⁷²⁵ A *nuisance* – ou uso nocivo – é um conceito de common law, associado, no direito constitucional norte-americano, à teoria dos poderes de polícia (*police powers*). Durante a era *Lochner*, esta teoria foi mobilizada para sustentar a validade, à luz da 14.^a emenda, de legislação estadual emitida com certos propósitos, independentemente do sacrifício patrimonial imposto aos particulares. Esses propósitos, que não podiam ter carácter redistributivo do rendimento, reconduziam-se à garantia da saúde pública, à preservação da moral e dos bons costumes e à eliminação dos usos nocivos para o público. Com base nesta definição estrita de *nuisance*, o Supreme Court reconheceu a não inconstitucionalidade de medidas como a proibição de comercialização de bens considerados nocivos (eg. álcool, tabaco e jogos de fortuna e azar). Invalidou, contudo, leis que fixavam uma jornada máxima de trabalho para os padeiros, que vedavam os *yellow dog contracts*, ou que subordinavam o exercício de certas atividades à atribuição de uma licença. Na jurisprudência recente, a doutrina dos usos nocivos permite afastar a qualificação como expropriatória de uma lei que aniquile o valor económico de um bem – aquilo a que os norte-americanos convencionaram chamar *regulatory taking*. Dito de outro modo, uma medida regulatória que destrua o valor da propriedade será, *prima facie*, expropriatória, a menos que a limitação imposta seja “inerente ao uso do título”, ou seja, não faça mais do que restringir uma utilização nociva inerente ao direito da common law – na doutrina, Eagle 2014; Blais 1996.

⁷²⁶ Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010b, p. 521.

Estado de Direito inscrito no artigo 2, extrai-se um «direito geral a reparação dos danos», de que são concretizações tanto o artigo 22, como o artigo 62.2 da CRP.⁷²⁷

O problema presente-se, desde logo, na interpretação do artigo 22 CRP, concretamente no problema de saber se um tal preceito dá cobertura constitucional à responsabilidade civil por ato (legislativo) lícito, e infiltra-se naturalmente nos institutos que concretizam, no plano infraconstitucional, o dever jurídico-público de indemnizar, como é indiscutivelmente o caso do artigo 16 do RRCEE.⁷²⁸ Este é dirigido a atuações dos poderes públicos que, por razões de interesse público, causem danos especiais e anormais aos particulares. O facto de tal dispositivo, voltado para atuações “lícitas” («por razões de interesse público»), poder ser aplicado a atos da função político-legislativa é problemático.⁷²⁹⁻⁷³⁰

Trata-se, para os defensores de um conceito constitucional amplo de expropriação, de uma *quase* impossibilidade objetiva. De facto, se a imposição de sacrifícios graves e especiais por razões de interesse público carece de indemnização, e se a previsão desta última, porque exigida pelo princípio da igual repartição dos encargos públicos, é condição de validade do ato ablativo (cláusula indemnizatória conjunta), não existe – *verdadeiramente* – responsabilidade civil por ato legislativo “lícito”. Nas palavras de Maria Lúcia Amaral, «a questão de saber se são ou não

⁷²⁷ Acórdão (TC) n.º 444/08, sobre a constitucionalidade de um Fundo de limitação de responsabilidade com os quantitativos previstos no artigo 3 da Convenção Internacional sobre o Limite de Responsabilidade dos Proprietários de Navios de Alto Mar; acórdão (TC) n.º 262/93, mencionando igualmente um princípio genérico de responsabilidade por atos lesivos dos direitos dos particulares. Sousa Ribeiro 2009, p. 41 ss. destaca uma série de acórdãos em que a questão da indemnização é tratada “à parte”, isto é, como um problema sem conexão com validade da lei impositiva de um sacrifício grave e especial.

⁷²⁸ Em sentido positivo, Duarte 1994, p. 85; Valle 2018, p. 887. Gomes Canotilho não é totalmente esclarecedor: no Manual parece tender para uma posição globalizante (Gomes Canotilho 2007, p. 510); mais recentemente, o Autor parece ligar o artigo 22 à responsabilidade por atos ilícitos, com exclusão das situações de sacrifício especial dos cidadãos em benefício do interesse público – Gomes Canotilho 2013, pp. 364-368. Considerando que o artigo 22 da CRP não abrange a responsabilidade por atos lícitos, Dias Garcia 2010, p. 308; Vaz 1995, p. 12; Medeiros 2017, p. 347 (anotação ao artigo 22); Amado Gomes 2012, p. 173.

⁷²⁹ Sobre o sentido a atribuir a esta hifenização, Cadilha 2011, p. 302, defendendo que a opção pela hifenização, em detrimento da formulação utilizada no ETAF, pretende excluir o dever indemnizatório quando estejam em causa atos da função política *sem exteriorização legislativa*. Em sentido (em alguma medida) diverso, Dias Garcia 2010, p. 314; e Freitas & Brás 2018, p. 827 ss.

⁷³⁰ Segundo Carmona 2018, p. 163 ss., o artigo 16 do RRCEE não contém nenhuma responsabilidade por facto lícito, mas antes de uma responsabilidade por dano especial e anormal, *ainda que causada por ato lícito*. De onde se retira que a licitude da atuação (da administração) não deveria ser pressuposto do dever de indemnizar e que o artigo 16 deveria ser interpretado como incorporando um modelo de dano.

indemnizáveis os prejuízos nascidos da vigência destas leis confunde-se com a questão da natureza da própria inconstitucionalidade».731

Contudo, as dificuldades projetam-se também nas posições daqueles que leem no artigo 62.2 CRP um conceito estrito (clássico ou não) de expropriação ou que flexibilizam a questão da cláusula indemnizatória conjunta.732

Com efeito, para quem considere que o dever jurídico de indemnizar por ato lícito se reconduz, na verdade, ao dever de indemnizar por imposição de sacrifícios graves e especiais necessários para a realização do bem comum (não expropriatórios), o artigo 16, não obstante o seu enquadramento sistemático, não contempla *nenhuma situação de responsabilidade civil*.733 Nesta hipótese, o artigo 16 constitui uma “cláusula geral de salvaguarda”,734 aplicável a atos ablativos do direito de propriedade não expropriatórios e cuja indemnização não está prevista em lei especial. Seria, no fundo, uma espécie de *Junktim-Klausel* geral *a posteriori*.735

Na jurisprudência constitucional, identifica-se uma linha de acórdãos de acordo com a qual o fundamento daquela prestação indemnizatória é a reposição da igualdade perante os encargos públicos aquando da imposição de um sacrifício grave e especial, assumindo-se a previsão legal de *justa indemnização* como condição de constitucionalidade da lei ablativa.736 Ou seja, mesmo sem recusar abertamente a

731 Amaral 1998, p. 217; Amaral 2000, p. 80, sem prejuízo do que se verá infra sobre o dever de reparar prejuízos não intencionais. Cf., ainda, a proposta de Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010b, p. 522, que, em linha com o conceito amplo de expropriação, suscetível de cobrir todas as situações de sacrifício grave e especial de interesses patrimoniais dos cidadãos, defendem – *sob pena de inconstitucionalidade* – que o artigo 16 do RRCEE só cobre danos não patrimoniais.

732 Medeiros 2017, p. 922 (anotação ao artigo 62).

733 Caupers 2013, pp. 329-331.

734 Dias Garcia 2010, p. 316; Machete 2013, p. 447.

735 Gomes Canotilho 1974, p. 138 (admitindo a reposição “sucedânea” da igualdade); Machete 2013, p. 458 (dando como exemplos servidões de direito administrativo e ainda “determinações do conteúdo do direito de propriedade que envolvem um dever de indemnizar”). Em sentido próximo, Amado Gomes 2012, p. 175 (a Autora distingue, dentro das compensações por facto lícito, uma compensação por facto expropriatório, esteada no artigo 62.2 da CRP, e devida tanto por expropriações clássicas como por expropriações de sacrifício ou do plano, e uma compensação pelo sacrifício, com arrimo nos artigos 2, 13, 18.2 e 3 e 62.1 da CRP, devida por outros sacrifícios especiais de direitos patrimoniais, e que tem como contrapartida “eventual” uma compensação dos particulares afetados, nos termos do artigo 16 RRCEE).

736 Cf. o acórdão (TC) n.º 326/15, sobre o reconhecimento de direitos adquiridos por particulares sobre leitos e margens públicos. Segundo o acórdão, «a ratio do n.º 2 do artigo 62.º da CRP é (...) o princípio da igualdade perante os encargos públicos, de acordo com o qual o sacrifício grave e especial imposto a um particular – seja por via de requisição, expropriação *ou de outro ato ablativo* – deve ser compensado pela comunidade» – o itálico é nosso; e o acórdão (TC) n.º 480/14, sobre a constituição de servidões militares, onde se pode ler o seguinte: «Se se entender que, por força desse ato, ao particular afetado é imposto um sacrifício grave e especial que merece reparação, de acordo com as exigências decorrentes do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos, a aplicação ao caso do disposto no n.º 2 do artigo 62.º da CRP encontra-se valorativamente justificada.»]

recondução à figura da responsabilidade,⁷³⁷ alguma jurisprudência esclarece que as interferências dos poderes públicos nos direitos de valor patrimonial – coincidam, ou não, com a figura da expropriação – colocam os particulares numa situação de “desigualdade” que é preciso compensar através do pagamento de uma justa indemnização.⁷³⁸

Que o Tribunal Constitucional perscruta no artigo 16 a aptidão “salvífica” (da constitucionalidade de certas restrições ao direito de propriedade) demonstra-o a jurisprudência relativa a servidões *non aedificandi* sobre parte sobrance de um prédio expropriado.⁷³⁹ Segundo o acórdão n.º 329/99, «não é necessário que o dever de indemnizar seja imposto pelo diploma legal [que impõe o sacrifício especial] para se salvar a sua compatibilidade com a Constituição». É suficiente, portanto, que esse dever decorra *de outras normas legais*, designadamente do normativo que prevê a indemnização pelo sacrifício.⁷⁴⁰

Há margem, contudo, para outros entendimentos. É possível que o legislador prejudique *sem querer*, causando danos acidentais, laterais ou secundários na esfera patrimonial dos particulares. Ou pode suceder que não seja possível identificar a desproporção de uma medida antes da sua aplicação a um caso concreto.⁷⁴¹ Nesta circunstância, o dever jurídico de compensar os danos patrimoniais e não patrimoniais⁷⁴² surge posteriormente ao ato ablativo e não é, bem entendido, requisito da constitucionalidade deste.⁷⁴³ Aqui e *só aqui*, poderá porventura falar-se de responsabilidade civil por ato lícito da função legislativa. Dito de outro modo, o artigo 16 do RRCEE “abre a porta” da responsabilidade civil quando se fecha a da expropriação.⁷⁴⁴

⁷³⁷ Dubitativamente, o acórdão (TC) n.º 107/92.

⁷³⁸ Acórdão (TC) n.º 594/93.

⁷³⁹ Acórdão (TC) n.ºs 329/99, não obstante este ancorar o artigo 9 do Decreto-Lei n.º 48.051, de 27.11.1967 (equivalente ao artigo 16 do RRCEE) no artigo 22 da CRP. Não cuidaremos aqui da questão de saber se só existe restrição dos direitos patrimoniais dos particulares quando a parcela sobrance já tiver aptidão edificativa, algo que depende, como se depreende, da qualificação dos direitos de urbanizar, lotear e edificar no leque de dimensões com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (Oliveira 2014, pp. 52-57).

⁷⁴⁰ Em Itália, dois acórdãos da Corte costituzionale sobre vacinação contra a poliomielite demonstram que a Alta jurisdição italiana tem um entendimento mais exigente sobre a Junktim-Klausel – cf. as Sentenzas Cc 118/86, de 24.04.1986, e 307/90, de 14.06.1990.

⁷⁴¹ Nogueira de Brito 2008, p. 785.

⁷⁴² Cf., no entanto, a tese de Rebelo de Sousa & Salgado de Matos 2010b, p. 522.

⁷⁴³ Amaral 1998, pp. 414 ss.

⁷⁴⁴ A expressão é de Alves Correia 2013, p. 225 (a posição do Autor vai no sentido de salvaguardar a autonomia do instituto da expropriação pelo sacrifício no ordenamento português, fazendo-a reentrar, como vimos, no conceito constitucional de expropriação do artigo 62.2, e evidenciando as diferenças relativamente à indemnização de sacrifício, ao nível, sobretudo, dos fundamentos e dos critérios de

4.2. A responsabilité du fait des lois

A *responsabilité du fait des lois* (RdFdL) é uma figura pretoriana do direito administrativo francês, de utilização parcimoniosa por parte do Conseil d'État. A responsabilidade civil por ato legislativo – onde se inclui a responsabilidade por leis “inconvencionais”, a responsabilidade por leis inconstitucionais e a responsabilidade *du fait des lois (et des conventions internationales)*⁷⁴⁵ – é um domínio em constante mutação no direito francês.

Essa mutação acompanha a evolução sofrida pelo controlo da constitucionalidade das leis, já que a um controlo por via principal realizado *a priori* pelo Conseil constitutionnel se veio juntar, desde 2008, um controlo por via incidental *a posteriori*, traduzido na colocação de uma *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) à alta jurisdição constitucional. Mas acompanha, sobretudo, as exigências normativas do direito da União da Europeia e da CEDH. Tornaremos ao ponto na próxima secção, relativamente à responsabilidade civil por ato legislativo “ilícito”.

Há uma ligação evidente entre a propositura – inovadora em direito comparado – de uma responsabilidade por ato legislativo “lícito” e a ausência (até 2008) de um controlo *a posteriori* da constitucionalidade das leis. Não é exatamente uma novidade dizer-se que o instituto da RdFdL é um *paliativo* para a fraca operatividade do princípio da constitucionalidade em França,⁷⁴⁶ a qual, por sua vez, assenta na impossibilidade de a lei, enquanto expressão da vontade geral, *poder errar*.⁷⁴⁷ Na formulação de Disant, o

cálculo da indemnização); Fonseca 2014, p. 48. À margem deste entendimento está Vieira de Andrade 2011, p. 353 ss. O Autor, considerando adequado um conceito constitucional estrito de expropriação, “descobre” no artigo 16 dois institutos distintos: a indemnização pelo sacrifício e a responsabilidade civil por factos lícitos. A primeira tem em vista medidas normativas (regulating) que afetam colateral (não intencional) ou indiretamente certas pessoas ou grupos, visando *compensar*, em nome da igualdade perante os encargos públicos, os prejuízos especiais e anormais que aquelas lhes tenham causado. A segunda tem em vista medidas administrativas que lesam intencional e diretamente posições jurídicas subjetivas dos particulares (taking), mas que se mostram justificadas à luz do princípio da proporcionalidade. É o caso, segundo o Autor, da indemnização devida por revogação de atos administrativos constitutivos de direitos. Nesta, o princípio da igualdade perante os encargos públicos não é fundamento do dever jurídico de reparar, apenas o seu limite (dado pelos danos especiais e anormais).

⁷⁴⁵ Não confundir a responsabilidade por leis “inconvencionais”, que é uma forma de responsabilidade civil por ato legislativo “ilícito”, com a responsabilidade *pelo facto* das convenções internacionais. Há diferenças ao nível do *ato lesivo* – num caso a lei, noutra uma convenção internacional/costume internacional – e da filiação da responsabilidade – num caso, uma responsabilidade *pour faute* ou *sui generis*, noutra, uma responsabilidade *sans faute*, com limitação dos prejuízos indemnizáveis. Sobre estas diferenças, Cerda-Guzman 2012, p. 38 ss., e na jurisprudência, entre outros, as Décisions n.ºs 383835, de 11.12.2015, e 325253, 11.02.2011, ambas do Conseil d'État.

⁷⁴⁶ Amaral 1998, p. 160 ss.

⁷⁴⁷ Raimbault 2010, p. 485.

instituto da RdFdL «sonnait en effet comme une atténuation de pure équité des conséquences qui pouvaient naître de l’immunité constitutionnelle des lois».748

Daí que, apesar do *nomen iuris (responsabilité)*, a RdFdL tenha fundamento na ruptura da igualdade perante os encargos públicos (*rupture de l’égalité devant les charges publiques*),749 fazendo as vezes, no direito francês, do princípio da compensação de atos ablativos de direitos patrimoniais que imponham sacrifícios graves e especiais.

O instituto foi inaugurado no famoso acórdão La Fleurette,750 com a afirmação, pelo Conseil d’État, que do silêncio do legislador não resulta automaticamente a exclusão da indemnização dos danos causados pela lei. Na verdade, a determinação do dever de indemnizar está dependente de um duplo pressuposto: que a lei imponha aos particulares afetados um sacrifício grave e especial (i); que o legislador não tenha excluído abertamente o dever de indemnizar esses danos (ii).751

A aplicação do primeiro requisito tem, hoje, forte ligação à proteção da confiança. De facto, um dos elementos tidos em conta pelo Conseil d’État é o de saber se o sacrifício imposto a uma pessoa ou categoria (grupo) de pessoas «excede a álea inerente à atividade em causa».752-753 Trata-se, no fundo, de ver a RdFdL como uma proteção contra alterações imprevisíveis do quadro regulatório de um determinado investimento, isto é, como uma espécie de facto do príncipe *independente de contrato*.754

A ser assim, contudo, não deveria tal responsabilidade configurar-se como uma responsabilidade por ato legislativo ilícito (inconstitucional), por violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos? Ou será possível distinguir o ato legislativo (não inconstitucional) da sua aplicação *accidental* inconstitucional, *imputando ainda assim o dano ao legislador*? Não é certo que a

748 Disant 2011, p. 1189.

749 Gohin 1998, p. 602; Raimbault 2010, p. 482 ss.

750 Conseil d’État, 14.01.1938, Société des produits laitiers La Fleurette (por ocasião de uma lei que proibiu a produção e venda de produtos lácteos não exclusivamente derivados do leite).

751 Alberton 2006, p. 1020; Raimbault 2010, p. 489; já antes, Calmes 2001, p. 689; e Yannakopoulos 1998, p. 536.

752 Conseil d’État, Décision n.º 215957, 30.07.03, Association pour le développement de l’aquaculture en region Centre, relativamente a uma lei de preservação do património biológico, que impedia a destruição ou captura de certas espécies de aves de grande porte, causando danos àqueles que exerciam a atividade piscatória.

753 Conseil d’État, Décision n.º 266564, 02.11.2005, Coopérative Agricole Ax’ion, relativamente a uma lei que autorizava o encerramento de instalações classificadas por risco para a saúde pública, para o ambiente, para a agricultura, ao abrigo da qual a administração ordenou a destruição de silos de armazenamento de cereais.

754 Broyelle 2009, p. 333 ss.

RdFdL cubra apenas danos não intencionais, laterais ou secundários. Em todo o caso, o direito público francês *ainda* desconhece a figura da responsabilidade por atos legislativos inconstitucionais.

O segundo requisito – hoje claramente reconfigurado – abria a porta à determinação da intenção do legislador por via hermenêutica. Nessa indagação, relevavam não só os trabalhos preparatórios (elemento histórico), mas sobretudo a circunstância de a prossecução de fins de interesse público preeminentes (*intérêt général prééminent*), por interessar a todos, ser indício bastante da intenção de excluir toda e qualquer indemnização.⁷⁵⁵ Dessa lista de interesses públicos preeminentes fazem parte a saúde pública, o ambiente, a defesa nacional, a economia nacional ou a repressão da delinquência.⁷⁵⁶ Destarte, mesmo se a lei segregasse alguns grupos profissionais ou económicos, o facto de visar um interesse público preeminente afastaria o fundamento da responsabilidade – a rutura da igualdade perante os encargos públicos. Uma lei que *interessa a todos*, inclusivamente ao demandante, não impõe sacrifícios *graves e especiais*.⁷⁵⁷ É fácil de ver que um tal arrazoado retira à RdFdL qualquer operatividade em matéria de regulação económica.⁷⁵⁸

Portanto, à possibilidade de o legislador arredar (abertamente) o dever de indemnizar, obstando à força normativa do princípio constitucional da igualdade (perante os encargos públicos),⁷⁵⁹ juntava-se a vontade da alta jurisdição administrativa de se manter afastada da atividade de sopesação de interesses públicos e privados financeiramente relevantes.

A proliferação de parâmetros normativos multinível tornou este modo de raciocinar insustentável.⁷⁶⁰ Note-se que mesmo que estes outros parâmetros não afetem a constitucionalidade da lei, eles são uma *fonte de pressão* sobre a atividade legislativa do Estado, pondo a nu as suas insuficiências e dando azo a litigância fora de portas. Não surpreende, por isso, que no acórdão Coopérative d’Ax’ion, o Conseil d’État tenha eliminado qualquer referência à vontade implícita do legislador – designadamente ao

⁷⁵⁵ Alberton 2006, p. 1022.

⁷⁵⁶ Broyelle 2006, p. 1430, concretamente, as referências jurisprudenciais das notas n.ºs 8 a 12.

⁷⁵⁷ Broyelle 2006, p. 1432; Derepas 2007, p. 365; Bousquet 2007, p. 950 (só haverá RdFdL na medida em que se verifique a instrumentalização do interesse de uma categoria em benefício exclusivo de outra).

⁷⁵⁸ Raimbault 2010, p. 484.

⁷⁵⁹ Amaral 1998, p. 163 [«(...) ao instituto da *responsabilité de l’État du fait des lois* foi, portanto, atribuído o nome errado. O que ele encerra não é uma forma de responsabilidade, mas uma técnica de interpretação»]; Galán Vioque 2001, p. 301, que fala em “pseudo-responsabilidad del Estado legislador”, citando um texto de Morange, de 1962; Disant 2011, p. 1190.

⁷⁶⁰ Raimbault 2010, p. 485.

fim da lei e aos trabalhos preparatórios. O facto de a lei visar um interesse público preeminente deixou de ser, *per se*, suficiente para excluir a RdFdL, e a identificação de sacrifícios especiais e anormais tornou-se mais frequente.⁷⁶¹

A jurisdição administrativa não afasta a possibilidade de o legislador excluir *expressamente* a indemnização.⁷⁶² Todavia, em nosso entender, a introdução de um controlo de constitucionalidade *a posteriori*, aliada à jurisprudência constitucional mais recente, permitem ensaiar, em direito público francês, um dever de indemnizar sacrifícios especiais e anormais *independentemente* da vontade – explícita ou implícita – do legislador.

Com efeito, o Conseil constitutionnel parece ter “constitucionalizado” a jurisprudência La Fleurette,⁷⁶³ procedendo a uma interpretação conforme à Constituição e ao princípio da igualdade perante os encargos públicos de todas as leis suscetíveis de causar aos particulares um sacrifício especial e anormal (*une charge spéciale et exorbitante*).⁷⁶⁴ Furta-se, assim, a declarar a inconstitucionalidade destas leis e remete para o juiz de fundo a conclusão sobre se a lei estabelece um *justo equilíbrio* entre os interesses públicos e privados em presença e, por conseguinte, sobre a ressarcibilidade dos danos sofridos pelos particulares, mesmo na eventualidade de o legislador ter *expressamente* excluído a indemnização.⁷⁶⁵

Em síntese, subsiste em França o modelo “unicizante” e estritamente público que reúne sob a égide da responsabilidade civil *todos* os deveres públicos de indemnizar.⁷⁶⁶ Mas perscruta-se que o regime da RdFdL absorveu o *input* do princípio (constitucional) da igualdade perante os encargos públicos, renunciando à mediação da vontade do legislador no estabelecimento do dever de indemnizar; bem como o *input* dos princípios da proporcionalidade e da proteção da confiança, na determinação da

⁷⁶¹ Conseil d’État, Décision n.º 300040, de 23.07.2014 (também sobre o encerramento de um parque de campismo), ou Décision n.º 380628, de 30.06.2016 (a propósito da fixação administrativa do preço do gás e do petróleo, com base na lei, no Departamento da Ilha da Reunião).

⁷⁶² Conseil d’État, Décision n.º 361464, 22.10.2014, ¶11, a propósito da lei de modernização do audiovisual, que antecipou, de forma progressiva, o fim do serviço de televisão por via hertziana, compensando essa antecipação através da atribuição do direito de uso dos recursos radioelétricos, verificadas certas condições. O silêncio do *Conseil Supérieur Audiovisuel* em face do pedido formulado pela empresa M6 de que lhe fossem atribuídos direitos de uso compensatórios ficou a dever-se à notificação, por parte da Comissão Europeia, de que a legislação francesa era incompatível com a Diretiva 202/77/CE, de 16.09.12, obrigando ao reinício do procedimento legislativo parlamentar.

⁷⁶³ Alberton 2014, p. 2353.

⁷⁶⁴ Nivard 2012, p. 634, considerando que o *Conseil constitutionnel* procede a «une véritable rélecture de la loi».

⁷⁶⁵ Conseil constitutionnel, Décision n.º 2011-118 QPC, 16.12.2011; Décision n.º 2011-141 QPC, 24.06.2011, ¶8.

⁷⁶⁶ Amaral 1998, p. 66 ss.

questão de saber se a lei impõe «*une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi*».767

4.3. Responsabilidade civil e proteção da confiança: o estranho caso espanhol

A Constituição espanhola de 1978 assegura a garantia da propriedade privada no artigo 33 – constando a cláusula expropriatória do n.º 3 deste preceito – e prevê a figura da responsabilidade dos poderes públicos, genericamente, no artigo 9.3, e no que respeita ao funcionamento dos serviços públicos, no artigo 106.2.

Atualmente, olhando à conjugação destes dispositivos com o disposto na Ley del Sector Público (LSP),⁷⁶⁸ o sistema espanhol contempla três modalidades de responsabilidade civil do “Estado legislador”: (i) responsabilidade civil por leis não (formalmente) expropriatórias não declaradas inconstitucionais (artigo 32.3 LSP); (ii) responsabilidade civil por leis declaradas inconstitucionais (artigo 32.3 e 4 LSP); (iii) responsabilidade civil por normas contrárias ao direito da UE (artigo 32.2 e 5 LSP).

A nossa análise recairá, para já, sobre as primeiras. Sem prejuízo das divergências que subsistem quanto ao conceito (constitucional) de expropriação,⁷⁶⁹ admitem-se leis expropriatórias (admite-se que uma lei possa expropriar), como foi o caso da Ley de aguas⁷⁷⁰ ou da Ley de costas,⁷⁷¹ ficando a sua constitucionalidade dependente da previsão concomitante de uma indemnização.⁷⁷²

Se a interseção entre os institutos da expropriação e da responsabilidade civil por ato lícito também está presente nos ordenamentos português e francês, não há dúvida que, em Espanha, o envolvimento jurisprudencial da proteção da confiança conferiu àquela interseção proporções ainda mais confusas.

O problema começou com as decisões do Tribunal Constitucional espanhol sobre a antecipação da idade de reforma.⁷⁷³ Em síntese, o Tribunal concluiu que não havia violação regra de proibição de retroatividade (artigo 9.3) nem da cláusula

⁷⁶⁷ Décision n.º 2011-141 QPC, 24.06.2011, ¶8 – o itálico é nosso.

⁷⁶⁸ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (alterada em 2019).

⁷⁶⁹ Sobre este ponto, Galán Vioque 2001, p. 297 (conceito estrito de expropriação); e García de Enterría 2007, pp. 148-149; Garrido Falla 1989, p. 53, ambos defendendo um conceito amplo de expropriação, embora com divergências.

⁷⁷⁰ Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; STC 227/1988, de 29.11.1988.

⁷⁷¹ Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; STC 149/1991, de 04.07.1991.

⁷⁷² García de Enterría 2007, p. 205, defendendo, em nome do princípio da tutela jurisdiccional efetiva, que o particular expropriado deve poder contestar nos tribunais a justiça da indemnização prevista pelo legislador.

⁷⁷³ STC 108/1986 (magistrados), 99/1987 (funcionários do setor público) e 70/88 (maestros).

expropriatória (artigo 33.3), por inexistir um direito subjetivo (certo, efetivo e atual) à jubilação na idade estabelecida no momento do acesso à função, mas tão-só uma expectativa.⁷⁷⁴ Contudo, talvez por “má consciência”,⁷⁷⁵ ao mesmo tempo que rejeita as questões de constitucionalidade, o Tribunal deixa escapar que, na eventualidade de o regime transitório se revelar insuficiente para compensar os prejuízos económicos da lei, tais prejuízos podem merecer «algún tipo de compensación». O fundamento da compensação – o Tribunal di-lo abertamente na STC 70/88 – é a *frustração das legítimas expectativas dos cidadãos*.⁷⁷⁶

As minudências do diálogo que seguiu, entre o legislador e o Tribunal Supremo, extravasam o escopo do nosso texto.⁷⁷⁷ Há, contudo, dois pontos que merecem destaque. O primeiro é a reação do legislador por banda do artigo 139.3 da Ley 30/1992,⁷⁷⁸ hoje parcialmente reproduzido no artigo 32.3 da LSP. Tal preceito mereceu a crítica da doutrina por, à semelhança do congénere francês, deixar a indemnização de danos que os particulares «no tengan el deber jurídico de soportar» na discricionarietà do legislador.⁷⁷⁹

O segundo ponto é que o Tribunal Supremo respondeu ativamente ao “convite” endereçado pelo Tribunal Constitucional. Em 1993, ainda antes da aprovação do mencionado artigo 139.3, condenou o Estado a indemnizar os danos causados pela eliminação, imposta pelo Tratado de adesão de Espanha à então Comunidade

⁷⁷⁴ STC 108/86, 29.07.1986, ¶16 ss.

⁷⁷⁵ Garrido Falla 1989, p. 38, 51-54 (o Autor parte de um conceito amplo de expropriação. A antecipação da idade de reforma constituiria, no seu entender, uma expropriação para efeitos do artigo 33.3 da Constituição de 1978).

⁷⁷⁶ STC 70/88, de 19.04.

⁷⁷⁷ Recorde-se que, na sequência das decisões do Tribunal Constitucional espanhol referidas nas notas anteriores, sucederam-se no Tribunal Supremo pedidos de indemnização relativos ao ato de jubilação (antecipada). O Tribunal Supremo considerou, em primeiro lugar, que o órgão competente para decidir o pedido de indemnização, por via administrativa, seria o Consejo de Ministros (STS 135/86, 15.07.1987); e, em segundo lugar, que o artigo 9.3 não goza, na parte em que se aplica aos atos legislativos, de eficácia imediata, carecendo, nessa medida, de intermediação legislativa (STS 8776/92, 30.11.1992, fundamento de derecho tercero).

⁷⁷⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (alterada em 2009). O artigo 139.3, na redação original do diploma, dispunha o seguinte: «Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, *cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*» (o itálico é nosso).

⁷⁷⁹ As críticas e interpretações alternativas são transponíveis para o artigo 32.3 da LSP (Galán Vioque 2001, p. 310; Alonso García 2002, p. 221; Laguna de Paz 2019, p. 38; García de Enterría 2007, p. 82; González-Varas Ibáñez 1999, p. 641. As interpretações conformes à Constituição sufragadas pela doutrina têm apoio na jurisprudência, uma vez que o Tribunal Constitucional, na STC 28/1997, de 13.02, a propósito da classificação, por lei de *Comunidad Autónoma*, de uma determinada zona como “Área Natural de Especial Interés”, esclareceu que «el silencio de la Ley (...) no puede ser considerado como una exclusión vulneradora del dispuesto en el art. 33.3 CE» (¶7).

Económica Europeia, da isenção de direitos aduaneiros de que vinham beneficiando empresas de pesca com capital espanhol e capital proveniente de países terceiros. A fundamentação da decisão é a seguinte: a isenção aduaneira constituía uma atividade de incentivação (fomento) por parte do legislador, em consequência da qual as empresas de pesca haviam realizado avultados investimentos. Nessa medida, a revogação dos incentivos implicava a indemnização dos interesses patrimoniais afetados. A isso obrigavam os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, bem como o respeito pelos direitos adquiridos.⁷⁸⁰

Consagra-se, portanto, uma responsabilidade por leis não expropriatórias, que imponham aos particulares um sacrifício patrimonial especial de direitos ou interesses legítimos, *e que não tenham sido declaradas inconstitucionais*. No apuramento de danos que, porque especiais, os particulares não têm o dever jurídico de suportar, «lo determinante es que la ley contenga una previsión contraria a la confianza legítima».⁷⁸¹

As críticas a esta jurisprudência são facilmente antecipáveis: como conciliar a violação da proteção da confiança com o facto de estar em causa uma responsabilidade por atos legislativos “lícitos”?⁷⁸² *Se a lei não é inconstitucional*, não há responsabilidade do Estado-legislador, conclui Garrido Falla.

Ora, não há de novo nesta interrogação. Trata-se, no fundo, de afirmar que a lei (não expropriatória) que rompe a igualdade perante os encargos públicos (*igualdad ante las cargas públicas*) não é inconstitucional porque os danos singulares que produz podem ser indemnizados *a posteriori* nos termos gerais.⁷⁸³ A frustração da confiança legítima é condição de ocorrência daquela rutura. Além disso, o instituto espanhol abarca as situações em que a lei não foi, *mas debería ter sido* declarada inconstitucional.

Subsiste, contudo, *alguma* ambiguidade no modelo espanhol, porquanto não é inteiramente claro, atenta a jurisprudência mais recente, se a responsabilidade pelos

⁷⁸⁰ STS 9740/1993, de 05.03.1993.

⁷⁸¹ STS 1175/2017, de 21.03.2017 [sobre a não previsão, juntamente com a Ley 7/2010, de um regime transitório que acautelasse a situação das operadoras (ex-concessionárias) de canais analógicos, mormente através da atribuição direta de canais de compensação], e também as STS 534/2014, 800/2014 (sobre a eliminação, pela Ley 42/2010, de 30 de diciembre, da faculdade de certos estabelecimentos abertos ao público manterem zonas específicas para fumadores), 1974/2017, 2059/2017, 2009/2019 (sobre as alterações promovidas pelo legislador espanhol aos regimes de apoio à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, não declaradas inconstitucionais na STC 270/2015), 4337/2016.

⁷⁸² Bacigulapo Saggese 2002, p. 134; Garrido Falla 1989, p. 46; Quintana López 2015, p. 1589; Galán Vioque 2001, p. 316 (a proteção da confiança é um critério completar, que não substitui a exigência de um sacrifício “especial”); Barrero Rodríguez 2002, p. 176 (argumentando que a proteção da confiança é um critério para determinar em que circunstâncias um dano pode ser considerado “anormal”, e que nas situações em causa, não chega a haver violação do princípio da proteção da confiança, tão-só vulneração das legítimas expectativas dos particulares).

⁷⁸³ García de Enterría 2007, p. 82, 151.

“lícitos legislativos” está reservada para leis *materialmente* expropriatórias ou confiscatórias, isto é, leis que sonquem direitos adquiridos (consolidados e certos) ao património dos particulares sem transferência de título, ou se deve valer também para leis que frustrem “expectativas” dos particulares, admitindo que estas também impõem um *sacrifício especial* de interesses patrimoniais.⁷⁸⁴

Certo é que, no ordenamento espanhol, a figura não foi pensada para a indemnização de danos meramente acidentais, configurando-se como uma *alternativa* à declaração de inconstitucionalidade da lei ablativa que não prevê indemnização,⁷⁸⁵ e (talvez) à declaração de inconstitucionalidade por violação do princípio da proteção da confiança.⁷⁸⁶

III. RESPONSABILIDADE CIVIL E ALTERAÇÃO NORMATIVA

Há um ponto de contacto evidente entre proteção contra a alteração normativa e a responsabilidade civil do Estado ou da União. A proteção da confiança é um princípio fundamental de vários ordenamentos – entre eles, o nosso – e um princípio geral de direito da União.⁷⁸⁷ O direito de propriedade é, por seu turno, um direito fundamental, à luz do artigo 62 CRP e do artigo 17 da CDFUE, aplicável às instituições da União e aos Estados-membros quando estes apliquem o direito da União.⁷⁸⁸ Logo, a desconformidade entre um ato da função político-legislativa (ou de uma norma de direito da UE) e aqueles princípios é *suscetível de* gerar responsabilidade civil.

Trataremos, no presente Capítulo, os regimes jurídicos de responsabilidade civil de nível “interno”, uma vez mais tendo presente o significado conferido a este adjetivo na Introdução e no Cap. 1. Esses regimes são, fundamentalmente, três: o regime de

⁷⁸⁴ Basta, com efeito, comparar a STS 538/2014, de 30.09.2014, onde o Tribunal Supremo parece abrir espaço para a conclusão de que há “ilicitude” do dano, geradora de responsabilidade por “lícitos legislativos”, se houver violação do princípio da proteção da confiança, mesmo não estando em causa um direito consolidado (numa análise em tudo semelhante àquela que seria levada a cabo caso a alegação tivesse surgido sob a forma de questão de constitucionalidade), e as STS 1175/2017, 04.07.2017 (¶13) e 1974/2017, de 14.12.2017, em que se afirma cabalmente que a frustração de expectativas não gera sacrifícios especiais.

⁷⁸⁵ Galán Vioque 2001, p. 297 (o Autor defende que a garantia expropriatória inscrita no artigo 33.3, à semelhança do que sucede no quadro do artigo 1-P1, é insuficiente para reparar todos os possíveis ataques legislativos ao direito de propriedade. Como tal, defende que sejam tratadas no quadro da responsabilidade todas as lesões patrimoniais não configuráveis como «privación de bienes y derechos»); Laguna de Paz 2019, p. 37.

⁷⁸⁶ Criticando esta miscigenação, Pasquinelli 2009, p. 191 ss.

⁷⁸⁷ *Infra* Cap. 4.

⁷⁸⁸ Kadi, processos apensos C-402/05 e C-415/05 P, 03.09.2008, ¶355; Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC, processo T-680/13, 13.07.2018, ¶252.

responsabilidade civil dos Estados-membros por ato (legislativo) desconforme com o direito da União; o regime da responsabilidade civil das instituições da União (artigo 340 TFUE); e o regime de responsabilidade civil extracontratual por ato legislativo inconstitucional (artigo 15 RRCEE).

As condições de responsabilidade dos Estados-membros, tal como definidas no acórdão *Brasserie du Pêcheur*,⁷⁸⁹ constituem, nas palavras de Caranta, um novo *ius commune* em matéria de proteção judicial.⁷⁹⁰ Trata-se, com efeito, de condições mínimas (“necessárias e suficientes”), que não impedem a fixação de condições menos restritivas no direito nacional. A decisão do legislador português foi a de não autonomizar, nem em termos substantivos, nem em termos processuais, o regime de responsabilidade por ato legislativo desconforme com o direito da União do regime de responsabilidade por ato da função legislativa.

A proteção contra a alteração normativa tem reminiscências em regimes internacionais, designadamente em API, e no artigo 1-P1 à CEDH.⁷⁹¹ A desconformidade entre uma norma legal e uma norma internacional de origem convencional não gera, no caso português, inconstitucionalidade, mas os danos causados pela lei podem ser reparados nos termos do artigo 15 do RRCEE.⁷⁹²

Aquelas normas, recebidas automaticamente em virtude do artigo 8.2 CRP, não perdem o seu caráter “internacional” quando invocadas no direito interno.⁷⁹³ Consequentemente, um tribunal português, chamado a apreciar uma ação de responsabilidade por ato da função político-legislativa incompatível com uma norma

⁷⁸⁹ *Brasserie du Pêcheur*, processos apensos C-46/93 e C-48/93, 05.03.1993.

⁷⁹⁰ Caranta 1997, p. 221.

⁷⁹¹ *Infra* Cap. 4 e 5. Miranda 2017a, p. 184 (anotação 63 ao artigo 8) recorda, no entanto, que o artigo 22 (princípio geral da responsabilidade do Estado) abrange quer os prejuízos causados por tratados que violem a Constituição, quer os prejuízos causados por leis que violem tratados.

⁷⁹² Não vamos tornar aqui à discussão, que envolveu a 1.ª e a 2.ª Secções do Tribunal Constitucional (eg. acórdãos (TC) n.ºs 66/91, 413/87, 371/91) sobre a qualificação do vício resultante da desconformidade entre uma lei e um tratado e correspondente competência do TC para conhecer de um eventual recurso de constitucionalidade fundado em tal vício. A questão foi (parcialmente) resolvida pelo aditamento da al. i) ao artigo 70.1 da LTC, que veio esclarecer que *aquela desconformidade não se configura como um problema de inconstitucionalidade*, mas sim como um problema de ineficácia ou de desconformidade entre normas infraconstitucionais. Sobre este ponto, Galvão Teles 2006, pp. 304-308; Medeiros 1990, p. 373; D’Oliveira Martins 2016, p. 269; Miranda 2010, p. 457; Alves Correia 2019, pp. 196-199; Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 262 (anotação ao artigo 8); Moura Ramos 1982, p. 138.

⁷⁹³ Moura Ramos 1982, p. 155 [«(...) Cremos, a este propósito, com a maioria da doutrina, que o Direito Internacional, não só não perde essa sua natureza com o ser integrado e receber vigência nas ordens jurídicas estaduais, como que o elemento que nele avulta depois de recebido, é ainda o que releva da sua origem e sede internacional»]. É com base em asserção semelhante que Roberts 2011, p. 60 fala de “comparative international law”, para designar o fenómeno de mobilização, pelos tribunais nacionais, na interpretação e aplicação do direito internacional, do modo como tribunais dos outros Estados partes de um tratado internacional têm realizado esse exercício interpretativo.

convencional, deve interpretar e aplicar o direito internacional *tal como ele é*, em função, portanto, dos critérios hermenêuticos próprios do direito internacional (artigo 31 da CVDT). «Uma vez que se aceitou a vigência da convenção na ordem interna, não pode deixar também de aceitar-se que seja mesmo nesta interpretada e integrada de acordo com os critérios e nos quadros do direito internacional» – explica Galvão Teles.⁷⁹⁴

Estudaremos nos Cap. 4 e 5 o sentido que deve ser atribuído àquelas normas. A questão de responsabilidade visada nas últimas linhas não se confunde com o regime de responsabilidade do Estado, *no plano internacional*, por violação de um API, que está sujeito a outras condições (Cap. 7).⁷⁹⁵

1. Responsabilidade civil por ato da função legislativa

A inauguração da responsabilidade dos Estados-membros (por atos ou omissões do poder legislativo)⁷⁹⁶ pôs fim a parte da imunidade do poder legislativo, mas tornou-se, em vários ordenamentos jurídicos, um verdadeiro “elefante na sala” em matéria de responsabilidade do Estado-legislador.⁷⁹⁷

Portugal, Espanha e Bélgica admitem a responsabilidade do Estado pelos danos causados por leis inconstitucionais. Não o fazem alemães,⁷⁹⁸ italianos⁷⁹⁹ e franceses.⁸⁰⁰

⁷⁹⁴ Galvão Teles 1967, p. 89.

⁷⁹⁵ *Infra* Cap. 7.

⁷⁹⁶ Referimo-nos à responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da UE, inaugurada pela jurisprudência Francovich-Brasserie du Pêcheur. A responsabilidade extracontratual das instituições da União consta do artigo 340 TFUE e não tem origem pretoriana.

⁷⁹⁷ Francovich, processos apensos C-6/90 e C-9/90, 11.11.1991; Brasserie du Pêcheur, processos apensos C-46/93 e C-48/93, 05.03.1993.

⁷⁹⁸ Em Itália, não há responsabilidade pelo exercício da função legislativa para além das situações de violação do direito da UE (não transposição ou transposição tardia de uma diretiva) [cf. Corte di Cassazione, civ., n.º 4915, de 01.04.2003; Corte di Cassazione, civ., n.º 23730, de 22.11.16. As decisões da Corte di Cassazione podem ser consultadas em <http://www.italggiure.giustizia.it/sncass/>]. Além disso, nesta última hipótese, a responsabilidade do Estado não tem por base o artigo 2043 do Código civil italiano, mas tão-somente o princípio do primado e a observância da hierarquia das normas. O ilícito UE não é um ilícito constitucional. Sobre o tema, Pardini 2019, p. 434 ss.; Caranta 2017, p. 98; Pasquinnelli 2009, pp. 172-173; Platania 2008, p. 5130.

⁷⁹⁹ Não é exato dizer que o sistema alemão não conhece a responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa. O artigo 104a, ¶6 GG dispõe que a Federação e os Länder têm o dever de ressarcir os danos resultantes da violação das obrigações internacionais e supranacionais da Alemanha, provenientes, por ex., da violação de um API ou do TCE. Depois, no artigo 839, 1, ¶1 do Código Civil alemão, em conjugação com o artigo 34 GG, consagra-se a responsabilidade do Estado por danos causados pelos seus funcionários e agentes no exercício de poderes públicos (Amtshaftung). Contudo, a aplicação deste inciso à responsabilidade por leis inconstitucionais (legislatives Unrecht) permanece meramente teórica, atento o requisito de que o funcionário – neste caso, o Deputado – viole *culposamente* um dever de ofício relativamente a um terceiro ou categoria de terceiros *que não o povo em geral*, algo que só acontece quando se esteja na presença de leis às quais faltem as características da generalidade e da abstração (leis-

Não surpreende que se fale nestes últimos de uma discriminação inversa, isto é, de uma situação paradoxal nos termos da qual os cidadãos da União gozam de maior proteção contra um ato legislativo que releve do direito da União do que contra um ato legislativo que discipline uma situação puramente interna.⁸⁰¹ Portanto, só obstáculos sólidos explicam que ainda não se tenha sentido, neste domínio, o “efeito *boomerang*” ou de imitação da responsabilidade dos Estados-membros.⁸⁰²

2. Obstáculos

As razões que estão por detrás da recusa do instituto são conhecidas no direito interno e,⁸⁰³ curiosamente, têm peso tanto em ordenamentos que sempre reconheceram as consequências do princípio da constitucionalidade (Itália), como em ordenamentos que só recentemente dele tiraram todas as devidas consequências (França). Duas daquelas razões relevam para o nosso estudo.

2.1. Implicações financeiras

medida). Sobre o tema, Schubert & Cossalter 2019, p. 408; Bifulco 1999, p. 136 ss.; Magnus 2016, p. 184 ss., e na jurisprudência, o acórdão do Bundesgerichtshof, III ZR 333/13, 16.05.2015, ¶36. As decisões do Bundesgerichtshof podem ser consultadas em <https://www.bundesgerichtshof.de/>.

⁸⁰⁰ A trajetória francesa tem como ponto de partida o acórdão Nicolo, em que o Conseil d'État se considerou competente para controlar a conformidade de uma lei adotada «en méconnaissance des engagements internationaux de la France» (ao abrigo do artigo 55 da Constituição Francesa). A Alta jurisdição administrativa extrairia as devidas consequências dessa decisão em 2007, com o acórdão Gardedieu, 08.02.2007, condenando o Estado francês (sujeito de direito internacional) a reparar os danos emergentes de uma lei de validação contrária ao artigo 6 da CEDH. No acórdão Société Arizona Tabacco Products et SA Philip Morris France (Décision n.º 87753, 28.02.1992), sobre uma lei que conferia ao Governo poder para fixar o preço do tabaco, contrariando o disposto numa Diretiva europeia, o Conseil d'État reconheceu a responsabilidade extracontratual do Estado por violação *culposa* do direito da União, mas imputou o ato ilícito e culposo à administração. Mas o dever de compensar os danos também se aplica no caso de leis que violem o direito da União (cf. Cour administrative d'appel de Paris, Société Jacques Dangeville, 01.07.1992). Ao reconhecimento da responsabilidade pelo facto das leis “inconvencionais”, acoplado à inauguração do controlo de constitucionalidade *a posteriori*, haveria de seguir-se segundo a doutrina, a responsabilidade do facto das leis inconstitucionais – distinta da RfFdL – com a possibilidade de o juiz administrativo, competente para ajuizar da ação de responsabilidade, colocar ao Conseil constitutionnel uma QPC incidente sobre a lei geradora do dano. Desse desenvolvimento, contudo, ainda não há registo. Entre outros, Alberton 2014, p. 2353; Disant 2011, p. 1191.

⁸⁰¹ Bontempi 2017, p. 1091.

⁸⁰² Alberton 2014, p. 2353; Caranta 1997, p. 234 [«(...) The extension of the rules governing remedies for infringement of community law rights by national authorities to purely domestic litigation (pattern of) is easily explained with reference to the necessity to avoid discrimination within a legal system»].

⁸⁰³ Entre nós, desenvolvidamente, Amaral 1998, pp. 56-62.

O risco de proliferação de ações de indenização⁸⁰⁴ obrigará as autoridades nacionais, nas palavras de Maria Luísa Duarte, «a uma ponderação *mais rigorosa* dos interesses em jogo e das consequências para as finanças públicas».⁸⁰⁵ Esse maior rigor pode ter como contrapartida um efeito de subregulação ou de *regulatory chill*.

Com efeito, a ação de responsabilidade por lei que viole o princípio da proteção da confiança (artigo 2 CRP) constitui um risco *adicional* a uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral ao abrigo do mesmo princípio. Portugal adotou um modelo de subsidiariedade na relação entre proteção jurídica primária e secundária, o que significa que a ação de responsabilidade só vale para os danos não eliminados pelo efeito *ex tunc* dessa declaração de inconstitucionalidade.⁸⁰⁶ No domínio da fiscalização concreta, atento o caráter *sui generis* do modelo português, a intervenção *a posteriori* do Tribunal Constitucional⁸⁰⁷ concretiza-se num juízo de inconstitucionalidade (em sentido técnico-jurídico), com efeitos restritos ao caso concreto. A articulação entre os dois processos está, entre nós, disciplinada no n.º 2 do artigo 15 do RRCEE.⁸⁰⁸

Certo é que, mesmo num modelo de subsidiariedade, há efeitos danosos não eliminados pela declaração de inconstitucionalidade, seja porque esses efeitos não são suscetíveis de eliminação, seja porque o Tribunal Constitucional (ou o seu congénere estrangeiro) limitou ou modelou os efeitos retroativos dessa declaração.⁸⁰⁹

Em teoria, serão duas as hipóteses mais relevantes.

(i) Se a inconstitucionalidade da lei é declarada com base no princípio da proteção da confiança, mas os efeitos *ex tunc* são limitados em razão do (excecional) interesse público financeiro (artigo 282.4 da CRP), corre-se o risco de as sucessivas ações de responsabilidade reproduzirem a perda financeira que se procurou evitar.⁸¹⁰ A

⁸⁰⁴ Machado 2015, p. 250.

⁸⁰⁵ Duarte 1994, p. 68 – o itálico é nosso; Popelier 2008, p. 77; Disant 2011, p. 1190, que fala nas “virtudes pedagógicas” da responsabilidade.

⁸⁰⁶ Adotamos a taxonomia de Amaral 1998, p. 71, entre autonomia, subsidiariedade e consunção.

⁸⁰⁷ Sobre essas especificidades, Amaral 2002, p. 11 ss.

⁸⁰⁸ Com críticas importantes da doutrina portuguesa, mormente de inconstitucionalidade orgânica e material (reserva de Constituição). Sobre o tema, Aroso de Almeida 2008, p. 48; Vieira de Andrade 2013, p. 294; Freitas & Brás 2018, pp. 852-860. Admitindo que o preceito tem caráter *inovador* relativamente ao que consta da Lei do Tribunal Constitucional, parece-nos que existirá, pelo menos, inconstitucionalidade orgânica, já que a matéria dos recursos para o Tribunal Constitucional deve ser disciplina sob a forma de lei orgânica, que, estando submetida a uma reserva total de normação, não contempla relações paramétricas ou de remissão para outros diplomas (artigos 164, al. c) e 166.2 CRP).

⁸⁰⁹ Medeiros 1992, p. 138.

⁸¹⁰ Entre outros, Pereira da Silva 2013, p. 420 (argumentando que o afastamento do dever de indemnizar na sequência de decisão do TC que limite os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade é “plausível”, mas não deve ser “automático”, no sentido de que o tribunal da causa deve poder efetuar «a

questão é há muito conhecida na doutrina nacional e teve importantes desenvolvimentos em Espanha.

Neste ordenamento, a responsabilidade por leis declaradas inconstitucionais iniciou-se com a declaração de inconstitucionalidade da lei que previa um aumento de 300% do montante pago a título de imposto sobre jogos de fortuna e azar.⁸¹¹ O Tribunal Supremo arbitrou, em vários casos, indemnizações pelos danos causados pela lei inconstitucional, não obstante os processos de impugnação contenciosa do ato de liquidação do imposto já terem transitado em julgado, ou os contribuintes terem “consentido” na liquidação, abstendo-se de recorrer à via contenciosa. Ora, de acordo com o artigo 40 da Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol), a declaração de inconstitucionalidade de leis não afeta as decisões judiciais já transitadas em julgado (salvo em processos sancionatórios).⁸¹² O Tribunal Supremo recusou ver aqui qualquer contradição, argumentando que «la acción de responsabilidad (...) es ajena al ámbito de la coza juzgada».⁸¹³

Votos particulares de vários magistrados sublinharam o óbvio, isto é, que a atribuição de uma indemnização *neutraliza* o disposto no artigo 40.1 da Ley Orgánica, e que através dela é produzido o mesmo resultado que se produziria com a anulação do ato de liquidação.⁸¹⁴ A jurisprudência administrativa adotou, entretanto, uma posição mais moderada, mantendo que as duas ações têm causas de pedir distintas, mas reconhecendo que, na eventualidade de o Tribunal Constitucional especificar o alcance concreto da declaração de inconstitucionalidade no sentido de deixar intocadas as decisões transitadas em julgado,⁸¹⁵ os tribunais ordinários não podem, por razões de segurança jurídica, contraditar essa ressalva e atribuir indemnizações.⁸¹⁶

(ii) Outra hipótese é a de a inconstitucionalidade ser declarada com base em fundamento distinto (do princípio da proteção da confiança), mas os seus efeitos serem limitados por razões de segurança jurídica, prolongando a vigência de uma lei contrária

sua própria ponderação»); Duarte 1994, p. 103 (argumentando que se trata de processos autónomos e que, pelo menos quando esteja em causa o direito da UE, a mobilização do artigo 282.4 não afasta o dever de ressarcir os danos causados); Cadilha 2011, pp. 358-9 (sustentando, categoricamente, que pode ser próprio o TC a determinar uma limitação do direito à reparação dos danos causados pela lei inconstitucional).

⁸¹¹ Galán Vioque 2015.

⁸¹² Na STC 45/1989, de 20.02, o Tribunal Constitucional espanhol equiparou os casos administrativos decididos (“resoluciones administrativas firmes”) aos casos julgados.

⁸¹³ STS 1574/2000, de 29.02.2000; STS 588/2008, de 02.06.2010. Sobre os efeitos das sentenças em processos de inconstitucionalidade, Álvarez Vélez 2018, p. 557.

⁸¹⁴ STS 4315/2004, de 21.06.2004.

⁸¹⁵ Eg. STC 176/2011, de 08.11.

⁸¹⁶ STS 539/2015, de 24.02.2015. Na doutrina, Quintana Lopéz 2015, p. 1603.

a uma diretiva da União desprovida de efeito direto, mas que confere direitos a (outros) particulares.⁸¹⁷

O artigo 15 do RRCEE contempla algumas soluções para aplacar o impacto financeiro da responsabilidade, concretamente o facto de apenas serem ressarcíveis danos “anormais” (n.º 1) causados no exercício da função político-legislativa, por um lado, e por outro, a possibilidade de limitação do âmbito da obrigação de indemnizar quando os lesados forem em número elevado (n.º 6).

Trata-se, contudo, de soluções distintas. A anormalidade do dano é um pressuposto do dever de reparar e opera, segundo Vieira de Andrade, como uma “norma-travão” da responsabilidade.⁸¹⁸ Se o sentido útil do dispositivo é o de excluir o dever de ressarcir quando estejam em causa “bagatelas jurídicas”, apurando-se a anormalidade através de uma «ponderação material de bens jurídicos», como avança Pereira da Silva, da violação do princípio da proteção da confiança resultam, necessariamente, danos *anormais*, mesmo que *generalizados*.⁸¹⁹ Nas ações de responsabilidade extracontratual das instituições da União, alguns arestos mais antigos parecem limitar os danos ressarcíveis àqueles que excedam os *riscos económicos inerentes ao setor em causa*.⁸²⁰

Já o n.º 6 permite a redução equitativa da indemnização, por razões de interesse público de excecional relevo, quando se estime que o número de lesados seja muito elevado. Será o caso, como sugere Paulo Otero, de uma «grave crise financeira do Estado», em linha com a interpretação que, na justiça constitucional, se vem fazendo do conceito de interesse público de excecional relevo inscrito no artigo 282.4 CRP.⁸²¹ Através da experiência do direito internacional económico, em especial nas situações de crises de *default* ou monetárias, a verificação de uma hipótese de necessidade financeira existe quando um Estado já não consiga financiar-se no mercado de dívidas “a taxas de juro razoáveis” ou quando o *default* tenha sido evitado mediante um empréstimo do

⁸¹⁷ Embora não estivesse em causa uma ação de responsabilidade, Winner Wetten, processo C-409/06, 08.09.2010, motivado por uma decisão do BvFG que, muito embora considerando contrária ao direito da União (e ao direito constitucional) a regulamentação instituindo um monopólio de apostas desportivas no Land da Renânia do Norte-Vestefália, não anulou a regulamentação em causa e prolongou a sua vigência para o futuro (Millet 2010, pp. 1746-1750).

⁸¹⁸ Vieira de Andrade 2013, p. 298.

⁸¹⁹ Pereira da Silva 2013, p. 397; Cadilha 2013, pp. 331-333; Freitas & Brás 2018, p. 845.

⁸²⁰ Loheac, processos apensos 54 a 60/76, 31.03.1977, ¶19; Biovelac, processo 59/83, 06.12.1984, ¶28; Bayerische HNL, processos apensos 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, 25.05.1978. Considerando que a referência à anormalidade do dano é contrária ao direito da União, Mesquita 2009, p. 61; Mesquita 2013, pp. 511-527; Oliveira 2010 (disponível online); Freitas & Brás 2018, p. 845.

⁸²¹ Otero 2018.

FMI.⁸²² Além disso, o impacto financeiro da compensação não é irrelevante no quadro das formas de reparação de um facto ilícito previstas no PARIE, como veremos infra (Cap. 7).

Ao risco financeiro da invalidade da lei prejudicial acresce, para o Estado, o risco financeiro da responsabilidade. Não somos indiferentes ao argumento. A multiplicação dos “espartilhos” jurídicos internacionais e supranacionais, muitas vezes sem que o Estado tenha capacidade de antecipar a efetivação jurisdicional desses constrangimentos, pode paralisar a atuação legislativa estadual, tornando-a excessivamente prudente. Junte-se a isto coligações governamentais politicamente fragmentadas, constituídas por partidos políticos com programas económicos significativamente distintos, e estão criadas condições para *governos de gestão permanente*.

2.2. Liberdade de fins do legislador

Outro dos argumentos mobilizados contra a responsabilidade por leis inconstitucionais é a liberdade da função político-legislativa,⁸²³ que é quem, nos termos da Constituição, tem competência para demarcar licitude e ilicitude. A função legislativa não se reconduz a uma atividade meramente executiva ou hermenêutica da Constituição. O legislador dispõe, com efeito, de uma margem de conformação que é, essencialmente, baseada em opções políticas.⁸²⁴

A primeira objeção a este argumento é a de que, no Estado constitucional, nenhuma fonte normativa pode arrogar-se livre nos fins,⁸²⁵ sendo essa a consequência inevitável do princípio da constitucionalidade e da integração do Estado em espaços jurídicos globais.⁸²⁶ Depois, o que está em causa na responsabilidade é o dever de reparação de danos causado por leis “ilícitas”, isto é, de leis que *ultrapassam* o nível de tolerância que, dependendo do tipo de disposição normativa, o princípio da separação

⁸²² Como dá conta Sykes 2015, p. 309, citando o Special Rapporteur Roberto Ago, «a State cannot, for example, be expected to close its schools and universities and its courts, to disband its police force, and to neglect its public services to such an extent as to expose its community to chaos and anarchy merely to provide the money wherewith to meet its moneylender, foreign or national». Cf., contudo, infra Cap. 7, a jurisprudência arbitral sobre a crise da Argentina.

⁸²³ Decisão da Corte di Cassazione mencionada supra na nota n.º 798.

⁸²⁴ Pereira da Silva 2003, p. 29.

⁸²⁵ Platania 2008, p. 5131.

⁸²⁶ Pinon 2016, p. 938.

de poderes impõe à jurisdição constitucional na efetivação do princípio da constitucionalidade da atividade legislativa.⁸²⁷

Ora, não estando em causa normas retroativas nem restritivas de direitos, liberdades e garantias, a aplicação do princípio da proteção da confiança pressupõe um nível de tolerância elevado por parte do juiz das leis. *O normal é a que a lei mude*. Pode haver divergências sobre qual deve ser esse nível no controlo de uma atividade (investimento) que já não depende – apenas – de parâmetros normativos internos. Pode haver divergências sobre se esse nível de tolerância, seja ele qual for, foi ultrapassado por uma determinada disposição legislativa. Mas estas são considerações que não devem afetar a existência da responsabilidade enquanto instituto, mas tão-só o preenchimento dos seus pressupostos.

3. Ilicitude e culpa no ato legislativo

Uma coisa é a ilegitimidade ou o desvalor do ato legislativo (elemento jurídico), outra é a ilicitude do comportamento ou da conduta do legislador (elemento material).⁸²⁸ É discutível o papel do requisito da culpa na efetivação da responsabilidade civil por ato legislativo. A remissão para o conceito civilístico ou antropomórfico de culpa obrigaria a tomar em consideração a atitude psicológica do legislador, mormente o facto de este ter agido com negligência ou com dolo, com a dificuldade acrescida de que essa imputação poderá ser referida a órgãos colegiais – Parlamento e Conselho de Ministros.⁸²⁹ Estes são constrangimentos comuns aos sistemas que fundam a responsabilidade do legislador na responsabilidade aquiliana, como, por ex., o instituto alemão da Amtshaftung.⁸³⁰

Seria preferível, então, uma culpa *ipso facto* ou culpa objetiva (*faute objective*), inspirada no direito administrativo francês, no sentido de que o desrespeito pela hierarquia das normas jurídicas geraria automaticamente a ilicitude do comportamento e a culpa do legislador.⁸³¹ O que se ambiciona, portanto, é uma noção de culpa desligada

⁸²⁷ Popelier 2015, p. 78.

⁸²⁸ Duarte 1993, p. 103.

⁸²⁹ Bifulco 1999, p. 159; Schubert & Cossalter 2019, p. 412.

⁸³⁰ Patrão 2008, p. 68.

⁸³¹ Alberton 1997, p. 1024 ss. (descrevendo a evolução do requisito da culpa no direito administrativo francês); Harlow 1976, pp. 516-541.

de qualquer apreciação moral ou juízo de valor sobre o comportamento do legislador:⁸³² «La seule constatation d'une violation de la Constitution est constitutive d'une faute». Esta construção teria a vantagem de estar alinhada com o direito internacional.⁸³³

A verdade, porém, é que a configuração binária entre culpa subjetiva e culpa objetiva não descreve rigorosamente o que se passa nem no direito da União nem do direito interno. Há limites à “automaticidade” entre ilegitimidade e culpa: nem todos os atos ilegítimos que causem danos aos particulares (ilícitos) «permitem um juízo ético-jurídico de censura».⁸³⁴

4. A responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da União

A responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da União foi imposta pelos princípios do primado, do efeito útil e da cooperação leal entre os Estados-membros e a União. Trata-se de um instituto que reforça a efetividade das respetivas normas e a tutela dos direitos dos particulares atribuídos pelo direito da União.⁸³⁵ Constitui um “corolário necessário” do efeito direto das disposições comunitárias, quando este exista;⁸³⁶ ou o «único meio de combater a inércia do Estado», quando as disposições de uma diretiva não gozem de efeito direto.⁸³⁷

De acordo com o acórdão *Brasserie du Pêcheur*, exige-se: (i) que a norma de direito da União violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; (ii) que a violação dessa norma seja suficientemente caracterizada; (iii) que exista um nexo de causalidade direto entre essa violação e o dano sofrido pelos particulares.⁸³⁸ O Tribunal de Justiça aproximou, assim, por razões de congruência estrutural, os requisitos que deveriam reger a responsabilidade extracontratual dos Estados-membros dos requisitos que regem a responsabilidade extracontratual das instituições da União.⁸³⁹

⁸³² Platania 2008, p. 5132-33. Segundo alguma doutrina francesa, a responsabilidade do Estado por leis que desrespeitem os compromissos internacionais assumidos pela França seria uma responsabilidade deste tipo. Sobre este ponto, com considerações também extensíveis à responsabilidade por leis inconstitucionais, se e quando esta for admitida, Alberton 2014, p. 2352; Oum Oum 2013, p. 633; Derepas 2007, p. 367.

⁸³³ Dubois 1996, p. 585. *Infra* Cap. 7.

⁸³⁴ Duarte 1994, p. 107; Thouvenin 2012, p. 870.

⁸³⁵ Machado 2015.

⁸³⁶ *Brasserie du Pêcheur* ¶22.

⁸³⁷ Duarte 1994, p. 67; Harlow 1996, p. 205.

⁸³⁸ *Brasserie du Pêcheur* ¶51.

⁸³⁹ AG Tesouro, *Conclusões sobre o processo Brasserie du Pêcheur*, apresentadas em 28.11.1995 ¶67. Sobre este último ponto, Cobreros Mendazona 2016, p. 323 (nota n.º 16).

4.1. Responsabilidade extracontratual da UE (modalidades)

4.1.1. Por ato ilícito

A responsabilidade extracontratual da União por ato ilícito pressupõe que a demandante prove a ilegalidade do comportamento, a realidade do prejuízo e o nexo de causalidade entre o comportamento ilegal e o prejuízo invocado. Tratando-se o ato ilícito de um ato normativo exige-se, como qualificação da ilicitude, uma violação suficientemente caracterizada de uma norma que atribua direitos aos particulares.⁸⁴⁰ Desapareceu a referência expressa a que a norma violada constitua uma “regra superior”.⁸⁴¹ Em todo o caso, tanto o direito fundamental de propriedade como o princípio da proteção da confiança constituem princípios gerais de direito da União, assumindo-se, portanto, como regras jurídicas de categoria superior, capazes de limitar o poder legislativo das instituições da União e o seu poder normativo, em geral.⁸⁴²

4.1.2. Por ato lícito

A posição atual do Tribunal de Justiça, manifestada no acórdão FIAMM, é a de rejeitar a responsabilidade extracontratual da União por ato lícito.⁸⁴³ O Tribunal de primeira instância (hoje, Tribunal Geral) ensaiou por diversas vezes uma responsabilidade deste tipo, direcionando-a para situações em que o carácter ilegal da atuação das instituições da União não está – *ou não pode ser* – demonstrado, e subordinando-a ao carácter *especial e anormal* do prejuízo sofrido.⁸⁴⁴

⁸⁴⁰ Eg. Agraz, processo C-243/05, 09.11.2006, ¶26; Artegodan, processo C-221/10 P, 19.04.2012, ¶80;

⁸⁴¹ Dubois, processo T-113/96, 29.01.1998, ¶59.

⁸⁴² Eg. Citymo, processo T-271/04, 08.05.2007; Mulder, processos apensos C-104/89 e C-37/90, de 19.05.1992; Sofrimport, processo C-152/88, 26.06.1990, ¶26; Chrysostomides ¶205. Na doutrina, Van Gerven 1994, p. 24.

⁸⁴³ FIAMM, processos apensos C-120/06 P e C-121/06 P, 09.09.2008. Estava em causa, naquele aresto, uma ação de responsabilidade de duas empresas pelos prejuízos causados por um direito aduaneiro imposto pelos Estados-Unidos, na sequência de as instituições da União terem ignorado a decisão do Órgão de Resolução de Litígios no sentido da incompatibilidade do regime comunitário de importação de bananas com os acordos OMC. Tratava-se, em todo o caso, de uma ilegalidade *insuscetível de ser demonstrada*, uma vez que os acordos OMC não gozam, segundo jurisprudência reiterada, de efeito direto, ou seja, não integram o rol de normas à luz das quais os órgãos jurisdicionais da União fiscalizam a legalidade das suas regras.

⁸⁴⁴ Beamglow, processo T-383/00, 14.12.2005, ¶174, Galileo, processo T-279/03, 10.05.2006, ¶147; Biovilac, processo 59/83, 06.12.1984, ¶28; FIAMM, processo T-69/00, 14.12.2005; e Accorinti, processo T-79/13, 07.10.2015, ¶117-123. O próprio Tribunal de Justiça não fechou por completo a porta à responsabilidade extracontratual por ato lícito, como evidencia o acórdão Dorsch Consult, processo C-237/98 P, 15.06.2000, ¶19. O facto de, em alguns acórdãos (referidos supra na nota n.º 820), o Tribunal de Justiça subordinar a responsabilidade ao carácter anormal do dano, em linha com o princípio da

No estado atual do direito da União, não é possível falar em responsabilidade por factos lícitos – diz o Tribunal de Justiça.⁸⁴⁵ Em causa estão os fundamentos em que se apoia a conceção restrita de responsabilidade da União por atos normativos: se, atento o risco de proliferação de pedidos de indemnização, a responsabilidade por factos *ilícitos* só existe em casos excepcionais de ilicitude qualificada, não é concebível, por maioria de razão, uma responsabilidade por factos lícitos.⁸⁴⁶

4.2. Pressupostos

4.2.1. Norma que confere direitos aos particulares

A violação do princípio da proteção da confiança, mesmo quando essa confiança se traduza em expectativas dignas de tutela e não em direitos subjetivos, reentra no conceito de ilicitude (subjetiva) para efeitos de responsabilidade. O mesmo é dizer que está em causa a violação de uma norma de direito da União que atribui direitos a favor dos particulares,⁸⁴⁷⁻⁸⁴⁸ ou, na formulação do legislador interno, a violação de um direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 15.1 do RRCEE).⁸⁴⁹

4.2.2. O conceito de violação suficientemente caracterizada

O Tribunal de Justiça não emprega a noção de culpa no apuramento da responsabilidade por atos normativos, seja das instituições da União, seja dos Estados-

igualdade perante os encargos públicos, não é demonstrativo, segundo Maria Luísa Duarte, da vontade de instituir um regime de responsabilidade por ato lícito. Na verdade, o que está em causa não é, para a Autora, a «licitude do comportamento, mas antes a ausência de culpa por parte do órgão e agente» (Duarte 1993, p. 104).

⁸⁴⁵ FIAMM ¶176, contrariando abertamente a posição expressa pelo Tribunal de primeira instância, nos acórdãos FIAMM, processo T-69/00, e Fedon, processo T-135/01, ambos de 14.12.2005.

⁸⁴⁶ O AG Maduro, nas Conclusões sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008, sustentou a incorporação de uma responsabilidade *independentemente de culpa*, que não se confundiria com uma responsabilidade por ato lícito (¶65). Sobre as críticas a este acórdão, Gautier-Melleray & Delile 2017, p. 166. Voltaremos ao acórdão infra, no Cap. 7.

⁸⁴⁷ Citymo ¶108; Artogodan ¶75 (este último por ocasião de uma ação de responsabilidade extracontratual para reparação do prejuízo causado por uma decisão da Comissão, que revogou uma autorização de introdução no mercado. O Tribunal de Justiça lembrou que as regras sobre repartição de competências entre instituições da União não atribuem direitos a particulares e que, como tal, a sua violação, *per se*, não é geradora da responsabilidade da União face aos operadores económicos); Chrysostomides ¶205.

⁸⁴⁸ Em especial, Duarte 1994, p. 72, que, com base no segundo requisito do acórdão Francovich, segundo o qual a determinação do conteúdo do direito atribuído aos particulares deve poder ser feita com base nas disposições de direito da UE, sublinha que não basta uma “mera expectativa jurídica”, pois «só merecem tutela os direitos ou interesses cujo conteúdo seja possível precisar à luz do texto e finalidade da diretiva».

⁸⁴⁹ Abertamente, Cadilha 2011, p. 329.

membros⁸⁵⁰. Contudo, ela não está ausente dos requisitos materiais da responsabilidade, permitindo qualificar a ilicitude como traduzindo uma “violação suficientemente caracterizada” da norma de direito da União.⁸⁵¹

i) Origens

As origens deste requisito são bem conhecidas.⁸⁵² No contexto da responsabilidade extracontratual da União, o Tribunal de Justiça abandonou um critério de distinção estribado no caráter administrativo/legislativo do ato ilícito, centrando-se ao invés na “margem de apreciação” de que uma instituição beneficia relativamente a atos normativos que impliquem opções de política económica (eg. no domínio da política agrícola comum). Só nessas hipóteses faria sentido condicionar a efetivação da responsabilidade a uma condição *suplementar de qualificação da ilicitude*. Nas demais, bastaria a infração (“simples”) de uma obrigação de direito da União. «É tomando em consideração o amplo poder de apreciação de que dispõem as instituições para a efetivação das políticas comunitárias que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à responsabilidade extracontratual da Comunidade foi elaborada», diz o Tribunal no acórdão *Brasserie du Pêcheur*.⁸⁵³

Atenta a necessidade de aproximar os dois regimes de responsabilidade, o Tribunal “recauchutou” o sentido do requisito, adaptando-o às especificidades da responsabilidade dos Estados-membros.⁸⁵⁴ Assim, o Tribunal de Justiça dá hoje como assente que tanto na responsabilidade das instituições da União, como na responsabilidade dos Estados-membros, a existência de uma violação suficientemente caracterizada depende da violação, manifesta e grave, *dos limites que se impõem ao*

⁸⁵⁰ Tissot 2001, p. 101.

⁸⁵¹ Gautier-Melleray & Delile 2017, p. 164 (sublinhando que o exame da existência de culpa é implícito); Tissot 2001, p. 101 (admitindo que a culpa sobressai a partir da ilegalidade).

⁸⁵² Sobre esta evolução, Tissot 2001, p. 103 ss.; Thouvenin 2010, p. 869; Marboe 2010, p. 399 ss. O Tribunal de Justiça começou por estabelecer uma distinção entre responsabilidade da União por ato administrativo e responsabilidade da União por ato legislativo, reservando a exigência de uma violação “grave” para as situações em que estivesse em causa a segunda, pela necessidade de manter o amplo poder de apreciação da União. Posteriormente, o Tribunal desviou-se desta configuração dúplice, passando a exigir transversalmente uma violação suficientemente caracterizada.

⁸⁵³ *Brasserie du Pêcheur* ¶44.

⁸⁵⁴ Essa necessidade havia sido apontada pelo AG Misho, nas Conclusões sobre o processo *Francovich*, apresentadas 28.05.1991, sob pena de, na ausência de harmonização (das condições), o Estado-membro poder incorrer em responsabilidade por violação do direito da União, sem haver, simultaneamente, responsabilidade extracontratual da União. Aquela harmonização exigia alguma adaptação. Com efeito, as condições desenvolvidas a propósito do artigo 340 TFUE poderiam ser excessivamente restritivas, uma vez que os Estados-membros, ao contrário das instituições da União, nem sempre beneficiam de amplos poderes de apreciação.

poder de apreciação daqueles órgãos.⁸⁵⁵ Dito de outro modo, hoje, a violação suficientemente caracterizada é um requisito transversal aos dois regimes de responsabilidade, independentemente do tipo de ato normativo lesivo.

Neste contexto, o desrespeito por obrigações vinculadas (eg. não transposição de uma diretiva) «*pode bastar* para provar a existência de violação suficientemente caracterizada». ⁸⁵⁶ Não há um nexó automático entre ambos,⁸⁵⁷ mas, como se percebe, quanto menor o poder de apreciação do legislador (nacional ou da União), maior o risco de uma violação com aquelas características. ⁸⁵⁸

O fundamento desta condição de qualificação da ilicitude é obviar ao fenómeno de subregulação ou *regulatory chill* para que alertámos supra. Dito de outro modo, o Tribunal deseja evitar que o risco de proliferação de ações de indemnização «entreve a capacidade da instituição em causa de exercer plenamente as suas competências no interesse geral». ⁸⁵⁹ Para o Tribunal de Justiça, vários elementos (objetivos e subjetivos) normalmente associados ao conceito de culpa são relevantes para determinar se uma violação do direito da União é suficientemente caracterizada. ⁸⁶⁰

Está excluído, pelo princípio da efetividade,⁸⁶¹ que a mobilização do elemento subjetivo na efetivação da responsabilidade por violação do direito da União possa ir além de uma violação suficientemente caracterizada. ⁸⁶² A ideia é, portanto, a de instituir uma certa “margem de tolerância” em face de uma violação do direito da União,⁸⁶³ variável em função de um feixe de critérios ou elementos relativos à ilicitude, ao dano e

⁸⁵⁵ Brasserie du Pêcheur ¶55.

⁸⁵⁶ Artegodañ ¶35.

⁸⁵⁷ Sison, processo T-341/07, 23.11.2011, ¶36.

⁸⁵⁸ Larsy, processo C-118/2000, 28.06.2001, ¶38.

⁸⁵⁹ Eg. acórdãos Artegodañ ¶34; Accorinti ¶69; Sotiropoulou, processo T-531/14, 03.05.2017, ¶79.

⁸⁶⁰ O escasso número de vezes em que o Tribunal de Justiça concluiu pela violação do princípio da proteção da confiança fora dos casos de retroatividade autêntica podem tornar “desculpável” um eventual erro sobre a ilicitude, se não das instituições da União, pelo menos dos Estados-membros quando implementem o direito da União.

⁸⁶¹ Os requisitos definidos no acórdão Brasserie du Pêcheur, já o dissemos, constituem o mínimo denominador comum em matéria de direito substantivo da responsabilidade. Entende-se que os requisitos estabelecidos pelas legislações nacionais em matéria de reparação dos prejuízos não podem ser menos favoráveis do que os aplicáveis a reclamações semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência); nem organizados de forma a, na prática, tornarem impossível ou excessivamente difícil a obtenção de reparação (princípio da efetividade). Cf. o acórdão Transportes Urbanos, C-118/08, 26.01.2010, a propósito da jurisprudência do Tribunal Supremo segundo a qual as ações de responsabilidade por leis que violem o direito da União estariam sujeitas a um requisito prévio de esgotamento dos recursos ordinários, não valendo idêntico requisito quando a ação tivesse por fundamento a violação da Constituição. Uma vez apurada a violação do princípio da equivalência, a solução encontrada pelo legislador espanhol foi a de homogeneizar os dois regimes pela bitola do mais exigente (artigo 32.3 e 4 da LSP), repondo a igualdade (Cobrerros Mendazona 2015, p. 21 ss.).

⁸⁶² Brasserie du Pêcheur ¶78-79.

⁸⁶³ Cobrerros-Mendazona 2016, p. 322; Van Gerven 1994, p. 27.

à culpa e que, quando articulados com as circunstâncias do caso concreto, permitem arrear uma situação de violação grave e manifesta dos limites impostos pelo direito da União ao exercício do poder legislativo.⁸⁶⁴⁻⁸⁶⁵

ii) Norma jurídica violada

A circunstância de a norma de direito da União violada ser o princípio da proteção da confiança não é indiferente. Veremos infra que, apesar de recorrentemente invocado, sobretudo em matéria de política económica, o princípio da proteção da confiança é um “produto de luxo”, pelo que não será fácil demonstrar a ilegalidade do comportamento reprovado à instituição. O princípio opera sobretudo em matéria de organização do mercado interno, onde as instituições da União (Conselho e Comissão) são chamadas a efetuar opções de política económica.

Nestas circunstâncias, não é certo que a declaração de invalidade de um ato normativo da União, por violação dos princípios da proteção da confiança ou da segurança jurídica, conduza ao apuramento de uma violação suficientemente caracterizada dos poderes conferidos às instituições em causa.

Foi isso que sucedeu no acórdão CNTA,⁸⁶⁶ onde o Tribunal de Justiça, tendo concluído que a supressão imediata, sem medidas transitórias, dos montantes compensatórios às exportações constituía uma violação do princípio da proteção da confiança, afirmou em jeito quase *automático* o dever de reparar os danos causados.

Não o fez nos acórdãos Bayerische HNL⁸⁶⁷ e Mulder,⁸⁶⁸ onde teve em atenção, para afastar a responsabilidade (não obstante a invalidade do regulamento), a extensão e

⁸⁶⁴ Sotiropoulou ¶78. Esses critérios são os que estão elencados no ¶56 do acórdão Brasserie du Pêcheur. Não esquecer, contudo, o que se diz no ¶57 sobre situações em que o Tribunal de Justiça considera haver, em todo o caso, “violação suficientemente caracterizada”.

⁸⁶⁵ Na doutrina, Amado Gomes 2007, p. 195, falando em «circunstâncias atenuantes» da responsabilidade.

⁸⁶⁶ CNTA, processo 74/74, 14.05.1975. Em sentido idêntico, Sofrimport ¶25-29. O ponto é sublinhado pelo AG Von Gerven, nas Conclusões sobre o processo Mulder, processos apensos C-104/89 e C-37/90, apresentadas em 28.01.1992.

⁸⁶⁷ Bayerische HNL, processos apensos 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, 25.05.1978, incidentes sobre pedidos de indemnização na sequência da declaração de invalidade de um regulamento sobre compra obrigatória de leite em pó, com fundamento em violação do princípio da proibição de discriminação. Na apreciação desses pedidos, o Tribunal de Justiça teve em atenção o facto de as medidas em causa «afetarem categorias amplas de agentes económicos», de onde resultou a atenuação dos seus efeitos a nível de cada uma das empresas; de o aumento de preços resultante da aplicação do regulamento ter sido «particularmente moderado»; e de o rendimento das explorações não ter superado «a magnitude dos riscos económicos inerentes às atividades do setores agrícolas interessados».

⁸⁶⁸ Mulder, processos apensos C-104/89 e C-37/90, 19.05.1992, proferido na sequência dos acórdãos Mulder, processo 120/86, 28.04.1988, e Von Deetzen, processo 170/86, 28.04.1988, que declararam a invalidade, por violação do princípio da proteção da confiança, do Regulamento 857/84, onde se previa a não atribuição de uma quantidade de referência aos produtores que houvessem suspenso a sua produção

anormalidade dos sacrifícios impostos aos operadores, o número de operadores afetados, a complexidade das situações a regular,⁸⁶⁹ o interesse superior da comunidade.⁸⁷⁰ No segundo daqueles arestos, o Tribunal considerou que, ao estabelecer uma quantidade de referência de 60% para os produtores de leite que reentrassem no mercado, depois de, num acórdão anterior, ter sido declarada a invalidade do regulamento que não atribuía a esses produtores qualquer possibilidade de retomarem a atividade, o legislador comunitário subscreveu uma dada «opção de política económica quanto ao modo como se deviam pôr em prática os princípios enunciados por esses acórdãos». *O facto de tal opção também violar o princípio da proteção da confiança não tornaria a ilegalidade manifesta.*⁸⁷¹

4.2.3. Nexos de causalidade

O princípio da proteção da confiança opera quase sempre como um entrave à integração positiva, *invalidando* normas de direito da UE ou de direito interno (que implementem o direito da UE) que buscam o *aprofundamento* do mercado interno.⁸⁷² É possível, neste contexto, que se levantem problemas de imputação do ato ilícito (ilícito por violar aquele princípio ou o direito de propriedade), ou seja, que as instituições da União sejam chamadas a assumir responsabilidade por ato praticado pelos Estados-membros.⁸⁷³ Na verdade, para além dos danos causados por atos ilícitos emanados das suas instituições, a UE responde por danos causados por atos e comportamentos de uma

de leite ao abrigo do regime de prémios de não comercialização; e dos acórdãos Pastätter e Spagl, que declararam a invalidade, com idêntico fundamento, das alterações àquele regulamento promovidas em 1989, concretamente a introdução de uma quantidade de referência de 60% (acórdãos Spagl, processo C-189/79, 11.11.1990, e Josef Pastätter, processo C-217/89, 11.12.1992).

⁸⁶⁹ A complexidade das situações a regular é, aliás, um elemento tido em conta para afastar a violação suficientemente caracterizada do direito da União quando as instituições da União dispõem de margem de apreciação reduzida (Sison ¶38; Holcim, processo T-28/03, 21.04.2005, ¶101).

⁸⁷⁰ Van Gerven 1994, p. 26.

⁸⁷¹ Mulder, processo 120/86, 28.04.1988, ¶19-21.

⁸⁷² Não assim, eg. no acórdão Plantanol, processo C-201/08, 10.09.2009.

⁸⁷³ Gautier-Melleray & Delile 2017, pp. 158-161. O problema levantou-se a propósito da Décision n.º 2010-102, de 11.02.2011, do Conseil constitutionnel. Sobre a ligação entre a imputação do ato ilícito e o nexos de causalidade, cf. Chrysostomides ¶101, em que estava sob apreciação uma ação de responsabilidade extracontratual da União por atos “das suas instituições”, relacionadas com declarações do Eurogrupo e com o Memorando de entendimento, de 13.09.2013, concluído entre a República do Chipre e o MEE, que impôs medidas de saneamento às instituições de crédito. Entre essas medidas, contava-se a transferência da atividade de uma entidade bancária (Laiki) para uma entidade bancária já existente (Bank of Cyprus), no âmbito de uma medida de resolução, resultando daí prejuízos para os acionistas e titulares de depósitos não garantidos.

autoridade nacional que assegura a execução de uma regulamentação da União *sem qualquer margem de apreciação*.⁸⁷⁴⁻⁸⁷⁵

5. O regime português

As condições materiais mínimas de efetivação da responsabilidade dos Estados-membros constituem o direito *efetivamente* aplicável no caso português, onde o legislador não definiu um regime substantivo de responsabilidade por ofensa ao Direito da União (para nenhuma das funções do Estado).⁸⁷⁶ Isto não exclui, atento o disposto no n.º 1 do artigo 15, a aplicação do RCEEE à ação de responsabilidade por violação do direito da União nos aspetos em que não existir incompatibilidade entre ambos os regimes.⁸⁷⁷

Acrescente-se ainda que, de acordo com o princípio da equivalência, o legislador nacional tem de garantir que o regime material da responsabilidade – seja ele o regime fixado pelo Tribunal de Justiça, seja um regime nacional mais benigno – não é *menos favorável* que o regime vigente para pretensões análogas no direito nacional (eg. responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais).⁸⁷⁸

5.1. Os elementos do artigo 15.4 do RRCEE

O n.º 4 do artigo 15 dispõe que «a existência e a extensão da responsabilidade (...) são determinadas atendendo às circunstâncias concretas de cada caso», fornecendo de seguida um elenco não taxativo dos elementos que devem ser tomados em conta nessa determinação-graduação, em linha com o preceituado pelo Tribunal de Justiça. Estes elementos valem para todas as situações de responsabilidade do Estado pelo exercício da função legislativa contempladas no n.º 1 do artigo 15, inclusivamente, com

⁸⁷⁴ Neste sentido, os depositantes afetados pela resolução do Banco Laiki alegaram que a Comissão, o Eurogrupo e o Banco Central Europeu teriam sido “os verdadeiros autores do resgate”, ao “obrigarem” a República do Chipre a adotar medidas lesivas (leis e decretos). O Tribunal Geral, a propósito da Decisão 2013/236 do Conselho, de 25.04.2013, dirigida à República do Chipre, lembrou que essa decisão, por ser obrigatória, não permitia ao Chipre voltar atrás na conversão dos depósitos confiados ao Bank of Cyprus (cf. nota anterior). O comportamento lesivo deveria, portanto, ser imputado ao Conselho e não ao Chipre – Chrysostomides ¶186-191.

⁸⁷⁵ Machado 2018, p. 580.

⁸⁷⁶ Amado Gomes 2010, p. 191, que acusa o legislador de, não tendo “transplantado” os critérios do Tribunal de Justiça, nem renunciado, plenamente, a discipliná-los (atento o facto de o n.º 1 falar de atos praticados em desconformidade com o direito “comunitário”), ter criado um “quadro ilusório”, «gerador de confusão nos aplicadores do direito».

⁸⁷⁷ Vieira de Andrade 2013, pp. 296-297.

⁸⁷⁸ Machado 2015, p. 255. Cf. o que se disse supra na nota n.º 860.

as devidas adaptações, por violação do direito da União (desde que respeitados os requisitos mencionados supra).

A ilicitude adquire uma “coloração objetiva” (Vieira de Andrade), apreensível a partir da referência às circunstâncias do caso concreto.⁸⁷⁹ A falar-se de “culpa objetiva” será sempre com a ressalva de que não existe um automatismo entre a ilegitimidade do ato legislativo e a responsabilidade do Estado (ou demais entidades públicas), e que a efetivação desta última implica um juízo de censura externa sobre o comportamento do legislador,⁸⁸⁰ formulado a partir de elementos objetivos e de elementos subjetivos. Enquanto os elementos ou critérios objetivos têm que ver com o conteúdo do ato legislativo danoso (eg. tipo de norma violada, tipo de inconstitucionalidade,⁸⁸¹ intensidade e gravidade da violação),⁸⁸² os elementos subjetivos respeitam ao comportamento do legislador, isto é, àquilo que *é razoável pedir-lhe que faça ou que não faça* em função de critérios de prudência e razoabilidade.⁸⁸³

As idiossincrasias do poder legislativo não impedem que a doutrina se refira às categorias de dolo e de negligência, com exemplos próximos daqueles em que o Tribunal de Justiça considera haver, *em todo o caso*, violação suficientemente caracterizada,⁸⁸⁴ e alinhados com os sistemas jurídicos em que a responsabilidade por atos legislativos é uma responsabilidade *por culpa*.⁸⁸⁵ Haverá culpa do legislador, por ex., se o Parlamento aprovar uma lei sem atender às objeções de inconstitucionalidade formuladas em parecer da Comissão de Direitos, Liberdades e de Garantias ou em pareceres de peritos;⁸⁸⁶ ou se a situação se puder reconduzir a um “abuso de poder legislativo” ou a “má-fé do legislador”⁸⁸⁷ quando o Parlamento, por ex., aprove uma lei individual e concreta com o escopo de interferir na atividade governativa de um

⁸⁷⁹ Vieira de Andrade 2013, p. 292. Resumindo as várias posições sobre o papel da culpa, Freitas do Amaral & Medeiros 2000, p. 347-350.

⁸⁸⁰ Pasquinelli 2009, p. 181.

⁸⁸¹ Quando a norma constitucional violada for o princípio da proteção da confiança ou o direito de propriedade privada, haverá sempre inconstitucionalidade material. Pereira da Silva 2013 aponta que “porventura” a referência a este segundo elemento ou índice terá subjacente a convicção da menor gravidade das inconstitucionalidades orgânicas e formais face às inconstitucionalidades materiais. Em sentido idêntico, Caupers 2013, p. 329. Com interpretação distinta, Freitas & Brás 2018, pp. 842, 850.

⁸⁸² Supra acórdãos Mulder e Bayerische HNL.

⁸⁸³ Freitas do Amaral & Medeiros 2000, p. 349.

⁸⁸⁴ Brasserie du Pêcheur ¶57.

⁸⁸⁵ Miranda 2015, p. 470; Medeiros 1992, pp. 188-193; Pereira da Silva 2013, pp. 404-405.

⁸⁸⁶ Bifulco 1999, pp. 159-163.

⁸⁸⁷ Pasquinelli 2009, p. 188.

executivo minoritário,⁸⁸⁸ problema que, como é sabido, não está ausente da experiência portuguesa.⁸⁸⁹

As situações identificadas pela doutrina nacional e estrangeira são, na sua maioria, situações de *desrespeito institucional entre órgãos de soberania*. Nestas situações, não é possível excluir nem diminuir a extensão da responsabilidade do Estado-legislador. O comportamento do legislador é censurável porque a inconstitucionalidade é *evidente* ou *já era conhecida* (eg. violação de norma preceptiva jurídico-material ou jurídico-organizatória), ou porque o legislador pretende intencionalmente obstar ao exercício de competências por parte de outros órgãos, em termos que extravasam a interdependência entre os poderes.

5.1.1. Precisão e clareza da norma violada

O grau de clareza e precisão da norma violada é um elemento importante.⁸⁹⁰ Não se nos oferece dúvidas, por ex., que se o legislador cria um imposto retroativo em violação do disposto no n.º 3 do artigo 103 da CRP, deverá reparar os danos causados aos particulares e não eliminados pela declaração de inconstitucionalidade. Podemos interrogar-nos se será assim nas hipóteses de agravamento, durante o ano fiscal em curso, da tributação autónoma de certas despesas, ao tempo em que havia dúvidas sobre a recondução dessa hipótese ao conceito de retroatividade autêntica;⁸⁹¹ ou se as divergências na jurisprudência quanto ao tipo de norma jurídica (norma-princípio ou norma-preceito) contida naquele preceito constitucional obscureceram o seu conteúdo ou o tornaram impreciso.⁸⁹²

⁸⁸⁸ Platania 2008.

⁸⁸⁹ Supra Introdução. Se essa substituição funcional for ao ponto de implicar a prática de um ato administrativo sob a forma de lei (artigo 268.4 CRP), Freitas & Brás 2018 consideram que a questão deve ser configurada como de responsabilidade por ato da função administrativa. Pressupondo – acrescentaríamos nós – que a “lei” não é inconstitucional por violação do princípio da separação de poderes, embora, nesta hipótese, deva cogitar-se a ausência de ilicitude subjetiva.

⁸⁹⁰ Pereira da Silva 2013, p. 403 refere que nas hipóteses em que o Tribunal Constitucional confirme a inconstitucionalidade da norma na sequência de recurso de constitucionalidade interposto nos termos do n.º 2 do artigo 15 do RRCEE, não será possível ao tribunal de fundo excluir ou reduzir a extensão da responsabilidade com fundamento no carácter pouco claro ou pouco preciso da norma constitucional, «se, naquela decisão, os juízes do Palácio Rattón não revelaram qualquer dúvida ou incerteza». Parece-nos curto que uma decisão adotada em secção, por cinco juízes, mesmo que por unanimidade (como parece sugerir o Autor), demonstre indiscutivelmente a clareza da norma.

⁸⁹¹ Supra ponto I, Cap. 3.

⁸⁹² Será o princípio da proteção da confiança uma norma clara e precisa? Esta interrogação estende-se ao standard FET, na parte em que protege as legítimas expectativas do investidor (aqui para efeitos de responsabilidade do Estado por leis que violem um API). «As questões de princípio implicam respostas com um grau relativamente elevado de imprevisibilidade jurídica» (Almeida Ribeiro 2014, p. 89). Se,

5.1.2. Diligência do legislador

A *Cour de Cassation* belga emprega o critério do legislador prudente,⁸⁹³ que pressupõe a comparação de uma atuação legislativa concreta com a conduta de um legislador normalmente diligente e prudente.⁸⁹⁴ Popelier sugere que a “standardização” dessa prudência deve traduzir-se num dever material de fundamentação da decisão legislativa,⁸⁹⁵ isto é, numa demonstração de que foram tomados em consideração todos os interesses públicos e privados em presença, bem como os estudos científicos, dados estatísticos, pareceres de entidades privadas ou oficiais e precedentes jurisdicionais.

Um legislador prudente não pode ignorar que certas violações do princípio da proteção da confiança – e de instrumentos internacionais funcionalmente análogos – estão, hoje, *standardizadas*. Elas são consequência da partilha de espaços económicos comuns, do alargamento do direito de ação dos investidores e da “comodificação” dos regimes jurídicos de atração dos investimentos.

Um ponto importante é o de saber se o carácter “desculpável” da conduta do legislador, suscetível de excluir ou de atenuar a sua responsabilidade, pode provir, afinal, da necessidade ou conveniência de evitar a responsabilidade por violação de outros regimes jurídicos, isto é, de obrigações suficientemente densas e precisas decorrentes de compromissos internacionais ou supranacionais assumidos pelo Estado português. Seria o caso, *excepcional* bem entendido, de a responsabilidade por ato legislativo desconforme com a Constituição ou com o direito da União ser afastada pela necessidade de colocar o ordenamento nacional em linha com um API, mormente com uma sentença arbitral, evitando os custos financeiros sistémicos de novas decisões condenatórias na arbitragem.⁸⁹⁶

atento este contexto de dúvida, o legislador atua, a atividade legislativa que daí resulte – e sobre a qual venha a recair um juízo de inconstitucionalidade – pode dizer-se “ilícita” para efeitos de uma ação de responsabilidade? Estará a maior ou menor censura dependente da (maior ou menor) unanimidade que um eventual juízo de inconstitucionalidade venha a recolher? Por outras palavras, devem as situações de “four to five” de que fala Waldron 2013 (no caso português, de 7-6, ou de 4-3, no período de férias a que se reporta o n.º 6 do artigo 43 LTC) ser tidas em conta no apuramento da clareza da norma violada? E no apuramento da diligência do legislador? Sobre este ponto, considerando que o comportamento do legislador pode ser desculpável se ainda não tiver havido interpretação e aplicação por parte do Tribunal Constitucional, Freitas & Brás 2018, pp. 849-850.

⁸⁹³ Popelier 2015, p. 89.

⁸⁹⁴ Pasquinelli 2009, p. 181 (nota n.º 181). Em sentido muito crítico, Disant 2011, p. 1196.

⁸⁹⁵ Material no sentido de que o dever de fundamentação não é, no direito interno, condição de validade do ato legislativo.

⁸⁹⁶ O inverso já foi admitido no DIE, no acórdão *Electrabel v. Hungary*, ICSID Case no. ARB/07/19, Award, 25.11.2015 (infra Cap. 7).

5.2. Divergências dentro do nível “interno”

O mais provável é a violação do direito da UE consubstanciar, em simultâneo, uma violação do princípio da proteção da confiança enquanto *princípio constitucional*.⁸⁹⁷

Há que extrair, com efeito, as devidas consequências da remissão dinâmica do artigo 8.4 da CRP para os «termos definidos no direito da União» (lido conjugadamente com as cláusulas que enformam o compromisso europeu do Estado português)⁸⁹⁸ ao nível da fiscalização da constitucionalidade das normas. Referimo-nos às hipóteses em que a norma de direito da União goza de efeito direto.

O reenvio prejudicial, pedra angular da ordem constitucional da União, é o instrumento que garante a competência exclusiva do Tribunal de Justiça para declarar a invalidade do direito da União. O princípio do primado, por seu turno, assegura que aquele parâmetro de validade é o direito primário da União. Nisto consiste (em parte) o princípio da autonomia da ordem jurídica da União (infra Cap. 6).

Daqui resulta que: (i) os tribunais portugueses devem dar ao Tribunal de Justiça o poder de exercer aquela competência exclusiva, formulando pedidos de reenvio prejudicial (de validade) e abstendo-se de se “substituírem” àquele Tribunal no exercício dessa competência;⁸⁹⁹ (ii) uma interpretação que tenha em conta a *unidade da*

⁸⁹⁷ O artigo 8.4 CRP, introduzido pela revisão constitucional de 2004 (Lei Constitucional n.º 1/2004, de 24.07), opera uma “remissão dinâmica” para o direito da União no que respeita aos termos da sua aplicação na ordem interna portuguesa («nos termos definidos pelo Direito da União»). Essa remissão, no estado atual do direito da UE, comporta não só os princípios do primado e do efeito direto, mas todas as “qualidades” que permitem à União configurar-se como uma ordem jurídica autónoma, dotada de um quadro constitucional próprio. O princípio do primado (todo o direito da União goza de primazia de aplicação sobre todo o direito interno, inclusive sobre o direito constitucional), desde cedo objeto de relativização por parte dos tribunais constitucionais dos Estados-membros (através da doutrina dos “contralimites”), merece igualmente alguma complacência da parte do Tribunal de Justiça. Este admite, desde o acórdão Omega, processo C-36/02, 14.10.2004, que os princípios fundamentais de um Estado-membro podem fundamentar restrições às liberdades do mercado interno. Além disso, admite uma “growing conversation” (Bonelli 2018, p. 358) dentro da União, preferindo referir-se às tradições constitucionais comuns aos Estados-membros na proteção dos direitos fundamentais (acórdão M.A.S, processo C-42/17, 05.12.2017, ¶53) e não tanto à preservação da identidade constitucional – no fundo, a dimensão política da Constituição. Sobre este ponto, entre outros, Piçarra & Freitas do Amaral 2009, pp. 47-48; Bonelli 2018, pp. 357-373; Rauegger 2018, pp. 1521-1548; Faggiani 2018, pp. 639-676; Stone 2016, pp. 127-165.

⁸⁹⁸ Referimo-nos aos n.ºs 5 e 6 do artigo 7 CRP. Sobre este compromisso, Amaral 2010, p. 406 ss. Não esquecer, na doutrina nacional, a posição de Blanco de Moraes 2010, p. 242 ss., para quem o artigo 8.4 é “redundante” face ao disposto no n.º 3 do mesmo preceito constitucional, porquanto a remissão para «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições» não abrange a jurisprudência do TJUE.

⁸⁹⁹ Se não nos termos dos artigos 267 e 344 do TFUE, pelo menos de acordo com o princípio da cooperação leal (artigo 4.3 TUE) entre os Estados-membros e a União. A colocação da questão de validade (do direito da União) tem, nestas circunstâncias, o mérito de alertar o Tribunal de Justiça de que,

Constituição deve excluir *prima facie* a competência do Tribunal Constitucional para fiscalizar (independentemente do tipo de processo), à luz do parâmetro constitucional, normas de direito da União.⁹⁰⁰ (iii) esta competência só reemerge na medida em que se cogite a aplicação da regra de conflito inscrita na parte final do artigo 8.4 CRP. Só aí recupera o Tribunal o seu poder-dever (“competência-limite”) de desaplicar a norma de direito da União contrária aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.⁹⁰¹

Ora, conhecem-se na doutrina as posições que qualificam este *conflito* – entenda-se, a hipótese de um conflito entre uma norma de direito da União e os “princípios fundamentais do Estado de direito democrático” – como meramente “académico” ou “virtual”,⁹⁰² apostando que *não haverá atos contrários àqueles princípios que não sejam também atos contrários ao direito primário da União*. Para isso contribui a CDFUE, o respeito pelas identidades constitucionais, a afirmação de tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e as relações de coordenação em que se baseiam algumas teorias de pluralismo constitucional.⁹⁰³

Neste sentido, a efetivação de uma situação de conflito que permita a mobilização da regra do artigo 8.4 carece da demonstração de um desrespeito *sistémico*

mais tarde, poderá vir a ser confrontado com um sentido do direito da União oposto a um princípio “supremo” da ordem constitucional de um Estado-membro, como aconteceu no acórdão M.A.S (sem que aí o aviso do primeiro reenvio prejudicial, que originou o acórdão Taricco, processo C-105/14, 08.07.2015, lhe tenha servido de muito). Veja-se, neste sentido, o acórdão Kotnik, processo C-526/14, 19.07.2016, em especial ¶29, a propósito de reenvio prejudicial num processo em que estava a ser escrutinada a constitucionalidade de disposições da Lei do setor bancário esloveno, que previam medidas extraordinárias destinadas à recuperação do setor bancário, entre elas a repartição dos encargos das medidas – *in casu*, um auxílio de Estado (recapitalização) – pelos acionistas e credores subordinados (titulares de dívida subordinada). Os bancos intervencionados alegaram que essas disposições, através das quais o legislador esloveno implementara uma Comunicação da Comissão sobre o setor bancário, violavam a constituição eslovena e o próprio direito primário e derivado da União, inclusivamente o princípio da proteção da confiança e o direito de propriedade consagrado no artigo 17 CDFUE. O Tribunal Constitucional da Eslovénia considerou-se competente para apreciar a primeira questão (constitucionalidade das medidas), mas não a segunda (compatibilidade com o direito da União).

⁹⁰⁰ Miranda 2010, p. 444, sem prejuízo do que o Autor avança relativamente à segunda condição a que a Constituição sujeita aquela remissão dinâmica, o chamado limite da competência; Chantal Ribeiro 2001, p. 961; Blanco de Moraes 2010, p. 251; V. Moreira 2015, p. 890 (o artigo 8.4 CRP tornou o direito da União “imune” ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, com exceção dos princípios fundamentais do Estado de Direito. Esta é, segundo o Autor, *a única exceção ao primado*, ou seja, o Tribunal de Justiça tem competência para determinar se a União é competente); Machado 2018, p. 81 [o Autor critica as teses do pluralismo constitucional, assumindo que «a Constituição e os Tratados reservam ao TJUE, que não ao Tribunal Constitucional, uma palavra decisiva sobre a interpretação dos direitos fundamentais, dos princípios conformadores e das competências da UE e das instituições (...)].

⁹⁰¹ Pereira Coutinho 2013, p. 244.

⁹⁰² Patrão & Canotilho 2019, p. 24; Amaral 2010, p. 425; Gorjão-Henriques 2012, p. 371; Mota de Campos, Mota de Campos & Pereira 2014, p. 414.

⁹⁰³ Sobre a fórmula “tradições constitucionais comuns aos Estados-membros”, Cassese 2017, pp. 939-947; Graziadei & Caria 2017, pp. 949-971; Ponthoreau 2018, pp. 563-568.

do direito da União por aqueles princípios – ou, entenda-se, da demonstração que a proteção oferecida pelo direito da União àqueles princípios *não é equivalente* à oferecida pelo direito constitucional português.⁹⁰⁴

A esta luz, o juízo de inconstitucionalidade é, de facto, *inconcebível*. Um princípio é, por inerência, compatível com diversos níveis de realização. Tendo em conta a elevada abstração do princípio (constitucional) da proteção da confiança, enquanto concretização dos princípios da segurança jurídica e do Estado de direito, não será fácil conceber uma situação de violação do princípio constitucional a partir do momento em que fique esclarecida a validade do direito da União.⁹⁰⁵

O nível de proteção da confiança assegurado no plano nacional, numa matéria que releve para o direito da União, deve compatibilizar-se com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, em especial com o interesse da aplicação uniforme do direito da União (artigos 7.6 e 8.4 da Constituição). Primado e interpretação conforme estendem-se a todo o direito interno, inclusivamente ao direito constitucional, devendo os artigos 2 (Estado de Direito – proteção da confiança) e 62 (propriedade privada) ser interpretados de modo a garantir a efetividade do direito da União ou com um sentido *conforme ao direito da União*.

Admita-se, por cautela, que é projetável uma situação em que uma norma (válida) de direito da União que goze de efeito direto (eg. regulamento da União ou uma diretiva não transposta) viola o princípio (constitucional) da proteção da confiança. Segundo a interpretação do artigo 8.4 da CRP delineada supra, dessa violação não resulta – *automaticamente* – uma situação de desrespeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático. A violação pontual do princípio (constitucional) da confiança – fruto, provavelmente, de uma diferente ponderação das legítimas expectativas do investidor – não tem “robustez” bastante para consubstanciar um desrespeito por aqueles princípios.

⁹⁰⁴ Do ponto de vista processual, ao nível da fiscalização concreta, Patrão & Canotilho 2019, p. 26 avançam duas soluções: a aceitação normal do recurso de constitucionalidade, que remeteria a questão da desconformidade da norma de direito da União com os princípios fundamentais exclusivamente para o plano do mérito do recurso, não afetando a jurisdição do Tribunal; a aceitação excecional do recurso, que trata aquele desrespeito como um aspeto que condiciona a jurisdição do Tribunal Constitucional (uma vez admitido o recurso). Neste sentido, atento o «tendencial paralelismo jusconstitucional na tutela de valores fundamentais» (alinhamento entre os dois sistemas de tutela), o tratamento da questão de constitucionalidade pressupõe que da análise da ordem jurídica da União globalmente compreendida resulte, para aqueles princípios fundamentais, *um nível de tutela insuficiente*.

⁹⁰⁵ V. Moreira 2015, p. 888.

Neste sentido, é preciso determinar o que é que pode abalar a *proteção equivalente*. Se a maior ou menor frequência de casos em que, a propósito de uma mesma norma, aquele desrespeito se concretize; se a maior ou menor frequência de normas em que aquela incompatibilidade se verifique; se o caráter adjetivo ou substantivo das normas violadas. Recorde-se que podem surgir vários processos de fiscalização da constitucionalidade ou várias ações de responsabilidade civil *a propósito de uma mesma norma*.

Existe, finalmente, a possibilidade de uma norma de direito da União (ou uma decisão da Comissão) implicar violação, pelo Estado português, de uma obrigação de direito internacional convencional.⁹⁰⁶ É o que sucede se, no contexto de API intra-União,⁹⁰⁷ os tribunais portugueses forem chamados a pôr de parte uma sentença ICSID por incompatibilidade com o direito da União. Estarão em causa, nesta hipótese, duas *obrigações de sentido oposto e de densidade e precisão elevadas*, isto é, insuscetíveis de cumprimento simultâneo – aquilo que, no plano internacional, se apresenta como um *conflito normativo em sentido estrito*. O que se pergunta é se a recusa de reconhecimento ou de execução da sentença arbitral – admitindo que é esse o resultado *exigido* pelo direito da União⁹⁰⁸ – constitui uma violação dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, *maxime* do princípio do processo equitativo, especialmente naquelas situações em que a União Europeia interveio no processo arbitral, submetendo observações escritas a título de *amicus curiae*.⁹⁰⁹ Como dissemos na Parte I,

IV. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 3

As interferências no direito de propriedade podem assumir recorte diverso. Parece certo, na sistematização da jurisprudência, que existem restrições ao direito de propriedade não reconduzíveis ao conceito de expropriação (amplo ou estrito), e que os deveres jurídico-públicos de indemnizar em nome do princípio da igualdade perante os

⁹⁰⁶ Situação configurada por Miranda 2010, p. 429 como de conflito entre obrigações internacionais.

⁹⁰⁷ Como se verá no Cap. 6, os API dos Estados-membros com países terceiros mantêm-se em vigor, seja de uma perspetiva de direito internacional público (em homenagem ao princípio do *pacta sunt servanda*), seja de uma perspetiva de direito da União, embora com condições (Regulamento n.º 1219/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12.12.2012, que tem de ser compreendido à luz do disposto no artigo 351 TFUE e da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de circulação de capitais).

⁹⁰⁸ Cf. infra Cap. 6 o reenvio prejudicial realizado pelos tribunais belgas.

⁹⁰⁹ Ou pode suceder que a obrigação convencional ou o princípio fundamental tenham “equivalente” no plano do direito internacional geral ou comum, o que seria ainda mais problemático, porquanto algum deste direito internacional constituirá *ius cogens*, impondo-se à própria Constituição e à UE.

encargos públicos nem sempre serão coincidentes com “justa indemnização” mencionada no n.º 2 do artigo 62. Portanto, não sofre contestação, nas palavras de Rui Medeiros, «que a garantia que se extrai do n.º 2 do artigo 62.º não está confinada aos sacrifícios» operados através de expropriações ou requisições por utilidade pública (em sentido clássico ou jurídico-administrativo).⁹¹⁰

A interpretação constitucional do artigo 62 não é, contudo, prático-normativamente irrelevante, sobretudo num contexto global. Uma interpretação que reduza o âmbito material do *regime indemnizatório* do artigo 62.2 às expropriações em sentido estrito, sujeitando outros sacrifícios de direitos patrimoniais efetuados diretamente por via legislativa a pressupostos e critérios indemnizatórios distintos dos daquele preceito constitucional pode conduzir a um dever jurídico-público de indemnizar distinto do da fórmula Hull (também conhecida por “formula do tratado”) constante dos API. *Naturalmente, o raciocínio só vale na pressuposição de que, no DIE, alguns daqueles sacrifícios seriam qualificados como expropriações regulatórias, o que está por demonstrar* (infra Cap. 5).

A chamada de atenção não vale, em moldes idênticos, para o direito da União nem para o artigo 1-P1. O artigo 1-P1 – *que não rejeita que a indemnização possa ficar abaixo do valor de mercado do bem* – exige a aplicação dos princípios gerais de direito internacional às situações de expropriação que envolvam estrangeiros. Todavia, as interferências reconduzíveis à segunda regra (privação da propriedade privada) são raras – *leia-se, ainda mais raras do que no DIE* – e, mesmo que abundassem, não é absolutamente certo que os princípios gerais de direito internacional impliquem uma indemnização plenamente alinhada com a fórmula Hull constante da grande maioria dos API.⁹¹¹

O périplo pelos regimes de responsabilidade civil da UE e pelo regime português de responsabilidade civil do Estado por ato da função legislativa – todos eles por facto ilícito – procurou demonstrar uma asserção, não desconhecida na doutrina nacional e estrangeira – de que os institutos da responsabilidade subjetiva, se bem que

⁹¹⁰ Medeiros 2017, p. 916 (anotação ao artigo 62).

⁹¹¹ O problema não se colocou previamente porque as nacionalizações levadas a cabo após o 25 de abril não abrangeram empresas estrangeiras, tendo estas continuado a operar entre nós mesmo nos setores vedados à iniciativa privada. Não é aconselhável que o Estado tente fazer o mesmo nos tempos atuais, desde logo atenta a complexidade da estrutura societária e a amplitude da definição de investidor e de investimento (supra Cap. 1). Considerando que o costume internacional coincide com a fórmula Hull, Quadros 1998.

proporcionando ao lesado *a reparação integral dos danos sofridos*, estão sujeitos a pressupostos de preenchimento bastante exigentes.⁹¹²

⁹¹² Medeiros 2017, p. 914 (anotação ao artigo 62); Van Harten 2007, pp. 101 ss.

CAPÍTULO 4 – O NÍVEL REGIONAL

I. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO DIREITO DA UNIÃO

1. Enquadramento

O princípio da proteção da confiança é um princípio geral de direito da União, ou seja, um princípio fundamental suscetível de invalidar as medidas das instituições da União e dos Estados-membros quando atuam no âmbito de aplicação do direito da União.⁹¹³ Integra, assim, o acervo de aquisições de direito público europeu, impondo-se ou substituindo-se, naquilo que são os domínios cobertos por aquele direito, aos entendimentos nacionais sobre os standards de controlo dos poderes públicos.⁹¹⁴

Ora, consoante o contexto em que intervenham, estes princípios podem operar como “facilitadores” ou “limitadores” da integração europeia. A União é, com efeito, uma comunidade política funcionalmente incompleta, cujo principal motor, não obstante o aprofundamento político e social trazido pelo Tratado de Lisboa (“uma união cada vez mais próxima”), continua a ser a integração económica e o estabelecimento do mercado interno.

É preciso integrar o princípio da proteção da confiança neste horizonte funcional. Ao contrário do que sucede com outros princípios gerais de direito da UE, a proteção da confiança é um princípio que opera *quase* exclusivamente como um entrave à integração positiva, invalidando medidas das instituições da União ou nacionais que buscam o aprofundamento do mercado interno nos domínios da Política agrícola comum, dos montantes compensatórios monetários ou de adesão e do direito da concorrência, fundamentalmente.⁹¹⁵

⁹¹³ Sobre os princípios gerais de direito da União, Lang 1989, p. 227; Lang 2000, p. 163; Akehurst 1981, p. 29; Emiliou 1996, pp. 115-170; Van Meerbeeck 2016, p. 275; Tesauo 2012, pp. 108-115.

⁹¹⁴ Calmes 2001, p. 140; Emiliou 1996, pp. 127-128.

⁹¹⁵ O princípio também desempenha um papel importante no modo como são implementadas certas reformas nacionais de entrave às liberdades do mercado (eg. legislação nacional que confina a exploração e a prática de certos jogos de fortuna e azar aos casinos, tratada eg. no acórdão *Berlington Hungary* ¶83-88). É a esta luz que há que interpretar a afirmação da Comissão segundo a qual princípio da proteção da confiança desempenha um papel “secundário”, entrando em cena quando as liberdades do mercado interno não logrem garantir a proteção dos interesses dos operadores (Comissão Europeia 2018, p. 15).

Por essa razão, a metódica de aplicação do princípio exprime um desiderato de não paralisação da ação das instituições da União, e assenta, no que concerne a retroatividade autêntica, numa «normalização da exceção», e no que toca à retroatividade inautêntica, numa «normalização da descontinuidade».⁹¹⁶ Além disso, o princípio em causa desempenha um papel “secundário”, entrando em cena quando as liberdades do mercado interno não protejam a situação do operador económico.⁹¹⁷

É precisamente esta metódica de aplicação que cumpre esmiuçar criticamente, não sem antes recordar os elementos de conexão, no direito da União, entre o princípio da proteção da confiança e o princípio da segurança jurídica e entre estes princípios e outras figuras próximas, como a não retroatividade e a proteção dos direitos adquiridos.⁹¹⁸

2. Segurança jurídica

2.1. Direitos adquiridos

Para além das suas exigências em matéria de clareza, precisão e objetividade das normas jurídicas – de que aqui não cabe tratar, por extravasarem o objeto do presente estudo – o princípio da segurança jurídica assume, no que respeita à questão do âmbito temporal de aplicação das normas jurídicas, um sentido hermenêutico, por um lado, e um sentido normativo-prescritivo, por outro.⁹¹⁹

O primeiro determina que «as normas de direito substantivo da União devem, em princípio, ser interpretadas no sentido de que apenas se aplicam a situações adquiridas anteriormente à sua entrada em vigor se resultar claramente dos seus termos, finalidades ou sistemática que esse efeito lhes deverá ser atribuído».⁹²⁰⁻⁹²¹ Avultam

⁹¹⁶ Gigante 2008, p. 45; Valembos 2005, pp. 240-250 (sobre o funcionamento desse método).

⁹¹⁷ Comissão Europeia 2018, p. 15.

⁹¹⁸ Supra Cap. 3.

⁹¹⁹ Sobre aquelas exigências, no TJUE, Fedesa, processo C-331/88, 13.11.1990, ¶8, Sudholz, processo C-17/01, 29.04.2004, ¶34, Europäisch-Iranische Handelsbank AG, processo C-585/13 P, 05.03.2015, ¶93, Racke, processo 98/78, 25.01.1979, ¶20, ASM Brescia, processo C-347/06, 17.07.2008, ¶69, Traum EOOD, processo C-492/13, 09.10.2014, ¶28, Duff, processo C-63/93, 15.02.1996, ¶20, Plantanol, processo C-201/08, 10.09.2009, ¶46, Opel Austria, processo T-115/94, 22.01.1997, ¶124; e Accorinti, processo T-79/13, 07.10.2015, ¶83.

⁹²⁰ Bureau National Interprofessionnel du Cognac, processos apensos C-4/10 & C-27/10, 14.07.2011, ¶26, Toshiba Corporation, processo C-17/10, 14.02.2012, ¶51, Moravia Gas Storage, processo C-596/13 P, 26.03.2015, ¶33, Freistaat Sachsen, processo C-334/07, 11.12.2008, ¶44, Kuso, processo C-614/11, 12.09.2013, ¶24, Pilar Angé Serrano, processo C-496/08 P, 04.03.2010, ¶84, Duisburg, processo 234/83, 29.01.1985, ¶20, Jorgen Andersen, processo C-303/13 P, 06.10.2015, ¶50, e Salumi, processos apensos 212 a 217/80, 12.11.1981, ¶9.

neste considerando dois conceitos comuns em direito intertemporal: normas de direito substantivo e situações adquiridas. Interessa-nos sobretudo o segundo, por forma a antecipar o relevo normativo que uma situação adquirida é capaz de ostentar *para lá* do espectro hermenêutico.

Para o Tribunal de Justiça, as situações adquiridas anteriormente à entrada em vigor da lei nova originam, para o respetivo titular, direitos adquiridos.⁹²² A categoria tem relevo fora da retroatividade autêntica, levando pressupostas disposições normativas que, mesmo não pretendendo entrar em vigor em momento anterior à data da sua publicação,⁹²³ afetam situações nascidas e definitivamente realizadas sob a égide da lei anterior.⁹²⁴

O que deva entender-se por direitos adquiridos ficou esclarecido em decisões sobre alterações ao estatuto dos funcionários públicos da União e sobre a supressão do direito de renunciar à isenção de IVA após o fornecimento de bens e serviços.⁹²⁵ Neste sentido, «um direito é considerado adquirido quando o seu facto gerador se produziu antes da alteração legislativa».⁹²⁶ A extensão do que é adquirido a partir do momento em que se verifica o facto gerador do direito depende do tipo de situação jurídica em causa – estatutária ou contratual – e da margem de conformação de que o legislador da União usufrui em tais matérias.

2.2. Não retroatividade das normas jurídicas

⁹²¹ Pensamos que a tradução portuguesa deste considerado não é a mais feliz. Melhor seria se se optasse pela seguinte tradução: as normas de direito substantivo devem ser interpretadas no sentido de que, em princípio, não se aplicam a situações adquiridas anteriormente à sua entrada em vigor, a menos que resulte claramente dos seus termos, finalidade ou sistemática que esse efeito lhes deve ser atribuído.

⁹²² Centeno Mediavilla, processo C-443/07, 22.12.2008, ¶62.

⁹²³ Nas situações de retroatividade autêntica, a questão não será analisada sob a perspetiva do princípio da proteção dos direitos adquiridos, como demonstrou o acórdão Stichting “Goed Wonen”, processo C-376/02, 26.04.2005, ¶27-28.

⁹²⁴ Centeno Mediavilla, processo T-58/05, 11.07.2007, ¶49.

⁹²⁵ Schoßstrasse, processo C-396/98, 08.06.2000, ¶30-31. Comparar com as Conclusões do AG Colomer sobre o processo Schoßstrasse, apresentadas em 16.12.1999. Também os acórdãos Inzo, processo C-110/94, 29.02.1996, ¶21-24, e Enel Maritsa Iztok, processo C-107/10, 12.05.2011, ¶39-40.

⁹²⁶ No caso Centeno Mediavilla, ao apreciar a validade de alterações aos estatutos que modificavam as categorias de funcionários, o Tribunal Geral – e depois, em recurso, também o Tribunal de Justiça – afirmou que os funcionários recrutados antes da data de entrada em vigor dessas alterações, mas ainda não nomeados, não podiam invocar qualquer direito adquirido a que lhes fosse atribuída a classificação/categoria indicada nos anúncios do concurso. Os interessados selecionados através do concurso beneficiavam tão-só de uma “expectativa” de nomeação, expectativa essa que «exclui, necessariamente, a existência de qualquer direito adquirido», não podendo a classificação num determinado grau ser considerada adquirida «enquanto o candidato não tiver sido objeto de uma decisão de nomeação nos termos devidos» (¶53, 106). Também os acórdãos Pilar Angé Serrano ¶80-85; e Angé Serrano, processo T-47/05, 18.09.2008, ¶107-108.

Num considerando de utilização muitíssimo frequente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça enuncia da seguinte forma o sentido normativo do princípio da segurança jurídica: «embora, regra geral, o princípio da segurança jurídica se oponha a que o alcance temporal de um ato comunitário tenha o seu início em data anterior à da publicação desse ato, pode assim não ser, a título excecional, quando uma finalidade de interesse geral assim o exige e a confiança legítima dos interessados seja devidamente respeitada».⁹²⁷ *O considerando transcrito vale exclusivamente para as situações de retroatividade autêntica ou estrita.*⁹²⁸

2.2.1. Retroatividade autêntica e inautêntica

Mesmo que não abrace de forma explícita a distinção entre retroatividade autêntica ou própria⁹²⁹ e retroatividade inautêntica ou imprópria, não subsistem dúvidas de que o Tribunal de Justiça assume essa distinção e de que a leva pressuposta no tratamento dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

A retroatividade autêntica ou imprópria tem em mente normas cuja aplicação temporal se inicia explicitamente num momento anterior ao da sua publicação, algo que acontece com alguma frequência no direito da União. As situações em que uma norma da UE, cuja vigência se inicia em data posterior à da sua publicação, toca em situações adquiridas anteriormente será tratada no quadro do princípio da proteção dos direitos adquiridos. Por isso, a presunção de invalidade das normas retroativas, cuja elisão está dependente da verificação das condições cumulativas vertidas naquele considerando, abrange tão-somente as normas cujos efeitos pretendam produzir-se em momento anterior ao da publicação.⁹³⁰

A retroatividade inautêntica ou imprópria é entendida como a «a aplicação de uma nova regulamentação aos efeitos futuros de uma situação criada no domínio da

⁹²⁷ Sudholz ¶33, Mitsui & Co. Deutschland GmbH, processo C-256/07, 19.03.2009, ¶32, Meiko-Konservati, processo 224/82, 14.07.1983, ¶12, Società agricola fattoria alimentare, processo C-337/88, 09.01.1990, ¶13, Fedesa ¶45, Diversinte e Iberlacta, processos apensos C-260/91 e C-261/91, 01.04.1993, ¶9, Staple Dairy Products, processo 84/81, 19.05.1982, ¶12, Willy Gerekens, processo C-459/02, 15.07.2004, ¶23, 20, Amylum, processo 108/81, 30.09.1982, ¶4, Salumi ¶10, Crispoltoni, processo C-368/89, 11.07.1991, ¶17, Roquette Frères, processo 110/81, 30.09.1982, ¶5, Patrick Barraux, processo T-177/95, 11.12.1996, ¶45.

⁹²⁸ Supra Cap. 2.

⁹²⁹ Ou retroatividade pura, como se pode ler no acórdão Niemann, processo C-14/01, 06.03.2003, ¶25.

⁹³⁰ Cf., contudo, Crispoltoni ¶16, em que, apesar da inexistência de retroatividade própria, o Tribunal reconheceu que a norma sob escrutínio, por surgir num momento em que os agricultores já tinham feito as suas opções de produção para o ano em curso, tinha eficácia retroativa.

regulamentação anterior, mas ainda não concluída».931 É a validade por princípio de normas com estas características que o Tribunal de Justiça dá por assente quando, noutro considerando frequente, afirma que «o princípio da proteção da confiança legítima não pode ser alargado ao ponto de impedir, de forma genérica, a aplicação de uma nova regra aos efeitos futuros de situações nascidas na vigência na regra anterior».932

2.3. Proteção da confiança

No direito da União, a relação entre estes dois conceitos pode ser sintetizada do seguinte jeito: o princípio da proteção da confiança decorre do princípio da segurança jurídica (i), mas este último, no domínio da retroatividade autêntica, pode ter um relevo autónomo relativamente àquele (ii).

(i) A primeira proposição é relativamente fácil de provar.933-934 A preocupação com a confiança dos agentes económicos advém da circunstância de a segurança jurídica, mesmo não estando associada a um imperativo de continuidade ou de ausência absoluta de alteração legislativa, estar indissociavelmente conectada com uma exigência de *previsibilidade* dos efeitos das normas jurídicas, sobretudo quando estejam em causa regulamentações suscetíveis de implicar encargos financeiros para os indivíduos ou para as empresas. Sucede que a avaliação do que é previsível (e do que é imprevisível) pode reclamar uma análise contextual e casuística,935 obrigando a ter em conta a situação

931 Conclusões da AG Stix-Hackl sobre o processo Di Lenardo, processos apensos C-37/02 e C-38/02, apresentadas em 20.01.2004, ¶81.

932 Jorgen Andersen ¶49, Vasiliki Balazs, processos C-401/13 a C-432/13, 22.01.2015, ¶30, Dürbeck, processo 112/80, 05.05.1981, ¶30, O'Dwyer, processos apensos T-466/93, T-469/93, T-474/93 e T-477/93, 13.07.1995, ¶48, Campo Ebro, processo T-472/93, 1995, ¶52, A2A SpA, processo C-89/14, 03.09.2015, ¶37, Tomadini, processo 84/78, 16.05.1979, ¶21, Enel Maritsa Istok ¶39.

933 Plessix 2016, p. 800, Eveillard 2016, p. 753; na jurisprudência, Conclusões da AG Stix-Hackl sobre o processo Di Lenardo, apresentadas em 20.01.2004 ¶87-88, Plantanol ¶46, Traum EOOD, processo C-492/13, 09.10.2014, ¶28.

934 Eg. Agricola Tabacchi Bonavicina, processo C-402/98, 06.07.2000, ¶37.

935 SM Brescia, T-301/02, 11.06.2009, ¶71. Sob apreciação estavam atos de transposição, pelo legislador italiano, da Diretiva 2003/55/CE, do Parlamento e do Conselho, de 26.06.2003, que estabelecia regras comuns para o mercado interno do gás natural, na parte em que deles resultava o protelamento de contratos de concessão de distribuição de gás natural, adjudicados sem concurso público até ao fim de 2009. O Tribunal de Justiça, depois de recordar que «o princípio da segurança jurídica exige, designadamente, que as regras de direito sejam claras, precisas e previsíveis» (¶69), afirmou peremptoriamente que «sem que seja necessário examinar a questão do princípio da proteção da confiança legítima, o princípio da segurança jurídica não só permite, como, além disso, impõe que a rescisão dessa concessão seja acompanhada de um período de transição que permita aos co-contratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis tanto do ponto de vista das exigências do serviço público, como do ponto de vista económico» (¶71).

específica de cada operador económico e a teleologia dos instrumentos visados à luz dos fins de primeiro grau do direito da UE.

O princípio da proteção da confiança legítima limita-se, nessa medida, a definir as condições cuja verificação evidencia a *imprevisibilidade* de uma alteração normativa, acarretando, nesse cenário, um *estreitamento da margem de conformação* das instituições europeias quanto ao modo de implementação da modificação almejada.⁹³⁶

(ii) O princípio da segurança jurídica assume, quando traduzido num imperativo de não retroatividade (autêntica), um relevo *potencialmente autónomo*, no sentido de que se mostra capaz de invalidar normas jurídicas independentemente de qualquer afetação desfavorável de posições subjetivas. Isso mesmo coonestou o Tribunal de Justiça no acórdão Duisburg ao lembrar que «le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce qu'un règlement soit appliqué rétroactivement, *cela indépendamment des effets favorables ou défavorables qu'une telle application pourrait avoir pour l'intéressé* (...)».⁹³⁷

O considerando relativo à não retroatividade tampouco infirma esta conclusão. Com efeito, dele extrai-se uma presunção de invalidade de normas jurídicas autenticamente retroativas⁹³⁸, cuja elisão está dependente do preenchimento cumulativo de dois requisitos: (i) a indispensabilidade da eficácia retroativa para a consecução do interesse geral comunitário; (ii) a não afetação da confiança legítima dos interessados.

Tem, pois, inteira razão a doutrina quando, ao dissecar este considerando, avança que o princípio da segurança jurídica serve para definir a regra (da não retroatividade da lei) ao passo que a proteção da confiança permite a determinação das exceções.⁹³⁹ Ou quando sustenta que a proteção da confiança garante uma realização da segurança jurídica compatível com os valores inerentes ao direito da União.⁹⁴⁰ Atenta, porém, a circunstância de os requisitos serem de verificação simultânea, não está afastada uma situação de invalidação de uma norma desgarrada de qualquer indagação sobre a deterioração de uma posição subjetiva.⁹⁴¹

3. Confiança legítima e normas retroativas: a normalização da exceção?

⁹³⁶ Ferrari 2016, p. 862; Pfersmann 2000, 237.

⁹³⁷ Duisburg ¶20 – o itálico é nosso. Na doutrina, Naômé 1993, p. 235.

⁹³⁸ Craig 1996, p. 305.

⁹³⁹ Bastianon 2012, p. 86. No mesmo sentido, Gigante 2008, p. 37, e Emiliou 1996, p. 144.

⁹⁴⁰ Calmes 2001, p. 183.

⁹⁴¹ Aliás, foi precisamente isso que sucedeu nos acórdãos Crispoltoni ¶20-21; e Diversinte e Iberlacta ¶12-14.

Vejam, então, as duas condições de validade. Reservaremos maior labor analítico à segunda condição, sobretudo no sentido de perceber se os elementos tidos em conta pelo Tribunal de Justiça nesta sede coincidem com aqueles que presidirão à aplicação do princípio fora do domínio da retroatividade autêntica.

3.1. A primeira condição: necessidade da retroatividade

Apesar de relativamente escassos, os casos em que o TJUE concluiu pela desnecessidade da aplicação retroativa da medida podem ser reconduzidos a dois grupos.

O primeiro grupo prende-se com situações em que a instituição comunitária competente (para emitir a norma retroativa) não cumpre adequada ou suficientemente o dever de fundamentação. Paradigmático, a este propósito, são os acórdãos *Diversinte e Iberlacta*, a propósito de um regulamento da Comissão que instituía, com efeito retroativo, um imposto sobre o leite em pó desnatado e desnaturado proveniente de Espanha. Ora, o Tribunal de Justiça considerou, em face dos considerandos que abriam o regulamento, que este não explicava a retroação, e que o segmento que invocava a necessidade de evitar o «desenvolvimento de movimentos especulativos», embora permitindo compreender a imediata entrada em vigor do regulamento, não esclarecia por que deveria o imposto atingir os operadores que tivessem exportado leite não desnatado no mês anterior à adoção do regulamento.⁹⁴²

O segundo grupo de casos abrange as situações em que o TJUE sanciona a irracionalidade ou a incoerência da fundamentação aduzida pelas instituições europeias. O que está em causa neste segundo grupo não é a existência de medidas menos intrusivas e manifestamente equivalentes às adotadas. Por outras palavras, o TJUE não ensaia, nestas hipóteses, um mais ou menos deferente *less restrictive means test*. O que se processa é, na verdade, um controlo da razoabilidade da retroatividade como meio

⁹⁴² *Diversinte e Iberlacta* ¶¶11-13. Em sentido próximo, *Sudholz* ¶36, em que estava em causa uma decisão do Conselho que autorizava a Alemanha a aplicar retroativamente medidas derogatórias da Sexta Diretiva do IVA, tendo em vista limitar o direito à dedução do IVA a 50% do conjunto das despesas relativas a veículos que não eram utilizados exclusivamente para fins profissionais. Analisando a primeira condição de validade, o Tribunal de Justiça referiu que «quanto ao objetivo da Decisão 2000/186, não decorre de qualquer dos fundamentos desta que fosse necessário prever que a autorização tivesse um efeito retroativo».

para a consecução dos objetivos subjacentes à política europeia enunciados nos diplomas objeto de escrutínio.⁹⁴³

Mais abundantes são os arestos em que o Tribunal deu por verificada aquela primeira condição de validade. Esmiuçando a jurisprudência, é possível destacar uma bolsa de fundamentos atestados pelo Tribunal como capazes de sustentar a necessidade da retroatividade. Dessa “bolsa” consta o princípio da igualdade (i), a evitação de situações de especulação (ii), e a operatividade de certos instrumentos estabilizadores do funcionamento do mercado interno (iii).

(i) Por diversas vezes, o TJUE admitiu que a garantia de um tratamento igual para operadores económicos em situação objetivamente idêntica pode justificar a aplicação retroativa de uma norma comunitária. É sobretudo assim quando, na sequência de anulação, por razões formais ou procedimentais, de uma regulamentação incidente sobre certos produtos agrícolas, as instituições europeias adotam uma outra, fazendo retroagir os efeitos desta à data da primeira com o fito de obstar a um tratamento privilegiado desses produtos relativamente a outros, substitutos ou sucedâneos.⁹⁴⁴

(ii) Embora também ostente capacidade para enfraquecer a legitimidade das expectativas do operador económico fora do quadro da retroatividade autêntica, o interesse no combate à especulação é indubitavelmente uma finalidade capaz de justificar uma medida (autenticamente) retroativa.⁹⁴⁵ A retroatividade serve, nesta ocasião, para negar ao especulador «o tempo de especulação legalmente protegido» que um princípio rígido de não retroatividade certamente lhe asseguraria.⁹⁴⁶

⁹⁴³ Crispoltoni ¶18-20. O Tribunal de Justiça foi chamado a apreciar a validade de um regulamento do Conselho que reduzia os preços de intervenção e os prémios concedidos aos compradores de tabaco em folha para a colheita de 1998, e que fora adotado em julho de 1998, ou seja, num momento em que as decisões sobre as quantidades de tabaco a produzir já haviam sido adotadas. Não podia, pois, o regulamento prosseguir a finalidade a que a abertamente se propunha - «limitar qualquer aumento da produção de tabaco».

⁹⁴⁴ Amylum ¶8; Roquette Frères ¶6-8. É conveniente sublinhar que a igualdade e a proibição de discriminação entre operadores podem também ser mobilizadas para afastar a necessidade de retroatividade. Sobre este ponto, Meiko ¶15.

⁹⁴⁵ Craig 1996, p. 306; Calmes 2001, p. 377. Na jurisprudência, Stichting “Goed Wonen”.

⁹⁴⁶ A formulação é de Hermitte 1984, p. 459. Atente-se, para o efeito, no acórdão Società agricola fattoria alimentare ¶15-16. Estava sob apreciação um regulamento da Comissão que dispunha, com efeitos retroativos, que para os bens agrícolas exportados da Grécia antes da data de adesão desta às Comunidades, em 1 de janeiro de 1981, e importados para a Comunidade depois desta data, não valia a abolição dos direitos aduaneiros prevista num regulamento anterior, visto que as autoridades gregas já teriam pago, sobre esses bens, reembolsos à exportação. O Tribunal de Justiça aceitou a argumentação da Comissão no sentido de que, para evitar os movimentos especulativos que teriam começado a ocorrer na importação de produtos agrícolas gregos para a Comunidade, era necessário tomar medidas para obstar a que esses produtos beneficiassem de uma dupla vantagem, entenda-se, da abolição dos direitos aduaneiros e do pagamento de reembolsos à exportação.

(iii) Finalmente, o Tribunal de Justiça aceita a retroatividade da norma comunitária quando esta se mostre necessária para assegurar a operatividade de instrumentos que, como os montantes compensatórios monetários ou a imposição suplementar sobre o leite, são essenciais ao correto funcionamento do mercado interno e à estabilidade dos preços de certos produtos agrícolas.

Assim, o que deve ser tido por excepcional neste contexto não é a retroatividade, mas antes a não operatividade plena dos mecanismos que dão corpo ao sistema europeu de garantia de preços. Como o Tribunal de Justiça sustentou no acórdão *Willy Gerekens* – a propósito, precisamente, de uma regulamentação nacional de 1987 que aplicava retroativamente às campanhas leiteiras anteriores à desse ano a imposição suplementar sobre o leite, fixando novas quantidades de referência para esse período – «não se pode abrir uma exceção à obrigação de pôr em prática regulamentos que instauraram o regime de imposição sobre o leite, pois estes são obrigatórios em todos os seus elementos desde a sua entrada em vigor».⁹⁴⁷

A verificação da necessidade da retroatividade para a prossecução de um interesse público não se traduz, verdadeiramente, num teste de necessidade na aceção técnica ou estrita do termo, mas antes num controlo de conveniência fundamentada, que apresenta algumas especificidades no quadro da dogmática da proporcionalidade. De facto, o Tribunal de Justiça, no silêncio, insuficiência ou contradição das explicações fornecidas pelas instituições da UE, não parte em busca dos interesses públicos que podem fundar a medida retroativa, algo que, ainda que comum no âmbito do direito administrativo (onde a falta, ininteligibilidade ou insuficiência da fundamentação gera anulabilidade do ato), é relativamente infrequente quando o controlo incide sobre normas jurídicas legislativas.

Este desvio é tanto mais assinalável quanto se faz notar quer nas medidas que alavancam o funcionamento do mercado comum (*Diversinte* e *Iberlacta*), como nas medidas derogatórias da harmonização positiva (*Sudholz*). A «administrativização do direito constitucional», ao transformar o dever de fundamentação em requisito formal de validade da norma jurídica retroativa e não apenas em elemento a ter em conta no exercício ponderativo, alivia o Tribunal de Justiça de um ónus relativamente comum aos tribunais que controlam o legislador. Essa tarefa passa por ver para lá das motivações

⁹⁴⁷ *Willy Gerekens* ¶26; também *Racke e Staple Dairy Products* ¶14.

psicológicas aparentes ou expressas do legislador, na tentativa de apurar se alguns interesses se perfilam como “candidatos” a justificar a interferência.⁹⁴⁸

3.2. Segunda condição: o respeito pela confiança legítima dos operadores económicos

A importância da distinção entre confiança legítima numa situação de retroatividade e confiança legítima numa situação de mera aplicação imediata da lei nova reside no facto de alguns dos conceitos mobilizados na apreciação da segunda – tais como os de “esperanças fundadas”, “garantias precisas” ou “operador prudente e avisado” – só muito raramente serem mobilizados na primeira.⁹⁴⁹

Esta diferença, que não é fortuita nem casual, reflete, na verdade, a diferente posição de partida do operador económico. Fora da retroatividade própria, em face da inexistência de um princípio de estabilidade do ordenamento jurídico da União e do poder-dever de apreciação de que as instituições europeias dispõem para ir acondicionando os regimes jurídicos à situação económica, o ponto inicial é o de que qualquer alteração normativa, ainda que substancialmente desvantajosa, *é previsível*. Logo, só excepcionalmente pode haver lugar à formação de uma confiança legítima potencialmente digna de proteção.

Já a retroatividade própria, enquanto anomalia que pode ser mais ou menos frequente num determinado ordenamento jurídico, dispensa o operador económico de provar algo que *a priori* já dispõe: uma expectativa genérica de não retroação do direito, reforçada por um interesse público na estabilidade da ordem jurídica. Daqui não decorre, porém, que toda a retroatividade seja *per se* imprevisível, mas apenas que a previsibilidade terá de ser demonstrada caso a caso, atentos os fundamentos da normação retroativa, a extensão temporal da retroação e a informação veiculada pelas instituições da União.⁹⁵⁰

⁹⁴⁸ Sobre o tema, Möller 2012, p. 712 (o Autor explica que, ao aquilatar da constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental, compete ao julgador indagar se existem interesses candidatos à justificação da interferência); Cohen-Elyá & Porat 2011, p. 467, e Popelier & Van de Heyning 2013, p. 232.

⁹⁴⁹ A exceção é o acórdão Willy Gerekens ¶28, onde, a propósito de uma norma retroativa, o Tribunal de Justiça convocou o considerando típico em matéria de normas retrospectivas.

⁹⁵⁰ Società agricola fattoria alimentare ¶17, Fedesa ¶47, e Staple Dairy Products ¶15-16. Na doutrina, Gigante 2008, p. 70; Craig 1996, pp. 304-312.

4. Confiança legítima e normas retrospectivas: a normalização da descontinuidade?

Quando, referindo-se ao ordenamento jurídico europeu, Galetta afirma que a descontinuidade e as contínuas alterações normativas são coessenciais ao funcionamento do mercado interno,⁹⁵¹ não está – bem entendido – a enfatizar um qualquer princípio de descontinuidade próprio do direito da União, por oposição a um princípio da continuidade ou de estabilidade existente na generalidade dos outros ordenamentos jurídicos. Que não existe um princípio geral de estabilidade do ordenamento jurídico é algo que resulta, tanto na União como nos respetivos Estados-membros, do facto de o legislador ser o órgão constitucionalmente habilitado para alterar as leis em vigor.⁹⁵²

Não há dúvida, porém, que a atividade de regulação do mercado (em sentido amplo) a que permanentemente se lançam as instituições da UE faz com que a descontinuidade seja *empiricamente* a regra, algo que não pode deixar de repercutir-se no modo como é aplicado o princípio da proteção da confiança fora das situações de retroatividade autêntica. A maior ou menor instabilidade de um determinado setor normativo influencia o grau de perturbação causado pela alteração normativa.⁹⁵³

Estes apontamentos são importantes para compreender os dois considerandos frequentes na jurisprudência europeia em matéria de proteção da confiança. Com efeito, o TJUE destaca repetidamente, por um lado, que os operadores económicos não podem confiar legitimamente na manutenção de uma situação existente «que pode ser alterada no âmbito do poder discricionário das instituições comunitárias»,⁹⁵⁴ e que, por outro, essa impossibilidade é ainda mais acentuada num domínio como o das organizações comuns de mercado, cujo objeto implica uma constante adaptação em função das variações da situação económica.⁹⁵⁵

⁹⁵¹ Galetta 2008, p. 1918.

⁹⁵² Pfersmann 2000, p. 237.

⁹⁵³ Fisch 1997, p. 1107; Sanz Rubiales 2000, p. 114 (densificando vários critérios de distinção entre a alteração normativa previsível e imprevisível).

⁹⁵⁴ Frico, processos apensos 424 e 425/85, 17.06.1987, ¶33; Dieckmann, processo T-155/99, 23.10.2001, ¶77, Plantanol ¶54, Cordis, processo T-18/99, 20.03.2001, ¶74, JK Otsa Talu OÜ, processo C-241/07, 04.06.2009, ¶51, Campo Ebro, processo T-472/93, 21.02.1995, ¶61; British Steel, processo T-243/94, 24.10.1997, ¶76; e Delacre, processo C-350/88, 14.02.1990, ¶33.

⁹⁵⁵ Frico ¶33, Delacre ¶33, Tomadini ¶22; Duff ¶20, Espanha v. Comissão, processo C-310/04, 07.09.2006, ¶81; Irish Farmers, processo C-22/94, 15.04.1997, ¶19. A assunção da previsibilidade da mudança para o operador económico vale preferencialmente no contexto da regulação do mercado interno. Quando é chamado a aplicar o princípio da proteção da confiança noutros segmentos normativos – como, concretamente, as pensões de reforma – a resiliência à mudança é significativamente mais

Destarte, quando na jurisprudência se lê que o princípio da proteção da confiança se estende a todo o particular em cuja esfera jurídica uma instituição comunitária fez nascer “esperanças” ou “expectativas” fundadas, a determinação do que haja de entender-se por tal conceito não pode, no contexto do mercado interno, desconectar-se da posição base de *previsibilidade da mudança*.

4.1. Esperanças fundadas

Condição necessária para o sucesso de uma pretensão baseada no princípio da proteção da confiança é, portanto, que uma instituição da União tenha feito nascer esperanças ou expectativas fundadas na esfera jurídica de um operador.⁹⁵⁶ Esta nota relacional clarifica que o que está em causa é o impacto da atividade da União nas representações e na subsequente atuação de um sujeito ou categoria de sujeitos, e não um qualquer exercício abstrato sobre a validade da atuação comunitária.

Depois, adjetivam-se as expectativas (potencialmente) merecedoras de tutela como “fundadas”, excluindo-se por aí prontamente que o juízo que haja de levar-se a cabo se converta numa avaliação de “estados de alma”.⁹⁵⁷ É entre estas balizas objetiva e subjetiva que o escrutínio do TJUE se desenrola.

Por outro lado, as expectativas dos operadores económicos devem ter origem em «garantias precisas» fornecidas pelas instituições da UE, em momento anterior à prática de atos administrativos ou de atos normativos.⁹⁵⁸ Sem prejuízo de haver uma correlação com o tipo de atividade, a precisão das garantias não tem que ver com a natureza individual/concreta ou geral/abstrata da base da confiança, mas sim com a capacidade para enfraquecer ou ilidir a presunção de previsibilidade que impende sobre as modificações operadas pelas instituições nos setores ligados ao mercado interno.⁹⁵⁹

elevada, facto que leva o TJUE a exigir, de forma reiterada, a fixação de medidas transitórias (eg. Vincent Grogan, processo 127/80, 11.03.1982, ¶29-33, e Comissão v. Hungria, processo C-286/12, 06.11.2012, ¶77).

⁹⁵⁶ Questiona-se: esperanças fundadas em quê? As expectativas referem-se à não alteração de um determinado regime jurídico em termos desvantajosos para o respetivo titular, mais especificamente, no caso do direito da União, à não alteração de um regime jurídico em termos desvantajosos sem previsão de um regime transitório por parte do legislador comunitário.

⁹⁵⁷ “Sonder les âmes”, na formulação de Calmes 2001, p. 380.

⁹⁵⁸ Alpharma, processo T-70/99, 11.09.2002, ¶374, Europäisch-Iranische Handelsbank AG ¶95, Kahla Thüringen Porzellan, processo C-537/08, 16.12.2010, ¶22, Mehibas Dordtselaan BV, processo T-290/97, 18.01.2000, ¶ 59, Dubois ¶68, AJD Tuna, processo C-221/09, 17.03.2011, ¶72, Petit Laurent, processo T-211/95, 05.02.1997, ¶72, Chomel, processo T-123/89, 27.03.1990, ¶26; e Grynberg, processo T-534/93, 14.07.1994, ¶51.

⁹⁵⁹ Calmes 2001, p. 356.

4.1.1. Os modos de geração de garantias precisas

Sensivelmente a partir dos últimos anos do século passado, o Tribunal densificou o conceito de garantias precisas, em termos válidos tanto para os casos de alteração normativa como para os de revogação/anulação de atos administrativos, no sentido de aquelas se traduzem em «informações precisas, incondicionais e concordantes, que emanem de fontes autorizadas e fiáveis», «qualquer que seja a forma como são comunicadas».⁹⁶⁰ Contudo, e centrando a atenção nas alterações normativas, não nos parece que esta seja a única modalidade de surgimento – se quisermos, a única “fonte” - de garantias precisas. Paralelamente às garantias (precisas) provenientes de *informações*, há ainda que admitir as garantias (precisas) decorrentes de uma *situação de indução pública*.⁹⁶¹

O fornecimento de garantias precisas é *condição necessária, mas insuficiente*, para o apuramento de uma situação de confiança legítima. Qualquer exercício tendente a evidenciar a imprevisibilidade de uma alteração normativa deverá ainda ser submetido ao crivo do «operador prudente e avisado», um teste que se mostra capaz de destruir expectativas alicerçadas em garantias precisas.

4.1.2. As garantias (precisas) provenientes de informações

i) Informações precisas, incondicionais e concordantes

Centrando-se o presente estudo na proteção das legítimas expectativas dos investidores em face de alterações normativas que os prejudiquem, a base da confiança que mais nos interessa consiste, pelo menos *mediatamente*, num determinado regime ou quadro normativo, composto por uma ou mais normas jurídicas dotadas de generalidade e abstração.

Porém, num cenário em que as instituições da UE dispõem de um amplo poder de apreciação na implementação das alterações necessárias ao correto funcionamento do mercado interno, o caráter preciso, incondicional e concordante das informações requer que aquelas instituições tenham *estreitado* aquele poder de apreciação por uma de duas

⁹⁶⁰ AJD Tuna ¶73, Innova Privat-Akademie, processo T-273/01, 19.03.2003, ¶26, Mellet, processos apensos T-66/96 e T-221/97, 21.07.1998, ¶107; Kahla Thüringen Porzellan ¶63, Rhys Morgan, processo F-26/13, 08.07.2014, ¶95; Alcoa, processo T-177/10, 16.10.2014, ¶60; e HGA srl, processos apensos C-630/11 a C-633/11 P, 13.06.2013, ¶132.

⁹⁶¹ Gigante 2008, p. 86.

vias: (i) o regime jurídico (base da confiança) *destaca* um conjunto de situações em termos *suficientemente caracterizados*; (ii) um ato posterior vem “completar” e “consolidar” o regime jurídico *ab initio* existente, de onde emerge uma base de confiança *complexa* de *aquisição progressiva*. Tanto numa hipótese como na outra, as informações precisas tornam *imprevisível* aquilo que, à partida, seria *previsível*: o exercício do poder de revisão de opções normativas previamente adotadas.

A diferente configuração das “informações precisas” é um dado presente na jurisprudência do TJUE. Atente-se, por ex., nos acórdãos Sofrimport e Plantanol.

No primeiro, estava sob apreciação um regulamento da Comissão que suspendia a emissão de certificados de importação de maçãs de mesa provenientes do Chile, não salvaguardando a situação das maçãs já em encaminhamento para a Comunidade. Porém, num regulamento anterior (base da confiança) sobre condições de aplicação das medidas de proteção no setor das frutas e produtos hortícolas, exigia-se expressamente que a Comissão, na adoção daquelas medidas, tomasse em conta a situação particular dos produtos em encaminhamento. Ora, sem quaisquer considerações adicionais, o Tribunal de Justiça concluiu que esta disposição tinha como efeito permitir a um importador cujos produtos se encontrassem em encaminhamento “invocar confiança legítima” no sentido de ser excluído das medidas de suspensão. *In casu*, portanto, o regime jurídico inicial continha, desde logo, elementos de “precisão” capazes de, *per se*, estreitar a margem de conformação do legislador comunitário.⁹⁶²

Diferentemente, no acórdão Plantanol, a propósito da supressão, em 2007, de benefícios fiscais à produção de biocombustíveis cuja duração fora inicialmente fixada até 2009, o Tribunal de Justiça sublinhou que um dos elementos a ter em conta deveria ser o facto de «alguns meses antes de suprimir o regime de isenção fiscal» o legislador

⁹⁶² Sofrimport ¶11-16. Como se lê no ¶11, «estes importadores, aqueles cujos produtos estão em curso para a Comunidade constituem, pois, um grupo restrito, suficientemente caracterizado em comparação com qualquer outro importador de maçãs chilenas». Tanto assim é que a garantia precisa que salvaguardava os produtos em fase de encaminhamento não protegeu aqueles importadores quando, em lugar da suspensão dos certificados de importação, as instituições comunitárias impuseram um direito de importação sobre essas maçãs (a este propósito, Unifruit Hellas, processo T-489/93, 15.12.1994, ¶62). Também no domínio dos montantes compensatórios é possível detetar situações de configuração idêntica à do acórdão Sofrimport. No acórdão CNTA, processo 74/74, 14.05.1975, ¶40-42, o operador económico afetado tinha lançado mão do mecanismo antecipado das restituições à exportação, o qual permite ao exportador, mediante o pagamento de uma caução, estabilizar o montante de restituição que lhe será pago aquando da realização da exportação. Concluiu o Tribunal de Justiça que a possibilidade legal de fixação antecipada constitui, quando utilizada pelo exportador, um forte indício – leia-se, uma informação precisa – quanto ao afastamento do risco de câmbio, tornando, por conseguinte, imprevisível a atuação das instituições comunitárias que reintroduzam um tal risco. Já onde essa possibilidade legal não exista, como na situação subjacente ao acórdão Merkur, processo 97/76, 08.06.1977, ¶9, não emerge, para o exportador, qualquer informação precisa de como não serão aplicados às exportações os montantes compensatórios vigentes à data em que concluiu os contratos de venda com os seus parceiros comerciais.

nacional ter confirmado, na lei relativa ao imposto sobre a energia, o ano de 2009 como a data de extinção do referido regime. Considerou-se, por conseguinte, que a lei que introduzira e fixara a duração inicial do regime de isenção fiscal só reforçada por outro ato posterior de análogo teor poderia constituir uma «informação precisa» quanto à conduta futura do legislador.

ii) Que emanem de fontes autorizadas e fiáveis

Revela-se necessário que as informações precisas provenham de fontes autorizadas e fiáveis,⁹⁶³ isto é, que emanem das instituições da UE, e dentro destas, dos órgãos com competência para aprovar ou alterar o regime jurídico em cuja manutenção se confia.

Com efeito, o TJUE já alertou por diversas vezes que uma prática, interpretação ou legislação nacional desconforme (ou tão-só distinta) com a regulamentação europeia, em matérias que reentrem no âmbito de aplicação do direito da UE, não constitui uma garantia precisa para efeitos de funcionamento do princípio da proteção da confiança. Por ex., o facto de a autoridade da concorrência de um Estado-membro, na interpretação e aplicação do direito interno da concorrência, ter determinado que um cartel deveria ser qualificado como um «cartel de pequena importância», não é apto a criar na esfera das empresas envolvidas uma representação fidedigna de que as práticas comerciais levadas a cabo seriam conformes ao direito da concorrência da UE.⁹⁶⁴

Depois, a atuação das instituições da UE só se mostra apta a alavancar expectativas fundadas nos operadores económicos quando provenha, dentro da União, dos órgãos com competência para tratar uma determinada matéria. Logo, se em matéria de política de auxílios de Estado, o Conselho Ecofin se pronuncia favoravelmente sobre a prorrogação, a título transitório, de alguns regimes fiscais prejudiciais, tal parecer não é de molde a estreitar o poder de apreciação da Comissão quanto ao modo como a supressão dos auxílios ilegais deverá ter lugar.⁹⁶⁵

iii) Qualquer que seja a forma como são comunicadas

⁹⁶³ A adjectivação das fontes como “fiáveis” não se dirige tanto às informações ou garantias prestadas pelas autoridades nacionais, mas antes ao facto de os operadores não poderem alicerçar as suas expectativas em pareceres ou opiniões emitidas por escritórios de advogados ou por outras entidades prestadores de aconselhamento legal (Schenker, processo C-681/11, 18.06.2013, ¶41).

⁹⁶⁴ Schenker ¶38-43.

⁹⁶⁵ Forum 187 ¶151. Também Maizena, processo 5/82, 15.12.1982, ¶22; Anafe, processo C-606/10, 14.06.2012, ¶80.

A organização do mercado interno assenta na divulgação de informação e na participação institucional dos agentes económicos. Só assim, aliás, é possível ao TJUE afirmar reiteradamente que os operadores «deveriam saber» ou «deveriam prever» as modificações e ajustamentos constantes ao funcionamento do mercado. Por essa razão, e sem prejuízo do que se dirá infra sobre o operador prudente e avisado, este último requisito alarga o leque de condutas comunitárias capazes de transportar garantias precisas. Estão excluídas as declarações de natureza *política*,⁹⁶⁶ mas incluídos os atos não juridicamente vinculativos, tais como orientações ou *guidelines*,⁹⁶⁷ práticas administrativas,⁹⁶⁸ cartas,⁹⁶⁹ comunicações ou códigos de conduta.⁹⁷⁰

4.1.3. As garantias (precisas) provenientes de uma situação de indução pública

O direito da União não é indiferente à especificidade da incitação e encorajamento públicos no contexto da aplicação do princípio da proteção da confiança. As situações que na jurisprudência do TJUE são qualificadas como de incitação pelos poderes públicos assentam na convicção de que o resultado visado com a conduta incentivada não seria alcançado (ou sê-lo-ia em menor medida) não fora o encorajamento ou incitação dos poderes públicos. É esta convicção, mais até que os eventuais investimentos irreversíveis realizados por conta do encorajamento que explica o tratamento diferenciado de que estes casos são objeto na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Noutros termos: um operador não pode ser prejudicado por ter feito exatamente aquilo que uma instituição o induziu a fazer. A incitação que receba a adesão desse operador é suficientemente precisa para nele gerar expectativas fundadas, dissolvendo as especiais cautelas que um operador prudente e avisado deveria revelar ao assumir um risco que excede o risco normalmente associado às atividades consideradas.

Esta dupla consequência – o preenchimento automático do requisito das garantias precisas acoplado à neutralização do standard do operador prudente e avisado – é perfeitamente identificável nos acórdãos em que o Tribunal de Justiça apurou a

⁹⁶⁶ Craig 2012, p. 567.

⁹⁶⁷ JCB Service, processo C-167/04 P, 21.09.2006, ¶207.

⁹⁶⁸ MCI, processo T-310/00, 28.09.2004, ¶112.

⁹⁶⁹ Embassy Limousines, processo T-203/96, 17.12.1998, ¶77.

⁹⁷⁰ Sobre este aspeto, Craig 2012, p. 567.

ocorrência de uma situação de indução ou incentivação pelas autoridades comunitárias.⁹⁷¹

Nos primeiros acórdãos sobre quotas leiteiras,⁹⁷² o Tribunal de Justiça sublinhou que, quando um operador tenha sido incitado por um ato da Comunidade a suspender a comercialização por um período limitado de tempo e no interesse geral, pode «legitimamente esperar não ficar sujeito, no fim do seu compromisso, a restrições que o afetam de forma específica precisamente devido ao facto de ter utilizado as possibilidades oferecidas pela regulamentação comunitária».⁹⁷³ Mais, ao contrário do que ajuizou em tantos outros acórdãos sobre a regulação económica do mercado interno, o Tribunal de Justiça não convocou o amplo poder de apreciação das instituições comunitárias para justificar a previsibilidade da exclusão de uma quantidade de referência em benefício de operadores prudentes e avisados.⁹⁷⁴

4.2. Conhecimento das garantias (precisas) e atividade da confiança

Verdadeiramente distintivo no princípio da proteção da confiança é a adjectivação dos prejuízos como “imprevisíveis”, algo que advém do facto de um operador prudente e avisado ter conduzido a sua estratégia comercial em função de garantias precisas fornecidas pelas instituições europeias.

⁹⁷¹ Calmes 2001, p. 420, a propósito – precisamente – dos acórdãos das quotas leiteiras, sublinha a dada altura que «dès que l'on peut parler d'une incitation (Veranlassung) publique, naît une situation de confiance renforcée». Sobre esta jurisprudência, Montanari 1999, pp. 786-796.

⁹⁷² Mulder, processo 120/86, 28.04.1988; e Von Deetzen, processo 170/86, 28.04.1988. Resumidamente, porque se trata de arestos de factualidade abundantemente citada, estava em causa a validade do Regulamento n.º 857/84 do Conselho, de 31.03.1984, na parte em que do mesmo resultava a não atribuição de uma quantidade de referência aos produtores que houvessem suspenso a sua produção de leite ao abrigo do regime de prémios de não comercialização instituído pelo Regulamento n.º 1078/77 do Conselho, de 17.03.1977. Não houve atribuição de uma quantidade de referência porque, segundo o Regulamento controvertido, aqueles produtores produziram leite durante o ano de referência, justamente um dos anos em que a produção estivera suspensa ao abrigo do programa comunitário.

⁹⁷³ Mulder, processo 120/86, 28.04.1988, ¶24.

⁹⁷⁴ Embassy Limousines ¶75-87. No acórdão Embassy Limousines, estava sob apreciação a decisão do Parlamento Europeu de não adjudicação de um contrato à demandante, na sequência de um procedimento concursal do qual resultara que o contrato lhe seria adjudicado, encorajando-a, portanto, a realizar as despesas necessárias à sua imediata execução. Constituindo esta uma situação de encorajamento que culminou numa decisão individual e concreta de não adjudicação, a previsão de medidas transitórias não era objetivamente concebível, o que significa que o único remédio à disposição do Tribunal Geral era a invalidação do ato e/ou a indemnização dos danos causados em sede de responsabilidade extracontratual da UE. O Tribunal, lembrando que operadores prudentes e avisados devem suportar os riscos económicos inerentes às suas atividades, concluiu que o critério não opera quando o Parlamento Europeu haja incitado o investidor a efetuar, antecipadamente, investimentos irreversíveis e, portanto, a exceder os riscos inerentes às atividades consideradas.

Neste sentido, o que torna o prejuízo *imprevisível* não é o facto de ter havido prolação de garantias precisas, *mas o nexa de causalidade entre essas garantias e as decisões estratégicas adotadas pelo operador*. Destarte, não haverá proteção da confiança se ficar demonstrado que o operador não tomou conhecimento daquelas garantias e que, portanto, não foi *por causa delas* que atuou em termos que se revelariam economicamente prejudiciais.⁹⁷⁵

4.3. O teste do operador prudente e avisado

Não há proteção da confiança quando um operador prudente e avisado esteja em condições de prever a adoção de uma medida suscetível de afetar os seus interesses. Trata-se de um considerando de utilização sistemática em casos envolvendo aquele princípio, e que tem a virtualidade de deslocar a análise, do sujeito que gera confiança, para o sujeito cuja confiança se pretende apurar.⁹⁷⁶ Permite, dessa forma, atestar a previsibilidade da medida – e, logo, a ilegitimidade da confiança – *mesmo* em situações em que a conduta das instituições europeias revele alguma ambiguidade ou incoerência. Daí que, sem prejuízo de uma certa miscigenação, o presente standard surja amiúde como um *último obstáculo* ao apuramento de uma situação de confiança legítima.

O teste do operador prudente e avisado é, na verdade, um standard normativo que, em função de vários critérios, enuncia o que deveria ser previsível para um concreto operador ou conjunto de operadores económicos.⁹⁷⁷ Esses critérios são (i) as características do setor económico e dos instrumentos de regulação económica

⁹⁷⁵ Dieckmann ¶79; Kampffmeyer v. Comissão, processos apensos 5/66 (e outros), 14.07.1967.

⁹⁷⁶ Alpharma ¶374, British Steel ¶77, AJD Tuna ¶73, Fórum 187 ¶147-148, Unifruit Hellas ¶51, Koninklijke Friesland Campina, processo C-519/07, 17.09.2009, ¶84, Plantanol ¶53; Embassy Limousines ¶74, Vereniging voor Energie, processo C-17/03, 07.06.2005, ¶74; Irish Farmers ¶25, e Campo Ebro ¶63.

⁹⁷⁷ Calmes 2001, p. 380, compara este standard com o conceito civilístico de bom pai de família, referindo que o que está em causa é a conceção virtual de um administrado de referência, cujo comportamento constituiria um padrão objetivo de conduta. Contudo, afigura-se-nos mais certa a proposta de Gigante 2008, p. 39, quando a Autora comenta que a previsibilidade aqui tomada em consideração «non è quindi riconoscibilità individuale, né è definitiva in via generale attraverso il richiamo al “citadino medio”, ma è invece calata nel particolare contesto in cui la modifica è destinata a produrre effetti, identificato in genere negli “ambienti professionali interessati”». Na verdade, há boas razões para falar de uma “personalização da diligência” (personalizzazione della diligenza), visto que a definição do comportamento de referência é feita no contexto das condições e meios do concreto operador demandante e não de um operador médio abstratamente concebido (Gigante 2008, p. 151, a propósito do acórdão British Steel ¶78; em sentido crítico, Raimbault 2010, p. 418). O esforço de individualização ou de particularização do “operador médio” é sentido noutros domínios do direito da UE, como, por ex., o standard do investidor privado razoável (market economy investor test) usado para aferir da compatibilidade dos auxílios de Estado com as regras do Tratado (Galletti 2015, pp. 1095-1110).

mobilizados, (ii) as informações disponibilizadas pelas instituições da União, e (iii) a legitimidade dos investimentos realizados.

4.3.1. As características do setor económico e dos instrumentos de regulação mobilizados

Nos setores ligados às organizações comuns do mercado (eg. política agrícola comum), uma alteração das circunstâncias de mercado (eg. variação das taxas de câmbio, aumento ou diminuição dos stocks de um produto) gerará uma quase automática reação por parte das autoridades europeias.⁹⁷⁸ Estas têm por atribuição assegurar a estabilidade dos preços e garantir o correto funcionamento desse mercado, dispondo, para tanto, de um amplo poder de apreciação. Por ex., se os *stocks* de manteiga se mantêm elevados, é previsível que tenham lugar operações de escoamento a preço reduzido, mesmo que a Comissão tenha alertado, no passado, que o recurso a este tipo de operações deveria ser feito com moderação. Em sentido inverso, se o que se verifica é uma diminuição acentuada dos stocks de manteiga, é expectável uma revisão em baixa das ajudas concedidas aos produtores com o fito de os compensar pelo escoamento da manteiga a preços reduzidos.⁹⁷⁹

A relevância deste critério não é uma idiosincrasia do direito da UE. A impossibilidade de expectativas legítimas medrarem em ambientes de forte instabilidade normativa é um princípio geral sublinhado e reforçado pela doutrina⁹⁸⁰ e pela jurisprudência.⁹⁸¹ O que há de singular naquela construção é a circunstância de, sendo a instabilidade acentuada, ser também majorado o *onus de prudência e de expertise* dos operadores económicos, enquanto contrapartida de uma liberdade de ação que se estende a todo o mercado interno.⁹⁸² Que a aplicação deste critério redunde num standard exigente é algo que resulta abertamente de situações em que a jurisprudência reconhece nos operadores económicos a capacidade de desconsiderar sinais ou indícios de continuidade insinuados pelas instituições da União. É como se a capacidade de

⁹⁷⁸ Sharpston 1991, p. 99.

⁹⁷⁹ Van den Bergh, processo 265/85, 11.03.1987, ¶45; Delacre ¶36.

⁹⁸⁰ Popelier 2000, p. 340.

⁹⁸¹ Di Lenardo ¶71; e Espanha v. Comissão ¶84.

⁹⁸² Calmes 2001, 385.

previsão dos operadores fosse superior à capacidade de antecipação demonstrada pelas instituições competentes.⁹⁸³

A antecipação das modificações normativas pressupõe ainda o domínio, pelo operador económico, da racionalidade subjacente aos instrumentos mobilizados na regulação económica do mercado, bem como da tendencial revisibilidade da legislação que a própria União qualifica como “temporária”.⁹⁸⁴ De nada vale aos fabricantes italianos de açúcar alegar que programaram os seus investimentos no setor em função da fixação – até aí constante – de um preço de intervenção, quando, como explicou o Tribunal de Justiça, «os preços em questão não visam guiar o comportamento económico dos operadores do mercado do açúcar, antes constituem uma tentativa de antecipar, no seu interesse, a evolução provável da produção e do consumo com vista a estabilizar o mercado comunitário».⁹⁸⁵

4.3.2. A informação disponibilizada pelas instituições da União

A informação disponibilizada pelas instituições comunitárias, provenha ela de atuações formais ou informais, assume, no quadro do princípio da proteção da confiança, um duplo relevo. Por um lado, é fonte de garantias precisas, um elemento necessário à formação de uma situação de confiança legítima. Por outro, é um instrumento que coloca os operadores económicos “sob aviso”⁹⁸⁶ de que a mudança está próxima ou iminente, funcionando como uma espécie de *regime transitório putativo*, viabilizador de uma reação apropriada e em tempo útil. Como dá conta Gigante, só num contexto sectorial de intensa circulação de informação e de participação institucional

⁹⁸³ A título de exemplo: o facto de o Conselho, na sequência da adesão da Espanha à Comunidade, ter produzido um regulamento em que decidiu prolongar o período de aproximação dos preços do açúcar e da beterraba sacarina inicialmente previsto no ato de adesão (congelando os preços espanhóis até que os preços comuns os acompanhassem) não é de molde a tornar imprevisível um regulamento posterior em que se determina o alinhamento antecipado dos preços em causa. De acordo com o Tribunal de Justiça, operadores económicos prudentes e avisados deviam prever que, na sequência da entrada em vigor do Ato Único Europeu, «a realização do mercado único poderia igualmente ter como efeito um alinhamento antecipado dos preços de intervenção» (Campo Ebro ¶63). Cf. também *Irish Farmers* ¶21-24, e *O’Dwyer* ¶49-55, a propósito da suspensão definitiva da quantidade de referência para efeitos de isenção da imposição suplementar sobre o leite (só o produtor que excedesse a quantidade de referência ficaria sujeito à imposição suplementar). Até aí, para combater a produção de leite excedentária, a Comunidade servira-se de uma suspensão temporária das quantidades de referência, acompanhada de uma indemnização diacronicamente regressiva, na pressuposição de que o esforço solicitado aos produtores no quadro da suspensão diminuiria ao longo do tempo. Assim sendo, apesar de a qualificação da suspensão como “temporária” *poder ter sugerido* a ideia de que a quantidade suspensa seria restituída, os produtores não podiam ignorar que a indemnização regressiva acabaria por ser eliminada.

⁹⁸⁴ Sobre o tema, *Matucci* 2016, p. 827; *Ranchordás* 2015, p. 82. Na jurisprudência, *Plantanol* ¶61.

⁹⁸⁵ *Itália v. Comissão*, processo C-340/98, 14.03.2002, ¶39.

⁹⁸⁶ “On notice”, nas palavras de *Sharpston* 1991, p. 99.

dos interessados, que é um fator distintivo do direito da União, faz sentido exigir dos operadores um elevado nível de conhecimento e de atenção às “pistas” de mudança largadas pelas instituições europeias.⁹⁸⁷

Afastam, portanto, uma situação de confiança legítima a apresentação de propostas formais pela Comissão,⁹⁸⁸ as respostas da Comissão a relatórios do Tribunal de Contas Europeu,⁹⁸⁹ considerandos de diretivas, comunicações ou avisos,⁹⁹⁰ acordos de coligação governamental que prevejam a possibilidade de alteração normativa num determinado setor.⁹⁹¹

O aviso (em sentido amplo) torna a alteração previsível.⁹⁹² Os avisos têm um efeito destrutivo sobre a confiança mesmo nas hipóteses em que sejam posteriores ou simultâneos *aos atos que dão corpo a essa confiança*, isto é, aos contratos, às plantações ou aos investimentos. No acórdão Plantanol, apesar de destacar o caráter dispendioso dos investimentos já realizados pela demandante, o Tribunal de Justiça considerou que um dos elementos a ter em conta na apreciação do standard do operador prudente e avisado era o facto de a supressão do regime de isenção fiscal ter sido anunciada num acordo de coligação governamental e num projeto de lei de 2006, ou seja, já depois da realização de parte ou quiçá da totalidade daqueles investimentos.⁹⁹³⁻⁹⁹⁴

Estes arestos alicerçam a convicção de que, no direito da UE, o princípio da proteção da confiança nem sempre garante aos operadores económicos um *período de amortização dos investimentos* realizados ao abrigo do regime jurídico anterior, mas apenas um *período de reorganização da estratégia comercial*.

4.3.3. A legitimidade dos investimentos realizados pelo operador económico

⁹⁸⁷ Gigante 2008, p. 47.

⁹⁸⁸ O’Dwyer ¶54.

⁹⁸⁹ Niemann ¶58.

⁹⁹⁰ Vereniging voor Energie ¶77; e Agricola Tabacchi Bonavicina ¶44.

⁹⁹¹ Plantanol ¶63.

⁹⁹² Agrargenossenschaft Neuzelle eG, processo C-545/11, 14.03.2013.

⁹⁹³ Não excluimos que o período que decorreu entre o aviso contido no acordo de coligação governamental, de 2005, e a efetiva supressão do benefício fiscal, em 2007, possa ter sido entendido, pelo Tribunal de Justiça, como um período transitório implícito ou não oficial, tornando desnecessária a fixação de um regime transitório oficial. Esta observação não responde, porém, à interrogação sobre a falta de ponderância da amortização dos investimentos já realizados no direito da UE (Popelier 2000, p. 334).

⁹⁹⁴ Merkur ¶6; e Vereniging voor Energie ¶77.

Para um operador prudente e avisado é ainda previsível que a União Europeia tomará todas as medidas necessárias para obstar à obtenção de lucros especulativos,⁹⁹⁵ independentemente de com isso poder afetar ou mesmo impedir o cumprimento de contratos já em fase de execução. Um investimento especulativo é, para o TJUE, aquele que, não tendo por base um comportamento ilícito, explora ou utiliza o direito da União em termos contrários à teleologia dos seus instrumentos.⁹⁹⁶

A especulação é uma atividade desenvolvida pelo operador às suas próprias custas, cuja evitação nunca responsabiliza as instituições comunitárias. Se, como no acórdão Eximo, o operador estabeleceu o preço de venda (exportação) de certos bens não em função do reembolso fixado antecipadamente (e que está pensado para conferir segurança à transação) mas em função de um reembolso calculado de acordo com uma taxa de ajustamento de que apenas hipoteticamente poderia vir a beneficiar, percebe-se que a balança penda no sentido de considerar que o demandante «assumiu voluntariamente um risco cujas consequências desfavoráveis não podem ser atribuídas à Comunidade».⁹⁹⁷

5. *As best as it gets*: a obrigação de previsão de medidas transitórias

A verificação de uma situação de confiança legítima tem como consequência o estreitamento da liberdade de conformação das instituições da UE (com poder normativo), em termos que, *na melhor das hipóteses, abrem uma brecha no princípio da aplicação imediata da lei nova*.

Dito de outro modo, a invalidação da alteração normativa pelo Tribunal de Justiça não tem como consequência obstaculizar a atualização, pelas instituições da União, do interesse público nos moldes inicialmente pretendidos, mas, na melhor das

⁹⁹⁵ Sobre este ponto, Craig 2012, p. 573; Craig 1996, p. 306; e Sharpston 1991, p. 92.

⁹⁹⁶ Schonberg 2000, p. 126. O Autor sublinha, com razão, que «while one can understand these rulings [referindo-se às decisões em que o TJUE recusou proteger a confiança assente em investimentos especulativos], it may be noted that protection should not be denied simply because the authority, or the court, disapproves of a person's business tactics or personal morality».

⁹⁹⁷ Eximo, processo 62/83, 30.05.1984, ¶23. Em causa estava a decisão da Comissão de não aplicar uma taxa de ajustamento a reembolsos às exportações fixados antecipadamente quando os certificados de exportação tivessem sido emitidos nos 14 dias anteriores à fixação, pelo Conselho, de um novo preço de intervenção no setor do leite. O demandante, cujo certificado de exportação inicial havia sido emitido menos de 14 dias antes do novo preço de intervenção ser conhecido, pretendia ser indemnizado num montante equivalente à diferença entre aquilo que lhe teria sido reembolsado caso tivesse beneficiado da taxa de ajustamento e aquilo que lhe foi efetivamente reembolsado nos termos de um novo certificado de exportação, emitido com base no novo preço de intervenção. Cf., em sentido idêntico, os acórdãos Merkur ¶6, e Mackprang, processo 2/75, 27.05.1975, ¶4.

hipóteses, impõe a previsão de medidas transitórias que suavizem o “quando” da aplicação da alteração a certos operadores económicos.⁹⁹⁸

Não obstante a situação de confiança legítima, «um interesse público perentório pode opor-se à adoção de medidas transitórias».⁹⁹⁹⁻¹⁰⁰⁰ Ora, este considerando levanta naturalmente o problema de saber o que se entende por interesse público perentório, por um lado, e por outro, que tipo de controlo exerce o Tribunal sobre a decisão do legislador ou da administração que exclua a previsão de medidas transitórias com fundamento num tal interesse.

5.1. O interesse público perentório

Quanto ao primeiro tópico, não se detetam divergências relativamente ao elenco de interesses que funcionam como fins legítimos no quadro do controlo das medidas da União. É o caso, designadamente, da saúde pública e da proteção dos consumidores, mobilizado nos acórdãos Dieckmann e Affish, ou da estabilização do mercado interno, tal como enunciado nos acórdãos Durbeck e Unifruit Hellas.

Além disso, justificar a necessidade de aplicação imediata da lei nova implica avançar explicitamente um interesse público que se revele suficientemente vigoroso para dispensar a emanação de um regime transitório. À semelhança do que sucede aquando do controlo de normas autenticamente retroativas, a preferência de que beneficia o interesse público perentório necessita de ser *formalmente* exercida pelo legislador/administração comunitários através do cumprimento do dever de fundamentação,¹⁰⁰¹ dever esse que, em face das expectativas fundadas dos operadores, terá de explicitar as razões em que assenta a aplicação imediata da lei nova e *não apenas* a bondade da atualização do interesse público promovida pela alteração normativa.

5.2. Standard de controlo

⁹⁹⁸ Thomas 2000, p. 61; Craig 1996, p. 310; Gigante 2008, p. 101; Calmes 2001, p. 137.

⁹⁹⁹ É preciso não esquecer que, sendo o TJUE muito exigente na avaliação dos pressupostos da confiança legítima, a atribuição de consequências jurídicas a essa confiança é um momento raro na jurisprudência, sobretudo quando a questão se levanta no âmbito dos setores associados à organização comum dos mercados.

¹⁰⁰⁰ Forum 187 ¶148; Koninklijke Friesland Campina ¶85; Affish, processo C-183/95, 17.07.1997, ¶57; Dieckmann ¶80.

¹⁰⁰¹ Fórum 187 ¶165; Sofrimport ¶27.

Este segundo tópico justifica outro tipo de desenvolvimentos. O facto de, nas palavras do Tribunal, um interesse público perentório poder opor-se à adoção de medidas transitórias não contém nenhuma indicação sobre o standard de controlo que será aplicado.¹⁰⁰²

A nossa conclusão é a de que à verificação de uma situação de confiança não se segue, *via de regra*, nenhum exercício ponderativo ou de sopesação dos interesses em presença. Para quem não conceba a proporcionalidade sem um exercício final de otimização ou de concordância prática, a aceitação daquela primeira conclusão acarreta naturalmente uma outra, mais controversa, de acordo com a qual o *princípio da proteção da confiança opera, no direito da União, sem recurso ao princípio da proporcionalidade*.¹⁰⁰³⁻¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰² Ainda que mobilizadas no âmbito do princípio da proteção da confiança, as reflexões destes Autores devem ser compreendidas à luz das características do princípio da proporcionalidade enquanto princípio geral de direito da União Europeia. Na jurisprudência do Tribunal de Justiça, encontram-se diversas formulações normalmente associadas ao princípio da proporcionalidade, indicando a maior ou menor intensidade do escrutínio. Essas fórmulas reconduzem-se: (i) ao teste da “manifesta inadequação”, associado, pela fraca intensidade do escrutínio, ao standard *Wednesbury reasonableness*; e (ii) ao teste da necessidade (*less restrictive means test*), muito embora as medidas alternativas sugeridas pelo Tribunal indiquem dimensões ponderativas características do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Sobre o tema da proporcionalidade no direito da UE, Búrca 1993, pp. 105-150, Wouters & Duquet 2014, pp. 51-54, Portuese 2013, pp. 612-35, Harbo 2010, pp. 158-85, Emiliou 1996, pp. 171-265.

¹⁰⁰³ Na doutrina, Schonberg 2000, pp. 150-164, advoga que o escrutínio levado a cabo pelo Tribunal se reconduz a um teste de “significant imbalance”, ao passo que Calmes 2001, pp. 414-436, prefere falar num “balance des valeurs”, destinado a apurar o peso respetivo dos interesses em presença. Merusi 2001, p. 13, sublinha que a tutela da confiança no direito europeu pressupõe «una valutazione della razionalità della ponderazione degli interessi al momento della decisione di un provvedimento legislativo o amministrativo», e Gigante 2008, p. 88, descreve o momento metodologicamente culminante do princípio da proteção da confiança como um “bilanciamento de interessi”, em alguns momentos próximo do princípio da proporcionalidade.¹⁰⁰³ Já Craig 2012, p. 586 não assume uma posição definitiva quanto ao tema, mas, referindo-se aos casos das quotas leiteiras, sustenta que o teste aí desenvolvido pelo Tribunal «was in many ways *classic proportionality*».

¹⁰⁰⁴ Acórdãos Dieckmann ¶80, Affish ¶58, Durbeck ¶50, Unifruit ¶67. Exceção é o acórdão Spagl ¶26-29. O Tribunal confirmou que, em razão do incitamento das instituições da União, os produtores de leite que houvessem suspenso a produção eram titulares de uma expectativa legítima de como, retomando a produção, a redução da quantidade de referência não seria *excessivamente* acentuada. De seguida o Tribunal de Justiça procedeu a um escrutínio minucioso das justificações avançadas pela Comissão e pelo Conselho, convocando elementos inerentes aos princípios da necessidade (*least restrictive means test*) e da proporcionalidade em sentido estrito (*balancing*). O Tribunal enveredou, nesta decisão, por uma proporcionalidade clássica ou “à alemã”, sem dúvida por ter presente que, na sequência de invalidação de um regulamento anterior que não previa quantidades de referência, a liberdade de conformação do legislador da UE seria *in casu* muito estreita.

II. A PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA CEDH (ARTIGO 1-P1)

1. Enquadramento

Esta secção do trabalho é dedicada à proteção do direito de propriedade no sistema da CEDH, visando, através da análise do artigo 1-P1, perceber de que forma é que um regime internacional-regional de direitos humanos protege os investidores contra a alteração normativa. O objetivo desta análise passa por identificar o recorte das interferências no direito de propriedade, em especial a proteção contra a expropriação, concluindo a apreciação do nível regional.

O texto procurará demonstrar que o artigo 1-P1 é um dos parâmetros a ter em conta na resolução de diferendos de investimento, havendo risco real e já materializado de surgimento de disputas paralelas (no DIE e no sistema da CEDH).¹⁰⁰⁵ Uma leitura da proteção conferida pelo artigo 1-P1 à luz dos princípios da CEDH (eg. efetividade, subsidiariedade, margem de apreciação, interpretação atualista) é crucial para entender por que razão os direitos patrimoniais associados aos negócios transnacionais – que são o principal foco do DIE – merecem, da parte do TEDH, uma proteção menos efetiva. Algumas tendências mais recentes da jurisprudência do TEDH – em especial a ideia de promoção do *rule of law* e de atuação diligente dos Estados partes – podem, todavia, compensar aquela menor efetividade.

O ponto de interceção entre o artigo 1-P1 e a alteração normativa é dado pela regra contra a privação substancial da propriedade e pelo conceito de legítimas expectativas. Este conceito tem um papel crucial no sistema da Convenção, tanto no que respeita ao âmbito *ratione materiae* do artigo 1-P1, como na determinação do justo equilíbrio dos interesses em presença.

Convém recordar que o sistema da CEDH é um dos subsistemas a ter em conta no movimento de revigoração do direito de propriedade como direito humano universal (*global right do property*).¹⁰⁰⁶⁻¹⁰⁰⁷ Além disso, não está excluída a possibilidade de o

¹⁰⁰⁵ Disputas paralelas são, para este efeito, diferendos que têm por objeto as mesmas medidas estaduais em processos que correm termos em fóruns distintos, ao abrigo de normas substantivas distintas. Para um tratamento do tema, Ruffert 2000, p. 142; Steininger 2018; Fanou & Tzevelekos 2018, pp. 111 ss. Sem prejuízo de outros, o melhor exemplo é a disputa da Yukos contra a Rússia, que originou processos no TEDH e no DIE (supra nota n.º 94).

¹⁰⁰⁶ Sprankling 2014, p. 465. O sistema da CEDH teve um papel importante na adaptação da propriedade privada à tessitura ideológica do pós-guerra, controlando os programas sociais-democratas de

artigo 1-P1 constituir direito internacional aplicável entre as partes para efeitos do artigo 42 da Convenção ICSID. Os tribunais arbitrais podem tomar em consideração os conceitos de interferência no direito de propriedade, de expropriação ou de legítimas expectativas na interpretação das cláusulas FET e expropriatória contidas no API, em linha com o disposto no artigo 31.3, al. c) CVDT.¹⁰⁰⁸

2. O artigo 1-P1 e o direito da UE

O artigo 1-P1 é um elemento essencial na interpretação e aplicação do Direito da União.¹⁰⁰⁹ Com efeito, no acórdão Hauer, o Tribunal de Justiça reconheceu que o direito de propriedade vale no direito da União em termos idênticos às tradições comuns dos Estados-membros e que destas faz inequivocamente parte o sistema da CEDH.¹⁰¹⁰ O papel deste sistema é hoje, aliás, formalmente reconhecido no artigo 52.3 da CDFUE, na parte em que aí se dispõe que, onde haja correspondência entre os direitos consagrados na Carta e os direitos consagrados na Convenção, devem os primeiros assumir o mesmo “sentido e âmbito” dos segundos.¹⁰¹¹ É precisamente isso que sucede com o direito de propriedade. O artigo 17 segue de perto a redação do artigo 1-P1, não obstante alguns “hiatos” no que respeita ao âmbito de proteção do direito e ao dever de indemnizar.¹⁰¹²

3. O funcionamento dos princípios gerais no artigo 1-P1

O sistema da Convenção, interpretado e aplicado pelo TEDH, tem uma gramática própria, erguida em torno de conceitos e princípios hermenêuticos específicos, como sejam o princípio da subsidiariedade, a doutrina da margem de apreciação, a interpretação autónoma, o consenso europeu ou a sociedade

redistribuição da riqueza, e mais tarde, com o fim da URSS, no processo de transição das ex-Repúblicas soviéticas para um regime de economia de mercado.

¹⁰⁰⁷ Sobre o tema, entre outros, Xu & Gong 2016, p. 225 ss.; Sprankling 2014, p. 465 ss.; Sprankling, 2012, p. 461; Schaffer 2012, p. 669; J. Alvarez 2018, p. 580; Cogolati, Hamid & Vanstappen 2016, p. 4; Colacino 2012, pp. 39-75.

¹⁰⁰⁸ Bücheler 2015, p. 145.

¹⁰⁰⁹ Quadros 2016, p. 550.

¹⁰¹⁰ Papier & Shirvani 2019 (comentário ao artigo 14 GG, nota n.º 96).

¹⁰¹¹ Hauer ¶ 17.

¹⁰¹² Sobre este ponto, Wollenschläger 2014, p. 467 ss.; Robert-Cuendet 2015, p. 867; Becker 2007, p. 255.

democrática.¹⁰¹³ Não sendo este o momento para revisitar pormenorizadamente estes conceitos, importa chamar a atenção para o modo como eles funcionam num segmento da Convenção que opera de acordo com regras especiais.

3.1. Subsidiariedade e margem de apreciação: o consenso pan-europeu

O princípio da subsidiariedade parte do pressuposto de que a responsabilidade principal de proteção dos direitos inscritos na Convenção pertence aos Estados partes e que a tarefa do Tribunal é assegurar a tutela efetiva desses direitos, através da garantia de um nível mínimo de proteção.¹⁰¹⁴ Dito isto, o princípio da subsidiariedade é a inspiração que jaz por detrás da doutrina da margem de apreciação, uma doutrina que propõe que a intensidade do controlo dos factos e do direito levada a cabo pelo Tribunal varie em função de vários fatores, entre eles a existência de um consenso europeu – “common ground” – o maior conhecimento das autoridades nacionais sobre as respetivas sociedades – “better placed argument” – ou a essencialidade do direito afetado ou restringido pela atuação estadual.¹⁰¹⁵ Almeja-se, destarte, compatibilizar uma tutela efetiva dos direitos fundamentais com as variações culturais que são manifestações da soberania dos Estados partes.

São muitas as decisões do TEDH sobre o direito de propriedade que se referem abertamente à doutrina da margem de apreciação, considerando que, em matérias sensíveis de política económica e social como são geralmente aquelas em que se acha “agredido” o direito de propriedade, essa margem deve ser ampla.¹⁰¹⁶ Acresce que a

¹⁰¹³ Sobre o sentido destes princípios, entre muitos outros, Gerards 2014, p. 13 ss.

¹⁰¹⁴ Drzemczewski 1980, p. 59.

¹⁰¹⁵ Sobre a doutrina da margem de apreciação, argumentando no sentido de rejeição da aplicação ao DIE, Arato 2019, p. 545 ss.

¹⁰¹⁶ Eg. *Beyeler v. Italy*, application no. 33202/96, 05.01.2000, ¶112; *Immobiliare Saffi v. Italy*, application 22774/93, 28.07.99, ¶49; *Da Conceição Mateus v. Portugal*, applications nos. 62235/12 and 57725/12, ¶22; *Fabris v. France*, application no. 16574/08, 07.02.13, ¶56; *Hamer v. Belgium*, application no. 21861/03, 27.02.2008, ¶78; *Hutten-Czapska v. Poland*, application no. 35014/97, 19.06.2006, ¶165, 223; *Jahn and others v. Germany*, applications nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, 30.06.2005, ¶91, 113; *James and others v. The United Kingdom*, application no. 8793/79, 21.02.1986, ¶46; *Jokela v. Finland*, application no. 28856/98, 21.08.2002, ¶52; *Kjartan Ásmundsson v. Iceland*, application no. 60669/00, 30.03.2005, ¶45; *Kopechy v. Slovakia*, application no. 44912/98, 28.09.2004, ¶37; *Lithgow and others v. The United Kingdom*, applications nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, 08.07.1986, ¶143; *Pressos Compania Naviera S.A and others v. Belgium*, application no. 17849/91, 20.11.1995, ¶37; *Stec and others v. The United Kingdom*, applications nos. 65731/01 and 65900/01, 12.04.2006, ¶52; *Stretch v. The United Kingdom*, application no. 44277/98, 24.06.2003, ¶37; *Lekic v. Slovenia*, application no. 36480/07, 14.02.2017, ¶119; *The Former King of Greece v. Greece*, application no. 25701/94, 23.11.2000, ¶87; *Bittó and others v. Slovakia*, applications nos. 30255/09, 28.01.2014, ¶96; *Bélané Nagy v. Hungary*, application no. 53080/13, Grand Chamber, 13.12.2016, ¶113; *Statileo v. Croatia*, application no. 12027/10, ¶140; *Mamatás et autres c. Grèce*, requêtes nos. 63066/14,

deferência dirigida às autoridades nacionais vale tanto para a avaliação que estas façam sobre aquilo que é de “utilidade pública” ou “interesse geral” – conceitos que se acham contidos na segunda e terceira regras do artigo 1-P1, respetivamente - como para avaliação do princípio da proporcionalidade (fair balance), já que o Tribunal sublinha, por diversas vezes, a sua indisponibilidade para analisar o *trade-off* custos/benefícios de soluções alternativas.¹⁰¹⁷

A doutrina alerta para a fraca intensidade do controlo levado a cabo pelo Tribunal,¹⁰¹⁸ destacando, por isso mesmo, o contraste com o modo como este aplica o princípio da proporcionalidade noutras áreas da Convenção,¹⁰¹⁹ em particular com o que se entende como *necessário* numa sociedade democrática”.¹⁰²⁰ De facto, não é expectável que em matérias politicamente sensíveis como as da política de insolvência, de habitação, de pensões de reforma, de urbanismo ou de reação a uma crise económico-financeira possa emergir o nível de *consenso* suficiente para estreitar a margem de apreciação dos Estados partes.¹⁰²¹

Mais, são comuns na doutrina as referências à instrumentalidade do direito de propriedade, entendido enquanto meio para que os indivíduos possam alcançar segurança (financeira), privacidade, autonomia ou riqueza (“uma vida bem vivida”).¹⁰²² Daqui resulta a possibilidade de o Tribunal modelar a margem de apreciação em função da maior ou menor ligação de um determinado “bem” aos valores fundamentais da Convenção, leia-se, à dignidade humana e à liberdade.

Assim se explica que só excepcionalmente, quando as interferências estaduais no direito de propriedade ameacem a subsistência económica, a privacidade ou as convicções éticas/religiosas dos indivíduos, o Tribunal proceda a um estreitamento

64297/14, 66106/14, 21.07.2016, ¶88; *Lakicevic and others v. Montenegro and Serbia*, application nos. 27458/06, 37205/06, 37207/06 and 33604/07, 13.03.2012, ¶61, 72; *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, application no. 12742/87, 29.11.2001.

¹⁰¹⁷ *Mellacher v. Austria*, applications nos. 10522/83, 11011/84 and 11070/84, 19.12.1989, ¶53; *Pressos Compania Naviera S.A and others v. Belgium*, application no. 17849/91, 20.11.1995, ¶37; *Bäck v. Finland*, application no. 37598/97, 20.07.2004, ¶54. Neste sentido, na doutrina, *Paparinskis* 2013, p. 234.

¹⁰¹⁸ *Colacino* 2012, p. 183, sublinhando que a fraca intensidade do controlo «risulta pienamente in linea con le finalità proprie del sistema di tutela dei diritti istituito dalla Convenzione, preservando l'intangibilità della sfera di dominio riservato agli Stati»; *Padelletti* 2003, p. 177, diz que se trata de um controlo de “ragionevolezza”; *Pauliat* 1995, p. 1478, fala em “mera compatibilidade”; *Macieirinha* 2014, p. 89, aponta para um “controlo de razoabilidade”.

¹⁰¹⁹ *Krenc & Renault* 2013, p. 61.

¹⁰²⁰ *Zysset* 2016, pp. 16-47.

¹⁰²¹ *Padelletti* 2003, p. 177.

¹⁰²² *Alexander* 2014, p. 1264 («Private property is instrumental, it serves particular ends»); *Alexander* 2015, p. 113; *Maxwell* 2016, p. 906; *J. Alvarez* 2018, p. 590.

daquela margem – normalmente ampla – de apreciação, avançando medidas alternativas e intensificando a aplicação do princípio da proporcionalidade.¹⁰²³

3.2. Interpretação “evolutiva” e autónoma

Os princípios da interpretação atualista e autónoma são outros dos “princípios gerais” desenvolvidos pelo TEDH que relevam para o artigo 1-P1. A primeira passa por incorporar, sobretudo no âmbito de proteção dos direitos protegidos pela Convenção, os desenvolvimentos tecnológicos, sociais e normativos detetados no contexto europeu. Já a segunda consiste em conferir aos conceitos contidos na Convenção um significado que é independente do modo como os Estados partes, no seu direito interno, compreendem uma determinada *fattispecie*.¹⁰²⁴ Em ambos os casos, o Tribunal procura cumprir a sua função de garantia de um nível mínimo “pan-europeu” de proteção dos direitos humanos.¹⁰²⁵

Como é sabido, o Tribunal enveredou por uma noção ampla de “bem”, estendendo-a a bens materiais, bens imateriais ou a quaisquer interesses com valor patrimonial.¹⁰²⁶ A atribuição de um significado autónomo ao conceito de “bem” é garante da função de supervisão desempenhada pelo TEDH:¹⁰²⁷ apesar de o Tribunal aceitar amiúde a classificação que o direito interno atribui a um determinado direito ou

¹⁰²³ Eg. *Moskal v. Poland*, application no. 10373/05, 15.09.2009, ¶73-74; *Kjartan Ásmundsson* ¶45; e *Chassagnou et autres c. France*, requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, 29.04.1999, ¶ 82. Segundo Allen 2007, pp. 316-320, a jurisprudência do TEDH revela três diferentes concepções sobre o direito de propriedade: o *legal model*, o *social model* e o *economic model*. Estes modelos são suscetíveis de conduzir a soluções diferenciadas sobre o âmbito de proteção do direito, a ocorrência de uma interferência desproporcional ou o standard de indemnização. O primeiro modelo – o *legal model* – concebe o direito de propriedade nos exatos moldes em que o mesmo se acha reconhecido no direito interno do Estado-parte; no *economic model*, o foco é predominantemente o valor económico da propriedade, de onde decorre, por ex., a impossibilidade de uma indemnização abaixo do valor de mercado do bem; finalmente, o *social model* centra-se no modo como os valores que subjazem à Convenção – autonomia, dignidade e igualdade – afetam o acesso e o controlo sobre os recursos. De acordo com este modelo, o standard de indemnização não deve ser – ou não deve ser apenas – o valor de mercado do bem, mas deve ter em conta o impacto da interferência na esfera pessoal do afetado, reconhecendo que *nem todas as opções de vida do demandante merecem, da parte da Convenção, idêntico tratamento*. O estreitamento da margem de apreciação é, neste sentido, consequência da influência do *social model* em algumas pronúncias do Tribunal (também Allen 2005, pp. 141-145).

¹⁰²⁴ Padelletti 2003, p. 36 ss.; Allen 2007, p. 311.

¹⁰²⁵ Gerards 2014, pp. 36-40; Emberland 2006, p. 48.

¹⁰²⁶ Padelletti 2003, p. 43; Sales 2006, p. 144; Conti 2012, p. 22.

¹⁰²⁷ *Gasus Dosier v. The Netherlands*, application no. 15375/89, 23.02.95, ¶53; *Bélane Nagy (Grand Chamber)* ¶73-74; *Broniowski v. Poland*, application no. 31443/96, 22.06.2004, ¶129-130; *Depalle v. France*, application no. 34044/02, 29.03.2010; *Matos e Silva, Lda. and others v. Portugal*, application no. 15777/89, 16.09.1999, ¶75; *Centro Europa* ¶171.

interesse patrimonial, a noção autónoma obsta a que os Estados partes se sirvam dessa classificação para se furtarem às obrigações decorrentes da Convenção.¹⁰²⁸⁻¹⁰²⁹

A necessidade de garantir uma proteção efetiva – e não meramente teórica – dos direitos fundamentais explica, por outro lado, a evolução da arquitetura do artigo 1-P1. Com o acórdão *Sporrong & Lönnroth*,¹⁰³⁰ o TEDH identificou o princípio do respeito dos bens, inscrito no primeiro segmento do artigo 1-P1, como uma *regra autónoma*, capaz de operar mesmo em situações em que não existe expropriação (segunda regra) nem controlo do uso dos bens (terceira regra).

A vontade de atribuir relevo ao princípio do respeito dos bens não é inconsequente. Do que se trata é de permitir ao sistema de Convenção velar pelo respeito de direitos e de princípios que não constam formalmente do seu texto, como sejam o direito de livre iniciativa económica e o direito à segurança social, em conjugação com o princípio da proteção das legítimas expectativas dos indivíduos e das empresas. O TEDH concebe o artigo 1-P1 como um instrumento de *rule of law promotion*,¹⁰³¹ assente nos valores da estabilidade, da legalidade, da boa administração e do não desequilíbrio entre interesses públicos e privados (que os anglo-saxónicos apelidam de “fairness”).

3.3. A menção aos princípios gerais de direito internacional

É uma evidência que da CEDH, aprovada em 7 de agosto de 1950, não consta nenhuma referência ao direito de propriedade, e que este surge consagrado no P1, adotado pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 20 de março de 1952, sem conter, todavia, uma referência ao direito de indemnização em caso de

¹⁰²⁸ *Supra* Cap. 1. Allen 2005, p. 44; Padelletti 2003, p. 66; Van Drooghenbroeck 2000, p. 438.

¹⁰²⁹ Foi igualmente a interpretação evolutiva que esteve na base da superação da orientação jurisprudencial segundo a qual apenas as prestações sociais contributivas – leia-se, que tivessem por base um certo nível de contribuições pagas pelo beneficiário – constituíam “bens” para efeitos do artigo 1-P1. O momento de rutura foi o acórdão *Stec and others v. The United Kingdom*, Grand Chamber Decision as to the admissibility of applications nos. 65731/01 and 65900/016, 06.07.2005, ¶47; também *Koua Poirrez v. France*, application no. 40892/98, 30.07.2003, *Gaygusuz v. Austria*, application no. 17371/90, 16.09.1996, ¶39-41). Sobre o tema, Sigron 2014, pp. 76-77; Sales 2006, p. 144; Wicks, Rainey, Ovey & Jacobs 2017, pp. 353-355; Leitjen 2013, p. 177; Novitz 2012, p. 149; Tsetoura 2013, p. 59; Allen 2007, p. 310; Sermet 1998, p. 13.

¹⁰³⁰ *Sporrong & Lönnroth v. Sweden*, application no. 7151/75 and 7152/75, 23.09.1982, ¶61.

¹⁰³¹ Humphreys 2010, p. 6.

expropriação.¹⁰³² A menção aos princípios gerais de direito internacional resolve parcialmente esse problema.

Em teoria, é possível interpretar a inclusão dos princípios gerais de direito internacional num de dois sentidos.¹⁰³³ No primeiro, os Estados partes pretenderam homogeneizar o nível de tutela, nivelando a proteção dos cidadãos em caso de expropriação pela batuta da proteção conferida aos estrangeiros a nível internacional. Na segunda, que obteve vencimento no TEDH, os princípios gerais de direito internacional só se aplicam quando o Estado exerce a sua jurisdição sobre não nacionais, por esta ser *a única situação suscetível de ser regulada pelo direito internacional*.¹⁰³⁴

Esta interpretação é coonestada pelos trabalhos preparatórios e pelos comentários de vários Estados a reservas feitas por outros ao artigo 1-P1.¹⁰³⁵ Além disso, segundo o Tribunal, a diferenciação de tratamento entre estrangeiros e nacionais *tem uma justificação objetiva e razoável*: visto que os estrangeiros não têm, em regra, participação ativa na escolha dos titulares do poder no Estado demandado, é legítimo que os nacionais sejam chamados a suportar um *maior sacrifício* nos exercícios de

¹⁰³² As razões dessa omissão – relacionadas, fundamentalmente, com a querela em torno da natureza económico-social ou civil-política do direito de propriedade – estão bem documentadas nos trabalhos preparatórios. Cf. Conseil de l'Europe, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Travaux préparatoires de l'article premier du Protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg, le 13 août 1976, CDH (76) 36, p. 9; e na doutrina, eg. Colacino 2012, pp. 95-106; Allen 2005, pp. 17-28; Sigron 2014, pp. 29-37; Padelletti 2003, pp. 11-23.

¹⁰³³ Colacino 2012, p. 200;

¹⁰³⁴ Sobre a diferenciação de tratamento, Allen 2005, p. 167 [o Autor resume a solução encontrada em termos que nos parecem corretos: «The inclusion of the references to international law was particularly attractive to those states (like the United Kingdom) that were anxious to protect their investments abroad, but wished to preserve their legislative powers at home»]; Wicks, Rainey & Ovey 2017, p. 362; Colacino 2012, p. 200 ss.; Ruffert 2000, p. 129; Smutny 2016, p. 636; Higgins 1982, pp. 362-370 [argumentando que a diferença de tratamento não é discriminatória à luz do artigo 14 da CEDH, e identificando o problema nos seguintes termos: «(...) The intellectual issue is therefore whether the payment of compensation, at the international law standard, to a national is necessary to guarantee the peaceful enjoyment of his possessions; or whether this can be achieved by reference to the public interest and conditions provided for by law»]. Sermet 1998, p. 41, argumenta que a posição do Tribunal entronca numa “conceção tradicional” de direito internacional, à luz da qual os indivíduos não podem reivindicar, numa situação nacional, a aplicação de um direito de origem internacional.

¹⁰³⁵ Na verdade, Portugal formulou uma reserva ao artigo 1-P1, aquando da adesão ao Protocolo adicional, em 1978, para salvaguardar a aplicação do artigo 82 (versão originária da CRP), que possibilitava expropriações sem o pagamento de uma indemnização. Tal reserva mereceu o seguinte comentário do Reino Unido: «The general principles of international law require the payment of prompt, adequate and effective compensation *in respect of the expropriation of foreign property*» – o itálico é nosso. Sobre este ponto, Moura Ramos 1982.

atualização do interesse público protagonizados por aqueles titulares.¹⁰³⁶ Referimos no Cap. 2 algumas objeções a esta tese quando mobilizada no quadro do DIE.

Para os nacionais, o dever de indemnizar não resulta imediatamente do artigo 1-P1, mas acaba por vingar por intermédio do princípio da proporcionalidade (*fair balance*) e da necessidade de lograr um equilíbrio entre os interesses públicos e privados em jogo.¹⁰³⁷ Não é de excluir, *no limite*, a ocorrência de situações em que a aplicação dos princípios gerais de direito internacional conduza ao pagamento de uma indemnização de acordo com o valor de mercado do bem, resultando do funcionamento do princípio da proporcionalidade uma indemnização abaixo desse valor ou mesmo – excepcionalmente - a *ausência de um dever de indemnizar*.¹⁰³⁸

4. O âmbito material de aplicação do artigo 1-P1

A noção de bem subjacente ao artigo 1-P1 dá abrigo tanto a uma conceção de “propriedade como riqueza”, como a uma conceção de “propriedade como estabilidade financeira”.¹⁰³⁹⁻¹⁰⁴⁰ Atenta esta flexibilidade, o artigo 1-P1 é garantia da *condição financeira* de indivíduos e pessoas coletivas,¹⁰⁴¹ mostrando-se apto – inclusivamente - a cobrir o interesse patrimonial decorrente da necessidade de satisfazer obrigações fiscais.¹⁰⁴² Como se depreende pela jurisprudência envolvendo prestações sociais ou

¹⁰³⁶ Inequivocamente, James and others ¶63-64; Lithgow and others ¶112-119; Gudmundsson v. Iceland, application no. 23285/94, 17.01.1996. Cf. também as Conclusões do AG Capotorti sobre o processo Hauer, apresentadas em 08.11.1979.

¹⁰³⁷ Colacino 2012, p. 206.

¹⁰³⁸ Allen 2005, p. 117; Zemke 2016, pp. 613-615; Pervou 2016, p. 131.

¹⁰³⁹ Allen 2005, p. 45 [« (...) in many cases, the Court seems to regard P1 (1) as a *general protection for wealth*, as it comes very close to limiting its interpretation of interference with the “enjoyment of possessions” to acts or omissions which affect the individual economically»] – o itálico é nosso; Zemke 2016, pp. 613-615; Pervou 2016, p. 131.

¹⁰⁴⁰ McCarthy 2017, pp. 318-321.

¹⁰⁴¹ Tenha-se em atenção o primeiro segmento do artigo 1-P1: «Every natural or *legal person* is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions» – o itálico é nosso.

¹⁰⁴² Apesar de algum debate, a questão de saber se a imposição de impostos ou outras obrigações financeiras constitui uma ingerência no direito de propriedade encontra-se hoje resolvida em sentido positivo. As dúvidas são legítimas se pensarmos que a imposição de um imposto tem reflexo na situação patrimonial dos indivíduos e das empresas *no seu todo*, e não sobre um direito ou interesse patrimonial específico. Por outro lado, não é possível mobilizar o terceiro segmento do artigo 1-P1 como argumento para excluir a tributação do âmbito material de aplicação do direito, visto que o que ali se ressalva é o poder do Estado de produzir leis que garantam o pagamento de impostos e não o poder do Estado de criar impostos ou outros tributos ou sanções. Sobre o tema, na doutrina, Allen 2005, pp. 30-33; Pauwels 2013, p. 268; Endresen 2017, p. 508; Ergec 2011, p. 2; Yernault 2013, pp. 378-404; e na jurisprudência do TEDH, entre outros, Arnaud et autres c. France, requêtes nos. 36918/11, 36963/11, 36967/11, 36969/11, 36970/11 et 36971/11, 15.04.2015, ¶24; Gáll v. Hungary, application no. 49570/11, 04.11.2013, ¶55; Aon Conseil et Courtage S.A and another v. France, application no. 70160/01, 25.01.2007, ¶34; Imbert de

licenças, a transmissibilidade *inter vivos* ou *mortis causa* não é, no sistema da Convenção, condição da existência de um bem. Não se trata, contudo, de um elemento irrelevante, já que a alienabilidade constitui um indício seguro da presença de um bem para efeitos do artigo 1-P1.¹⁰⁴³

4.1. Coisas corpóreas, incorpóreas e propriedade intelectual

O conceito de “bem” inclui, desde logo, bens ou coisas corpóreas e incorpóreas, e direitos da propriedade intelectual, como direitos de autor, patentes e marcas registadas. Que estes últimos, quando formalmente reconhecidos através de registo, constituem “bens” para efeitos do artigo 1-P1 é facto reconhecido pelo TEDH pelo menos desde o acórdão *Smith Kline v. The Netherlands*.¹⁰⁴⁴⁻¹⁰⁴⁵

4.2. Direitos de crédito públicos e privados

Inclui, por outro lado, direitos de crédito suficientemente estabelecidos no ordenamento jurídico interno, sejam eles privados ou públicos, como, por ex., salários, pensões ou outras prestações sociais, indemnizações, títulos da dívida pública,¹⁰⁴⁶ tarifas de eletricidade ou gás,¹⁰⁴⁷ depósitos bancários,¹⁰⁴⁸ ou direitos de pesca.¹⁰⁴⁹ Não é

Tremiolles c. France, requêtes nos 25834/05 et 27815/05, 04.01.2008 (sem parágrafos). No DIE, sobre a admissibilidade de disputas fiscais, Pichel & Vicente 2019; Burgstaller & Zarowna 2018.

¹⁰⁴³ Padelletti 2003, pp. 66-68; Allen 2005, p. 77; Colacino 2012, pp. 120-121;

¹⁰⁴⁴ *Smith Kline v. The Netherlands*, application no. 12633/87, Decision as to the admissibility, 12.12.1986 [«(...) The Commission notes that under Dutch law the holder of a patent is referred to as the proprietor of a patent and that patents are deemed, subject to the provisions of the Patents Act, to be personal property which is transferable and assignable. The Commission finds that a patent accordingly falls within the scope of the term “possessions” in Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)»]; e também os acórdãos *Lenzing AG v. The United Kingdom*, As to the admissibility of application no. 39025/97, 09.09.1998; *Gheorghe Dima v. Romania*, application no. 58472/00, 19.04.2016, sobre uma disputa envolvendo a criação artística de um novo emblema nacional após a queda do regime comunista na Roménia; *A.D. v. The Netherlands*, application no. 21962/93, 11.01.1994. Sobre a propriedade intelectual na jurisprudência do TEDH, entre outros, Ristik 2015, p. 152; Helfer 2008, p. 11 ss.

¹⁰⁴⁵ Questão diversa é a de saber se a posição legal daquele que submete um pedido de registo também reentra no conceito de bem e, se sim, por que via. O Tribunal reconhece que a pretensão daquele que pede o registo é *condicional*, porquanto dependente do facto de tal registo não infringir direitos de terceiros, mas isso não influencia a conclusão de que a posição legal de quem pede o registo é um “bem”, *não sendo necessário lançar mão da doutrina das legítimas expectativas* nos termos descritos infra. Cf. *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, application no. 73049/01, Grand Chamber, 11.01.2007, ¶73-78. Estava em causa um pedido de registo da marca “Budweiser” junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, a que se opôs a Budjovicky Budvar, com fundamento no facto de comercializar cerveja com o nome “Budweiser” há mais tempo.

¹⁰⁴⁶ *Mamatas et autres* ¶91.

¹⁰⁴⁷ *Budchenko v. Ukraine*, application no. 38677/06, 24.07.2014.

¹⁰⁴⁸ *Boyajyan v. Armenia*, application no. 38003/04, 22.03.2011, ¶54.

¹⁰⁴⁹ *Posti and Rahko v. Finland*, application no. 27824/95, 24.09.2002.

inteiramente claro que tipo de direitos de crédito constituem “bens” sem a mediação da doutrina das legítimas expectativas. A diferença entre bens “atuais” e “legítimas expectativas” tem que ver com o grau de certeza, de clareza e de “determinidade” do direito de crédito, ao nível do respetivo conteúdo e montante.¹⁰⁵⁰

4.3. Licenças, clientela e outros interesses patrimoniais

O Tribunal considera que certos direitos ou interesses patrimoniais ligados a um determinado negócio, tais como licenças, autorizações, concessões, atraem, na estrita medida em que tenham valor económico e enquanto “componentes desses bens” – leia-se, desses negócios – a proteção conferida pelo artigo 1-P1.¹⁰⁵¹ É isso que parece resultar da conjugação de vários acórdãos, com destaque para os acórdãos *Tre Traktörer* e *Van Marle*.¹⁰⁵²

No primeiro estava em causa a revogação de uma licença de venda de álcool ligada a um restaurante, que o Tribunal assimilou a um “bem”, considerando que «the maintenance of the licence was one of the principal conditions for the carrying on of the applicant company’s business». ¹⁰⁵³ No segundo, a alteração legislativa dos requisitos para o exercício da profissão de contabilista fez com que os requerentes perdessem a sua “clientela”, interesse patrimonial que, em conexão com os negócios associados à profissão, reentraria, no entender do Tribunal, na categoria de “bem”.¹⁰⁵⁴ Apesar da natureza volátil, a clientela, na medida em que constitua um elemento estrutural ou

¹⁰⁵⁰ Eg. acórdão *N.K.M v. Hungary*, application no. 66529/11, 04.11.2013, ¶36, sobre a tributação retroativa (e confiscatória) de indemnizações recebidas pelo trabalhador em caso de despedimento. Sobre o facto de a indemnização constituir um “bem” para efeitos do artigo 1-P1, o Tribunal disse o seguinte: «it is undeniable that “it has already been earned or is definitely payable”, which turns it into a possession for the purposes of that provision, especially since the Constitutional Court qualified this sum as one originating in an *unconditional statutory entitlement* (...), not subject to any dispute or ulterior judicial finding, once the service relation is terminated» – o itálico é nosso.

¹⁰⁵¹ Colacino 2012, p. 117; Padelletti 2000, p. 791.

¹⁰⁵² *Tre Traktörer* ¶53; *Van Marle and others v. The Netherlands*, application no. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, 26.06.1986, ¶40-41; *Iatridis v. Greece*, application no. 31107/96, 25.03.1999, ¶54-55; *Lay Lay Company Limited v. Malta*, application no. 30633/11, 23.07.2013, ¶78; e *Könyv-Tár Kft. and Others v. Hungary*, application no. 21623/13, 16.10.2018, ¶32 (com uma revisão da jurisprudência anterior); TIPP 24 ¶94 [«(...) in cases involving the suspension or revocation of licences and permits or the refusal to enroll a person on a list of individuals entitled to practice a particular profession, the Court has tended to regard as a “possession” the underlying business or professional practice in question»].

¹⁰⁵³ *Tre Traktörer* ¶53.

¹⁰⁵⁴ Sobre a possibilidade de o goodwill ser objeto de expropriação, no direito internacional, *Christie* 1962, p. 319.

essencial do negócio dos queixoso, constitui um “bem” para efeitos do artigo 1-P1.¹⁰⁵⁵ A clientela não se confunde com os “rendimentos futuros”, que não beneficiam de proteção.¹⁰⁵⁶

O Tribunal admite proteger, ao abrigo do artigo 1-P1,¹⁰⁵⁷ cada um dos direitos ou interesses patrimoniais que compõem lastro empresarial. Porém, rejeita ver nesses elementos um referencial para efeitos de expropriação.¹⁰⁵⁸ Dito de outro modo, é o conjunto de direitos e interesses patrimoniais associados a um determinado negócio, à luz da essencialidade *relativa* de cada um desses direitos no quadro do investimento ou bem em causa, que há de ser tomado como ponto de referência no momento de determinar se a medida estadual sob apreciação consiste numa expropriação ou numa regulamentação do uso dos bens.¹⁰⁵⁹

4.4. Legítimas expectativas

O limite negativo deste raciocínio é dado pela proposição, várias vezes reiterada pelo Tribunal, de que o artigo 1-P1 não reconhece um direito a adquirir propriedade (*right to property*), e de que, nessa medida, só protege “bens” que já existam (*existing possessions*) ou, quando muito, “pretensões” (*claims*) com certas características.¹⁰⁶⁰ Ponto é que esses bens ou pretensões gozem de um *certo* nível de certeza ou de consolidação quanto à sua *existência*, e não se confundam, portanto, com meras expectativas (*mere hope*).¹⁰⁶¹⁻¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁵ Könyv-Tár Kft. and Others ¶32 (a propósito da decisão das autoridades húngaras de colocar o fornecimento dos manuais escolares sob competência de uma entidade pública, com prejuízo para as empresas privadas que até então distribuam os manuais).

¹⁰⁵⁶ Eg. Ian Edgar [Liverpool] Ltd. v. the United Kingdom (dec.), no. 37683/97, 25.01.2000, ou TIPP v. Germany, application no. 21252/09, 27.11.2012, ¶93. Alerta Van Drooghenbroeck 2000, p. 441, que esta é uma distinção de difícil aplicação: «How can one otherwise calculate the value of clientele or goodwill, if it is not precisely the hope of reproducing in future, the previous income which was produced by such clients or goodwill in the past?».

¹⁰⁵⁷ Esta perspetiva da propriedade como um conjunto de direitos e interesses patrimoniais parece assentar, segundo alguns, na metáfora – proposta por Hohfeld e com forte respaldo na doutrina e jurisprudência norte-americanas – do direito de propriedade como um “bundle of rights” ou uma “bag of tools”, ou seja, como uma teia complexa de direitos mais ou menos “nucleares”. Sobre a aplicação da metáfora do “bundle of rights” na jurisprudência do TEDH, Allen 2005, p. 146; Maxwell 2016, p. 909. Contra, Sigron 2014, p. 77.

¹⁰⁵⁸ Rejeita, portanto, aquilo que no direito constitucional norte-americano constitui “conceptual severance”. Na doutrina, Kriebaum & Schreuer 2007.

¹⁰⁵⁹ Colacino 2012, p. 174.

¹⁰⁶⁰ Van Drooghenbroeck 2000, p. 439.

¹⁰⁶¹ Bélané Nagy (Grand Chamber) ¶75. Estas considerações são particularmente relevantes no contexto de acordãos sobre pensões de reforma e outras prestações sociais, onde é comum o Tribunal recordar que o artigo 1-P1 não cria um direito de adquirir propriedade nem garante o direito a uma pensão de um determinado montante (Bélané Nagy v. Hungary, application no. 53080/13, Second Section, 10.02.2015,

5. O duplo papel das “legítimas expectativas” no artigo 1-P1

As “legítimas expectativas” desempenham um duplo papel no sistema da Convenção, que varia em função da fase do *iter* argumentativo em que são mobilizadas.¹⁰⁶³ De uma parte, são recorrentes as referências ao termo “legítimas expectativas” aquando da apreciação preliminar da existência de um bem (*possession*) para efeitos do artigo 1-P1. O artigo 1-P1 abrange tanto bens atuais (*existing possessions*) como pretensões jurídicas (*claims*) por meio das quais o requerente possa invocar, pelo menos, uma legítima expectativa de vir a obter um direito ou interesse patrimonial.¹⁰⁶⁴ De outra, a doutrina das “legítimas expectativas” surge, juntamente com os princípios da boa governança e da segurança jurídica,¹⁰⁶⁵ como um elemento a ter em conta na aplicação do princípio da proporcionalidade, concretamente na conclusão sobre se a interferência estatal estabeleceu um “justo equilíbrio” (*fair balance*) entre os interesses públicos e privados em presença.

A função assacada às legítimas expectativas em cada um destes momentos não é a mesma. No primeiro caso, as legítimas expectativas operam como uma solução de último recurso para garantir a admissibilidade da queixa do requerente, já que, na ausência de um “bem” para efeitos do artigo 1-P1, aquela não entra no âmbito *ratione materiae* da Convenção.¹⁰⁶⁶ No segundo caso, o recurso às “legítimas expectativas” não se reveste de carácter decisivo, operando apenas como um argumento em benefício da pretensão do queixoso.

6. As “legítimas expectativas” na determinação da existência de um “bem”

¶35-36). Genericamente, Klein v. Austria, application no. 57028/00, 03.03.2011, ¶42; Stefanetti and others v. Italy, applications nos. 21838/10, 21849/10, 21852/10, Second Section, 15.04.2014, ¶49; Koufaki and Adedy v. Greece, applications nos. 57665/12 and 57657/12, 07.05.2013, ¶33; Budchenko ¶36; Cazacu v. Moldova, application no. 40117/02, 23.10.2007, ¶37; Zwierzynski v. Poland, application no. 34049/96, 19.06.2001, ¶61; Basarba Ood v. Bulgaria, application no. 77660/01, 07.01.2010, ¶40; Maggio and Others v. Italy, application no. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 and 56001/08, 31.05.2011, ¶55. Como explica Sigron 2014, pp. 213-214, «the guarantees of P1-1 apply where the Contracting State created a property right and later on interferes with it», o que remete para um conceito abordado supra – o de *regulatory property*.

¹⁰⁶² Macieirinha 2014, p. 76 (nota n.º 5) prefere a tradução “direitos”.

¹⁰⁶³ Sigron 2014, p. 197, e já antes Allen 2005, p. 57.

¹⁰⁶⁴ Eg. Kopecky ¶35; B. v. The United Kingdom, application no. 36571/06, 14.05.2012, ¶36; Draon ¶65; Balan v. Moldova, application no. 19247/03, 29.01.2008, ¶31; Hamer ¶ 75.

¹⁰⁶⁵ Sobre o princípio da segurança jurídica no sistema da Convenção, Salvia 2001, p. 717-729.

¹⁰⁶⁶ Sigron 2014, pp. 116, 214. Trata-se de uma solução de último recurso na medida em que o Tribunal indaga, inicialmente, da existência de um bem atual, e só na ausência deste é que se volta para as legítimas expectativas do requerente na obtenção de um interesse patrimonial com base na pretensão jurídica de que é titular.

Foi em 2004, no acórdão *Kopeccky v. Slovakia*, que o TEDH alertou, pela primeira vez, para o facto de as “legítimas expectativas” poderem constituir “bens” por duas vias: (i) quando traduzam a probabilidade de sucesso de uma pretensão jurídica; (ii) enquanto parte ou componente de um bem, mesmo se fundadas em atos inválidos.¹⁰⁶⁷

6.1. Delimitação negativa

A jurisprudência do Tribunal rejeita a existência de expectativas legítimas quando o requerente não preenche as condições de que o direito interno do Estado demandando faz depender o sucesso de uma pretensão. As políticas de restituição de bens instituídas na sequência do fim da URSS fornecem bons exemplos de situações deste tipo.¹⁰⁶⁸

Estas decisões confirmam que o artigo 1-P1 não garante um direito a adquirir propriedade e que, em coerência, o TEDH não interfere nem no âmbito nem nas condições definidas pelos Estados partes para a restituição da propriedade confiscada antes da entrada em vigor da Convenção nesses Estados.¹⁰⁶⁹ Não será assim, todavia, quando a resposta à questão de saber se o requerente era titular de um interesse patrimonial ao tempo em que se deu a alteração legislativa tenha sido afetada por essa mesma alteração legislativa.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁷ *Kopeccky* ¶45-52.

¹⁰⁶⁸ O *leading case* foi o acórdão *Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic*, application no. 39794/98, Decision as to the admissibility, 10.07.2002, ¶68-77, em que estava em causa uma ação para a recuperação de uma propriedade confiscada pelo governo comunista da Checoslováquia a uma família, na sequência da “fuga” desta para os Estados-Unidos durante os anos 80 (e que acarretara a perda da nacionalidade checa). O TEDH negou que os requerentes fossem titulares de uma expectativa legítima na obtenção do interesse patrimonial subjacente à sua pretensão, por estes não respeitarem integralmente as condições de que a lei checa fazia depender a recuperação da propriedade, designadamente o requisito da nacionalidade checa. Interessante verificar que o Tribunal não analisou a condição da nacionalidade à luz do princípio da igualdade consagrado no artigo 14 da CEDH. Isto porque o artigo 14 não é suscetível de aplicação autónoma e só pode operar se os queixosos forem titulares de um “bem” nos termos do artigo 1-P1, algo que, *in casu*, não sucedia. Em sentido idêntico, *Kopeccky* ¶49-52, *Jantner v. Slovakia*, application no. 390509/97, ¶32-33; *Cazacu* ¶39; *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, application no. 42527/98, 12.07.2001, ¶85; *Rasmussen v. Poland*, application no. 38886/05, 28.04.2009, ¶75.

¹⁰⁶⁹ Eg. *Beshiri* ¶80(e).

¹⁰⁷⁰ *Bélané Nagy (Grand Chamber)* ¶98. Em causa estava uma alteração legislativa de um regime de pensões de invalidez, da qual resultou a revogação da pensão auferida pelo requerente desde 2001, pelo facto de, ao abrigo do novo regime, ter deixado de preencher os requisitos de admissibilidade (percentagem mínima de incapacidade). O Tribunal chega à conclusão de que o requerente dispunha de uma expectativa legítima em como continuaria a receber uma pensão de invalidez enquanto a sua percentagem de incapacidade se mantivesse inalterada, e que essa expectativa perdurou mesmo depois de, por força da alteração legislativa operada, o requerente ter cessado de cumprir o requisito relativo à percentagem mínima de incapacidade. Nas palavras do Tribunal, que nos parecem razoáveis, «(...) the principles which exclude the finding of an interference where the person concerned ceases to satisfy the

Tampouco se formam legítimas expectativas quando, havendo controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o modo como o direito interno deve ser interpretado e aplicado, os tribunais domésticos rejeitem a pretensão do queixoso.¹⁰⁷¹ Considera o TEDH que, nestes casos, ficam irremediavelmente abaladas as probabilidades de sucesso da pretensão do queixoso, não podendo este invocar, por conseguinte, uma expectativa legítima de obtenção de um determinado bem.

6.2. Delimitação positiva

6.2.1. Pretensões com arrimo suficiente no direito interno do Estado demandado

A legítima expectativa é condição para que uma pretensão jurídica entre no âmbito *ratione materiae* do artigo 1-P1, e existe, apenas e só, quando a pretensão invocada tenha arrimo suficiente no direito interno do Estado demandado (*sufficient basis in national law*), concretamente na sua legislação e na sua jurisprudência.¹⁰⁷² Neste sentido, uma pretensão jurídica relativamente à qual o requerente possa invocar uma legítima expectativa de realização é uma pretensão que, atento o estado presente do direito interno sobre uma determinada matéria, tem fortes probabilidades empíricas de sucesso.¹⁰⁷³

Em mais do que uma ocasião, o TEDH teve necessidade de esclarecer, relativamente ao conjunto de situações a que agora nos reportamos, que uma expectativa legítima, quando detetada, constitui indício seguro da consolidação de um dado interesse patrimonial na esfera jurídica do requerente, mas não é – *per se* – constitutiva desse interesse patrimonial. Neste sentido, a legítima expectativa é algo que

legal conditions laid down in domestic law cannot be mechanically applied to situations where the complaint specifically concerns the very change in the legal conditions that it at issue». Na doutrina, Allen 2005, pp. 61-62.

¹⁰⁷¹ Kopecky ¶ 50; Béláné Nagy (Grand Chamber) ¶75.

¹⁰⁷² Béláné Nagy (Grand Chamber) ¶75 («A legitimate expectation must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision»); Beshiri and Others v. Albania, application no. 7352/03, 22.08.2006, ¶77; Agrati et Autres c. Italie, Requête nos. 43549/08, 6107/09 et 5087/09, 07.06.2011, ¶74.

¹⁰⁷³ Allen 2005, p. 49 [«(...) the idea of legitimate expectations related to the strength of the claims, in the sense that the legal merits of the claims were sufficiently established»]; Padelletti 2003, p. 85 [«In generale, il ricorso al criterio della legittima aspettativa consente di qualificare in modo positivo e di considerare attuale le pretese patrimoniali del ricorrente, estendendo la nozione di proprietà anche rispetto a quelle ipotesi in cui non via sia un diritto soggettivo già acquisito nell'ordinamento interno, purchè la considerazione complessiva di quest'ultimo consenta una *prognosi favorevole in merito alla possibilità che l'aspettativa del singolo possa concretizzarsi*»] – o itálico é nosso; Conti 2012; Escarcena 2012, p. 518; Novitz 2012, p. 149; Ristik 2015, p. 151.

encurta a distância entre a pretensão e o interesse patrimonial ou, como se lê no acórdão Kopecky, «it is related to the way in which the claim qualifying as an asset would be treated under domestic law and in particular to reliance on the fact that the established case-law of the national courts would continue to be applied (...)».¹⁰⁷⁴

O grau de consolidação de uma pretensão no ordenamento interno depende, por ex., da jurisprudência constante dos tribunais domésticos e do carácter vinculado das disposições normativas ou administrativas em que se funda a pretensão, eventualmente em associação com o facto de o requerente já dispor de uma decisão judicial em seu benefício.¹⁰⁷⁵

Alguns acórdãos merecem, neste ponto, uma nota específica. O primeiro deles é o acórdão *Pressos Compania Naviera*, de 1995, a propósito de uma alteração retrospectiva das regras sobre responsabilidade civil em matéria de acidentes com navios, que teve impacto imediato sobre a jurisprudência consolidada da Cour de Cassation belga e sobre os processos pendentes e futuros aos quais ela supostamente seria aplicada. Apesar de o Governo ter alegado que a jurisprudência da Cour de Cassation permanecia controversa, o Tribunal considerou que os requerentes tinham, pelo menos, a “legítima expectativa” de que as pretensões derivadas de acidentes com navios seriam ajuizadas *de acordo com a lei vigente ao tempo em que os danos foram produzidos*.¹⁰⁷⁶

Outras vezes, o facto de a interferência estadual se dar num momento em que o requerente já dispõe de uma decisão judicial a seu favor (*pending claims* ou *final court judgments*) é entendido como um indício *adicional* da consolidação de uma pretensão e, tratando-se de uma interferência legislativa sobre processos pendentes, reclama a

¹⁰⁷⁴ Kopecky ¶48; Draon ¶67.

¹⁰⁷⁵ Kriebaum & Schreuer 2007, p. 7.

¹⁰⁷⁶ *Pressos Compania Naviera* ¶29-32. Em sentido idêntico, *S.A. Dangeville c. France*, application no. 36677/97, Second Section, 16.04.2002, a propósito de um acórdão do Conseil d'État que negou ao queixoso o direito a obter uma compensação financeira do Estado francês, por este ter liquidado indevidamente IVA sobre serviços que beneficiavam de isenção de acordo com as normas de uma Diretiva da União (a Sexta Diretiva do IVA). O Conseil d'État rejeitou o pedido de compensação com fundamento no princípio *res judicata*, isto é, na circunstância de a pretensão do recorrente já ter sido analisada e rejeitada no quadro do processo tributário. O TEDH lembrou que os queixosos tinham, pelo menos, uma legítima expectativa de que a pretensão de reembolso do IVA (independentemente do tipo de tutela jurídica, primária ou secundária, através do qual esse “reembolso” se processasse) seria acolhida pelos tribunais franceses. Essa expectativa teria por base a incompatibilidade da legislação francesa com uma norma da diretiva dotada de efeito direto (clara, precisa e incondicional), a circular administrativa de 02.01.1986 (de acordo com a qual as autoridades francesas prescindiam de proceder à cobrança coerciva do montante de IVA não pago pelos sujeitos passivos, podendo os sujeitos passivos que tivessem efetuado pagamento do IVA obter, em ação de responsabilidade, a reparação dos danos causados), e a circunstância de a alta jurisdição francesa ter admitido, noutras ocasiões, controlar a compatibilidade de leis com o direito da União e aceitar pretensões ressarcitórias contra o Estado em situações em que o recurso de anulação fora previamente rejeitado (¶44-48).

convocação do direito a um processo equitativo (artigo 6 CEDH), separada ou conjugadamente com o artigo 1-P1.¹⁰⁷⁷

A circunstância de o requerente dispor de uma decisão judicial não transitada em julgado não é decisiva. Se, por ex., o um tribunal de primeira instância profere uma decisão que, dando ganho de causa ao requerente, entra em frontal contradição com a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, dificilmente se poderá considerar que a pretensão do requerente é baseada numa expectativa legítima.¹⁰⁷⁸

Um ponto algo obscuro é o de saber se as pretensões que já tenham sido objeto de uma decisão final de mérito (*final court judgment*) beneficiam da proteção conferida pelo artigo 1-P1 a título de “bens atuais” ou ainda por banda da doutrina das “legítimas expectativas”.

Neste ponto, o *leading case* é o acórdão *Stran Greek Refineries*, em que estava em causa uma intervenção legislativa do Parlamento grego, na sequência da restauração da democracia, sobre processos judiciais ou arbitrais desencadeados com base num contrato de concessão de uma refinaria de petróleo concluído durante a ditadura militar. Por força dessa intervenção, foi declarada nula a decisão arbitral que condenara o Estado grego no pagamento de uma indemnização à requerente. Ora, sem sequer lançar mão da doutrina das legítimas expectativas, o TEDH reconheceu que a queixosa era titular de um bem para efeitos do artigo 1-P1, bem esse que se traduzia, concretamente, *no direito a receber a quantia fixada numa decisão arbitral*.¹⁰⁷⁹ Consistindo a decisão final numa obrigação pecuniária de montante determinado (*judgment debt*), é

¹⁰⁷⁷ Foi o que sucedeu no acórdão *Smokovitis and others v. Greece*, application no. 46356/99, Judgment, 11.04.2002, ¶32. Em 1994, o Parlamento grego aprovou uma lei segundo a qual o suplemento salarial para os professores do Politécnico a que se fizera referência numa decisão ministerial de 1989 valia apenas para os professores com posições permanentes (*permanent staff*). Tal lei deveria aplicar-se inclusivamente a todos processos judiciais sem trânsito em julgado. Depois de ter concluído que existira violação do artigo 6 (direito a um processo equitativo), o Tribunal realçou, a propósito do artigo 1-P1, que a pretensão dos requerentes já tinha sido objeto de uma decisão favorável em primeira instância, algo que, em conjunto com o facto de a jurisprudência ter vindo a interpretar a decisão ministerial de 1989 como abrangendo tanto os professores permanentes como os temporários, seria suficiente para fundar uma “legítima expectativa” de obtenção do interesse patrimonial em foco. Em sentido semelhante, *Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S and others v. Italy*, application nos. 48357/07, 52677/07, 52687/07 and 52701/07, 24.06.2014, ¶99. Note-se que o artigo 6 da CEDH não se aplica ao contencioso fiscal, de acordo com o estabelecido nos acórdãos *Ferrazzini c. Italie*, requête n.º 44759/98, 12.07.1998, e *Beires Côte-Real c. Portugal*, requête n.º 48225/08, 11.01.2012, ¶34-36.

¹⁰⁷⁸ Neste sentido, *Sigron* 2014, pp. 113-115.

¹⁰⁷⁹ *Stran Greek Refineries* ¶59-61 («under Greek legislation arbitration awards have the force of final decisions and are deemed to be enforceable»).

desnecessária a demonstração de que a pretensão se sustenta numa expectativa legítima de sucesso.¹⁰⁸⁰

6.2.2. Legítimas expectativas como “componente” ou “parte” do bem

O acórdão Kopecky, que mencionámos supra, parece abrir espaço para a identificação de um outro tipo de legítimas expectativas, mais próximo do significado de que o conceito se reveste no direito público dos Estados partes da Convenção.

Em vários acórdãos, mas nem sempre de forma coerente, o Tribunal deu conta de que quando o Estado ou outras autoridades públicas tenham praticado atos tidos como determinantes para a realização ou subsistência de um determinado investimento ou bem, os particulares gozam de uma “expectativa legítima” na sua manutenção ou não revogação ou, alternativamente, na prática de outros atos sem os quais o “bem” ou interesse patrimonial de que já são titulares perde substancialmente o seu valor. Aqui, portanto, a legítima expectativa não é um índice empírico da probabilidade de sucesso de uma pretensão, mas é barómetro do grau e da qualidade da confiança dos particulares num determinado ato do Estado.¹⁰⁸¹

Nos acórdãos Pine Valley e Stretch – todos eles invocando as “legítimas expectativas” do queixoso para sustentar a existência de um “bem” - a confiança dos queixosos provinha de atos considerados inválidos pelo direito interno ou de situações de tolerância prolongada de autoridades públicas para com comportamentos inválidos daqueles.¹⁰⁸² Logo, se acaso o Tribunal tivesse lançado mão da doutrina desenvolvida

¹⁰⁸⁰ Sigron 2014, p. 109 [«(...) If the applicant has a judgment debt, the ECtHR may confine itself to indicating that he has a proprietary interest which is sufficiently established in domestic law, enforceable and not revocable – without applying the doctrine of legitimate expectations in the context. The application of the doctrine is not necessary for judgment debts to qualify as “assets” since the final and enforceable judgment confers on the applicant an existing property right». Em sentido idêntico, Bulgakova v. Russia, application no. 69524/01, 18.01.2007, ¶31 (embora referindo-se às legítimas expectativas em termos que nos parecem desnecessários), Balan ¶ 34, Dementyev v. Russia, application no. 3244/04, 06.11.2008, ¶31, Kotov v. Russia, application no. 54522/00, Grand Chamber, 03.04.2012, ¶90 (destacando, em linha com outros acórdãos, que um crédito contra um particular, mesmo quando declarado em decisão judicial, é menos certo, porque a satisfação do crédito está dependente do património do devedor). Na doutrina, Allen 2005, p. 47; Wicks, Rainey & Ovey 2017, pp. 356-357; Popelier 2006, p. 13.

¹⁰⁸¹ Sigron 2014, p. 84.

¹⁰⁸² Depalle ¶63-68; Bellizzi v. Malta, application no. 46575/09, 21.06.2011, ¶68-76; Brosset-Triboulet ¶65-71; Hamer ¶76. Cf., contudo, o acórdão Beyeler ¶104-105. Aqui, o requerente adquiriu, através de um intermediário, um quadro do pintor Van Gogh, classificado como “património cultural” (ou equivalente) pela lei italiana. Apesar da venda ter sido comunicada ao Ministro competente para efeitos de exercício do direito de preferência, tal comunicação não identificou o comprador final do quadro, gerando, por conseguinte, a nulidade do contrato. Em 1988, o requerente comunicou ao Ministro competente a venda do quadro a um museu, por um preço significativamente superior ao preço de

no acórdão Pressos, dificilmente poderia ter concluído, naqueles arrestos, pela existência de um “bem” para efeitos do artigo 1-P1, uma vez que as pretensões dos requerentes não tinham, à luz do direito interno dos Estados demandados, chances de sucesso.¹⁰⁸³⁻¹⁰⁸⁴

O acórdão Centro Europa merece especial referência, visto que, apesar de não estar em causa um ato inválido das autoridades italianas, o Tribunal enfatiza a associação entre um determinado interesse patrimonial (eg. licença, autorização, título de exploração) e o investimento ou bem de que o requerente *já é titular*.

Em causa estava uma disputa envolvendo uma empresa italiana do sector audiovisual, a quem as autoridades italianas haviam atribuído uma licença de radiodifusão. A licença mencionava expressamente que, no prazo de 24 meses, deveriam ser conferidas à Centro Europa três frequências de radiodifusão cobrindo mais de 80% do território italiano, a determinar de acordo com o plano de atribuição de frequências. Uma série de regimes transitórios desenhados para benefício das operadoras já existentes fez com que só em 2009, dez anos depois da atribuição da

aquisição. Considerando que o contrato de compra e venda original era nulo, o Ministro exerceu o direito de preferência sobre o preço original e não sobre o preço de revenda. O Tribunal reputou como relevante o facto de, em várias ocasiões, as autoridades públicas italianas terem tratado o requerente como proprietário do quadro, o que demonstraria a existência de um “bem” para efeitos do artigo 1-P1. Não se surpreende, na fundamentação do TEDH, qualquer referência à doutrina das “legítimas expectativas”, não obstante o quadro factual não diferir substancialmente de outros arrestos em que essa doutrina foi invocada. Sobre o acórdão, Padelletti 2000, p. 788-789.

¹⁰⁸³ Como explica Allen 2005, p. 64 [«(...) In these cases, the applicant does not have a recognised interest under national law, and yet the Court has sometimes found that P1(1) is applicable»].

¹⁰⁸⁴ No acórdão Pine Valley, estava sob apreciação uma disputa envolvendo a aquisição de terrenos por parte de uma sociedade, realizada no pressuposto de que, de acordo com os planos municipais em vigor e com a licença preliminar (outline permission) conferida pelas autoridades municipais, aquela sociedade aí poderia instalar um complexo industrial. O Supreme Court considerou tal licença inválida, por ser *ultra vires*, facto que levou o legislador a aprovar legislação que validava retroativamente a licença concedida. Não obstante isto, mais tarde, a licença de construção definitiva foi recusada pela administração com base em idêntico fundamento, ou seja, no facto de a licença preliminar ser inválida, porque *ultra vires* (Pine Valley ¶51 – os itálicos são nossos). Na análise subjacente à determinação da existência de um bem, o Tribunal colocou em destaque os elementos decisivos para este tipo de utilização da doutrina das legítimas expectativas, a saber: concluiu, em primeiro lugar, que «when Pine Valley purchased the site, it did so *in reliance on the permission* which had been duly recorded in a public register kept for the purpose and which it was perfectly entitled to assume was valid»; em segundo lugar, que até à decisão do Supreme Court, «the applicants had least a legitimate expectation of being able to carry out their proposed development and this has to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (...), as a component part of the property in question». A factualidade do acórdão Stretch é semelhante, ou seja, estava em causa um contrato de arrendamento de um terreno, concluído entre o requerente e o Dorchester Borough Council, que vinculava o primeiro à construção de seis imóveis por um período de 22 anos, com opção de prorrogação por idêntico período. Porém, acionada a opção, a administração recusou a renovação do contrato, com fundamento no facto de esta ser *ultra vires*. O Tribunal sublinhou que o requerente só concluiria o contrato de arrendamento na pressuposição de que o mesmo seria renovado, e que nenhuma das partes do contrato estava ao corrente da existência de obstáculos legais à renovação. Portanto, «the applicant must be regarded as having at least a legitimate expectation of exercising the option to renew and this may be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1, as attached to the property rights granted to him by Dorchester under the lease» (¶ 34-35).

licença, a Centro Europa tenha recebido as frequências necessárias para começar a transmitir. O TEDH admitiu que, em face do disposto na licença, o requerente dispunha de uma “expectativa legítima” de que lhe seriam atribuídas frequências de radiodifusão, e que essa expectativa era, no fundo, condição da utilidade do investimento realizado na obtenção da licença de radiodifusão.¹⁰⁸⁵

7. A estrutura do artigo 1-P1

São muitos os acórdãos que, desde o *leading case* Sporrong & Lönnroth, descrevem a estrutura do artigo 1-P1 como contendo três regras com uma dinâmica de relacionamento específica.¹⁰⁸⁶

A primeira regra corresponde ao primeiro segmento do primeiro parágrafo do artigo 1, onde se dispõe que «qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens». A segunda regra compreende o segundo segmento do primeiro parágrafo do artigo 1, e contém o equivalente a uma cláusula expropriatória, com a seguinte redação: «Ninguém pode ser privado do que é a sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional». A terceira regra – relativa ao “controlo dos bens” – corresponde ao segundo parágrafo do artigo 1, e dispõe o seguinte: «As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas».

O Tribunal desenvolveu, através da sua jurisprudência, um sistema compacto de proteção da condição patrimonial dos indivíduos, de onde emerge a *centralidade* do princípio geral de respeito dos bens (primeira regra).¹⁰⁸⁷ Com efeito, tal princípio é o *cimento teleonomológico* que une as demais regras do artigo 1, de tal forma que o Tribunal sublinha habitualmente que essas regras são apenas «particular instances of interferences with the right to the peaceful enjoyment of property», devendo, por isso, ser interpretadas à luz daquele princípio geral.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁵ Centro Europa ¶175-179.

¹⁰⁸⁶ Sporrong & Lönnroth ¶61.

¹⁰⁸⁷ Sobre este sistema de regras, Colacino 2012, p. 109 ss.; Sigron 2014, p. 39, Higgins 1982, p. 345, Wicks, Rainey & Ovey 2017, pp. 358-375; Krenc & Renault 2013, pp. 23-27.

¹⁰⁸⁸ Eg. Jokela ¶44, Bäck ¶58, Amato Gauci v. Malta, application no. 47045/06, 15.09.2009, ¶50, Gáll ¶42, Air Canada v. The United Kingdom, application no. 18465/91, 05.05.1995, ¶30, Bosphorus ¶141,

Para além de parâmetro interpretativo, o princípio de respeito pelos bens assume-se, nas palavras da doutrina, como um “gap filler”,¹⁰⁸⁹ um “fourretout”¹⁰⁹⁰ ou uma “norma di chiusura”,¹⁰⁹¹ ou seja, como uma norma subsidiária a convocar na eventualidade de a interferência estadual não se reconduzir nem a uma medida privativa da propriedade nem a uma medida de controlo dos bens.¹⁰⁹²

Na verdade, há situações em que o Tribunal nem sequer tenta qualificar o tipo de interferência sob apreciação por, atenta a força aglutinadora do princípio do respeito dos bens, reputar (explícita ou implicitamente) tal exercício de *desnecessário*.¹⁰⁹³ Esta “quase” indiferença do Tribunal pelo processo de subsunção da interferência estadual numa das três regras do artigo 1-P1 é facilmente explicável. Com efeito, a validade de todas essas interferências será testada à luz de uma “batuta” única,¹⁰⁹⁴ que passa, a saber, pela comprovação de um *interesse legítimo*, pela comprovação de *base legal*, e pela verificação do respeito pelo *princípio da proporcionalidade (fair balance)*.¹⁰⁹⁵⁻¹⁰⁹⁶

Destarte, apesar de haver diferenças entre as várias regras, a relevância dessas diferenças diluir-se-á através da flexibilidade que o princípio da proporcionalidade outorga ao processo de apuramento de um justo equilíbrio entre os interesses em presença,¹⁰⁹⁷ designadamente pelo facto de esse justo equilíbrio *poder requerer*, em qualquer dos casos, o pagamento de uma indemnização.

Brosset-Triboulet ¶86, Depalle ¶77, Vistins and Perepjolkins v. Latvia, application no. 71243/01, 25.10.2012, ¶93, e, sobretudo, James and Others ¶37.

¹⁰⁸⁹ Zemke 2016, p. 600.

¹⁰⁹⁰ Krenc & Renault 2013, p. 24, sublinhando que essa função de “fourretout” também opera no ordenamento jurídico belga, preenchendo os espaços não ocupados pelo artigo 16 da Constituição belga («Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité»).

¹⁰⁹¹ Padelletti 2003, p. 146-47.

¹⁰⁹² Colacino 2012, p. 152; Bücheler 2015, p. 145; Saccucci 2014, p. 1596. Na jurisprudência, eg. Erkner Hofauer v. Austria, application no. 9616/81, 29.07.1987, ¶72.

¹⁰⁹³ Isto é particularmente verdade em matéria tributária, como comprovam eg. os acórdãos Bulves v. Bulgaria, application no. 3991/03, 22.04.2009, ¶61, Dangeville ¶51, Gáll ¶42.

¹⁰⁹⁴ Papier & Shirvani 2019 (comentário ao artigo 14 GG, notas n.ºs 86-93).

¹⁰⁹⁵ Broniowski ¶148 [«(...) the existence of a “public interest” required under the second sentence [segunda regra], or the “general interest” referred to in the second paragraph [terceira regra], are in fact corollaries of the principle set forth in the first sentence, so that an interference with the exercise of the right to the peaceful enjoyment of possessions within the meaning of the first sentence of article 1 must also pursue an aim in the public interest»].

¹⁰⁹⁶ Apesar de os conceitos “utilité publique”, na versão francesa, e “public interest”, na versão inglesa, não serem sinónimos, a jurisprudência há muito que superou esta dissemelhança, atribuindo a estas e outras formulações presentes no preceito – mormente as de “general interest” e “intérêt général” que se encontram na terceira regra – um significado idêntico. Na doutrina, Conti 2012, p. 27, Krenc & Renault 2013, p. 38; Padelletti 2003, p. 166. Na jurisprudência, eg. James ¶42, 46.

¹⁰⁹⁷ Allen 2005, pp. 103-104. No entender do Autor, «(...) the Strasbourg Court has tended to put problematic cases into Rule 1, and has sought to develop Rule 2 and Rule 3 as conceptually distinct categories where reasonably clear consequences regarding compensation follow from the categorization, but always subject to the flexibility of a fair balance that allows it to make exceptions where it sees fit».

7.1. Primeira regra: o princípio geral de respeito pelos bens

Interferências enquadráveis na primeira regra do artigo 1-P1 são, de acordo com a jurisprudência do TEDH, a recusa por parte das autoridades de um Estado do acesso a terras ocupadas pelas forças armadas,¹⁰⁹⁸ uma lei que fixa indemnizações significativamente abaixo do valor de mercado no contexto da aplicação de um tratado de retificação de fronteiras,¹⁰⁹⁹ demora no reembolso ou recusa de reembolso do IVA suportado na aquisição de bens e serviços,¹¹⁰⁰ uma lei que declara nula uma decisão arbitral já proferida,¹¹⁰¹ medidas de reestruturação da dívida soberana através da introdução retroativa de uma cláusula de ação coletiva.¹¹⁰²⁻¹¹⁰³

7.2. Segunda regra: privação da propriedade privada

Tendo em conta o relevo pragmático do artigo 1-P1 no contexto da Convenção – quarta disposição mais vezes violada em 2019¹¹⁰⁴ – é legítimo dizer que só muito raramente o Tribunal logra enquadrar a interferência estadual na segunda regra daquele preceito. O mesmo é dizer que muito raramente o Tribunal conclui pela ocorrência de uma medida privativa da propriedade, seja ela uma expropriação formal (com transferência de título) ou uma expropriação *de facto*.¹¹⁰⁵

Ao contrário do que sucede no DIE e no direito norte-americano, o processo de qualificação da interferência é feito *ex ante*, ou seja, independentemente de quaisquer considerações associadas à *validade* da interferência e ao respeito pelo princípio da

¹⁰⁹⁸ Loizidou v. Turkey, application no. 15318/89, 18.12.1996, ¶63. Comparar com Papamichalopoulos and Others v. Greece, application no. 14556/89, 24.06.1993, ¶45, em que o Tribunal concluiu pela ocorrência de uma expropriação.

¹⁰⁹⁹ Broniowski v. Poland, application no. 31443/96, 22.06.2004, ¶136.

¹¹⁰⁰ Gáll ¶41; Intersplav v. Ukraine, application no. 803/02, 23.05.2007, ¶33.

¹¹⁰¹ Stran Greek Refineries ¶68.

¹¹⁰² Mamatas et autres ¶94. Outras interferências – menos próximas do nosso centro temático – são, por ex., uma ordem de desocupação de um terreno onde um cinema vinha operando, há vários anos, ao abrigo de um contrato de arrendamento (Iatridis ¶55); não aprovação dos planos urbanísticos necessários ao desenvolvimento de certas frações de um terreno (Buczkiwicz v. Poland, application no. 10446/03, ¶65); estabelecimento de limites máximos ou redução retrospectiva de pensões de reforma ou de outros benefícios sociais (Kjartan Ásmundsson ¶40; Valkov and others v. Bulgaria, applications nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, 25.10.2011, ¶88; Andrejeva v. Latvia, application no. 55707/00, 18.02.2009, ¶80; Klein ¶48-9].

¹¹⁰³ Cláusulas de ação coletiva são cláusulas que obrigam os titulares de títulos da dívida pública a participar em operações de reestruturação quando uma percentagem desses títulos tenha aderido voluntariamente à reestruturação.

¹¹⁰⁴ ECHR Statistics 2019, Violation by article and by State, disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2019_ENG.pdf.

¹¹⁰⁵ Papier & Shirvani 2019 (comentário ao artigo 14 GG, nota n.º 90); Meyer-Ladewig & von Raumer 2017, p. 747.

proporcionalidade.¹¹⁰⁶ Por outro lado, a destriça essencial entre regulamentação do uso dos bens não indenizável e expropriação indenizável – típica, aliás, dos dois ordenamentos mencionados – não tem paralelo no sistema da Convenção, onde: (i) a indemnização é exigível independentemente de a interferência ser enquadrável na segunda regra; e (ii) nem todas as situações enquadráveis na segunda regra carecem de indemnização.¹¹⁰⁷

O Tribunal opta por um conceito estrito de expropriação,¹¹⁰⁸ que conjuga cumulativamente três vetores:¹¹⁰⁹ (i) o carácter ou fim da interferência, (ii) a definitividade da interferência, (iii) e o impacto da interferência na situação do queixoso. Este triângulo releva, sobretudo, no processo de identificação de expropriações *de facto*, pois aí fica patente a necessidade de o Tribunal olhar «para lá das aparências» por forma a assegurar o *sentido útil* dos direitos consagrados na Convenção e nos seus protocolos.¹¹¹⁰

7.2.1. O carácter ou fim da interferência

Por carácter ou finalidade da interferência estadual entende-se não só o contexto jurídico, mas também o *animus* com que determinada medida é adotada.¹¹¹¹ Se, por ex., no quadro de um processo penal ou de ações de contra terrorismo, o Estado apreende aviões ou carros usados em atividades criminosas, ou se, no contexto de um processo tributário, executa bens do contribuinte necessários ao cumprimento da obrigação tributária, é evidente que a configuração dessas medidas não pode passar pela segunda regra do artigo 1-P1.¹¹¹² Por outras palavras, o facto de haver “privações da propriedade”, temporárias ou definitivas, não reconduzíveis à segunda regra demonstra

¹¹⁰⁶Kriebaum 2009, p. 241; Bücheler 2015, p. 134, 147.

¹¹⁰⁷ Parafraseamos as certas palavras de Allen 2005, p. 118: «(...) in terms of P1 (1) doctrine, the Court has not said that compensation is only required under Rule 2, nor that compensation is always required under Rule 2».

¹¹⁰⁸ Krenc & Renault 2013, p. 25; Paporinskis 2013b, p. 234.

¹¹⁰⁹ Perkams 2010, p. 116.

¹¹¹⁰ Sporrang & Lönnroth ¶63.

¹¹¹¹ Allen 2005, pp. 114-116, e Padelletti 2003, pp. 139-141, argumentando que o Tribunal deveria ter recorrido, neste ponto, aos princípios gerais de direito internacional, na parte em que estes excluem da tutela da propriedade tanto as medidas confiscatórias adotadas no âmbito do processo penal, como a venda forçada de bens no contexto de processos executivos.

¹¹¹² Infra Cap. 5 e 7.

que o conceito convencional de expropriação não depende, em exclusivo, do impacto da medida.¹¹¹³

Portanto, à luz da CEDH, é possível uma distinção *a priori* entre uma regulamentação de uso dos bens *desproporcionada*, por um lado, e uma expropriação *indemnizável*, relevando, para efeitos de qualificação, o propósito da medida estadual.

Além disso, no acórdão Hutten-Czapska, o Tribunal aborda abertamente um ponto importante em termos de direito comparado, que é o da distinção entre uma regulamentação de uso dos bens desproporcionada, por um lado, e uma expropriação indemnizável, por outro, enfatizando a necessidade de tomar em consideração, para efeitos de qualificação, o propósito da medida estadual.

Dito de outro modo, uma coisa é a *natureza* da medida adotada, outra é o *grau* de impacto da medida. *In casu*, no entender o Tribunal, «all the measures taken, whose aim was to subject the applicant's house to continued tenancy and not to take it away from her permanently, could not be considered a formal or even de facto expropriation but constituted a means of State control of the use of her property».¹¹¹⁴ Este critério afasta o artigo 1-P1 da cláusula expropriatória do DIE.

Depois, olhando aos acórdãos em que o Tribunal admitiu a ocorrência de uma expropriação,¹¹¹⁵ apercebemo-nos que boa parte deles teve por base uma interferência retrospectiva ou retroativa na situação dos requerentes, ou seja, atuações produzidas *com o intuito* de reverter, *com benefícios para o Estado*, situações consolidadas. Atente-se, por ex., no acórdão Althoff and Others, a propósito de uma intervenção legislativa que determinou que o prazo para a apresentação de ações de restituição de bens expropriados pela ex-RDA não se aplicava às ações de restituição abrangidas pela convenção internacional concluída entre a Alemanha e os Estados-Unidos, em 1992. Essa alteração legislativa, como sublinhou o Tribunal, teve como consequência a

¹¹¹³ Na doutrina, Escarcena 2012, p. 524; também Epidendio 2019, p. 434 ss. (sobre a pena de “confisco” prevista na lei italiana em caso de divisão ilegal de terras). Cf., contudo, Andonoski v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, application no. 16225/08, 17.09.2015, ¶12, B. K. M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi v. Slovenia, application no. 42079/12, 17.01.2017, ¶38, em que estavam em causa medidas confiscatórias tomadas no âmbito de processos criminais, enquadradas, não obstante, na segunda regra do artigo 1-P1.

¹¹¹⁴ Hutten-Czapska ¶160 – o itálico é nosso.

¹¹¹⁵ Pressos Compania Naviera ¶34; Les Saints Monastères c. Grèce, requête n.º 13092/87, 13984/88, 09.12.1994, ¶ 61-66; Zwierzynski ¶70; Kehaya and Others v. Bulgaria, applications nos. 47797/99 and 68698/01, 12.01.2006, ¶ 74; Vontas and Others v. Greece, application no. 43588/06, ¶32; Papamichalopoulos and Others ¶45; Hentrich v. France application no. 13616/88, 22.09.1994, ¶35.

destruição inesperada de quaisquer pretensões dos requerentes relativamente à restituição de terras.¹¹¹⁶

7.2.2. A definitividade da interferência

Apenas privações *definitivas* podem constituir expropriações de facto enquadráveis na segunda regra do artigo 1-P1.¹¹¹⁷ No acórdão Matos e Silva, uma das razões tidas em conta pelo Tribunal para excluir a ocorrência de uma expropriação *de facto* foi precisamente a circunstância de a declaração de utilidade pública que pendeu sobre o terreno dos requerentes durante mais de 13 anos não ser *definitiva* e poder caducar caso a expropriação propriamente dita não fosse levada a cabo.¹¹¹⁸⁻¹¹¹⁹

7.2.3. O impacto da interferência na situação do requerente

No apuramento do impacto subjetivo da interferência, o Tribunal prefere claramente um critério jurídico.¹¹²⁰ Decisivos são, portanto, os efeitos da interferência sobre os poderes jurídicos e de facto que compõem o direito de propriedade – aquilo que designaremos infra, no Cap. 5, como neutralização do controlo.

¹¹¹⁶ Althoff and Others v. Germany, application no. 5631/05, 08.12.2012, ¶52-53; Joubert c. France, requête no. 30345/05, 23.07.2009 (enquadrando na segunda regra do artigo 1-P1 uma lei francesa que “validava” a atuação da autoridade tributária, com efeitos sobre processos pendentes).

¹¹¹⁷ Neste sentido, Colacino 2012, pp. 163 ss.; Quadros 1998, p. 249.

¹¹¹⁸ Matos e Silva v. Portugal, application no. 15777/89, 16.09.1996, ¶85, na sequência de os terrenos do queixoso terem passado a integrar uma reserva natural (Reserva Natural da Ria Formosa), a administração emitiu uma declaração de utilidade pública incidente sobre o terreno de que o particular era proprietário, sem ter, contudo, procedido à expropriação. Em virtude da sua inclusão na reserva natural, o terreno do queixoso passou a estar onerado com uma proibição de construção, o que diminuiu o seu valor de mercado e o impediu de alienar o terreno. Em sentido crítico, Quadros 1998, p. 250, argumentando que o Tribunal seguiu um critério “hiperformalista” e que o tratamento do caso português não se deveria ter desviado do oferecido no acórdão Papamichalopoulos.

¹¹¹⁹ O carácter não definitivo da medida privativa da propriedade foi também usado no acórdão Erkner and Hofauer. No sentido de aumentar a eficiência das explorações agrícolas, o legislador criou um mecanismo que admitia a transferência provisória, para terceiros, de certas parcelas de terrenos pertencentes aos requerentes. À transferência seguir-se-ia a aprovação de um plano de consolidação (*Zusammenlegungsverfahren*), no qual seriam definidas as parcelas concedidas a título de compensação, apuradas em função do valor e da classificação das parcelas provisoriamente transferidas. Considerou o Tribunal que, apesar da excessiva duração do procedimento, a transferência provisória não se configurava como uma expropriação de facto, porquanto os requerentes poderiam recuperar as suas terras na eventualidade de o plano de consolidação não lograr aprovação ou vir a assumir configuração diversa da distribuição de terras já efetuada. E também no acórdão Zlinsat v. Bulgária, application no. 57785/00, Judgment, 15.06.2006, ¶95, a propósito de uma medida de suspensão de um contrato de privatização.

¹¹²⁰ Nas palavras de Colacino 2012, p. 155, «ogni misura in grado di provocare un'interruzione piena e definitiva del rapporto giuridico che lega l'individuo ai suoi beni integra un'ipotesi di privazione della proprietà (...))».

Obviamente que as repercussões económicas da interferência não são irrelevantes. Contudo, o reconhecimento de uma situação de expropriação de facto não se basta com a aniquilação do tipo de uso (ainda que economicamente o mais vantajoso) que o queixoso vinha fazendo do bem, nem com a diminuição do valor de mercado do bem, sendo necessário que o impacto jurídico da interferência inviabilize *toda e qualquer forma razoável de exploração da propriedade*.¹¹²¹

Estas são asserções que resultam dos casos em que o TEDH admitiu a ocorrência de uma expropriação de facto, mas também – e sobretudo – daqueles em que recusou essa qualificação. No acórdão Papamichalopoulos, a ocupação militar da propriedade do requerente impediu-o de vender, explorar, hipotecar e até de aceder a essa propriedade, em termos que representam, talvez na perfeição, uma situação de *neutralização* do controlo (e do valor) dos poderes do proprietário sobre o bem.

Por outro lado, onde o *direito de vender* o bem subsista, não há expropriação.¹¹²² Já os aspetos relativos ao impacto económico da interferência podem ser perscrutados, entre outros, nos acórdãos Fredin¹¹²³ e Pine Valley,¹¹²⁴ ambos relativos a medidas estaduais que vieram inviabilizar a utilização mais lucrativa que o requerente vinha fazendo ou esperava legitimamente vir a fazer do bem. Ou seja, a *neutralização do valor do bem não é condição necessária nem tampouco suficiente de uma expropriação de facto*, mesmo naquelas situações em que fique demonstrado que o requerente só adquiriu um determinado bem na pressuposição de lograria utilizá-lo para um determinado fim.

7.3. Terceira regra: controlo de uso dos bens

¹¹²¹ Matos e Silva ¶85. Sublinhando este aspeto, Pauliat 1995, p. 1482 («la privation n'existe que lorsque toute manière raisonnable d'exploiter le bien a disparu»).

¹¹²² Mellacher ¶44. O acórdão vem, aliás, esclarecer cabalmente um outro ponto a que já fizemos referência – o do *referente do impacto da interferência estadual*. Invocaram os queixosos, a propósito de uma lei austríaca que fixava limites máximos para as rendas, que o direito contratual de obter uma renda constituiria um interesse patrimonial autónomo («separate property») no quadro do artigo 1-P1. No seu parecer, a Comissão disse o seguinte: «Here the ownership involves various possibilities to use the real property. According to the particular use made, certain rights flowing from the ownership come into existence. If each of these rights were to be considered as a separate property susceptible of deprivation of possessions within the meaning of the first paragraph no room would remain for regulations to control the use of property» (¶184-185). Cf. igualmente os acórdãos Hutten-Czapska ¶160; Sporong & Lönnroth ¶63]; Anthony Aquilina, application no. 3851/12, 11.12.2014, ¶54. Em sentido crítico, Higgins 1982, p. 344.

¹¹²³ Fredin ¶46. Neste acórdão, em que estava em causa a revogação de uma licença para a extração de pedra numa zona costeira, o Tribunal não deixou de ter em conta o facto de que, atenta a crescente regulamentação da atividade em causa, produzida em momento anterior à revogação da licença, o decréscimo do valor do bem não foi significativo.

¹¹²⁴ Pine Valley ¶56.

A terceira regra pretende regular o modo como cada Estado-parte convoca o “interesse geral” na imposição de limites à utilização dos direitos e faculdades associados ao direito de propriedade.

Ora, segundo o Tribunal, integram-se nesta terceira regra medidas de planeamento urbanístico,¹¹²⁵ revogação de licenças com valor económico,¹¹²⁶ medidas relacionadas com o arrendamento urbano,¹¹²⁷ sejam elas medidas que estabelecem limites máximos para as rendas, sejam medidas que limitam a cessação do contrato de arrendamento por iniciativa do senhorio, suspensão temporária da execução de decisões judiciais, abate de animais em risco,¹¹²⁸ constituição de zonas de caça contra a vontade dos proprietários dos terrenos,¹¹²⁹ medidas de apreensão de bens,¹¹³⁰ ou interpretações imprevisíveis da lei fiscal.¹¹³¹ As medidas de resolução bancária (eg. BES, Laiki), de revogação de licenças para o exercício da atividade bancária na sequência de medidas administrativas ou legislativas que conduzem à insolvência da instituição, ou de administração forçada de bancos são geralmente integradas nesta terceira regra.¹¹³²

8. Os requisitos de validade das interferências no direito de propriedade

O TEDH desenvolveu um *modelo único* à luz do qual aprecia a validade de todas as interferências no direito de propriedade, sejam elas enquadráveis na primeira, na segunda ou na terceira regras do artigo 1-P1. São elas: (i) a base legal da

¹¹²⁵ Pine Valley ¶56; Hamer ¶77; Brosset-Triboulet and Others, ¶83; Hellborg v. Sweden, application no. 47473/99, 28.02.2006, ¶45; Depalle ¶80;

¹¹²⁶ Tre Traktörer ¶55; Fredin ¶47, Huoltoasema Matti Éuren Oy and others v. Finland, application no. 26654/08, 19.01.2010, ¶36.

¹¹²⁷ Velosa Barreto v. Portugal, application no. 18072/91, 21.11.1995, ¶35; Lindheim and others v. Norway, applications nos. 13221/08 and 2139/10, 22.10.2012, ¶77; Hutten-Czapska ¶160; Amato Gauci ¶52; Bittó and others ¶95; Edwards v. Malta, application no. 17647/04, 24.01.2007, ¶59. O *leading case* é o acórdão Mellacher ¶44, a propósito – precisamente – de uma lei austríaca que fixava limites máximos para as rendas, tendo o Tribunal concluído que tal lei não se reconduzia nem a uma expropriação formal nem a uma expropriação de facto, muito embora tivesse como efeito privar os queixosos de «parte do rendimento» que poderiam extrair da propriedade.

¹¹²⁸ Chagnon et Fournier c. France, requêtes nos. 44174/06 et 44190/06, 15.07.2010, ¶36.

¹¹²⁹ Chassagnou et autres ¶74 (o Tribunal sublinha que não se trata de uma expropriação, visto que os queixosos continuam a poder usar os seus bens e a retirar deles rendimentos, alienando-os ou arrendando-os).

¹¹³⁰ Air Canada ¶33; Handyside v. The United Kingdom, application no. 5493/71, 07.12.1976, ¶62; Bosphorus ¶142; Raimondo v. Italy, application no. 12954/87, 22.02.1984, ¶29; Agosi v. The United Kingdom, application no. 9118/80, 24.10.1986, ¶50-51.

¹¹³¹ Oao Neftyanaya Kompanya Yukos v. Russia, application no. 14902/04, Judgment (Merits), 20.09.2011, ¶565.

¹¹³² Relativamente às licenças do setor bancário, cf. Süzer and Eksen Holding A.Ş. v. Turkey, application no. 6334/05, 23.10.2012, ¶144-147, e Capital Bank AD v. Bulgaria, application no. 49429/99, 24.11.2005.

interferência; (ii) o interesse público da interferência; (iii) o respeito pelo princípio da proporcionalidade.

8.1. Base legal ou legalidade da interferência estadual

A legalidade da interferência é entendida pelo Tribunal como uma concretização do princípio do Estado de direito, que segundo a jurisprudência é inerente a todos os preceitos do sistema da CEDH.¹¹³³

Por um lado, a interferência deve ter cobertura legal, nos termos previstos no direito interno do Estado demandado.¹¹³⁴ Assim, se as autoridades públicas de um Estado desobedecem a decisões judiciais,¹¹³⁵ se próprios tribunais não interpretam corretamente o direito interno do Estado,¹¹³⁶ ou se as autoridades públicas ocupam propriedade privada sem formalização do procedimento de expropriação, o Tribunal conclui imediatamente pela incompatibilidade com a Convenção, desonerando-se de prosseguir o juízo sobre as demais condições de validade da interferência.¹¹³⁷⁻¹¹³⁸

¹¹³³ Eg. Iatridis ¶58; Kehaya ¶75; Zlinsat v. Bulgaria, application no. 57785/00, 15.6.2006, ¶97.

¹¹³⁴ Sobre o princípio da legalidade, na doutrina, Wicks, Rainey & Ovey 2017, p. 361; Colacino 2012, pp. 157, 184 ss.; Padelletti 2003, p. 180.

¹¹³⁵ Iatridis ¶58.

¹¹³⁶ Fokas v. Turkey, application no. 31206/02, 29.12.2009, ¶44; Bimer v. Moldova, application no. 15084/03, 10.07.2007, ¶49-60, a propósito de uma alteração legislativa (2002), que confinava a existência de duty free shops aos aeroportos (e encerramento de todas as outras). O queixoso era titular de licenças para exploração de lojas duty free localizadas fora dos aeroportos. A lei sobre investimento estrangeiro “estabilizava” os benefícios fiscais conferidos a estrangeiros por um período de dez anos. O acórdão, que contém várias referências ao API entre Moldávia e os Estados- Unidos, apurou que o queixoso era titular de um “bem” (licença para operar as lojas duty free) e que o cancelamento da licença constituía uma interferência no direito de propriedade do investidor (reconduzível à primeira regra do artigo 1-P1). Considerou que se tratara, contudo, de uma interferência “ilegal”, já que deveria ter sido aplicada ao investidor o disposto na lei do investimento estrangeiro. Destacamos a declaração de voto do Juiz Nicolas Bratza, que nos parece mais acertada.

¹¹³⁷ Nas hipóteses em que estejam sob apreciação medidas legislativas, o princípio da legalidade, na sua dimensão formal pelo menos, verte-se numa exigência de não inconstitucionalidade em sentido orgânico e formal. Indiciando isto mesmo, Da Silva Carvalho Rico v. Portugal, application no. 13341/14, 01.09.2015, ¶35-36.

¹¹³⁸ Aqui releva sobretudo a *saga* italiana relativa à figura da chamada “expropriação construtiva”. Em síntese, o direito italiano admitia que a administração pública italiana lançasse mão de uma expropriação de urgência, nos termos da qual poderia ocupar o terreno a expropriar contanto que, no prazo de cinco anos, emitisse formalmente o ato de expropriação. De acordo com a interpretação (não constante) da Corte di Cassazione, essa ocupação, mesmo na ausência de emissão formal do ato de expropriação, extinguiria o título de propriedade do particular, de tal forma que este não poderia reaver a propriedade ilegitimamente ocupada (*restitutio in integrum*), nem receber uma indemnização superior àquela que sempre lhe seria devida em caso de expropriação lícita. Ora, numa sequência de acórdãos, o TEDH enfatizou as suas reservas «as to the compatibility with the requirement of lawfulness of a mechanism which generally enables the authorities to benefit from an unlawful situation in which the landowner is presented with a *fait accompli*» (Belvedere Alberghiera s.r.l v. Italy, application no. 31524/96, 30.12.2000, ¶59). Também os acórdãos Carbonara and Ventura, application no. 24638/94, Judgment, 30.05.2000, e Guiso-Gallisay v. Italy, application no. 58858/00, Grand Chamber, Judgment (Just

Por outro lado, o Tribunal exige que à legalidade formal se alie a legalidade *material* da interferência. Legalidade material no sentido de “qualidade da lei”, expressa na existência de regras acessíveis, precisas e determinadas,¹¹³⁹ isto é, de regras que permitam aos particulares antecipar aquilo que, com base nelas, se habilita os poderes públicos a fazer e que ofereçam garantias procedimentais aos afetados.

Um precedente importante é, neste segmento, o acórdão Hentrich, a propósito do direito de preferência do Estado relativamente a bens objeto de venda abaixo do valor de mercado. Considerou o Tribunal que a interferência em causa se enquadrava na segunda regra do artigo 1-P1 e que violava o princípio da legalidade substancial, por vedar aos contribuintes afetados o direito de defesa perante a administração tributária («la mesure de préemption a joué de manière arbitraire, selective et guère prévisible»).

As qualidades materiais da lei, mormente a clareza e cognoscibilidade desta, não se consideram ausentes pelo facto de o acesso ao sentido dos textos normativos pressupor aconselhamento legal especializado. Na verdade, a obtenção desse aconselhamento é um dado revelador de prudência na realização de investimentos e, em consequência, um elemento a ter em conta na apreciação do princípio da proporcionalidade.¹¹⁴⁰ Este é, como se verá (infra Cap. 5), um ponto da máxima importância na aplicação do standard FET. A violação do requisito da base legal pode advir de interpretação não previsível do direito interno por parte dos tribunais, como ocorreu no acórdão OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos.¹¹⁴¹⁻¹¹⁴²

Satisfaction), 22.12.2009, ¶91. Sobre o tema, Colacino 2012, pp. 186-193; Conti 2012, p. 50 ss.; Hostiou 2007, p. 389; Seatzu 2002: 292.

¹¹³⁹ Vontas ¶35 («However, the mere existence of a basis in domestic law does not satisfy the requirements of legal certainty. The Court is also called upon to examine the quality of the law in question, namely the existence of rules that are accessible, precise and foreseeable»); Centro Europa ¶156, 187-188; Broniowski ¶147; Mamatas et autres ¶98.

¹¹⁴⁰ Lekic ¶92, a propósito de uma lei eslovena que previa a liquidação de sociedades inativas e a responsabilidade dos “membros ativos” [«(...) It is worth noting in this connection that a law may satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail»].

¹¹⁴¹ A propósito do órgão competente para o reconhecimento de uma dívida do Estado. A interpretação sufragada pelos tribunais croatas de que o reconhecimento só poderia ter sido feito pelos serviços financeiros do Ministério da Defesa, não obstante o superior hierárquico do requerente (único órgão a que, por força das regras da hierarquia militar, este poderia dirigir-se) ter admitido a existência da dívida, é imprevisível e contrária ao princípio do Estado de direito (Lelas v. Croatia, application no. 55555/08, 20.05.2010, ¶71-79).

¹¹⁴² OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, application no. 14902/04, Judgment (Merits), 20.09.2011, ¶573. Os dados do acórdão são bem conhecidos. Opôs a Yukos, uma das empresas resultantes do processo de privatização da era Yeltsin (detida por Mikhail Khodorkovsky, um dos “oligarcas” russos) à Rússia, em virtude de uma série de processos (liquidações adicionais, fraude fiscal, responsabilidade) dos quais resultaram sanções superiores a 16 mil milhões de euros, e a consequente insolvência da Yukos. Entre as várias questões sob apreciação, encontrava-se a decisão do Tribunal

8.2. Interesse público

A opção por um teste único de validade das interferências estaduais no direito de propriedade está em linha com o facto de o Tribunal interpretar em sentido idêntico os conceitos “utilidade pública” e “interesse geral”, que constam, respetivamente, da segunda e terceiras regras do artigo 1-P1.

À semelhança do acórdão *Kelo v. City of New London*,¹¹⁴³ do Supreme Court norte-americano, o TEDH admite que uma interferência estadual pode trazer benefícios para outros particulares e constituir, ainda assim, uma forma de prosseguir o interesse público.¹¹⁴⁴ Como referido supra, na interpretação desta condição de validade o Tribunal mobiliza amiúde a doutrina da margem de apreciação, mostrando-se deferente para com o juízo estadual *sobre o que é de interesse público* e sobre o peso relativo desse interesse no contexto da comunidade.¹¹⁴⁵

8.3. O princípio da proporcionalidade (*fair balance*)

Apenas a terceira regra do artigo 1-P1 contém uma referência ao princípio da proporcionalidade, em linha com as cláusulas de restrição contidas noutras disposições da CEDH.¹¹⁴⁶ Todavia, tal princípio perpassa toda a estrutura do artigo 1-P1¹¹⁴⁷ e vale para *todas* as suas regras.¹¹⁴⁸

Constitucional russo, de 14.07.2005, de interpretar o artigo 113 do “Tax Code” no sentido de que o prazo de prescrição de três anos para impor a responsabilidade penal por crimes tributários aos contribuintes não se aplicava quando estes obstaculizaram a realização de inspeções tributárias. O TEDH qualificou a alteração na interpretação da lei como uma interferência no direito de propriedade (terceira regra), que não respeitava o requisito da base legal, por não se afigurar uma *interpretação previsível* do preceito. Como se lê no ¶573 da decisão, o julgamento do Tribunal Constitucional «changed the rules applicable at the relevant time by creating an exception from a rule which had had no previous exceptions. The decision represented a reversal and departure from the well-established practice directions of the Supreme Commercial Court (...) and the Court finds no indication in the cases submitted by the parties suggesting a divergent practice or any previous difficulty in connection with the application of Article 113 of the Tax Code at the domestic level». Adicionalmente, *Serkov v. Ukraine*, application no. 39766/05, 07.07.2011; e *Valico Srl. v. Italy*, application no. 70074/01, 21.03.2006.

¹¹⁴³ *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005), a propósito de uma expropriação clássica/direta empreendida no quadro de um projeto de revitalização económica de uma zona da cidade no sentido de aí instalar hotéis, museus e empresas. O problema que se levantou foi o de saber se a expropriação fora levada a cabo “for a public use”. O Supreme Court recordou que o conceito de interesse público (public welfare) é um conceito amplo, e que a promoção do desenvolvimento económico, mesmo com benefício imediato para empresas e particulares, *constitui uma função de governo tradicionalmente incluída nesse conceito*. Sobre este ponto, na doutrina, Hoops 2015, pp. 137-186.

¹¹⁴⁴ James and Others ¶39-45.

¹¹⁴⁵ Supra, neste Capítulo, o ponto 3.1.

¹¹⁴⁶ Eg. artigos 8.2, 9.2, 10.2 e 11.2 da CEDH.

¹¹⁴⁷ James and Others ¶50; Gáll ¶41-43.

¹¹⁴⁸ Descrevendo esta evolução, Daniele 1998, p. 70.

É sabido que o Tribunal compreende o princípio da proporcionalidade como uma exigência de justo equilíbrio entre os objetivos de interesse público que a interferência visa alcançar, por um lado, e os direitos dos indivíduos afetados, por outro. O Tribunal serve-se da doutrina da margem de apreciação para calibrar a intensidade do controlo, em função – sobretudo – do tipo de política pública em que se arrima a interferência estadual (vulgarmente apelidado “better placed argument”), e da essencialidade das concretas dimensões do direito de propriedade que estão a ser objeto de compressão.¹¹⁴⁹

8.3.1. O âmbito de aplicação da obrigação de indemnizar

Contrastando com o que se passa noutros domínios da Convenção, o pagamento de uma indemnização é um elemento a ter em conta no apuramento do *justo equilíbrio*, independentemente de a interferência ser reconduzível à primeira, segunda ou terceira regras do artigo 1-P1. Esta proposição é surpreendente a dois níveis.

De uma parte – sublinha Fausto de Quadros – o âmbito da interferência indemnizável é mais amplo que o da expropriação.¹¹⁵⁰ Como se disse supra, o sistema da Convenção não conhece a cisão entre a regulamentação do uso dos bens não indemnizável e a privação de propriedade carente de indemnização. Também nas interferências reconduzíveis à primeira e terceira regras do artigo 1-P1, o pagamento de uma indemnização é um meio apto a restaurar o justo equilíbrio entre os interesses em presença,¹¹⁵¹ *compensando a medida do sacrifício que não encontra justificação no grau de realização do interesse público que a interferência estadual proporciona.*¹¹⁵²

Esta aptidão da indemnização, porém, só é possível «onde o dinheiro possa operar como um substituto para aquilo que se perdeu», algo que depende, como se depreende, da dimensão do direito de propriedade objeto de compressão.¹¹⁵³ Por ex., nos casos em que o objeto imediato da interferência (não privativa da propriedade) é

¹¹⁴⁹ Eg. *Maggio and Others* ¶63; *Stefanetti and Others* ¶60; *Kjartan Ásmundsson* ¶45; *Chassagnou* ¶83-85; *Jahn and others* ¶93; *Vistins and Perepjolkins* ¶109.

¹¹⁵⁰ Fausto de Quadros 1998; *Perkams* 2010, pp. 116-18; *Padelletti* 2003, p. 238.

¹¹⁵¹ *Brosset-Triboulet and Others* ¶94 [«(...) Lastly, the Court reiterates that where a measure controlling the use of property is in issue, the lack of compensation is a factor to be taken into consideration in determining whether a fair balance has been achieved but is not of itself sufficient to constitute a violation of Article 1 of Protocol No. 1»]; *Banér c. Suède*, Requête n.º 11763/85, *Décision* du 9 mars 1989 sur la recevabilité de la requête, pp. 158-59; *Werra Naturstein GmbH & Co Kg v. Germany*, application no. 32377/12, 19.01.2017, ¶49; *Bäck* ¶55; *Depalle* ¶91.

¹¹⁵² *Colacino* 2012, p. 149; *Padelletti* 2003, pp. 235-36; *Lang* 2008, p. 210.

¹¹⁵³ *Allen* 2007, p. 305.

uma carga financeira (eg. um imposto ou outras medidas financeiras), o pagamento de uma indemnização frustraria a consecução do propósito da medida.¹¹⁵⁴

Por outro lado, a segunda regra do artigo 1-P1 não refere abertamente a obrigação de indemnizar em caso de expropriação.¹¹⁵⁵ Tal circunstância garantiu ao Tribunal a flexibilidade necessária para uma interpretação inovadora do ponto de vista do direito internacional, e capaz de acomodar transformações políticas significativas no contexto da chamada justiça de transição.¹¹⁵⁶ A novidade traduz-se no facto de o pagamento de uma indemnização não constituir uma *condição autónoma de validade da expropriação*, assumindo-se antes um elemento a ter em conta na ponderação subjacente ao princípio da proporcionalidade.¹¹⁵⁷

8.3.2. A possibilidade (excecional) de expropriar sem indemnizar ou de pagamento de uma indemnização não coincidente com o valor de mercado do bem

Em circunstâncias *excepcionais*, admite-se uma expropriação sem pagamento de indemnização, tal como sucedeu no acórdão Jahn and Others.¹¹⁵⁸⁻¹¹⁵⁹

No acórdão Les Saints Monastères, a propósito de uma lei grega de 1987 que estabelecia uma presunção de propriedade pública sobre os bens eclesiásticos – ilidível

¹¹⁵⁴ O mesmo sucede, adicionalmente, em situações em que o direito de propriedade se acha ligado à preservação de convicções éticas do requerente (eg. Chassagnou ¶82-85).

¹¹⁵⁵ Supra nota n.º 1031.

¹¹⁵⁶ Lebeck 2006, p. 359; Deutsch 2005, p. 1367.

¹¹⁵⁷ Colacino 2012, p. 210; Padelletti 2003, pp. 235 ss.; Ruffert 2000, p. 129; Lang 2008, p. 211 [«(...) Thus, it would appear that the presence or absence of compensation forms part of the proportionality enquiry»].

¹¹⁵⁸ O TEDH reiterou este considerando, eg. em James and Others ¶54; Les Saints Monastères ¶71; The Former King of Greece ¶90.

¹¹⁵⁹ Jahn and Others ¶ 116. Em causa estava uma lei aprovada pela RFA em 1992, adotada no contexto de reunificação da Alemanha, que determinava o regresso à esfera pública – sem indemnização – de alguns dos bens adquiridos por particulares ao abrigo de uma lei da RDA, aprovada em 1990, conhecida como Modrow Law. De acordo com esta lei, aqueles que tivessem posse da terra passariam a ser os seus legítimos proprietários, colocando-se, assim, fim à coletivização dos meios de produção até aí vigente. O Plenário do Tribunal, revertendo a decisão de uma das suas secções, considerou que não havia violação do artigo 1-P1 na medida em que falta de indemnização encontrava justificação suficiente num conjunto de circunstâncias que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a Modrow Law fora aprovada por um Parlamento sem legitimidade democrática, durante um período de transição marcado pela incerteza (i); o legislador alemão atuou rapidamente, atenta a complexidade do processo de transição para uma economia de mercado, no sentido de reverter algumas das consequências injustas dessa lei (ii); na apreciação do impacto da medida sobre os queixosos, há que ter em conta que estes beneficiaram, graças à Modrow Law, de um privilégio indevido ou injustificado (windfall), que não seria desproporcionado tentar neutralizar (iii). Criticamente, Lebeck 1989, pp. 362-63. O Autor chama a atenção para os riscos de atribuir excessivo relevo às inconsistências de um determinado regime político, considerando que daí não pode derivar a neutralização dos direitos de propriedade já existentes. A ideia do legislador alemão, que era a de igualizar retroativamente situações arbitrariamente tratadas de forma diferenciada, revelou-se, na opinião do Autor, «uma estratégia quase tão imperfeita como as práticas que pretendeu remediar» – a tradução é nossa; e Deutsch 2005, p. 1380.

tão-só caso a Igreja fizesse prova da existência de um direito de propriedade através de um título legal objeto de registo ou através de uma decisão judicial transitada em julgado – o Tribunal desconsiderou os argumentos veiculados pelo Estado grego para o não pagamento de uma indemnização. O facto de o património imobiliário da Igreja, adquirido antes do surgimento do Estado grego, ter resultado de posse prolongada ou de transações ilegais – encontrando-se, ao tempo da prolação do acórdão, abandonado e indisponível para o desenvolvimento de atividades económicas – não contrabalançava, na ausência de uma indemnização, o prejuízo substancial sofrido pela Igreja.¹¹⁶⁰

A segunda consequência da interpretação suprarreferida tem que ver com o *standard* de indemnização. Se a indemnização se destina a restabelecer o equilíbrio dos interesses em presença, isso significa que o *quantum* indemnizatório deve variar em função do grau de realização e da importância do interesse público que motivou a expropriação.¹¹⁶¹ Foi precisamente nesse sentido que apontou o acórdão *Lithgow and Others*, proferido a propósito do *Aircraft and Shipbuilding Industries 1977*, uma lei que nacionalizava os sectores da aviação e da construção naval no Reino Unido. Na apreciação do montante de indemnização paga pelo Estado, o Tribunal bastou-se com a exigência de que esse montante tenha uma *conexão razoável* com o valor da propriedade no momento ablativo,¹¹⁶² abrindo a porta a que, em certos procedimentos expropriatórios mais complexos ou com características especiais, o *standard* de indemnização possa situar-se abaixo do *valor de mercado* do bem no momento em que se dá a transferência de propriedade ou a expropriação de facto.¹¹⁶³⁻¹¹⁶⁴

¹¹⁶⁰ *Les Saints Monastères* ¶ 70-75; em sentido próximo, *The Former King of Greece* ¶ 97-99, *Papachelas v. Greece*, application no. 31423/96, 25.03.1999, ¶ 51-55. Em sentido contrário, considerando que (pelo menos em teoria) haveria razões para o pagamento de uma indemnização abaixo do valor de mercado, *Vistins and Perepjolkins* ¶ 118; *Broniowski* ¶ 183.

¹¹⁶¹ Meyer-Ladewig & von Raumer 2017, p. 751.

¹¹⁶² *Lithgow and Others* ¶ 124 [«(...) reasonably related to the value of their property when it was taken»]; *Les Saints Monastères* ¶ 71 [«(...) somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien»]; *Kozacioglu v. Turkey*, application no. 2334/03, Grand Chamber, 19.02.2009 (concluindo que a indemnização prevista na lei turca em caso expropriação de um bem imóvel por razões de interesse público cultural, ao não tomar em consideração as características arquitetónicas e históricas do bem, constituía uma interferência desproporcional no “bem” do queixoso).

¹¹⁶³ Meyer-Ladewig & von Raumer 2017, p. 751; Padelletti 2003, p. 244-245; Colacino 2002, p. 210; Krenc & Renault 2013, pp. 43-46 (com referência a vários acórdãos em que o Tribunal tolerou uma indemnização abaixo do valor de mercado); Zemke 2016, p. 606 [«(...) Thus, the ECtHR is evaluating which types of state action are more valuable than others and making those actions cheaper for the state to pursue»]; Pauliat 1995, pp. 1488-1493; Borde 1982, pp. 422-427 [o Autor recorda, a propósito das nacionalizações promovidas no mandato de Mitterand em vários setores económicos (bancos, eletricidade, equipamentos, indústrias química e siderúrgica), que o artigo 1-PI não acrescenta proteção ao artigo 17 DDHC, que, em França, é parte integrante do bloco de constitucionalidade]; Quadros 1998, p. 351.

Esta última situação não se confunde com a da nacionalização de bancos. Nestes casos, a interferência surge como ponto culminante de medidas de recapitalização que não são suficientes para resolver os problemas de liquidez da instituição bancária. Esta circunstância tem de ser tomada em conta na hora de avaliar o valor das participações sociais dos acionistas para efeitos de pagamento de uma indemnização. Outra solução, na verdade, conduziria a uma situação de “risco moral” (*moral hazard*) dos acionistas. Foi essa a conclusão do TEDH no acórdão Grainger, a propósito da nacionalização do Northern Rock.¹¹⁶⁵

Não está excluído, aliás, que a flexibilidade conferida pelo princípio da proporcionalidade, ao permitir ter em conta as particularidades da situação do afetado, possa ditar uma indemnização acima do *valor de mercado* do bem, se isso se revelar necessário para assegurar que aquela conexão se mantém. Alguma doutrina argumenta que uma das consequências lógicas da mobilização do princípio da proporcionalidade no funcionamento da segunda regra do artigo 1-P1 deveria passar, *em coerência*, por afastar o valor de mercado como critério da indemnização¹¹⁶⁶ nas hipóteses em que a intensidade do sacrifício imposto ao particular excede o valor de mercado do bem.¹¹⁶⁷

O TEDH mostra-se, como é bom de ver, muito cauteloso quanto a estes desvios, esforçando-se por reiterar que, em regra, uma expropriação sem indemnização violará o princípio da proporcionalidade (i) e que a indemnização deve corresponder ao valor de

¹¹⁶⁴ Vale a pena ter presente a formulação exata do TEDH nesta matéria. Lê-se, por ex., no acórdão *Vistins and Perepjolkins* ¶112: «Legitimate objectives of “public interest”, such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value».

¹¹⁶⁵ *Grainger and others v. The United Kingdom*, application no. 34940/10, 10.07.2012. Em causa estava a Northern Rock Transfer Order, decretada pela administração ao abrigo do Banking Sector Act 2008, pela qual se nacionalizava o Northern Rock. A medida foi implementada após o insucesso de uma série de empréstimos concedidos pelo Banco de Inglaterra. Os queixosos (acionistas do Banco) alegaram que a avaliação levada a cabo por uma entidade independente (Compensation Scheme Order), da qual não resultara o pagamento de qualquer montante, constituía uma violação do artigo 1-P1. O TEDH lembrou três aspetos da máxima importância: (i) «The Court considers that the compensation scheme must be seen as integrally linked to the series of support measures which ended with nationalisation» (¶39); (ii) «The fact that he [os avaliadores independentes] found the former shareholders to be entitled to no compensation indicated that, in the light of the events of the preceding few months, the company’s assets did not offset its losses» (¶42); (iii) As decisões das autoridades justificam-se igualmente à luz da necessidade de desencorajar as entidades bancárias a adotar «más decisões de negócio» (¶42).

¹¹⁶⁶ Allen 2010, p. 1060; Allen 2007, pp. 316-320.

¹¹⁶⁷ Em *Lallement c. France*, a propósito da expropriação de uma parcela da exploração agrícola do requerente, em termos que o impediram de prosseguir a atividade económica que vinha desenvolvendo, o Tribunal considerou que uma indemnização equivalente ao valor de mercado do bem não lograva compensar a perda de um “utensílio de trabalho” (*Lallement c. France*, requête n.º 46044/99, 11.04.2002, ¶23-24). Sobre o caso, na doutrina, Krenc & Renault 2013, p. 48. Cf. igualmente *Werra Naturstein* ¶46-49; *Vassilios Athanasiou v. Greece*, application no. 50973/08, 21.12.2001, ¶24; *Di Marco c. Italie*, requête no. 32521/05, 10.01.2012, ¶16.

mercado do bem ao tempo da expropriação (ii).¹¹⁶⁸ Para isso apontam não só o princípio do Estado de direito, *refratário a situações de arbítrio e insegurança jurídica*, mas também o propósito de assegurar a efetividade dos direitos garantidos pela Convenção.¹¹⁶⁹

9. O relevo da doutrina das “legítimas expectativas” no estabelecimento de um justo equilíbrio

A doutrina das legítimas expectativas é (apenas) um elemento a ter em conta na aplicação do princípio do *fair balance*. É por isso necessário perscrutar a interação que as legítimas expectativas mantêm com outros elementos da ponderação judicativa, mormente com os interesses públicos subjacentes à interferência estadual, com a intensidade da afetação do direito de propriedade e, sobretudo, com a conduta das autoridades estaduais.

9.1. Legítimas expectativas e interesse público

Nesta fase, interessa-nos calibrar o relevo dos interesses públicos subjacentes a uma *alteração* normativa, bem como a sua relação com a legitimidade das expectativas do queixoso.

¹¹⁶⁸ O Tribunal não ignora a destriça – habitual no direito internacional desde o acórdão Fábrica de Chorzów [Permanent Court of International Justice, Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), 13.07.1928] – entre expropriações lícitas e ilícitas, acarretando a reparação das segundas a eliminação de todas as consequências do ato ilícito (infra Cap. 5 e 7). Ou seja, o caráter ilícito do ato repercute-se nas consequências financeiras da privação, não se limitando a “indemnização” ao valor de mercado do bem ao tempo em que foi praticado o ato expropriatório, mas à reposição da situação que existiria se o ato ilícito não tivesse sido praticado (Papamichalopoulos ¶36-38). Segundo o acórdão Papamichalopoulos ¶39, na impossibilidade de restituição, a indemnização devida seria equivalente ao valor atual dos bens expropriados, tendo em conta a mais-valia trazida pelos edifícios neles construídos (valor do bem ao tempo da prolação do acórdão). O Tribunal sublinha que o ato da Grécia *não é uma expropriação à qual falta, para ser legítima, o pagamento de uma indemnização*, convocando, destarte, uma questão que também se levanta no DIE e no direito internacional geral, que é a de saber qual o impacto da falta ou insuficiência da indemnização na ilicitude do ato. Cf. Brumarescu v. Romania, application no. 28342/95, 28.10.1999; Süzer and Eksen ¶169. Não será assim quando *a objeção à validade da expropriação resulte exclusivamente do não pagamento de uma indemnização adequada*. Aí, como dá conta o acórdão Guiso-Gallisay ¶90-107, a propósito da “expropriação construtiva” prevista no ordenamento italiano (referida na nota n.º 1137), o Tribunal desvia-se do standard compensatório do acórdão Papamichalopoulos, determinando o pagamento de uma compensação equivalente ao valor do bem à data da expropriação, tendo em conta a inflação e o pagamento de juros, e que incluía igualmente um montante devido a título de lucros cessantes. Na doutrina, Sabahi 2011, p. 65; e Smutny 2015, p. 635; Ratner 2017, p. 18-19.

¹¹⁶⁹ Vistins and Perepjolkins ¶113-114; Draon ¶79.

A necessidade de *mudar* é particularmente importante quando esteja em causa a remoção de situações discriminatórias ou de deficiências técnicas da legislação.¹¹⁷⁰ Considerações de justiça social, bem como a necessidade de evitar comportamentos “oportunistas” tendem a repercutir-se, como é bom de ver, na legitimidade reconhecida às expectativas dos afetados, que perdem, assim, *peso relativo* na ponderação levada a cabo pelo Tribunal.¹¹⁷¹

No acórdão *National & Provincial Building Society*,¹¹⁷² em que estava em causa uma lei de validação retroativa de certos atos de liquidação de impostos, o Tribunal sopesou positivamente a necessidade de remediar uma deficiência técnica da legislação fiscal que representaria para o Estado um encaixe de 15 mil milhões de libras, na convicção de que havia, de facto, «an obvious and compelling public interest to ensure that private entities do not enjoy the benefit of an windfall».

Como destaca Deutsch, num comentário ao acórdão *Jahn and Others*, «the concept of social justice is a very vague one and may, *according to the political climate*, be filled with very different contents».¹¹⁷³ Dito de outro modo, a ideia de apreciar com os “olhos de hoje” comportamentos passados e de retirar dessa visão consequências quanto à determinação daquilo que é ou não merecedor de proteção jurídica justifica, naturalmente, as maiores cautelas.

No acórdão *Stran Greek Refineries*, já referido, o Tribunal, sem negar o poder de resolução de contratos públicos prejudiciais para a soberania económica dos Estados, relembra – numa formulação certa – que «it would be unjust if every relationship entered into with a dictatorial regime was regarded as invalid when the regime came to

¹¹⁷⁰ Em sintonia com a doutrina da margem de apreciação, o Tribunal “aceita” a generalidade dos interesses públicos avançados pelos Estados demandados, sem cuidar de saber se tais fins eram os únicos ou os *verdadeiros* propósitos da interferência. No acórdão *Valkov* ¶92, em face da argumentação dos requerentes segundo a qual a interferência no seu direito à pensão de reforma (introdução de limites máximos) não teria em vista a sustentabilidade financeira do sistema de pensões, resultando, antes, da pressão social contra as pensões mais elevadas, o Tribunal disse o seguinte: «The Court, for its part, notes that the cap obviously results in savings for the pension system (...). *Even assuming that the applicants’ assertions as to the real purpose of the cap are correct*, the Court does not consider that it was illegitimate for the Bulgarian legislature to have regard to social considerations (...)» - o itálico é nosso.

¹¹⁷¹ *Maggio and Others* ¶63; em sentido próximo, *Hoogendijk v. The Netherlands*, application no. 58641/00, 06.01.2005 (sem parágrafos).

¹¹⁷² *National & Provincial Building Society v. United Kingdom*, application no. 21319/93, 21449/93 and 21675/93, 23.10.1997, ¶81-82.

¹¹⁷³ Deutsch 2005, p. 1380 – o itálico é nosso. Algumas linhas antes, na mesma página, o Autor diz o seguinte: «(...) one can expect of an ordinary sensible citizen that he assesses the impact of historically important events and accordingly measures his trust on the legal acts of different regimes».

an end».¹¹⁷⁴ O DIE não ignora o problema, como demonstra a mobilização da doutrina das “dívidas odiosas” e da clean hands doctrine.¹¹⁷⁵

O “quando” e o “como” da mudança legislativa são elementos relevantes no apuramento do *fair balance*. No acórdão Könyv-Tár Kft and Others, sobre o fechamento aos privados do setor da distribuição de manuais escolares na Hungria, o Tribunal concluiu que a “mudança drástica” promovida pelo Estado não havia sido mitigada por nenhuma medida positiva.

9.2. A legitimidade das expectativas

A legitimidade das expectativas no apuramento de um justo equilíbrio depende da *imprevisibilidade* da alteração regulatória. Entre outros elementos,¹¹⁷⁶ esta varia em função de dois critérios: diligência dos particulares (i); conduta das autoridades públicas, inclusivamente do legislador (ii).

9.2.1. Diligência dos particulares

Tal como no direito da União, um fator a ter em conta é a maior ou menor prudência e diligência dos queixosos na condução dos investimentos realizados, em associação àquilo que nos parece acertado qualificar de “boa-fé” *em sentido amplo*.¹¹⁷⁷ Empregamos uma noção ampla de boa-fé, no sentido de abarcar não apenas o desconhecimento do vício de um ato administrativo,¹¹⁷⁸ mas também a *incapacidade razoável* de prognosticar uma alteração regulatória.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁴ Stran Greek Refineries ¶71. Em sentido próximo, The Former King of Greece ¶98. O TEDH não aceitou o argumento do Governo grego, segundo o qual a transferência da propriedade da família real para o Estado, sem o pagamento de uma indemnização, se justificava pelas isenções fiscais de que a família real havia beneficiado durante muito tempo. Este recordou que a circunstância de alguém adquirir um bem através de doação ou de transmissão *mortis causa* nada diz sobre o *valor* que esse bem tem para essa pessoa nem abre portas a que o mesmo seja confiscado. Por outro lado, «privileges afforded in the past to the royal family or the tax exemptions (...) have no direct relevance to the issue of proportionality», nem devem ser tratados como uma espécie de “compensação de créditos”. Concordamos com este juízo.

¹¹⁷⁵ Ben Hamida 2015, p. 319.

¹¹⁷⁶ Stefanetti and Others ¶65; Lakicevic and Others ¶69; Fabian v. Hungary, application no. 78117/13, Grand Chamber, 05.09.2017, ¶131; Stretch ¶40, destacando a importância da realização de opções irreversíveis.

¹¹⁷⁷ Sobre a questão da boa-fé, Sigron 2014, pp. 171 ss.

¹¹⁷⁸ B ¶39; Hamer ¶72.

¹¹⁷⁹ National & Provincial Building Society ¶81, destacando a importância de os requerentes estarem ao corrente do procedimento legislativo parlamentar que culminou na aprovação do *Finance Act* de 1991.

Com efeito, investimentos especulativos ou envoltos em riscos comercial ou político têm maior probabilidade de soçobrar e, por isso, a materialização desse risco, quando ocorre, é percecionada como uma *inevitabilidade*, entenda-se, como algo *não surpreendente* e de que tanto o Estado como o mercado poderiam ter sido causa.¹¹⁸⁰ Foi esse um dos pontos destacados pelo Tribunal no acórdão Mamatatas, sobre a reestruturação da dívida pública grega através da introdução (retroativa) de uma cláusula de ação coletiva. Diz-se aí a dado momento que, tendo em conta a deterioração da economia grega, um cenário de não interferência estadual (não reestruturação da dívida) seria ainda menos vantajoso para os obrigacionistas, já que tudo apontava para que, à data da maturidade dos títulos da dívida, a Grécia estivesse em situação de *default*.¹¹⁸¹ Voltaremos ao tema na Parte III.

9.2.2. Conduta das autoridades públicas

Em que medida terão as autoridades públicas contribuído para a convicção de que um determinado regime jurídico permaneceria inalterado? Entre o encorajamento, o não encorajamento e a omissão de desencorajamento há diferenças gradativas que influenciam a ponderação judicativa. Para o TEDH, só o encorajamento ativo das autoridades releva.¹¹⁸²

Uma das marcas d'água do sistema da Convenção no tratamento de alterações regulatórias com impacto na situação patrimonial dos particulares é o facto de o TEDH conceder relevo normativo autónomo à conduta das autoridades públicas.¹¹⁸³ Com isto pretendemos sustentar que, mesmo que a conduta dos requerentes não seja “imaculada” em termos de diligência ou prudência, o comportamento – ativo ou omissivo – dos poderes públicos é *per se* capaz de romper o justo equilíbrio em prejuízo dos requerentes. Portanto, na perspetiva do Tribunal, «it is incumbent on the public authorities to act in *good time*, in an *appropriate and consistent manner*».¹¹⁸⁴

¹¹⁸⁰ Assumindo esta perspetiva, Mamatatas et autres ¶115; Bäck ¶62; Pine Valley ¶59; O'Sullivan ¶117.

¹¹⁸¹ Mamatatas et autres ¶112-117 [«(...) Cette baisse de la valeur de marchande des titres des requérants laisse présager que, le 20 août 2015, l'État n'aurait pas été en mesure d'honorer ses obligations découlant des clauses conventionnelles incluses dans les anciens titres, c'est-à dire avant l'adoption de la Loi n.º 4050/2012»].

¹¹⁸² Se as autoridades *não fomentaram* a perceção de que o particular poderia continuar a desenvolver uma específica atividade económica, não há expectativas legítimas.

¹¹⁸³ Macieirinha 2014, p. 92.

¹¹⁸⁴ Hutten-Czapska ¶168 – o itálico é nosso; Sierpinski v. Poland, application no. 38016/07, 03.11.2009, ¶71; Petar Matas v. Croatia, application no. 40581/12, 04.10.2016, ¶43 (medida preventiva de proteção de

Em coerência com a concepção de que o artigo 1-P1 é um instrumento de promoção do *rule of law* e de redução do arbítrio estadual no campo patrimonial,¹¹⁸⁵ atuações incoerentes ou manutenção de estados de ambiguidade ou incerteza jurídica correm geralmente contra o Estado e não contra o particular.¹¹⁸⁶ O Estado não pode, desde logo, tirar proveito do modo como se processa a divisão vertical de poderes (desconcentração e descentralização administrativa).¹¹⁸⁷

III. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 4

A nível regional, a proteção dos investidores contra a alteração normativa faz-se, entre outros, através de dois institutos: o princípio da proteção da confiança, por um lado, o artigo 1-P1 à CEDH, por outro. O artigo 17 da CDFUE, que consagra o direito de propriedade no direito da União, segue de perto o nível de proteção e a configuração do Protocolo Adicional, sem prejuízo de algumas diferenças na configuração das interferências (infra Cap. 7) e de uma exigência *explícita* de indemnização justa em caso de privação da propriedade.

No direito da União, a distribuição dos encargos da alteração entre a comunidade e os investidores é feita normalmente em detrimento dos segundos. Para além dos mecanismos de funcionamento do mercado interno, *que o investidor não só não pode ignorar como tem de procurar ativamente conhecer*, a prossecução do

um bem a classificar como património cultural, que se prolongou durante seis anos); Moskal ¶72; Broniowski ¶184 – os itálicos são nossos.

¹¹⁸⁵ Popelier 2006, p. 19.

¹¹⁸⁶ A maior atenção conferida ao comportamento das autoridades públicas não pode deixar de condicionar o juízo sobre a validade das expectativas dos particulares. O acórdão Werra Naturstein traduz exemplarmente esta idiosincrasia. O requerente adquirira um terreno contendo um depósito de calcário, requerendo concomitantemente uma licença de exploração por um período de 25 anos. Ao tempo da atribuição da licença, estava a ser projetada a construção de uma autoestrada que se estimava poder interferir com a extração de calcário. O projeto acabou por concretizar-se, e em consequência o requerente deixou de extrair calcário do terreno em causa e teve de transferir a atividade para uma área próxima. Se é certo que, como sublinha o Tribunal, o requerente não poderia *razoavelmente* ignorar que a construção da autoestrada frustraria parte (ao tempo ainda indeterminada) da sua atividade extrativa, idêntico conhecimento há-de imputar-se *razoavelmente* à autoridade pública, que concedeu a licença não obstante a *incerteza* sobre a exata localização da autoestrada (Werra Naturstein ¶50-52). Em sentido próximo, Stretch ¶40.

¹¹⁸⁷ Se, por ex., uma entidade expropriante e a autoridade tributária de um mesmo Estado avaliam de forma discrepante o valor de mercado de um bem, e nenhuma fundamentação é oferecida para a discrepância, essa inconsistência é suficiente para que se logre concluir pela violação do princípio da proporcionalidade (Jokela ¶65). Em sentido próximo, Sierpinski ¶71-77. Como se lê no acórdão Broniowski ¶184, «the imperative of maintaining citizens' legitimate confidence in the State and the law made by it, inherent in the rule of law, required the authorities to eliminate the dysfunctional provisions from the legal system and to rectify the extra-legal practices».

fragmento de interesse público visado por aquele subsistema é “trunfo” em qualquer ponderação incidente sobre o “se” da alteração normativa, isto é, sobre a necessidade da modificação do quadro regulatório.

Com efeito, assiste-se a uma prevalência sistemática das exigências económicas de bom funcionamento do mercado interno sobre o interesse privado, o qual já só pode traduzir-se na *suavização* da aplicação da lei nova por banda de um regime transitório. Destarte, não se leva a cabo nenhuma sopesação dos interesses em presença, ou seja, inexistente uma etapa em que se possa fazer operar o peso relativo da situação de confiança, mormente as circunstâncias que presidiram ao seu apuramento ou a extensão do prejuízo causado pela sua não proteção.

As prioridades abstratamente fixadas indicam assim que, no entender do Tribunal de Justiça, o custo de não proteção de um interesse público perentório nunca é económica nem juridicamente aceitável à luz da lógica própria que orienta a integração europeia.¹¹⁸⁸

Na CEDH, o artigo 1-P1 opera como um *rule of law* patrimonial. Assim se explica a noção autónoma de bem e a atenção conferida ao comportamento das autoridades estaduais tanto na criação de situações de aparência de validade, como na obrigação de previsão de medidas positivas, isto é, de medidas que logrem atenuar o impacto drástico da alteração normativa.

A mobilização do princípio da proporcionalidade em toda a estrutura do artigo 1-P1, inclusivamente em situações enquadráveis na segunda regra, distingue o sistema da Convenção daquele que é o *status quo* no direito internacional público e, em particular, no DIE. Trata-se de um instrumento dador de flexibilidade ao sistema da Convenção, mas que, como relembra Allen, «convida a litigância».¹¹⁸⁹ No direito internacional, há registo de indemnizações abaixo do valor de mercado do bem (eg. lump-sum agreements),¹¹⁹⁰ sem prejuízo da fórmula Hull, que requer uma indemnização

¹¹⁸⁸ Trimarchi-Banfí 2013, p. 20.

¹¹⁸⁹ Allen 2007, pp. 301-305. Quadros 1998, p. 344, explica que a confusão entre proporcionalidade e indemnização por expropriação lícita é metodologicamente inadequada, e que a CEDH está “isolada” no que respeita à distinção entre expropriação e nacionalização para efeitos de cálculo da indemnização. Destaca-se, em todo o caso, o facto de o modelo de BIT norueguês proposto em 2007 prever, no artigo 6, um tratamento da expropriação que replica a segunda e terceira regras do artigo 1-P1 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873>).

¹¹⁹⁰ Infra nota n.º 1424.

“imediate”, correspondente ao “justo valor de mercado”, que hoje consta de boa parte dos API.¹¹⁹¹

O TEDH efetua uma distinção entre privações de bens cuja ilicitude, à luz da CEDH, advém (apenas) do não pagamento de uma indemnização adequada («une forme d'expropriation formelle ou indirecte à laquelle n'aurait manqué, pour être légitime, que le paiement d'une indemnité adéquate»), e privações ou outras interferências no direito de propriedade ilícitas *tout court*, que obedecem ao standard compensatório do direito internacional, isto é, são compensadas de acordo com o *princípio da reparação integral* dos danos estabelecido no acórdão Fábrica de Chorzów.¹¹⁹²

¹¹⁹¹ Ruffert 2000, pp. 136-139. Olhando aos API celebrados por Portugal, encontram-se formulações nem sempre coincidentes (eg. “valor de mercado”, “justo valor de mercado”, “sem demora injustificada”, “sem demora”, “indemnização rápida, adequada e efetiva”, “imediate, adequada e efetiva”).

¹¹⁹² Não é, por esta razão, inteiramente certo dizer-se que o TEDH não considera relevante a distinção entre expropriação lícita e ilícita, embora – como veremos – ela não tenha exatamente o mesmo sentido que decorre do DIE e do direito internacional.

CAPÍTULO 5 – O NÍVEL INTERNACIONAL-FUNCIONAL (DIE)

O presente capítulo tem por objeto os institutos que, no DIE, asseguram ao investidor proteção contra a alteração normativa: o FET e a cláusula expropriatória. As duas normas têm hiatos de sobreposição inevitáveis, atenta a noção de investimento estudada no Cap. 1, e a ausência de uma cisão abstrato-conceptual entre regulação e expropriação. Constituem, portanto, limites ao poder do Estado de “regular” a atividade económica em benefício do interesse público, compulsivamente testados por ocasião de alterações regulatórias com motivações financeiras, ambientais, de saúde pública, ou políticas *tout court*.¹¹⁹³

I. FAIR AND EQUITABLE TREATMENT (FET)

1. Enquadramento

A origem, conteúdo e função do FET estão longe de ser assunto encerrado, não obstante algumas decisões arbitrais que dão de barato que aquele standard incorpora uma obrigação, para o Estado de acolhimento, de «transparência, consistência, estabilidade, previsibilidade, boa-fé e respeito pelas legítimas expectativas dos investidores», naquilo que alguma doutrina já descreveu como uma regulação “quase-perfeita”, ao alcance de muito poucos Estados.¹¹⁹⁴

A incorporação destes materiais normativos no conteúdo do FET, e a sua aplicação a situações de crise económico-financeira, como a vivida pela Argentina no início deste século, ou à reversão dos regimes de incentivo à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, protagonizada por Espanha, Itália e República Checa, põem a nu a magnitude da transformação operada pela arbitragem do investimento.

Sugerem, adicionalmente, uma reflexão orientada por duas linhas de força. Por um lado, pela possibilidade de perspetivar o FET, em linha com o *rule of law* internacional e a agenda da boa governança, como um standard que exige do Estado uma atuação *leal e honesta*, imbuída dos princípios da boa-fé, de estoppel e do *non*

¹¹⁹³ Schill 2010, p. 403; Jacob & Schill 2015, p. 710.

¹¹⁹⁴ Montt 2009, p. 323.

venire contra factum proprio.¹¹⁹⁵ Daqui resulta, em antagonismo com o direito da União, uma ideia de estabilidade regulatória menos “amolecida” por juízos de ponderação ou balanceamento típicos do direito público constitucional e administrativo.

Por outro, uma linha centrada na *diligência do investidor*, que se presume habituado a que às promessas efetuadas pelo Estado de acolhimento aquando da captação do investimento se sigam medidas de sentido contrário, *mesmo quando as autoridades estaduais de tudo façam para contrariar os receios de um investidor “prudente”*. A isso há que juntar as reflexões mais recentes sobre a inclusão de disposições sobre direitos humanos e responsabilidade social das empresas nos API, e as repercussões sistémicas de tal inclusão na apreciação da legitimidade das expectativas do investidor.¹¹⁹⁶

Schreuer classificou o FET como o «standard mais importante da arbitragem do investimento».¹¹⁹⁷ Se já era verdadeira em 2005, quando foi proferida, tal afirmação revela-se particularmente certa no contexto atual, em que só com dificuldades logrará o demandante fazer prova da ocorrência de uma expropriação indireta.¹¹⁹⁸ Qual *stand-in* que, numa peça de teatro, rouba o palco ao ator principal, o FET passou de subsidiário (*gap-filling*) a instrumento essencial na estratégia processual dos investidores. O caráter vago da formulação, apesar de problemático,¹¹⁹⁹ não impediu que se gerassem alguns consensos doutrinários e jurisprudenciais.

A presente secção principia, assim, por abordar, em jeito necessariamente breve, a origem, o conteúdo e a evolução do standard FET, detendo-se, num segundo momento e de forma mais prolongada, no modo como o standard assegura a estabilidade do quadro normativo em que o investimento foi realizado, refletindo criticamente sobre as várias tendências que emergem na arbitragem internacional.

2. Origem do standard

¹¹⁹⁵ Schill & Djanic 2018, p. 576; Tan 2015, p. 147 ss.; Johnson 2018, p. 106. Sobre a ligação entre o *venire contra factum proprium* e a boa-fé, cf., no direito privado, Menezes Cordeiro 1984, p. 753.

¹¹⁹⁶ Sobre o tema, Dubin 2018, p. 867 ss.; Brabandere 2018, p. 2067 ss.; Withes 2010, pp. 241-256; Bradlow 2018, pp. 355-390; Salah 2019, pp. 1068-1101; Davitti 2012, p. 437 ss.

¹¹⁹⁷ Schreuer 2005, p. 357.

¹¹⁹⁸ Na doutrina, eg. Sornarajah 2018, p. 349; e Vicente 2019a, p. 183 ss.; e na jurisprudência, PSEG v. Republic of Turkey, ICSID Case no. ARB/02/5, Award, 19.01.2007, ¶238.

¹¹⁹⁹ Opinião dissidente de M. Sornarajah no acórdão El Paso v. La República Argentina, Caso CIADI no. ARB/03/15, Laudo, 31.10.2011, ¶92 («It has also to be considered whether the standard is void because of its vagueness»).

Há consenso no sentido de que o FET fez a sua aparição internacional no período entre guerras,¹²⁰⁰ em instrumentos ligados à regulação do comércio internacional (eg. tratados de comércio), assumindo-se como uma formulação anti protecionista em situações em que o reconhecimento formal do princípio da não discriminação poderia revelar-se problemático¹²⁰¹. A transposição para o direito do investimento estrangeiro ocorreu por banda da Carta de Havana, de 1948, que não chegou a entrar em vigor, tomando o FET desde então lugar cativo numa série de documentos internacionais,¹²⁰² no programa norte-americano de tratados de amizade, comércio e navegação e no programa alemão («fair gerecht und billig behandeln») – sensivelmente a partir dos anos sessenta do século transato.¹²⁰³

Depois, a disseminação do FET nos acordos de investimento concluídos a partir de 1950 não pode ser desligada do facto de este ter sido um período conturbado nas relações entre países tradicionalmente importadores e exportadores de capital, manifestado na afirmação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e de uma Nova Ordem Económica Internacional. Como vimos no Cap. 1, este novo modelo de justiça económica lançou dúvidas sobre a conservação do sentido do standard mínimo de tratamento dos estrangeiros e do costume internacional, e foi precisamente para contornar esse debate que o FET ganhou protagonismo como norma convencional. Ou seja, em face da atmosfera internacional dos anos 50 e 60, os países

¹²⁰⁰ Paparinskis 2013, p. 89; Weiler 2013, p. 191 ss.; Vasciannie 1999, p. 99 ss.

¹²⁰¹ Weiler 2013, p. 191; Pinchis 2014, pp. 13-72 (explicando a ligação existente entre o FET e o artigo 23 do Pacto da Sociedade das Nações, de 1919, e o declínio da cláusula da nação mais favorecida nos acordos de comércio celebrados no período entre as duas Guerras Mundiais).

¹²⁰² Em jeito breve, referimo-nos ao Projeto de Convenção Abs-Shawcross para investimento estrangeiro, de 1959, à Convenção da OCDE para a proteção da propriedade estrangeira, de 1967, e mais recentemente, às Diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais, formuladas em 1983, e ao Projeto de Acordo Multilateral de Investimento da OCDE, de 1995. O FET consta também da generalidade dos tratados regionais de investimento e dos acordos de comércio livre que contêm capítulos sobre investimento, como demonstra o artigo 1105 do NAFTA, o artigo 14.6 do USMCA, o artigo 10 do TCE, o artigo 6 do Anexo I ao Protocolo de Investimento da SADC, o artigo 9.6 da CPTPP, o artigo 14 do API COMESA, o artigo 8.10 do CETA, o artigo 11 do API da ASEAN, o artigo 3 do Protocolo para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL, o artigo 2.4 do API UE-Singapura. Consta igualmente da generalidade dos modelos BIT das economias exportadoras de capitais, como evidencia o artigo 5 do modelo de BIT norte-americano (2012), o artigo 5 do modelo de BIT canadiano (2004), o artigo 3 do modelo de BIT francês (2006), o artigo 2.2 do modelo BIT alemão (2008), o artigo 2 do modelo de BIT do Reino-Unido (2008), o artigo 5 do modelo de BIT norueguês, e também o artigo 7 do Modelo de acordo internacional de investimento do Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável. Veremos mais à frente que são várias as combinações possíveis, já que o FET surge algumas vezes num preceito próprio, outras como componente do standard mínimo de tratamento ou do costume internacional. Sobre este último ponto, Tudor 2008; e Brabandere 2017, p. 289 (distinguindo quatro modelos de cláusulas FET).

¹²⁰³ Vandeveldel 2010a, p. 46.

exportadores preferiram a ambiguidade do FET a um “debate perpétuo” sobre o significado do costume internacional.¹²⁰⁴

3. Caraterização do FET

O FET é um standard não contingente, isto é, um standard cujo conteúdo, ao contrário do princípio de não discriminação e da cláusula da nação mais favorecida, não está dependente do modo como o Estado de acolhimento trata os investidores nacionais ou os investidores provenientes de países terceiros.¹²⁰⁵ O facto de constituir um ponto de referência fixo para as partes do litígio retira aos Estados de acolhimento a faculdade de controlar o *nível de proteção* oferecido aos investidores estrangeiros.¹²⁰⁶

Originalmente, os contornos vagos e imprecisos do standard mostraram-se particularmente adequados ao papel de “sinalização política” que os API procuraram desempenhar,¹²⁰⁷ maximizando a possibilidade de consenso em situações em que não era possível gizar cláusulas mais densas.¹²⁰⁸ Os problemas surgiram quando, com a inclusão de cláusulas ISDS, os BIT deixaram de ser apenas “sinais” e, na expressão de Kläger, ganharam “dentes”. De repente, tornou-se necessário saber o que seria isso do “tratamento justo e equitativo”, pois dele dependeria o sucesso ou insucesso de muitos diferendos de investimento.

Ora, duas delimitações negativas afiguram-se desde logo possíveis. Por um lado, existe consenso no sentido de que o FET não constitui uma autorização para que os árbitros decidam segundo a equidade (*ex aequo et bono*), isto é, em função das circunstâncias do caso concreto e da sua intuição do “justo” nessas circunstâncias.¹²⁰⁹ Por outro, o elemento literal, centrado no sentido a atribuir aos adjetivos “justo” e “equitativo”, e o elemento histórico, centrado nos trabalhos preparatórios do acordo de

¹²⁰⁴ Weiler 2013, p. 199; e em sentido idêntico, Kläger 2011, pp. 56-60; Diehl 2012, p. 323; Bonnitche, Poulsen & Waibel 2017, pp. 198-200.

¹²⁰⁵ Apesar de o conteúdo do FET estar por vezes associado ao princípio da não discriminação, o standard tem um conteúdo autónomo relativamente a este princípio. Dito de outro modo, o FET pode ser violado mesmo que o Estado de acolhimento dê o mesmo tratamento a estrangeiros e nacionais. Enfatizando este aspeto, na doutrina, Schreuer 2005, p. 367, e na arbitragem, o acórdão Alpha v. Ukraine, ICSID Case no. ARB/07/16, Award, 08.11.2010, ¶419. A não contingência do FET é posta em causa no modelo proposto por Tudor 2008, p. 231, pelas razões trabalhadas infra.

¹²⁰⁶ Vasciannie 1999, p. 106; Brabandere 2017, p. 287.

¹²⁰⁷ Kläger 2011, p. 28. Supra Cap. 1.

¹²⁰⁸ Weiler 2013, p. 189 («a good Treaty is a disagreement peaceable reduced to writing»).

¹²⁰⁹ Perera 2012, p. 223; Paparinskis 2013, p. 119; Jacob & Schill 2015, p. 703.

investimento a interpretar,¹²¹⁰ dificilmente fornecerão mais do que um ponto de partida no apuramento do conteúdo do standard.¹²¹¹

É certo que – sugere Robert-Cuendet – aquele aglomerado de adjetivos exige do Estado «qu’il joue un *franc-jeu* avec l’investisseur»,¹²¹² indiciando uma ligação com o princípio da boa-fé, que é um princípio geral de direito internacional (artigo 38.1, al. c) do ETIJ).¹²¹³ Todavia, a insuficiência do elemento gramatical abre espaço para o debate – para alguns, superado¹²¹⁴ – em torno da questão de saber qual a ligação entre o FET, o standard mínimo internacional de tratamento de estrangeiros e o costume internacional.

Com efeito, enquanto alguns argumentam que o FET não deve ir além daquele standard mínimo, na pressuposição de que este é expressão do costume internacional, outros consideram que o FET é um standard *autónomo*, de fonte convencional ou costumeira, com um conteúdo distinto e mais exigente do que o daquele standard. Ora, não é este um debate central para o objeto do nosso estudo. Determinante, a nosso ver, é que o standard existe, que os tribunais arbitrais lhe atribuem um conteúdo que releva para a alteração normativa, e que tal conteúdo tem impacto constitucional *in foro* doméstico. A querela não é, contudo, absolutamente estéril: consoante se adote uma outra perspetiva, diferente será o impacto da função conformadora desempenhada pela arbitragem dos tratados (supra Cap. 1).

3.1. FET: equiparação ou autonomia?

Vários acordos internacionais em matéria de investimento ligam o FET ao costume internacional e ao standard mínimo. É o caso do NAFTA ou do USMCA.¹²¹⁵ Aí, num preceito cuja epígrafe é precisamente Minimum Standard of Treatment, dispõe-se que «each Party shall accord to covered investments treatment *in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment*». ¹²¹⁶ Em julho de

¹²¹⁰ Perera 2012, p. 219.

¹²¹¹ Diehl 2012, p. 313.

¹²¹² Robert-Cuendet 2010, p. 367 – o itálico é nosso.

¹²¹³ Sipiorski 2018, pp. 177-185 (sobre a ligação entre o FET e o princípio da boa-fé).

¹²¹⁴ Brabandere 2018, p. 2619.

¹²¹⁵ Eg. artigo 6 do Protocolo de Investimento da SADC, o artigo 14 do COMESA CIA, o artigo 9.6 da CPTPP, o artigo 4 do BIT Austrália-Uruguai, o artigo 7.2 do Acordo de investimento da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental, e os modelos de BIT norte-americano, canadiano e norueguês.

¹²¹⁶ O itálico é nosso.

2001, depois de algumas decisões arbitrais mais controversas,¹²¹⁷ a Comissão intergovernamental do NAFTA emitiu uma nota interpretativa vinculativa sobre o sentido a conferir ao standard FET nas disputas arbitrais dirimidas ao abrigo do artigo 1105 do NAFTA. Tal sentido não deveria ir para lá do exigido pelo «costume internacional em matéria de standard mínimo de tratamento de estrangeiros» (*customary international law minimum standard of treatment of aliens*), ou seja, do conjunto de regras costumeiras que protegem os indivíduos que se encontrem sob jurisdição de um país estrangeiro.¹²¹⁸

Decisões arbitrais recentes confirmam que o standard não está “congelado no tempo”, ou seja, evoluiu no sentido de proporcionar aos investidores um nível de proteção mais robusto. A conduta estadual não necessita de ser “chocante” ou “ultrajante” para constituir uma violação do FET, a qual existe sempre que ela rompa com o sentido de «justiça, equidade e razoabilidade».¹²¹⁹⁻¹²²⁰ A equiparação entre os dois standards deveria ser feita através de um nivelamento por cima e não por baixo, segundo a doutrina.¹²²¹

O NAFTA-USMCA ostenta, enquanto subsistema, uma roupagem especial.¹²²² Tais especificidades provêm – precisamente – do modo como os tribunais NAFTA interpretam o FET. Duas tendências interessam-nos particularmente.

¹²¹⁷ Concretamente, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case no. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000, *SD Myers Inc. v. Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13.11.2000, e *Pope & Talbot v. Canada*, UNCITRAL Rules of Arbitration, Interim Award, 26.06.2000.

¹²¹⁸ Algumas decisões arbitrais associaram o standard mínimo ao caso *Neer*, proferido a propósito de uma falha das autoridades mexicanas em investigar e punir os responsáveis pela morte de um cidadão norte-americano no México, e para o qual a violação do standard mínimo pressupunha «bad faith, to willful neglect of the duty, or to insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency». Concretamente, os acórdãos *Glamis Gold v. United States of America*, UNCITRAL, Award, June 8 2010, ¶616, e *Cargill v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI n.º ARB (AF)/05/2, Laudo, 18.09.2009, ¶284 [«(...) Un aspecto clave de tal adaptación es que, pese a que se abordan más situaciones, se mantiene la exigencia de la gravedad de la conducta conforme se sostuvo en el caso *Neer* (...)»]. Nenhuma delas nega a evolução do standard mínimo, mas ambas assentam na ideia de que o standard continua tão exigente como antes (Picherack 2008, p. 258).

¹²¹⁹ *Merrill & Ring Forestry v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 31.03.2010, ¶193; *ADF Group v. United States*, ICSID Case no. ARB (AF)/00/1, Award, 09.01.2003, ¶180-186; *Mondev International v. United States*, ICSID Case no. ARB (AF)/99/2, Award, 11.10.2002, ¶116.

¹²²⁰ *Bilcon v. Government of Canada*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction and Liability, 17.03.2015, ¶438-444; *Mesa Power v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 24.03.2016, ¶498.

¹²²¹ *Valores Mundiales v. Republica Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/13/11, Laudo, 25.07.2017, ¶536; *Murphy Exploration v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Partial Final Award, 06.05.2016, ¶208; *Antin Infrastructure v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15.06.2018, ¶530.

¹²²² *Jacob & Schill* 2015, p. 709-710 (interrogando-se, precisamente, se o NAFTA não se estará a transformar num «subsistema independente» no contexto do DIE).

(i) Uma tendência no sentido de maior deferência para com as opções estaduais, sustentada nos argumentos tradicionais da legitimidade democrática e da maior proximidade dos órgãos democraticamente eleitos relativamente às complexidades da situação doméstica – permanentes, aliás, no direito constitucional de matriz anglo-saxónica.¹²²³ Isso é visível, por ex., nos acórdãos Bilcon e Mesa Power,¹²²⁴ ambos tendo o Canadá como parte demandada.

(ii) A outra tendência passa pela recusa em ver no FET uma garantia de estabilidade regulatória. Por outras palavras, do FET não advém nenhuma proteção para o investidor contra mudanças (mesmo que substanciais) do quadro regulatório em que efetuou o seu investimento.¹²²⁵ Além disso, a proteção das legítimas expectativas – que é apenas um elemento a ter em conta na avaliação do nível de arbitrariedade da conduta estadual – só pode ocorrer quando tais expectativas tenham uma base *contratual ou quase-contratual*.¹²²⁶

3.2. Afinal o que é o FET?

Alguma doutrina sugere que o FET, sendo uma cláusula convencional “autónoma”, se converteu em costume internacional, em razão da sua difusão maciça em API, por um lado, e, por outro, da interpretação baseada no precedente arbitral e em processos informais de diálogo judicial.¹²²⁷ A ser assim, o standard FET, com o conteúdo que lhe vem assacando a jurisprudência arbitral, seria aplicável mesmo a diferendos instaurados com base em acordos de investimento nos quais o standard não está consagrado (eg. o modelo BIT indiano).¹²²⁸

¹²²³ Sobre esses argumentos, cf., entre muitos outros, Rivers 2006, p. 203; Allan 2011, p. 96 ss.; King 2008, p. 409-441; Kavanagh 2010, pp. 222-250.

¹²²⁴ Bilcon ¶ 439; Mesa Power ¶505.

¹²²⁵ Mobil Investments v. Government of Canada, ICSIS Case no. ARB(AF)/07/4, 22.05.2012, ¶153.

¹²²⁶ Cargill ¶290; Glamis ¶766.

¹²²⁷ Reisman 2015, p. 631; Palombino 2012, p. 192 (explicando que a mobilização dos precedentes como forma de «judge-made-law» é um fenómeno cada vez mais evidente no direito internacional); Salah 2019, p. 109. Contra, Paparinskis 2013, pp. 124-125 (destacando que a jurisprudência “ilumina” o conteúdo dos costume e dos tratados, mas recusando ver nela «law-creating capacities»); Vasciannie 1999, p. 160 (sublinhando que, em face da economia política subjacente aos acordos de investimento, o FET não logrou uma demonstração da sua aceitação transversal por países exportadores e importadores de capital, faltando-lhe, pois, o requisito do *animus* ou *opinio iuris*). Sobre a importância dos precedentes, Hindelang 2004; e Ole Voss 2011, p. 56.

¹²²⁸ Idêntico resultado pode ser alcançado através da aplicação da cláusula da nação mais favorecida. No acórdão Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia, Final Award, 15.12.2014, ¶540 ss., o Tribunal assentiu em usar a cláusula da nação mais favorecida para colmatar a ausência do standard FET no tratado internacional com base na qual o processo arbitral fora instaurado.

Outros ligam o FET, ainda que de forma diversificada, à categoria dos princípios gerais de direito prevista no artigo 38.1, al. c) do ETIJ.

Neste grupo, há que destacar o modelo de Kläger, para quem o FET é uma cláusula geral, de origem convencional, capaz de operar como *gateway*, isto é, capaz de promover um diálogo construtivo (*constructive reasoning*) e de “absorver” e simultaneamente “filtrar” os princípios de justiça vigentes no sistema internacional com relevo para os diferendos de investimento (eg. estabilidade, soberania, desenvolvimento sustentável, não discriminação). Neste sentido, o FET opera como uma técnica de *desfragmentação* do direito internacional, viabilizada pelo processo de interpretação sistémica para que remete o artigo 31.3, c) da CVDT.¹²²⁹

Schill & Jacob veem no FET a materialização do Estado de direito na esfera internacional.¹²³⁰ Convém recordar que os Autores partem de uma compreensão do DIE como *direito público internacionalizado* (supra Cap. 2), que revela mais semelhanças, em termos *estruturais e teleológicos*, com o direito constitucional e administrativo do que com o direito internacional público ou com a arbitragem comercial.

Nesta perspetiva, o FET é um dos standards substantivos através dos quais a arbitragem dos tratados revela as suas *qualidades constitucionais*, argumentando os Autores que o standard opera como um instrumento capaz de disseminar o *rule of law*, entenda-se, apto a dotar os países importadores de capitais (portanto, todos os países) de *instituições* em linha com uma economia de mercado, diminuindo o risco político e o oportunismo regulatório.¹²³¹

O desempenho das funções constitucionais atribuídas ao FET pressupõe uma metodologia de direito comparado, tendente a apurar princípios gerais de direito, de fonte doméstica ou de fonte internacional, na aceção do artigo 38.1, al. c) do ETIJ.¹²³² O exercício comparativo deve ter por objeto os sistemas representativos das tradições de

¹²²⁹ Kläger 2011, pp. 89-153. A tese do Autor pressupõe a adoção de uma determinada teoria da justiça nas relações internacionais, que oriente não só a seleção dos princípios filtrados pelo FET, como também as relações entre eles.

¹²³⁰ Kingsbury & Schill 2009; Schill 2011a, p. 57; Jacob & Schill 2015, p. 710. Em sentido próximo, McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 272; Vandeveldt 2010a, p. 49, perscrutando no *rule of law* uma dimensão procedimental, tradicionalmente associada à ideia de processo justo, e uma dimensão substantiva, assente nos princípios da razoabilidade, da consistência, da não-discriminação e da transparência [«(...) The law’s content is characterized by reasonableness, its structure by consistency and non-discrimination, and its operation by transparency»]; Paine 2019; Kleinheisterkamp 2015, pp. 793-825.

¹²³¹ Destacando os mesmos aspetos, Diehl 2012, p. 336.

¹²³² Schill 2011a, p. 90 ss. Cf. igualmente a proposta de Kleinheisterkamp 2015, p. 820, que sugere a elaboração de um conjunto de princípios substantivos por uma Comissão de peritos, à semelhança do sucedido com os Princípios UNIDROIT aplicáveis ao comércio internacional.

civil e de *common law*, em especial o germânico, o britânico, o francês e o norte-americano. Atento o espírito *market-friendly* e *market-enhancing* dos API, a analogia deve assentar em sistemas que promovam o *rule of law* nas relações entre os Estados e os particulares.

A proposta de Schill abre o flanco a diversas críticas.

A primeira delas, destacada por Kläger e Palombino, é a de que coexistem, no espectro europeu, *vários modelos de rule of law*.¹²³³ Não obstante o efeito aglutinador do acervo comunitário, há diferenças entre um Estado de Direito “à alemã”, alicerçado no princípio da constitucionalidade e na subordinação do poder legislativo à Constituição, e um modelo de Estado de Direito “à inglesa”, assente no princípio da soberania parlamentar e na ausência de judicial review da atividade legislativa.¹²³⁴⁻¹²³⁵

Outra crítica prende-se com a falta de generalidade da “amostra” de direito comparado selecionada por Schill. Interroga-se Kläger se será legítimo aplicar os princípios gerais de direito extraídos a partir dessa amostra numa disputa em que seja parte interveniente um Estado com uma tradição de Estado de Direito distinta (*ou mesmo sem tradição de rule of law*). É sempre possível contra-argumentar, como sugere Paparinskis, que alargar o espectro comparatístico a ordenamentos jurídicos como o Brasil, a China, a Rússia, a Índia ou a *Sharia* seria ilógico, uma vez que o direito internacional do investimento pretende precisamente “corrigir” os defeitos do direito interno através da afirmação de standards não contingentes.¹²³⁶

Uma última crítica, mais estrutural, questiona toda a ideia de *good governance*, isto é, o propósito de criar instituições que forneçam aos investidores os “sinais” necessários para investir e que assegurem o funcionamento da economia de mercado e a proteção do direito de propriedade.¹²³⁷ Alguma doutrina entende os API e o FET como uma manifestação de “novo constitucionalismo”, entendido enquanto “braço jurídico”

¹²³³ Kläger 2015, p. 127; Palombino 2012, p. 45.

¹²³⁴ Tushnet 2016. Sem contar com o “constitucionalismo iliberal” de polacos e húngaros (Tóth 2017, p. 386 ss.).

¹²³⁵ Talvez por isso alguns Autores menos ambiciosos encarem o FET como uma manifestação de direito administrativo global, isto é, como um standard internacional de controlo da função administrativa, estruturado em torno dos princípios do processo justo, da razoabilidade e da proporcionalidade, *mas que deixa de fora o poder legislativo e não coloca limites à autorrevisibilidade das leis*. Assim, Van Harten & Loughlin 2006, pp. 121-150; Cassese 2018, p. 83.

¹²³⁶ Paparinskis 2013, p. 173-174. Por essa razão, o Autor conclui pela inutilidade dos princípios gerais de direito, argumentando que de uma metodologia de direito comparado qualitativamente adequada (com suficiente grau de generalidade) resultariam disposições excessivamente abstratas e sem operatividade normativa.

¹²³⁷ Farber 2002, p. 83 ss., destacando a importância do constitucionalismo e da fiscalização da constitucionalidade para a atração de investimento.

do neoliberalismo. A estratégia deste complexo normativo passa por criar «quasi-constitutional economic arrangements», isto é, subsistemas normativos que, através de mecanismos de lock-in (eg. controlo jurisdicional), impermeabilizam os interesses das empresas transnacionais às preferências políticas e às regras democráticas do Estado de acolhimento.¹²³⁸ Trata-se, no fundo, de uma técnica de separação dos mercados relativamente à *política*.¹²³⁹

As críticas apontadas ajudam a perceber a preferência de Palombino – e também a nossa – por uma conceção que compreende o FET como um princípio geral de direito de fonte internacional, mais concretamente, como um princípio específico do subsistema normativo do investimento estrangeiro, *moldado* através de uma prática jurisprudencial constante. O conteúdo de tal princípio não deriva dos princípios gerais de direito das ditas “nações civilizadas” porquanto o Estado de Direito nele refletido é expressão de valores que suportam o aparelho normativo do ordenamento internacional contemporâneo – a saber, o processo justo, a proteção da confiança e a proporcionalidade.

4. Evolução do FET

A evolução do standard FET tem de ser lida à luz de um contexto mais vasto de contestação ao DIE,¹²⁴⁰ descrito no Cap. 1, onde identificámos essa contestação como implicando um sistema incoerente, ilegítimo e inibidor da atividade legislativa. No caso do FET, a reação às críticas desdobrou-se:

De uma parte, numa tentativa de estreitar o impulso “criativo” dos árbitros no preenchimento normativo do FET, em especial no que respeita ao princípio da proteção das legítimas expectativas. Aqui, o destaque vai não só para os modelos de BIT canadiano e norte-americano, que como vimos optaram por ligar o FET ao standard mínimo (*modelo de remissão*), mas também para o *modelo de lista* seguido pela União Europeia no CETA e nos API concluídos com Singapura e Vietname.¹²⁴¹ O modelo de

¹²³⁸ Hirschl 2014, p. 105;

¹²³⁹ Supra Cap. 2. Recordamos o paradoxo – destacado por esta corrente crítica – que há em impor um regime jurídico de *good governance*, muitas vezes como condição de promoção de programas de assistência económico-financeira, e depois subtrair os diferendos de investimento resultantes desse programa às instituições que alegadamente se pretendia reformar. Na doutrina, entre outros, Schneiderman 2014, p. 165; Tan 2015, p. 167; Cutler 2018, pp. 61-95.

¹²⁴⁰ Supra Cap. 2.

¹²⁴¹ Tanto o USMCA (artigo 14.6) como o CPTPP (artigo 9.6) observam um modelo semelhante, contendo uma norma sobre o conteúdo do FET («fair and equitable treatment includes the obligation not

lista passa por incorporar exhaustivamente no tratado o *apport* da arbitragem quanto às situações típicas de violação do FET, tais como «fundamental breach of due process» ou «manifest arbitrariness», acompanhada de uma norma interpretativa quanto à proteção das legítimas expectativas dos investidores, no sentido de esclarecer que, na recondução da factualidade a uma daquelas situações típicas, o tribunal:

«may take into account whether a party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or to maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated». ¹²⁴²

A norma interpretativa tem o mérito de dar como assentes dois elementos amiúde sublinhados na arbitragem, a saber – o carácter específico da expectativa gerada (specific representation) e a relevância indutiva dessa expectativa. Faltou dizer, no entender de Henckels, qual a *forma* que a promessa ou declaração devem assumir (escrita ou oral) e se tal promessa ou declaração podem ser inferidas de um regime normativo, seja ele de base legal ou administrativa. ¹²⁴³⁻¹²⁴⁴

Destaca-se, de outra parte, uma tendência no sentido de conferir maior relevo, no próprio clausulado dos tratados de investimento, ao direito de regular em matéria de educação, saúde pública, ambiente, moral pública, ou trabalho, aos direitos humanos, à democracia e à responsabilidade dos investidores, mormente à chamada responsabilidade social das empresas, num fenómeno que a doutrina apelida – vimo-lo no Cap. 1 – de “recalibragem” do DIE. A importância deste movimento foi confirmada

to deny justice in the criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world»), e uma norma interpretativa sobre proteção de legítimas expectativas, que incorpora a asserção várias vezes reiterada na arbitragem NAFTA de que as legítimas expectativas não constituem um elemento autónomo do FET, avalizando-se apenas como um dos aspetos que contribuem para a manifesta arbitrariedade da conduta (acórdão Glamis ¶620). Essa norma interpretativa tem a seguinte redação: «For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor’s expectations does not constitute a breach of this article even if there is loss or damage to the covered investment as a result».

¹²⁴² Artigos 8.10 do CETA, 2.4 do Acordo UE-Singapura e 2.5 do Acordo UE-Vietname.

¹²⁴³ Henckels 2016, p. 35; Brabandere 2017, p. 300 (segundo o Autor, a possibilidade de emissão de recomendações por parte do Comité de Comércio CETA aponta para a natureza exhaustiva ou taxativa da lista); Kriebaum 2014, p. 468 ss.; Alvarez 2016, p. 525.

¹²⁴⁴ Brasil e Índia, nos modelos de acordo de investimento mais recentes, nem sequer admitem referência ao standard FET. Além destes, cf. o FTA Singapura-Nova Zelândia (2001) e o FTA Singapura-Austrália (2003).

pelo Parecer 1/17, do Tribunal de Justiça, a propósito da compatibilidade do CETA com o direito da União.¹²⁴⁵

Ao que se disse no Cap. 1, acrescentaríamos apenas que as transformações assinaladas no clausulado dos tratados não deixarão de ter impacto no modo como os árbitros apreciam o FET e a proteção das legítimas expectativas do investidor. Esse impacto traduzir-se-á, a nosso ver, em maiores dificuldades, por parte do investidor:

– em demonstrar a *imprevisibilidade* do comportamento do Estado de acolhimento quando este adote normas no sentido de reforçar *aqueles* interesses públicos expressamente ressalvados ou incentivados pelo API;¹²⁴⁶

– em demonstrar a *legitimidade* das suas expectativas quando existam dúvidas quanto à compatibilidade do investimento com o direito interno do Estado de acolhimento,¹²⁴⁷ ou quando o investimento tenha sido realizado num momento em que vigorava um governo autocrático/não democraticamente eleito, que entretanto cessou funções;¹²⁴⁸

– em extrair da violação de uma cláusula de estabilização, incluída com o propósito de subtrair o investidor à evolução da legislação doméstica em aspetos relacionados com os direitos humanos (eg. ambiente, trabalho, saúde pública), uma *automática* violação do standard FET.¹²⁴⁹

Desde logo, será mais difícil sustentar que o FET implica, para os Estados de acolhimento, o dever de manter a «estabilidade do quadro regulatório» em que o investimento foi realizado, como sugerem algumas decisões arbitrais. No Instrumento Interpretativo conjunto do CETA lê-se, com efeito, o seguinte: «governments may change their laws, *regardless of whether this may negatively affect an investor or investor's expectations of profits*».¹²⁵⁰

¹²⁴⁵ Infra Cap. 6.

¹²⁴⁶ Neste sentido, Dubin 2018, p. 874; Zhu 2017, p. 103.

¹²⁴⁷ Algumas decisões arbitrais vão mais longe e recusam assumir jurisdição sobre disputas relativas a contratos de investimento eivados de corrupção. Neste sentido, *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, ICSID Case no. ARB/00/7, Award, 04.10.2006 (decisão não pública), e *Metal-Tech v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case no. ARB/10/3, Award, 04.10.2013, ¶372.

¹²⁴⁸ Ben Hamida 2015, p. 315, recordando que, não obstante a inclusão de referências à democracia e ao Estado de direito em alguns API (eg. artigo 1 do acordo Cotonou), os contratos de investimento celebrados com governos não democráticos não são *per se* ilegais à luz do direito internacional público, e que o estatuto da teoria das “dívidas odiosas” (*odious debts*) é incerto.

¹²⁴⁹ Dubin 2018, p. 875. A questão prende-se com a validade das cláusulas de estabilização, que trataremos no ponto 9.4 deste Capítulo.

¹²⁵⁰ Ponto 6 do Instrumento Interpretativo conjunto do CETA (o itálico é nosso), disponível em <http://data.consilium.europa.eu>.

Os processos instaurados ao abrigo dos novos tratados clarificarão *que* leituras do FET, enquanto norma que protege as legítimas expectativas do investidor, se mostram compatíveis com a nova redação do standard.

5. FET e alteração regulatória

O FET opera como “escudo” contra alterações materializadas em atos da função administrativa (eg. revogação de uma autorização ou de uma licença, resolução de um contrato de concessão), da função legislativa (eg. criação e lançamento de tributos sobre certas atividades económicas ou outras alterações normativas), e da função jurisdicional (eg. alteração da interpretação estável de um determinado conceito jurídico).¹²⁵¹⁻¹²⁵²

Nem todos estes atos jurídico-públicos interessam em igual medida ao nosso estudo, pelo que centraremos a nossa atenção em alterações normativas, numa palavra, em alterações com efeitos sobre um número indeterminado ou indeterminável de investidores (sejam elas protagonizadas pela função legislativa ou pela função administrativa).

6. FET e proteção das legítimas expectativas

A proteção contra alterações normativas no quadro do FET é feita através da proteção das expectativas legítimas dos investidores, conjugada, por vezes, com um imperativo de estabilidade do quadro regulatório e de coerência ou não contradição da conduta estadual. A ascensão destas normas a elementos ou componentes do FET é facto reconhecido tanto pela doutrina como pela arbitragem do investimento

¹²⁵¹ Foi o que sucedeu no acórdão *Eli Lilly* ¶324, em que estava em causa um investimento da farmacêutica norte-americana em duas patentes de medicamentos, anuladas na sequência da adoção, pelos tribunais canadianos, da “promise utility doctrine”, uma doutrina que exige que a utilidade da patente esteja cabalmente demonstrada *no momento em que seja solicitada*.

¹²⁵² Com esta classificação, McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 296. Já Kläger 2011, p. 169, sugere uma distinção entre «stability of the overall legal framework», «stability in the administrative conduct» e «stability in the contractual relationship». Pensamos que esta não será a melhor taxonomia, já que a relação contratual pode ser afetada pela instabilidade da moldura legal. Radi 2012, p. 1170, distingue dois cenários de violação do FET: «as to the first one, the breach of the FET provision is tested against a normative framework that regulates an entire sector of economic activity (...). The second scenario refers to domestic norms aiming to regulate the activities of a particular foreign investor – for instance through an authorization, a license, or a permit». Finalmente, Hirsch 2018, p. 784, desdobra a estabilidade regulatória em três componentes: «contractual and semi-contractual arrangements», «unilateral promissory statements or specific representations made by the host state»; «the host state’s regulatory measures at the time when investment was made».

estrangeiro.¹²⁵³ *O grau de adesão é tanto mais evidente quanto mais recente a jurisprudência arbitral.*¹²⁵⁴

A associação da proteção das legítimas expectativas aos outros elementos apontados aparece recorrentemente na jurisprudência mais recente.¹²⁵⁵ No acórdão Murphy, num litígio contra o Equador envolvendo um investimento no sector petrolífero, reiterou-se que «the FET treaty standard is now generally accepted as reflecting recognisable components, such as: transparency, consistency, stability, predictability, conduct in good faith and the fulfilment of an investor's legitimate expectations».¹²⁵⁶

A conexão entre proteção das legítimas expectativas e estabilidade do quadro normativo está longe de ser pacífica. São vários os Autores que extraem da jurisprudência arbitral uma leitura no sentido de que estes dois elementos têm existência autónoma e de que podem, sob certas circunstâncias, gerar resultados distintos.¹²⁵⁷

Assim, seria possível retirar do FET uma obrigação, para o Estado de acolhimento, de estabilidade do quadro normativo em que o investimento foi realizado (e que foi base da decisão de investir), interpretando essa obrigação *isoladamente* ou, pelo menos, colocando *limites quase intransponíveis* à relevância do interesse público no processo de ponderação. Ortino apelida esta perspetiva de «strict stability»;¹²⁵⁸ Henckels fala num «absolute stability approach»;¹²⁵⁹ Robert-Cuendet vê aqui uma «violation objective du standard».¹²⁶⁰

A posição intermédia é aquela que reconduz a proteção contra a alteração normativa decorrente do FET ao *princípio* da proteção das legítimas expectativas, aquilo que Ortino apelida de «soft stability». Esta compreensão concentra-se, por um lado, nas condições de legitimidade das expectativas do investidor, e por outro, na maior ou menor arbitrariedade da atuação estadual, à luz do *direito de regular*, do

¹²⁵³ Kläger 2011, p. 116; Jacob & Schill 2015, p. 724; Diehl 2012, p. 367; Brabandere 2018, p. 2619. Electrabel ¶7.75; e também Novenergia v. Kingdom of Spain, SCC Arbitration (2015/063), Final Arbitral Award, 15.02.2018, ¶648; Bogdanov v. Moldova, SCC Arbitration V (091/2012), Final Award, 16.04.2013, ¶183.

¹²⁵⁴ Eg. Olin v. State of Libya ICC Case no. 20355/MCP, Final Award, 04.04.2016, ¶ 304; Novenergia II ¶648; Jürgen Wirtgen v. The Czech Republic, PCA Case no. 2014-3, Final Award, 11.10.2017, ¶407.

¹²⁵⁵ UAB *E Energija* v. Republic of Latvia, ICSID Case no. ARB/12/33, Award, 22.12.2017, ¶834.

¹²⁵⁶ Murphy Exploration v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, Final Award, 10.02.2017, ¶206.

¹²⁵⁷ Ortino 2018, pp. 848-850 (argumentando que do FET resultam duas obrigações distintas em matéria de estabilidade regulatória – strict stability e soft stability. A jurisprudência mais recente orienta-se no sentido de privilegiar a segunda daquelas obrigações normativas); Viñuales 2012, p. 350; Brabandere 2018, p. 2619; Bücheler 2015, p. 200; Potestà 2012, pp. 28-29.

¹²⁵⁸ Ortino 2018, p. 850.

¹²⁵⁹ Henckels 2012.

¹²⁶⁰ Robert-Cuendet 2010, p. 376.

mérito substantivo e procedimental da alteração protagonizada e do sacrifício imposto ao investidor.

Finalmente, do lado oposto do espectro, emerge a interpretação segundo a qual a proteção da estabilidade normativa está dependente da existência de uma cláusula ou de um contrato de estabilização, ou de compromisso equiparável.

As expectativas legítimas dos investidores são elemento omnipresente em todos estes entendimentos, embora com diferenças significativas. Ao passo que, no primeiro e terceiro entendimentos, elas são consequência *automática* da moldura normativa vigente ao tempo do investimento ou da cláusula de estabilização (que pode constar de uma lei, e, destarte, integrar o quadro normativo), respetivamente, no segundo, elas operam no quadro de um princípio normativo, estabelecendo as condições de legitimidade de uma pretensão de estabilidade, e orientando o modo como deve ser mediado o conflito normativo entre essa pretensão e o interesse público.

As próximas páginas apreciarão e desenvolverão cada um destes entendimentos, gizando, assim, uma escala decrescente de proteção do investimento estrangeiro contra a alteração normativa.

7. Grau máximo: estabilidade do quadro normativo em que o investimento foi realizado

Em teoria, o grau máximo de proteção dos investidores contra alterações do quadro regulatório passa por ler no FET uma garantia de estabilidade do quadro normativo em que o investimento foi realizado, pelo menos nas suas *características essenciais*.¹²⁶¹ Foi este o entendimento sufragado por vários tribunais nos casos da crise argentina.¹²⁶²⁻¹²⁶³

¹²⁶¹ O acórdão *Cube Infrastructure* ¶427-428 desenvolve este conceito, associando-o ao conceito de paradigma regulatório, que nos parece certo. Aqueles que investiram na produção de eletricidade a partir de fontes renováveis podiam antecipar uma modificação das “tarifas” oferecidas pelo regime regulatório, já não uma mudança de paradigma regulatório. No limite, a opção por um grau máximo de proteção passa por sustentar a violação do FET mesmo que fique demonstrada a razoabilidade do novo paradigma regulatório. Em sentido oposto, como vimos na *Introdução*, PV ¶638-639.

¹²⁶² Sucintamente, a factualidade dos casos da crise argentina foi, no seu mínimo denominador comum, a seguinte. No início dos anos noventa do século passado, a Argentina encetou um processo de liberalização e privatização de vários setores da economia, pondo em marcha um conjunto de medidas legislativas especificamente orientadas à atração de investimento estrangeiro nos setores inerentes à prestação de serviços essenciais (eg. *Ley de la Convertibilidad*, que previa a introdução de uma taxa de câmbio fixa, indexando a moeda argentina ao dólar norte-americano). Contudo, no final da década, em face de uma severa crise financeira, a Argentina adotou uma série de medidas de emergência (eg. *Corralito* e *Pesificación*) que vieram perturbar a continuidade dos investimentos realizados e ainda em fase de amortização. Destarte, vários investidores estrangeiros do setor da eletricidade, do gás e do

Com algumas variações não despidiendas,¹²⁶⁴ estas decisões recortaram um entendimento segundo o qual a destruição das características essenciais da moldura regulatória (i) consubstancia uma violação do FET, *independentemente* do mérito substantivo, da razoabilidade ou da premência do interesse público que motivou a atuação do Estado de acolhimento (ii). O grau máximo de proteção está pensado para a situação em que o Estado de acolhimento ergue uma moldura regulatória especificamente desenhada para mitigar o risco político do investimento e depois a desmantela por completo.¹²⁶⁵

7.1. Estabilidade, proporcionalidade e boa-fé

Subjazem a esta leitura duas ideias importantes.

A primeira é a ideia de *presunção inilidível de excesso* da atuação estadual, nas hipótese em que se conjugue uma situação de indução do investimento e de alteração normativa de *elevada magnitude*. Trata-se de assumir que, independentemente das intenções estaduais, uma articulação deste tipo lesa o núcleo essencial dos deveres de probidade governamental que o FET representa.

Quando, no acórdão LG, se afirma que a Argentina foi *longe demais* ao desmantelar por completo a moldura legal especificamente desenhada para atrair o investimento, é precisamente esta presunção inilidível de excesso que se visa destacar. Nestas circunstâncias, a motivação da alteração legislativa – que até pode ser legítima – não intervém como limite à garantia de estabilidade regulatória.¹²⁶⁶

saneamento, ou titulares de dívida pública demandaram a Argentina na arbitragem do investimento, na sua grande maioria por força de cláusulas arbitrais contidas em API celebrados entre a Argentina e países exportadores de capitais, como os Estados- Unidos, o Reino Unido, a França ou a Itália.

¹²⁶³ *Occidental v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL, London Court of International Arbitration Administered Case no. UN 3467, Final Award, 01.07.2004, ¶183; *Enron v. Republic of Argentina*, ICSID Case no. ARB/01/3, Award, 22.05.2007, ¶260; *LG v. Republic of Argentina*, ICSID Case no. ARB/02/1, Award, Decision on Liability, 03.10.2006, ¶124; *Sempra v. Republic of Argentina*, ICSID Case no. ARB/02/16, Award, 28.09.2007, ¶299.

¹²⁶⁴ Eg. *El Paso* ¶374. O Tribunal arbitral, que assumiu abertamente a ligação entre o FET e o princípio da proporcionalidade concluiu que nenhum investidor pode ter uma expectativa legítima de não alteração do quadro legal numa situação de crise, a menos que «la modificación del marco jurídico sea absoluta» [«(...) El Estado debe tener la posibilidad de realizar los cambios razonables que exigen las circunstancias y no se puede inferir que haya aceptado un congelamiento de la evolución de su sistema jurídico»].

¹²⁶⁵ Voltaremos ao tema ainda neste capítulo, pois a doutrina da confiança por indução também é relevante para efeitos do grau intermédio de proteção do FET.

¹²⁶⁶ *Enron* ¶268 [«Even assuming that the Respondent was guided by the best of intentions, which the Tribunal has no reason to doubt (...)»]. Sem prejuízo do que diremos infra, há elementos que aproximam o acórdão *Micula v. Romania*, ICSID Case no. ARB/05/20, Award, 11.12.2013, ¶687, 802 de um entendimento *maximalista* de estabilidade regulatória. Este teve por base um investimento levado a cabo pelos irmãos Micula, de nacionalidade sueca, na Roménia, no quadro de um programa de incentivos

A segunda é a de que uma compreensão deste calibre é particularmente influenciada por uma ideia de boa-fé enquanto princípio geral *de direito internacional*, vertido na exigência de um comportamento leal e não contraditório¹²⁶⁷ e no princípio de estoppel.¹²⁶⁸ No acórdão *Sempra*, sublinhando a importância do princípio da boa-fé, o Tribunal arbitral enfatiza a visão do Estado de acolhimento enquanto “homem-honesto” ao ressaltar que: «*Even if the standard [FET] were restricted to a question of reasonableness and proportionality not entailing objective liability (...) there are nevertheless expectations arising from promises that must be respected when relied upon the beneficiary*».¹²⁶⁹

São conhecidos os perigos da aplicação de princípios gerais de direito moldados para relações inter-estaduais a relações verticais ou “diagonais” como aquelas que se desenvolvem entre o Estado de acolhimento e os investidores estrangeiros. Aqueles pressupõem “igualdade estrutural” (entre Estados soberanos),¹²⁷⁰ ao passo que os investidores estão feridos de um “handicap estrutural” relativamente ao Estado, nas palavras de Wälde.¹²⁷¹

Mais melindrosos são os riscos de um tal entendimento para o chamado direito de regular, que deu azo à ruidosa crítica na doutrina e na jurisprudência. Apenas a título de exemplo, a UNCTAD, num documento elaborado sobre o FET, em 2012, concluía que a perspectiva versada nos acórdãos mencionados «*would potentially prevent the host state from introducing any legitimate regulatory change*».¹²⁷²⁻¹²⁷³ Seria um ato de

fiscais ao investimento em regiões desfavorecidas, conhecido como EGO24. Em 2005, no contexto da adesão da Roménia à União Europeia, e porque o referido programa foi qualificado como um auxílio estatal proibido, a Roménia revogou o diploma em que aquele estava previsto, comprometendo a viabilidade do investimento efetuado pelos irmãos Micula. A Roménia criou a expectativa legítima de um «*tax holiday*» com uma duração predeterminada, para depois aniquilar as características essenciais do quadro normativo que impulsionou o investimento. O Tribunal concluiu pela violação do FET, *não obstante qualificar a atuação da Roménia como razoável à luz do objetivo de aderir à União Europeia* e de haver o risco real de a manutenção do regime EGO24 frustrar a compatibilização do direito interno com o acervo comunitário. Neste sentido, McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 312.

¹²⁶⁷ Sobre estas exigências, Kolb 2006, pp. 17-25.

¹²⁶⁸ Kulick 2016, p. 109; Paparinskis 2015, pp. 168-170.

¹²⁶⁹ *Sempra* ¶299 – o itálico é nosso.

¹²⁷⁰ Paparinskis 2015, pp. 168-170.

¹²⁷¹ Wälde, *Separate Opinion in the Arbitration under Chapter XI of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rule: Thunderbird v. Mexico*, ¶33.

¹²⁷² UNCTAD 2012, p. 67 – o itálico é nosso. Na doutrina, entre muitos outros, Bücheler 2015, p. 187; Sornarajah 2018, p. 420 ss.; Robert-Cuendet 2010, p. 376-377, Ortino 2018, p. 854 ss.; Johnson 2018, p. 106; Kläger 2016, p. 69 (argumentando que esta interpretação mais musculada do FET não constitui ameaça automática ao princípio do desenvolvimento sustentável e ao direito de regular, ao contrário do que sugere o Relatório da UNCTAD mencionado nesta nota).

¹²⁷³ O acórdão *EDF v. Romania*, ICSID Case no. ARB/05/13, Award, 08.10.2009, ¶217, proferido a propósito de um investimento em espaços comerciais nos aeroportos romenos, sublinha que tal entendimento implicaria o «congelamento» da regulação normativa da vida económica.

inconsciência se um país promettesse não alterar a sua legislação à medida das necessidades do tempo.¹²⁷⁴

7.2. O artigo 10 do TCE e os litígios contra Espanha e Itália

Não se pense, contudo, que este entendimento mais estrito de estabilidade normativa desapareceu de cena na ressaca da crise argentina. Vários arestos fazem prova do contrário.¹²⁷⁵ Mais recentemente, há que destacar os processos instaurados contra Espanha e Itália, ao abrigo do TCE, a propósito das alterações promovidas no regime de incentivação da produção de eletricidade a partir de fontes renováveis.¹²⁷⁶⁻¹²⁷⁷

¹²⁷⁴ Continental Casualty v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 05.09.2008, ¶258. Adicionalmente, Saluka v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Partial Award, 17.03.2006, Mamidoil v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award, 30.05.2015, ¶617-19, Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28.03.2011; e UAB *Energija* v. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/12/33, Award, 22.12.2017, ¶911.

¹²⁷⁵ Além destes, Murphy Exploration (Partial Final Award) ¶276, a propósito da alteração legislativa da participação estadual nos lucros emergentes dos contratos de partilha de produção do sector petrolífero (quando o valor de mercado excedesse um preço de referência), inicialmente para 50%, mais tarde para 99%. Considerou o Tribunal arbitral, relativamente à primeira alteração, que, em face do dramático e inesperado aumento do preço do petróleo, o Equador se limitara a exercer o seu poder soberano de adaptação do ordenamento às novas condições de mercado: «Indeed it would not have been reasonable for the contractors to expect that the contractual terms or Ecuadorian law would not change at all in the face of such exceptional prices rises». Idêntico raciocínio não serve, no entender do Tribunal, para a segunda alteração legislativa, visto que o aumento da participação nos lucros para 99% transformou a natureza do contrato celebrado: «The Contractor's entitlement to full ownership of a percentage of its production was effectively eliminated. Law 42 at 99% changed the foundational premise upon which the Participation Contract had been agreed. This change was made unilaterally by the State in breach of the Participation Contract and the then existing domestic and international legal framework» (¶282). Sobre esta última questão, Duarte 2015.

¹²⁷⁶ Na doutrina, Simões 2017, pp. 174-180; Pascual Vives 2016, pp. 369-377; Haverbeke, Callaerts & Vanderpe 2017, pp. 154-171; López-Rodríguez & Navarro 2016, pp. 2-10; Hernández-Mendible 2017, p. 223 ss.; Ziegler & Trigo 2019, p. 136 ss.

¹²⁷⁷ Já tivemos ocasião de explicar a factualidade dos processos contra Espanha (supra nota n.º 605). Vejamos agora os casos italianos. No sentido de cumprir as metas nacionais em matéria de energias renováveis, o legislador italiano concebeu um regime que, para além da prioridade de acesso à rede (por parte dos produtores de eletricidade “verde”) e de uma obrigação de injeção de eletricidade “verde” na rede, assentou em diversos “contos” de energia, isto é, em diversos decretos-leis prevendo um modelo de incentivação da produção da eletricidade a partir de energias renováveis (abreviadamente, Contos I, II, III, IV e V, entre 2005 e 2012). Esse modelo baseava-se no pagamento ao produtor de um preço fixo por kilowatt-hora, durante um período de 20 anos. O produtor e o GSE (Gestore dei Servizi Energetici, equivalente ao nosso Operador da Rede de Transporte) celebravam um contrato (qualificado pela lei, com exceção do Conto V, como um contrato de direito privado, modificável por acordo das partes e não por decisão unilateral do GSE), de onde constava o incentivo acordado (em preço por Kilowatt/hora), a duração do contrato (20 anos) e data a partir da qual deveria produzir efeitos. A atribuição dos incentivos ocorria após a o início de funcionamento da instalação. Em 2011, surgiu o decreto *Romani*, para a implementação da Diretiva 2009/28/CE, que previa vários ajustamentos ao sistema de incentivos, entre eles a limitação das centrais que deles poderiam beneficiar (relativamente ao disposto no Conto III). A estes vários diplomas seguiu-se uma série de medidas legislativas e administrativas com efeitos sobre os investimentos em curso. Falamos do decreto *Spalmaincentivi*, que dava aos produtores de renováveis o direito de optar por um de quatro regimes de dispersão do incentivo (redução do montante pago em cada ano de contrato) e de resoluções da autoridade da energia (AEEG) sobre “imbalance costs”. Paralelamente, o legislador italiano lançava um conjunto de medidas tributárias com efeitos sobre os

Sobressai a necessidade de retirar do artigo 10 do TCE um sentido que seja compatível com o propósito do tratado em causa, ou seja, a obrigação para o Estado de acolhimento de encorajar e manter um quadro regulatório estável, favorável e transparente em benefício dos investidores da contraparte.¹²⁷⁸

Com isto o Tribunal reconhece que o conteúdo normativo do FET varia em função do tratado de investimento em que se acha inserido, algo que, no caso do TCE, aponta para um entendimento que «fomente a cooperação a longo-prazo».¹²⁷⁹ Mais, o FET acha-se associado à obrigação de não alterar as características essenciais com base nas quais o investimento foi realizado: «it (...) means that a regulatory regime specifically created to induce investment in the energy sector cannot be radically altered – i.e. stripped of its key features – as applied to existing investments in ways that affect investors who invested in reliance on those regimes».¹²⁸⁰

Deixemos de lado os acórdãos que afastaram a violação do artigo 10 TCE, concluindo que não havia entorse às legítimas expectativas do investidor.¹²⁸¹⁻¹²⁸² De

investimentos em energia, concretamente, uma taxa para a cobertura dos custos de funcionamento do GSE, o imposto “Robin Hood” (sobre os windfall profits das sociedades com rendimento superior a certo montante), um aumento do imposto sobre o rendimento das sociedades e a sujeição das centrais fotovoltaicas ao pagamento do equivalente ao Imposto Municipal sobre Imóveis.

¹²⁷⁸ Antin Infrastructure ¶520-525;

¹²⁷⁹ Eiser Infrastructures ¶378; Antin Infrastructure ¶533.

¹²⁸⁰ Antin Infrastructure ¶532; Eiser Infrastructures ¶382.

¹²⁸¹ Relativamente a Espanha, concluindo que não havia violação do artigo 10 TCE, Charanne v. El Reino de España, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Laudo Final, 21.01.2016 (incidente sobre as alterações de 2010, não sobre as alterações de 2013-14, que foram mais agressivas). Em linha com o acórdão Charanne, cf. os acórdãos NextEra Energy v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/14/11, Award, 31.05.2019; BayWare Renewable Energy v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/16, Decisions on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 02.12.2019; RREEF Infrastructures v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30.11.2018, ¶392; Isolux Infrastructure v. Reino de España, Arbitraje SCC V2013/153, Laudo, 12.07.2016, ¶787 [nos últimos dois acórdãos, a factualidade era distinta, uma vez que o investimento dos demandantes havia sido realizado em 2011, isto é, num período em que o legislador espanhol já pusera em marcha as medidas reversivas que seriam objeto de análise no acórdão Charanne]. No acórdão RREEF ¶475, o tribunal aprecia conjuntamente o princípio da proporcionalidade e o montante da compensação devida pelo ato ilícito, argumentando que a razoabilidade da alteração legislativa só pode ser analisada atenta a magnitude dos danos sofridos pelo investidor. Concluindo que havia violação do artigo 10 TCE, Eiser Infrastructure v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 04.05.2017, Antin Infrastructure ¶523 ss.; Novenergia II ¶682, OperaFund v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/36, Award, 06.09.2019, ¶490; Masdar Solar v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/14/1, Award, 16.05.2018, ¶503-504, Cube Infrastructure ¶428 (para as centrais eólicas), ¶432-441 (para as centrais fotovoltaicas e hidroelétricas).

¹²⁸² Relativamente a Itália, concluindo que não havia violação do artigo 10 TCE, acórdão Blusun v. The Republic of Italy, ICSID Case no. ARB/14/3, Award, 27.12.2016, ¶365 ss., que teve por objeto o decreto Romani e o Conto IV, dando relevo à ausência de um compromisso específico por parte do Estado italiano e à fase incipiente (ainda ao nível do *project financing*) dos investimentos da demandante. Já nos acórdãos Greentech Energy Systems v. The Italian Republic, SCC Arbitration V (2015/095), Award, 23.12.2018, ¶450 ss., CEF Energia ¶212 ss., e Belenergia v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 06.08.2019, ¶579 ss. foram visadas as medidas mais agressivas do legislador italiano, em especial o decreto *Spalmaintentivi*, que impôs uma redução de cerca de 6% a 8% nos

entre os que chegaram à conclusão de que aquela violação existia, há uma divergência não despreciada sobre o sentido a atribuir ao standard FET.

Essa diferença é a seguinte. Num dos sentidos, a violação do standard FET depende da *razoabilidade da alteração normativa*, considerando-se que essa razoabilidade existe quando as reformas, mesmo sendo significativas ou até “drásticas”, não interferem com a *rentabilidade do investimento*.¹²⁸³ Decisivo no acórdão Eiser Infrastructures, por ex., foi a circunstância de a reforma do regime remuneratório assentar numa taxa de retorno que não permitia cobrir os *custos operacionais* nem o *serviço da dívida*.¹²⁸⁴ Como se lê no recente acórdão PV, em que Espanha era parte demandada, só há violação do FET, ao abrigo do 10 do TCE, se os investidores lograrem demonstrar que o novo regime viola a garantia de uma “taxa de retorno razoável”.¹²⁸⁵

Noutro entendimento, a violação do standard FET, por banda da frustração das legítimas expectativas do investidor, depende do *nível de desvio relativamente ao paradigma regulatório anterior* e às promessas e garantias inscritas no quadro normativo, *independentemente de esse desvio condicionar a viabilidade produtiva do investimento*. Determinante, portanto, é a preservação da equação financeira ou da economia da relação de investimento, e não a capacidade do investimento para gerar lucros.¹²⁸⁶

Perguntava Ortino: «in the absence of a stabilization clause, does the adverse regulatory change violate the FET provision because it is a *radical* or *substantial* change or because it is an *unreasonable* or *disproportionate* change?». ¹²⁸⁷ Ora, para o

incentivos pagos às centrais em funcionamento ao abrigo de regimes anteriores. Em ambos os acórdãos, estavam em causa investimentos em centrais já em funcionamento, ou seja, que já haviam celebrado com o GSE um contrato de feed-in-tariff. A avaliação dos tribunais foi, contudo, diversa – nos primeiros dois, houve violação do FET, no terceiro não. No acórdão Greentech Energy Systems v. The Italian Republic, SCC Arbitration V (2015/095), Final Award, 23.12.2018, ¶450 ss., pode ler-se o seguinte: «While Italy submitted that its “right to regulate” must be balanced against the needs to protect investors’ legitimate expectations, such arguments appear to miss the point in this context. The repeated and precise assurances to specific investors amounted to guarantees that the tariffs would remain fixed for two decades. *Italy effectively waived its rights to reduce the value of the tariffs*» – o itálico é nosso.

¹²⁸³ Antin Infrastructure ¶535-572.

¹²⁸⁴ Eiser Infrastructures ¶389. Não é por acaso que, no acórdão Eiser Infrastructures os árbitros citam vários precedentes associados aos casos da crise argentina, onde os investidores saíram vencedores, ao invés de citarem decisões – contextualmente mais próximas – relacionadas com a produção de eletricidade em ambiente europeu, como, por ex., os casos Nykomb v. Latvia, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award, 16.12.2003; Electrabel; ou AES Summit v. Republic of Hungary, ICSID Case no. ARB/07/22, Award, 23.09.2010.

¹²⁸⁵ PV ¶638-639.

¹²⁸⁶ CEF Energia ¶245.

¹²⁸⁷ Ortino 2018, p. 863.

grau máximo de proteção das legítimas expectativas, a resposta a esta interrogação recai inequivocamente na primeira hipótese.¹²⁸⁸

8. Grau intermédio: o princípio da proteção das legítimas expectativas do investidor

Numa perspetiva intermédia, entende-se que o FET assegura a estabilidade da moldura regulatória por banda do princípio da proteção das legítimas expectativas do investidor. A mobilização deste princípio permite adequar o nível de proteção às circunstâncias do caso concreto, que podem ser as mais severas (eg. crise ou emergência económico-financeira), operando as legítimas expectativas como um elemento, *importante mas não decisivo*, a ter em consideração no juízo de ponderação sobre a razoabilidade do comportamento estadual.¹²⁸⁹

Destarte, o princípio da proteção das legítimas expectativas afasta-se abertamente da perspetiva maximalista que abordámos supra. Afasta-se, em primeiro lugar, da ideia de que decorre do FET uma exigência autónoma de conservação da estabilidade do quadro normativo. Na verdade, o ângulo de ataque é outro: «it is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power». Logo, na ausência de um compromisso de estabilização, o único limite que impede sobre exercício do poder legislativo é o que advém do dever de não frustrar arbitrariamente as legítimas expectativas dos investidores.¹²⁹⁰⁻¹²⁹¹ Não há dúvida de que, nesta perspetiva, o *prius* metodológico são as legítimas expectativas do investidor.¹²⁹²

A frustração das legítimas expectativas do investidor está dependente da demonstração, pelo demandante, dos seguintes pressupostos: que o Estado de acolhimento deu uma garantia ou prometeu que não alteraria, em termos substancialmente desvantajosos, o quadro normativo em que o investimento foi

¹²⁸⁸ A nossa perceção é reiterada no acórdão Novenergia II ¶694-697, onde apesar das referências que se encontram à ponderação (balancing exercise), o que releva é a conclusão de que as alterações regulatórias foram “radicais” e “imprevisíveis”.

¹²⁸⁹ Jacob & Schill 2015, p. 728; Stone 2012, p. 96; Picherack 2008, p. 277, criticando a perspetiva maximalista, por exigir ao Estado de acolhimento que coloque os interesses dos investidores estrangeiros acima de outros interesses relevantes na esfera pública.

¹²⁹⁰ Novenergia II ¶646; Antaris Solar v. Czech Republic, PCA Case no. 2014-01, Award, 02.05.2018, ¶360 («There will be a breach of the FET standard where legal and business stability or the legal framework has been altered in such a way as to frustrate legitimate and reasonable expectations or guarantees of stability»); Continental Casualty ¶261.

¹²⁹¹ International Thunderbird v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, 26.01.2006, ¶147.

¹²⁹² Micula ¶667-726.

realizado (i); que os investidores tenham confiado (*relied on*) nessa promessa ou garantia ao adotarem a decisão de investir (ii); que essa confiança (*reliance*) seja razoável (iii).¹²⁹³

Os requisitos (i) e (iii) não são estanques. Com efeito, a razoabilidade das expectativas do investidor *não pode ser separada* dos contornos da promessa ou garantia gerada pelo Estado de acolhimento.¹²⁹⁴ A estes três componentes segue-se um exercício de ponderação, a fim de ter em conta as motivações do Estado de acolhimento.¹²⁹⁵

8.1. Garantias ou promessas geradas pelo Estado de acolhimento

Vale a pena recordar que o objeto do nosso estudo, assim como o aparámos, abarca apenas alterações normativas, em especial político-legislativas, circunstância que nos permite deixar de lado a revogação/anulação de atos administrativos ou o exercício, pela administração, dos poderes de conformação da relação contratual nos contratos subordinados a um regime substantivo de direito público. Nenhum destes atos jurídicos nos interessa a menos, claro, que sejam consequência de uma alteração normativa, caso em que – naturalmente – terão de ser tomados em consideração como manifestação do prejuízo causado aos investidores.

Tampouco nos interessam as situações em que o conceito “expectativas legítimas” é mobilizado para evidenciar a convicção, por parte do investidor, de que será *bem tratado* pelo Estado de acolhimento – ou seja, de que este respeitará o direito vigente e o tratará de acordo com os princípios da boa-fé, do processo justo e da não discriminação.¹²⁹⁶⁻¹²⁹⁷ Como se explorou no Cap. 3, há uma diferença significativa entre expectativas na não alteração da moldura normativa, que são aquelas que nos ocupam, e

¹²⁹³ Micula ¶668.

¹²⁹⁴ Micula ¶669;

¹²⁹⁵ Abertamente, nos acórdãos *Cube Infrastructure* ¶387; *9RenHoldings v. Kingdom of Spain*, ICSID Case no. ARB/15/15, Award, 31.05.2019, ¶308.

¹²⁹⁶ *Plama Consortium v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case no. ARB/03/24, Award, 27.08.2008, ¶176.

¹²⁹⁷ Veja-se, por ex., o acórdão *Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 e ARB/07/15, 03.03.2010, ¶441, a propósito de um investimento no setor do transporte de gás natural e petróleo, abruptamente terminado pelo Governo da Geórgia. Considerou o Tribunal arbitral que, paralelamente a uma expectativa específica de compensação financeira, o investidor era ainda titular da “expectativa legítima” de que o Estado de acolhimento «would conduct itself vis-à-vis his investment in a manner that was reasonably justifiable and did not manifestly violate basic requirements of consistency, transparency, even-handedness and non-discrimination». Apontando a circularidade do raciocínio, *Monebhurrin* 2015, p. 559.

a expectativa “genérica” de que a essa mesma moldura normativa será aplicada de forma não arbitrária.¹²⁹⁸

8.2. A base de expectativas legítimas do investidor

Boa parte do debate jurisprudencial gira em torno da questão de saber que tipo de atos do Estado de acolhimento podem, *prima facie*, estar na base das legítimas expectativas do investidor.

8.2.1. Quadro normativo

A questão gira em torno de saber o que é um *compromisso específico* (specific commitment). Certas leituras do standard FET rejeitam que o quadro normativo – leis, regulamentos ou outras disposições normativas – possa ser, *per se*, base de expectativas legítimas, na pressuposição de que, na ausência de uma relação bilateral instituída por contrato, por ato administrativo ou por outra garantia diretamente dirigida ao investidor demandante (eg. cláusula de estabilização), não existe “compromisso específico”.

No acórdão PSEG, o Tribunal reconheceu que a proteção das legítimas expectativas «pressupõe uma promessa da administração»;¹²⁹⁹ do mesmo jeito, no acórdão Crystallex, sobre um contrato de concessão mineira outorgado por uma autoridade pública venezuelana, veiculou-se idêntica asserção: «a legitimate expectation may arise in cases where the Administration has made a promise or representation to an investor (...) and which later was frustrated by the conduct of the administration».¹³⁰⁰

¹²⁹⁸ Diferença, aliás, sublinhada, por ex., nos acórdãos *Teco Guatemala v. The Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/17, Award, 09.12.2013, ¶617-664; *Teinver v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/09/1, Award, 21.07.2017, ¶679-681; e *Marfin Investment v. Republic of Cyprus*, ICSID no. ARB/13/27, Award, 26.07.2018, ¶1214.

¹²⁹⁹ PSEG ¶241 – a tradução e o itálico são nossos. Estava sob apreciação a política de privatização do setor elétrico levada a cabo pelo governo turco, através da participação de empresas privadas em projetos BOT (Build-Operate-Transfer) para a construção e exploração de centrais elétricas a carvão. A razão da discórdia prendeu-se com as inúmeras alterações à moldura regulatória do contrato, algumas delas com implicações fiscais relevantes, outras impondo revisões a nível tarifário e perturbando, conseqüentemente, a rentabilidade do investimento.

¹³⁰⁰ *Crystallex v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case no. ARB(AF)/11/2, Award, 04.04.2016, ¶547 [«(...) To be able to give rise to such legitimate expectations, such promise or representation – addressed to the individual investor – must be sufficiently specific (...)»]; Separate Opinion of Professor Georges Abi-Saab no acórdão *Micula*, ¶5 [«(...) But such conduct must be sufficiently concrete and specifically directed to the particular investor, to constitute an objective “representation” of a legal commitment, that can be objectively seen as generating legitimate expectations»]; Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken no acórdão *Suez Vivendi*, ¶26; Charanne ¶499 (a fundamentação do acórdão é contraditória); *Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 08.07.2016, ¶423; *Blusun* ¶386; *CEF Energia* ¶222 (argumentando que, ao contrário do acórdão *Blusun*,

De acordo com outro entendimento, *compromissos específicos não são necessariamente compromissos individuais e concretos*. Este entendimento não exclui que o quadro normativo possa originar expectativas legítimas, mas reconhece-lhe, todavia, menor capacidade para *enfraquecer* o direito de regular do Estado de acolhimento. Num quadro de autorrevisibilidade das leis, a mudança do marco normativo tem de ser vista como *regra* e não como *exceção*, sendo inexigível que o Estado de acolhimento congele o ordenamento jurídico em que investimentos de médio e longo-prazo são executados.¹³⁰¹

Alguma doutrina e jurisprudência argumentam, em linha com a jurisprudência do TJUE, que a especificidade do compromisso não deve ser apurada a partir da dicotomia geral/individual, explícito/implícito, formal/informal do ato gerador, mas casuisticamente, a partir das circunstâncias em que o investimento é realizado e da atuação do Estado de acolhimento globalmente compreendida. Neste sentido, a promessa ou garantia «may have been issued generally or specifically but it must have created a specific and reasonable expectation in the investor».¹³⁰² Essa especificidade pode provir da reiteração do mesmo compromisso em várias disposições normativas ou afirmações públicas,¹³⁰³ ou da doutrina da “confiança por indução”, que trataremos com maior detalhe já de seguida.

«claimant’s expectation was both specific as to it what it was to receive by way of incentives and their exact duration, and precise in its origin (namely, from explicit acts of Respondent»).

¹³⁰¹ Continental Casualty ¶261; Opera Fund v. Kingdom of Spain, ICSID Case ARB/15/36, Award, 06.09.2019, ¶481. Não podemos deixar de chamar a atenção para a circularidade dos considerandos veiculados no acórdão Antaris Solar a propósito das legítimas expectativas, em especial do ¶360 (6) e (7), facto também destacado por Ortino 2018, p. 860. Deteta-se igualmente uma certa indecisão no acórdão Blusun ¶369-371, onde o tribunal ora afasta legítimas expectativas exclusivamente fundadas na lei, ora as admite, quando «suficientemente claras». Na doutrina, Bücheler 2015, pp. 200-201 [«(...) legitimate expectations derived only from the regulatory framework when the investment was made enter the proportionality analysis, but they do so with less weight than expectations that rest on specific promises or representations (...)»]; Wongkaew 2015, p. 83; Fietta 2006, p. 431.

¹³⁰² Micula ¶671; El Paso 375 [«(...) it seems that two types of commitments might be considered “specific”: those specific as to their addressee and those specific regarding their object and purpose»]; Dissenting Opinion of Mr. Gary Born no acórdão Antaris Solar ¶46 [«(...) The decisive question is not the form of a state’s representations but whether the content and character of those representations is sufficiently clear to give rise to legitimate investor expectations that the State will abide by its commitments»]; Parkerings v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.09.2002, ¶331 [«(...) Finally, in the situation where the host-state made no assurance or representation, *the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate* (...)» – o itálico é nosso]; 9RenHoldings ¶295. Na doutrina, Cazala 2009, pp. 14-15; Jacob & Schill 2015, p. 727 (¶61).

¹³⁰³ El Paso ¶377 [«(...) Usually general texts cannot contain such commitments, as there is no guarantee that they will not be modified in due course. However, a reiteration of the same type of commitment in different types of general statements could, considering the circumstances, amount to a specific behaviour of the State, the object and purpose of which is to give the investor a guarantee on which it can justifiably rely»]; Parkerings ¶334.

8.2.2. A confiança por indução

Um dos critérios de “qualificação” das expectativas geradas por normas legais e regulamentares é a *doutrina da confiança por indução*.¹³⁰⁴ Trata-se, no fundo, de admitir que, sob certas condições, é possível extrair do quadro normativo *tout court*, caracterizado pela sua inerente *revisibilidade*, uma promessa ou garantia estadual *específica* ou *qualificada*.¹³⁰⁵

Esta doutrina tem expressão nos regimes jurídicos de atribuição de tarefas administrativas a particulares (eg. parcerias público-privadas, concessões de obras e serviços públicos). No acórdão Suez Vivendi, o Tribunal concluiu que a Argentina, através dos API, das *afirmações públicas* dos seus governantes e de uma *moldura legal* especialmente desenhada e aprovada para o efeito, procurou obter o capital e a tecnologia de que necessitava para revitalizar os sectores em causa. Sem a promessa de estabilidade resultante da conjugação desses elementos nenhum investidor «would ever have agreed to invest». ¹³⁰⁶

A doutrina opera igualmente por ocasião de regimes jurídicos de incentivação, em especial de colaboração de entidades privadas na prossecução dos objetivos da regulação pública (eg. incentivos à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis) ou de benefícios fiscais ao investimento.¹³⁰⁷ Vejam-se os casos das renováveis em Espanha. A política de incentivação foi tida como uma *inevitabilidade*, visto que Espanha necessitava de cumprir as metas propostas pelo direito da União em matéria de emissões e de eletricidade “verde”. As tecnologias que permitiam a produção dessa eletricidade tinham custos iniciais mais elevados do que as tecnologias tradicionais, não sendo comercialmente viáveis se transacionadas em regime de mercado.¹³⁰⁸ Contudo, deve ficar claro que o regime jurídico foi especificamente «montado» no sentido de atrair investimento.¹³⁰⁹⁻¹³¹⁰

¹³⁰⁴ Palombino 2012, p. 133.

¹³⁰⁵ Glamis Gold ¶627; Mobil Investments ¶627. Fora do NAFTA, Cervin Investissements ¶509; CME v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13.09.2013, ¶611.

¹³⁰⁶ Suez Vivendi ¶226-231.

¹³⁰⁷ Gonçalves 2020, p. 1082, 1097.

¹³⁰⁸ Novenergia II ¶665-669; Antin Infrastructure ¶540-548.

¹³⁰⁹ Jürgen Wirtgen ¶440. A factualidade do aresto é semelhante à do acórdão Antaris Solar. Em síntese, estava em causa o regime aprovado pelo legislador checo para a produção de eletricidade a partir de centrais fotovoltaicas, assente em benefícios fiscais (isenção fiscal nos primeiros 5 anos de funcionamento da central), num modelo de feed-in-tariff a 15 anos, pautado por um retorno de capital adequado durante a vida da central (não inferior a 7%), e na garantia de que a tarifa fixada para as centrais que se ligassem à rede num determinado ano não poderia ser inferior, em mais de 5%, à tarifa de que beneficiavam as centrais conectadas com a rede no ano anterior («5% brake-rule»). Em 2010, o

A doutrina da confiança por indução atende, portanto, à teleologia subjacente ao quadro normativo em que o investimento foi realizado. A UNCTAD confirma que as expectativas dos investidores podem provir de regras que, mesmo que não dirigidas a um investidor determinado, são emanadas com o propósito específico de induzir o investimento.¹³¹¹ A moldura regulatória revela «um certo *quid pro quo*», ou seja, um elemento de indução da parte do Estado de acolhimento que pressupunha o cumprimento, por parte dos investidores, de uma série de obrigações em troca da manutenção daquela moldura durante um período de tempo determinado.

Em síntese, afigura-se legítima a conclusão de que, na ausência de uma cláusula de estabilização, a capacidade de a moldura normativa gerar expectativas legítimas está em certa medida dependente de dela se poder extrair um «arranjo quase-contratual».¹³¹²

8.2.3. A importância das afirmações públicas das autoridades do Estado de acolhimento

A identificação da teleologia de um regime normativo abre a porta a que se considerem outros elementos reveladores das motivações estaduais (de indução do investimento), gerando-se o problema de saber se essa motivação pode ser evidenciada por afirmações públicas dos representantes do Estado, campanhas publicitárias, comunicados de imprensa, folhetos informativos, debates parlamentares, etc.

legislador checo anunciou o fim da «5% brake-rule», com efeitos a partir de 2011, o que levou a um aumento exponencial dos pedidos de ligação à rede durante esse período. Além disso, diminuiu a contribuição dos consumidores de eletricidade para o financiamento da renováveis e lançou a chamada «solar levy» (contribuição de 26% sobre as fotovoltaicas), incidente sobre a eletricidade produzida por essas centrais entre janeiro de 2011 e dezembro de 2013. Para o Tribunal, não convencia a ideia de que o regime de tarifa bonificada havia sido especificamente «montado» no sentido de atrair investimento em fotovoltaicas, nem tampouco a ideia de que tais investimentos eram fulcrais para garantir o cumprimento das metas europeias em matéria de eletricidade verde, até porque as metas constantes da Diretiva de 2001 não eram vinculativas.

¹³¹⁰ PSEG ¶243 [a propósito da importância da teleologia dos projetos BOT, o Tribunal afirmou o seguinte: «(...) Neither does the Tribunal find merit in the Claimants' argument that the investment was actively requested by the Turkish government. True enough, the whole BOT policy was built on the promise that foreign investments would be needed, encouraged and welcome, *but this was a matter of general policy that did not entail a promise made specifically to the Claimants about the success of their proposed project*»] – o itálico é nosso.

¹³¹¹ UNCTAD 2012, p. 69. O Árbitro Guido Tawil, na opinião dissidente anexa ao acórdão Charanne (¶7), coonesta a especificidade do regime espanhol, enquadrando-o nos regimes de promoção ou fomento, «instrumento típico de política económica destinado a crear incentivos diferenciados para direccionar al capital privado en un sentido determinado, *objetivo que de otro modo probablemente no se conseguiría*» – o itálico é nosso.

¹³¹² Alvik 2011, p. 203; Glamis Gold ¶766, 799, que fala a este propósito de um «active inducement of quasi-contractual expectation».

Imagine-se, por ex., que para atrair investidores para o setor elétrico, o Presidente de um país (numa forma de governo presidencial) dirige uma mensagem ao Parlamento, sobre a lei do setor elétrico, garantindo que tal lei dará aos investidores a segurança jurídica necessária à transformação do sector, «evitando a crónica instabilidade das regras do jogo». *Qual o relevo jurídico desta afirmação?* Considerou um dos tribunais da crise argentina que estava em causa uma “declaração política”, na qual, por princípio, não se pode confiar. E ainda: «es muy probable que esas manifestaciones hayan contribuido a convencer a los posibles inversores de invertir en los sectores en cuestión (...). *Pero una cosa es realizar una decisión financiera inducida por una propuesta política, y otra muy distinta es poder confiar en esas propuestas políticas como si se tratara de garantías jurídicas*».1313

Rejeitamos um entendimento em que as declarações políticas são irrelevantes para a indução da confiança, em nada contribuindo para a especial “aptidão” ou “qualificação” da moldura normativa na formação de expectativas legítimas.

Há que admitir, com efeito, que o FET tem um papel na “moralização” dos assuntos públicos transnacionais, especialmente no que respeita a campanhas de marketing e de atração do investimento.1314 No acórdão National Grid, o Tribunal destacou que, através de tais campanhas, o Estado de acolhimento – *in casu*, a Argentina – pretendia dar aos investidores uma “imagem diferente” de si próprio, e que os prospetos publicitários, mesmo que elaborados por entidades privadas (eg. instituições bancárias e consultoras), eram parte integrante desse esforço.

Mais: se a informação constante desses prospetos fosse incorreta ou equívoca o Tribunal não tem nenhuma dúvida de que o Estado demandado teria assegurado a respetiva alteração.1315 Não o tendo feito, o princípio da boa-fé e a proibição de comportamento inconsistente que dele advém corroboram o relevo desses elementos,

1313 El Paso ¶ 395 – o itálico é nosso; em sentido próximo, Mamidoil ¶643; Antaris Solar ¶366; Charanne ¶496-497. Neste último, o Tribunal conclui – relativamente à campanha publicitária levada a cabo pelas autoridades espanholas («El Sol puede ser Suyo»), onde se anunciavam taxas de lucro elevadas – que dificilmente «estos documentos puedan haber generado expectativa legitima alguna en cuanto al hecho de que la tarifa prevista en el momento de la inversión no iba a ser modificada». Se o raciocínio vale para as alterações de 2010, que deixaram intocado o modelo remuneratório de feed-in-premium, dificilmente poderá valer para as alterações de 2013, que transformaram por completo tal modelo, e consequentemente a própria existência de uma tarifa bonificada. Em sentido diverso, Novenergia II ¶668-669; e Antin Infrastructure ¶548.

1314 Bücheler 2015, p. 202.

1315 National Grid v. Argentine Republic, UNCITRAL, Award, 03.11.2008, ¶176-177.

juntamente com a moldura regulatória, na formação de uma expectativa ou representação *prima facie* legítima.¹³¹⁶

8.2.4. A importância do contrato e do ato administrativos

Não é claro se, no DIE, o quadro regulatório pode (autonomamente) constituir base de legítimas expectativas. Menos contestado é o relevo de contratos e atos administrativos de que o investidor é parte ou destinatário (respetivamente) aquando de uma alteração normativa.¹³¹⁷ Estes atos jurídico-públicos “formalizam” as expectativas *prima facie* geradas pelo quadro regulatório, fortalecendo a posição do investidor.¹³¹⁸ No acórdão Greentech, o tribunal vai ao ponto de considerar que da conjugação entre a lei aplicável a um investimento (lei) e o contrato feed-in-tariff celebrado com o gestor da rede (onde havia cláusulas sobre a duração e o montante do incentivo), resultava uma “cláusula de estabilização ou aparentada”.¹³¹⁹

É diferente o papel do FET quando o Estado de acolhimento não respeita as obrigações contratualmente assumidas para com o investidor. Do que se trata, aí, é da diferença entre contract claims e treaty claims e da importância das chamadas umbrella clauses na “transformação” das primeiras nas segundas (supra Cap. 2). Dito de outro modo, que tipo de violações contratuais por parte do Estado de acolhimento (as tais contract claims) pode ascender, por violação do FET e das legítimas expectativas do investidor, a uma violação do próprio tratado de investimento (treaty claims)? E se o tratado de investimento contiver uma umbrella clause, isto é, uma cláusula que assegure o respeito, pelo Estado de acolhimento, *de todas as obrigações contratuais assumidas para com o investidor*?¹³²⁰

Vale a pena perceber a associação entre o problema descrito e o princípio da proteção das legítimas expectativas que agora nos ocupa. Essa abordagem tem por base um raciocínio, advogado por alguma jurisprudência, segundo o qual o investidor teria a

¹³¹⁶ Cazala 2009, p. 10; Kolb 2006, p. 22 (referindo que a doutrina da aquiescência, «in asking that legitimate expectations created be respected for reasons of equity and of legal security, compels to consider that in such context the position of the state having remained passive is such as if he had consented to the acts at issue»).

¹³¹⁷ Belenergia ¶580 (o tribunal arbitral negou qualquer relevância acrescida ao contrato de feed-in-tariff no estabelecimento de legítimas expectativas: os dois elementos – montante e duração – resultavam da lei e não constituíam um compromisso dirigido à demandante).

¹³¹⁸ Ole Voss 2011, p. 207. Na jurisprudência, CEF Energia ¶217.

¹³¹⁹ Greentech ¶451, 453.

¹³²⁰ Sobre as várias teses em torno das umbrella clauses, supra Cap. 2 (nota n.º 297).

expectativa legítima de que o Estado de acolhimento cumpriria o contrato celebrado.¹³²¹ No acórdão Rumeli, por ex., a propósito da resolução, pelo Estado, de um contrato no sector das telecomunicações, o Tribunal Arbitral, tendo concluído que o Estado violara o contrato de investimento, remata afirmando que a decisão resolutória, para além de arbitrária e injusta, *não respeitou as legítimas expectativas do investidor*.¹³²²

Trata-se, é bom de ver, de um raciocínio tautológico, porquanto constituindo o contrato um instrumento clássico de garantia da estabilidade e de previsibilidade da conduta dos intervenientes, mal se andaria se cada uma das partes não acalentasse expectativas legítimas de adimplemento das prestações pela outra parte.¹³²³ Dito de outro modo, se o Estado de acolhimento não cumpre um contrato, *para quê* recorrer à teoria das legítimas expectativas?¹³²⁴ Como esclarece Montt, os direitos contratuais devem ser protegidos no quadro do contrato, e não através do instituto das legítimas expectativas.¹³²⁵ A única explicação para esta sequência tautológica é, no fundo, a necessidade de dar *relevância internacional* a uma violação contratual sem recorrer às teorias da internacionalização dos contratos de Estado, nem à controversa *umbrella clause*.¹³²⁶

8.3. Razoabilidade das expectativas do investidor

A razoabilidade das expectativas prende-se essencialmente com a *previsibilidade* da alteração normativa. Isto foi reconhecido, entre outros, no acórdão Charanne: «para ser violatorias de las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de la inversión».¹³²⁷

A previsibilidade deve ser analisada de uma perspectiva holística, isto é, tendo em conta os dados políticos, socioeconómicos, culturais e históricos ao tempo em que o investimento foi realizado. Acreditamos serem dois os aspetos decisivos nessa

¹³²¹ Suez Vivendi v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30.07.2010, ¶231; Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case no. ARB/11/23, Award, 08.04.2013, ¶536.

¹³²² Rumeli Telekom v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case no. ARB/05/16, 29.07.2008, ¶615; e também UAB ¶846. Diferente é a expectativa do contraente privado numa eventual renovação de um contrato de investimento, como sucedeu no acórdão Alpha ¶421-422.

¹³²³ Crítica apontada por Ole Voss 2011, p. 207; Vandeveldt 2010a, p. 67-68; Hepburn 2017, p. 30.

¹³²⁴ Cazala 2009, pp. 17-18; Montt 2009, p. 363; e Nikièma 2010, p. 306.

¹³²⁵ Montt 2009, p. 363.

¹³²⁶ United Utilities (Tallinn) v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21.06.2019, ¶587.

¹³²⁷ Charanne ¶505.

avaliação, a saber – a *due diligence* do investidor (i), e o chamado “risco de país” (ii).¹³²⁸

As alterações normativas que ocorram no hiato temporal de execução do investimento são concretizações do *risco político*, que é uma das modalidades de risco – a par dos riscos comercial, financeiro, geológico ou técnico.¹³²⁹ Wälde & Ndi definem o risco político como «the occurrence of events in the political sphere (governmental actions, politically motivated insecurity in the country, and international conflict) which impede the normal operations of a business venture and detrimentally impact the commercial viability of the venture»¹³³⁰. O risco político faz variar o custo do capital envolvido: quanto maior o risco político, maiores as dificuldades de financiamento. Isto para dizer que os API, assim como os contratos, as promessas e as garantias do Estado de acolhimento, permitem a redução do custo do capital, aumentando a competitividade da proposta ou dos preços praticados pelo investidor.¹³³¹

8.3.1. Due diligence

A (*im*)previsibilidade da alteração normativa depende, como é bom de ver, daquilo que o investidor *sabe* ou *deveria saber* sobre o quadro regulatório (e respetiva evolução) que enforma a decisão de investir.¹³³²

A razoabilidade das expectativas afere-se, portanto, à luz de um critério *objetivo*, de pouco servindo os palpites, leituras ou convicções dos investidores sem ressonância intersubjetiva. As expectativas do investidor não podem fundar-se em “crenças subjetivas”,¹³³³ ou seja, não podem ter por base um «otimismo injustificado»¹³³⁴ ou um «excesso de confiança» do investidor.¹³³⁵

¹³²⁸ Optamos por não tratar separadamente o chamado “risco de indústria”, muitos embora se encontrem referências específicas às “heavy-regulated industries” na arbitragem do investimento – eg. LG ¶130, Cube Infrastructure ¶388.

¹³²⁹ Wälde & Ndi 1996, p. 221; Yescombe 2013, pp. 296-309; Martins 2014, p. 570.

¹³³⁰ Wälde & Ndi 1996, p. 232.

¹³³¹ *Supra* Cap. 1.

¹³³² Esta dualidade é sublinhada no acórdão Isolux ¶781, onde se lê: «(...) Para vulnerar las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias nuevas no deben haber sido previsibles, sea de parte de un inversor prudente, sea de parte de un inversor que, en razón de su situación personal, disponía de elementos específicos para preverlas» – o itálico é nosso.

¹³³³ Antin Infrastructure ¶536; e também EDF ¶219. Na doutrina, McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 317.

¹³³⁴ Cervin Investissements ¶509.

¹³³⁵ Mamidoil ¶850.

Por outro lado, a imprevisibilidade da alteração normativa tem de existir *no momento* em que o investidor adota a decisão de investir.¹³³⁶ Para além dos problemas levantados pela estrutura complexa do investimento,¹³³⁷ que é uma “peça” com vários “atos”, exige-se que o investidor esteja atento aos “sinais de alerta” que destilam do quadro normativo.¹³³⁸

O acórdão Isolux ajuda a perceber o alcance deste requisito. O investimento da demandante datava de junho de 2012, ou seja, era posterior à primeira ronda de alterações ao setor das renováveis, implementada pelo legislador espanhol em 2010. Destarte, quando investiu, a demandante não poderia ignorar os projetos e estudos de reforma do regime de financiamento da produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, concretamente a possibilidade de eliminação do modelo feed-in-tariff antes do esgotamento do prazo previsto na lei (25 anos).¹³³⁹ Tudo está em saber, portanto, *quando foi tomada a decisão de investir* (se antes ou se depois das alterações normativas).¹³⁴⁰

A determinação daquilo que o investidor não poderia ignorar requer, da parte deste, uma atuação diligente (*due diligence*). Trata-se de um argumento que vem progressivamente ganhando relevo na jurisprudência arbitral: o investidor prudente é aquele que conhece as decisões judiciais mais importantes do setor,¹³⁴¹ que recorre a aconselhamento profissional,¹³⁴² e que conhece profundamente o quadro normativo

¹³³⁶ Frontier Petroleum v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 12.11.2010, ¶287.

¹³³⁷ Kriebaum & Schreuer 2007. Na arbitragem, Ulysseas v. La Republica de Ecuador, Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 1976, Laudo Definitivo, 12.06.2012, ¶253.

¹³³⁸ Novenergia II ¶671 [«(...) Nevertheless, the Respondent has drawn the Tribunal's attention to a number of warning signs that should have alerted the Claimant to the fact that the Special Regime would not remain intact over the course of the lifetime of the PV Plants»].

¹³³⁹ Isolux ¶787. Na doutrina, Simões 2017, p. 179.

¹³⁴⁰ No acórdão 9RenHoldings ¶289-290, a Espanha argumentou que a data da decisão de investir não deve ser a data do investimento inicial (primeira transferência de rendimentos), mas deve tomar como referente os investimentos realizados ao longo do tempo. O tribunal discordou, considerando que o momento decisivo é data em que a demandante investiu. «The fact the investment was used to finance projects in stages thereafter is not relevant as by those dates the investment funds had already been remitted under the protection of the ECT and (in part) RD 661/2007».

¹³⁴¹ Isolux ¶794. Mais tarde, no acórdão 9RenHoldings ¶253, o tribunal arbitral criticou a excessiva importância conferida à jurisprudência doméstica.

¹³⁴² Investmart v. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26.06.2009, ¶327; Antaris Solar ¶431; Belenergia ¶585. A questão do aconselhamento profissional vem sendo objeto de algum debate. No acórdão Cube Infrastructure ¶396, o tribunal argumentou que a confiança do investidor «does not depend upon evidence that their understanding was provided or confirmed on every point by external counsel, nor does it depend upon evidence of a detailed written legal due diligence report». Aliás, «the Respondent [no caso, a Espanha] has not shown that any more exhaustive legal analysis would have produced any different understanding of the Spanish measures» (¶401). Em qualquer Estado cuja estrutura assente no princípio democrático é sabido que as leis mudam. Não é preciso um jurista, nem sequer um jurista especializado em direito da energia, para conhecer esta possibilidade. Mais difícil é indicar os limites colocados (se colocados) pelo direito constitucional (pelo direito da União e pelo direito

vigente e as perspectivas de evolução deste,¹³⁴³ sobretudo no que respeita à compatibilidade do investimento com o Direito da União (quando este esteja em causa).¹³⁴⁴ Tudo isto são obrigações que decorrem, nas palavras de Muchlinski, de uma «gestão razoável» ou, nas palavras de Robert-Cuendet, de «prudência profissional».¹³⁴⁵ O standard de diligência é tanto maior quanto mais experiente for o investidor, havendo margem, à semelhança do que vimos valer na jurisprudência do Tribunal de Justiça, para alguma “personalização da diligência” em função dos níveis de *expertise* revelados por certos investidores.¹³⁴⁶

Outro aspeto importante desta avaliação tem que ver com investimentos especulativos. Os acórdãos *Antaris Solar* e *Jürgen Wirtgen* são, a este propósito, claros. Recorde-se que sob apreciação estava a chamada *Solar Levy*, um tributo criado pelo legislador checo com o propósito de contrariar a “corrida” às fotovoltaicas gerada no momento em que o Governo anunciou o fim da regra que até aí impedira a diminuição da tarifa subsidiada («5% brake-rule»), com efeitos a partir de janeiro de 2011. Este anúncio gerou uma “dinâmica perversa”¹³⁴⁷ – agravando a “solar boom” em vez de a esvaziar – razão pela qual o Tribunal arbitral não teve dúvidas em qualificar o investimento feito durante aquele intervalo temporal como “especulativo”.

O direito do investimento estrangeiro não serve, segundo o Tribunal, para proteger aqueles que invadem, em jeito de pilhagem, um determinado setor, agravando a “bolha” que outros, antes deles, haviam criado.¹³⁴⁸ A fragilidade e instabilidade do setor «would have been obvious to anyone who participated in the industry discussions, or paid attention to warnings by specialist professionals, or read the local press».¹³⁴⁹

A decisão do Tribunal tem subjacente uma certa “infantilização” dos Estado de acolhimento, *in casu* um país que é membro da OCDE e da União Europeia.¹³⁵⁰ Temos, além disso, dúvidas sobre a bondade da opção de mobilizar um instrumento financeiro

internacional) a essa mudança. Não nos parece que mais ou menos due diligence acautele essa situação, por isso concordamos com a apreciação do tribunal, reiterada, aliás, no acórdão *Opera Fund* ¶487.

¹³⁴³ *Teinver* ¶672-674.

¹³⁴⁴ *Investmart* ¶327.

¹³⁴⁵ Robert-Cuendet 2010, p. 415.

¹³⁴⁶ *Antin Infrastructure* ¶537; *Renée Rose Levy v. República del Peru*, ICSID Case no. ARB/10/17, 26.02.2016, ¶325.

¹³⁴⁷ *Jürgen Wirtgen* ¶381-388.

¹³⁴⁸ *Antaris Solar* ¶431, 435.

¹³⁴⁹ *Antaris Solar* ¶434. Em sentido próximo, *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003, ¶20.37.

¹³⁵⁰ Em sentido próximo do nosso argumento, *CEF Energia* ¶243 [«(...) It is an inherent aspect and quality attaching to the dignity of a sovereign that promises made and obligations accrued by it are respectfully and carefully upheld and vindicated»].

(a solar levy) para compensar um exercício de má regulação económica e de mau desenho legislativo da parte do legislador checo.

8.3.2. Risco de país

O risco de país é uma categoria particularmente relevante no campo da arbitragem do investimento, que originariamente procurou compensar as deficiências institucionais dos países exportadores de capitais. Parte-se da ideia de que a previsibilidade da alteração normativa é maior, por definição, nos países que se encontram em transição para uma economia de mercado,¹³⁵¹ nos países em contexto de crise económico-financeira¹³⁵² ou em países tradicionalmente instáveis em termos políticos e económicos.¹³⁵³⁻¹³⁵⁴

Tal circunstância obsta a que as expectativas do legislador possam ser legítimas, *mesmo em situações em que existam garantias específicas da parte do Estado de acolhimento*, usando os critérios testados supra.

Robert-Cuendet argumenta que, sobretudo em países *cronicamente* instáveis em termos económicos – como, por ex., a Argentina¹³⁵⁵ – um investidor prudente não pode ignorar que as garantias outorgadas em períodos de bonança *serão revertidas quando a crise regressar*.¹³⁵⁶ Numa economia de mercado, «it is up to the firm to determine the risk, and to develop an appropriate strategy to deal with them».¹³⁵⁷ Nesses riscos, de acordo com esta linha jurisprudencial e doutrinal, incluem-se não só os riscos

¹³⁵¹ Parkerings ¶335-336; United Utilities (Tallinn) ¶709.

¹³⁵² Duke Energy v. Republic of Ecuador, ICSID Case no. ARB/04/19, Award, 18.08.2008, ¶347.

¹³⁵³ Bayindir v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case no. ARB/03/29, Award, 27.08.2009, ¶193.

¹³⁵⁴ A taxonomia é de Kriebaum 2011, p. 386. Sobre o tema, Gallus 2005, p. 711 ss.; Wongkaew 2015, p. 98; Hepburn 2017, pp. 26-28; Cox 2019, p. 120 (¶5.60).

¹³⁵⁵ Tenha-se em atenção que a Argentina recebeu apoio do FMI no contexto da crise de hiperinflação de final dos anos oitenta, através de um acordo de Stand-by e de um mecanismo de financiamento alargado. A principal garantia oferecida pela Argentina para fomentar o investimento privado – a paridade dólar-peso (convertibilidade) – não foi uma exigência do FMI. Pelo contrário, este manifestou algumas dúvidas sobre a viabilidade do regime de convertibilidade numa economia como a Argentina. Inicialmente, porém, o programa foi bem-sucedido. A situação transformou-se radicalmente a partir de 1999, em parte devido a um aumento significativo da dívida pública (aumento de 10% em dois anos), recessão, má performance fiscal e impossibilidade de desvalorizar a moeda (sem prejudicar a convertibilidade). Durante este período, o FMI disponibilizou assistência financeira à Argentina, através de um programa de empréstimos, que tiveram como contrapartida alguns ajustes e reformas estruturais (International Monetary Fund 2004). Em 2018, em face de nova situação de hiperinflação, o Presidente em funções – Maurizio Macri – solicitou novo programa de assistência económico-financeira ao FMI, desta feita com a duração de 36 meses e a implicar um empréstimo de 57 mil milhões de dólares.

¹³⁵⁶ Robert-Cuendet 2010, p. 401.

¹³⁵⁷ Muchlinski 2006, p. 534.

financeiro, económico, ambiental ou técnico, como também a *reação política* à evolução desses riscos.

A atenção ao “risco de país” não se afasta significativamente da tese de Tudor, para quem o FET, constituindo um standard (e não um princípio nem uma regra), pretende apontar para a «conduta social média» considerada adequada.¹³⁵⁸ O conteúdo normativo do FET (e, conseqüentemente, a proteção das legítimas expectativas do investidor), pressupõe a fixação, num primeiro momento, de um *nível mínimo de exigência*, aquilatado a partir da recondução do Estado de acolhimento à categoria de Estados com quem partilha características fundamentais.¹³⁵⁹ «Um investidor não pode investir na Roménia agindo e esperando ser tratado como se estivesse na Suíça».¹³⁶⁰

Estas teorias não estão, contudo, isentas de crítica. Dolzer argumenta que o objeto e finalidade dos tratados de investimento passa precisamente por *conter o risco político*, melhor dizendo por *escudar o investidor relativamente ao historial de instabilidade política e de hostilidade relativamente ao investidor estrangeiro*.¹³⁶¹ Igual raciocínio pode ser perscrutado no acórdão Suez Vivendi, nos seguintes termos:

«It was largely because of the country’s history of instability that the claimants insisted on incorporating the specific clauses on extraordinary tariff adjustment reviews (...). Moreover, a country cannot persuasively allege its historic instability to avoid its responsibility to foreign investors when it specifically endeavored to remove this disincentive to foreign investment by providing specific assurances in a Concession Contract and in bilateral investment treaties».¹³⁶²

Como vimos no Cap. 1, a contenção do risco político impulsionada pelo API ou por outras garantias outorgadas pelo Estado de acolhimento condiciona, sobretudo em certo tipo de investimentos (eg. fornecimento de serviços essenciais precedidos de concurso público), as condições oferecidas pelo investidor, isto é, o preço e o grau de sofisticação da sua proposta ou programa de investimento (project financing).¹³⁶³

¹³⁵⁸ Tudor 2008.

¹³⁵⁹ Tudor 2008, p. 131, pp. 147-153 [«(...) The circumstances to be taken into account by the arbitrator at this particular stage, ie the determination of the FET content to be applied, are essentially linked to the general situation of the State in order to situate it in a group of similar States and identify the type of treatment that a reasonable State of that group would offer or have the means to offer to its foreign investors»].

¹³⁶⁰ Tudor 2008, p. 131 – a tradução é nossa. Em sentido próximo, Picherack 2008, p. 289.

¹³⁶¹ Dolzer 2013, p. 27. Em sentido próximo, Kläger 2011, p. 250.

¹³⁶² Suez Vivendi ¶234.

¹³⁶³ Wardhaugh 2015, p. 190.

Também Kriebaum, sem negar o relevo da condição e nível de desenvolvimento do Estado de acolhimento, põe a nu as debilidades de uma perspectiva relativista. Tal perspectiva fornece poucos incentivos a que um Estado alinhe as suas instituições com os princípios da *good governance* e do Estado de direito, e além do mais, “sanciona” os Estados que o façam através da aplicação de standards mais exigentes.¹³⁶⁴

Da nossa parte, se se admitir que os Estados de acolhimento fazem promessas ou dão garantias com “reserva mental” (leia-se, com a intenção de não cumprir), e os investidores investem sabendo que essas garantias não serão mantidas (conhecendo a “reserva mental” da contraparte), não se vê qual possa ser a utilidade de um standard normativo como o FET, nem os préstimos de um princípio como o da proteção das legítimas expectativas no domínio de um – assim impropriamente chamado – “direito” do investimento estrangeiro.¹³⁶⁵

9. Grau mínimo: cláusulas de estabilização como condição necessária (e suficiente) de estabilidade do quadro normativo.

A terceira reposta da arbitragem relativamente ao FET passa por argumentar que, na ausência de uma cláusula de estabilização, as alterações normativas implementadas pelo Estado de acolhimento não representam uma violação do FET. Nesta perspectiva, como sugere Ortino, o FET limita-se a dar suporte ao compromisso já assumido pelo Estado de acolhimento, sem consubstanciar – em si mesmo – uma garantia de estabilidade.¹³⁶⁶ Aliás, na medida em que a cláusula de estabilização origine *direitos adquiridos*, poder-se-á cogitar se a cláusula expropriatória não será, porventura, o normativo mais adequado para proteger o investidor contra a alteração normativa.

As cláusulas de estabilização agravam o *threshold* a partir do qual a alteração normativa extravasa a «margem aceitável de mudança».¹³⁶⁷ Como se lê no acórdão Antaris, «at least in the absence of a stabilization clause, they [changes to general legislation] are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the *host state's normal regulatory power* (...) and do not modify

¹³⁶⁴ Kriebaum 2011, p. 404. Em sentido contrário, Pantechniki ¶77 [«(...) There is no issue of incentives or disincentives with regard to unforeseen breakdowns of public order; it seems difficult to maintain that a government incurs international responsibility for failure to plan for unprecedented trouble of unprecedented magnitude in unprecedented places (...)»].

¹³⁶⁵ Sublinhando este ponto, a propósito da boa-fé e do *venire contra factum proprium* no direito privado, Menezes Cordeiro 1984, p. 751.

¹³⁶⁶ Ortino 2018, p. 853.

¹³⁶⁷ El Paso ¶402.

the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment outside the *acceptable margin of change*».1368

Outros acórdãos são mais contundentes na recusa de que, na ausência de uma cláusula de estabilização *stricto sensu* ou de uma promessa da administração especificamente dirigida ao investidor, possa haver violação do FET. É isso que resulta, em nosso entender, dos acórdãos Charanne,¹³⁶⁹ AES Summit¹³⁷⁰ ou Philip Morris.¹³⁷¹

9.1. Cláusulas de estabilização: enquadramento

O tema das cláusulas de estabilização vem perdendo relevo na doutrina jus-internacional, sem prejuízo das referências que ainda se encontram na arbitragem do investimento.¹³⁷²

Genericamente, as cláusulas de estabilização (em sentido amplo) são disposições – inscritas em contrato ou em lei – que inibem ou dificultam o exercício, pelo Estado, dos seus poderes soberanos sobre uma situação de investimento.¹³⁷³ Foram relativamente comuns até aos anos 70, sobretudo em investimentos na indústria extrativa (eg. petróleo, minerais), onde ajudaram a contornar o fenómeno – já mencionado – de “obsolescing bargain”.¹³⁷⁴ Surgem igualmente em contratos ou quase-contratos de fornecimento de serviços públicos em setores que antes constituíam monopólios estatais (eg. eletricidade, gás, saneamento).¹³⁷⁵

¹³⁶⁸ Antaris Solar ¶360 – os itálicos são nossos. Em sentido próximo, *Toto Costruzioni Generali v. Republic of Lebanon*, ICSID Case no. ARB/07/12, Award, 07.06.2012, ¶244; *Philip Morris (Uruguai)* ¶423; *Sergei Paushok v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction and Liability, 28.04.2011, ¶302 (a propósito da criação, pelo legislador mongol, de um Windfall Profit Tax, incidente sobre as transações de ouro acima de um determinado montante).

¹³⁶⁹ Charanne ¶503.

¹³⁷⁰ AES Summit ¶9.3.31 [«(...) In this case, however, the Tribunal observes that no specific commitments were made by Hungary that could limit its sovereign to change its law (such as a stability clause) or that could legitimately have made the investor believe that no change in the law would occur»].

¹³⁷¹ Philip Morris (Uruguai) ¶481 [«(...) In addition, the scope of any such commitment remains uncertain. As compared to a contract, where the host State enters into specific, quantifiable obligations in relation to an investment, a trademark is not a promise by the host State to perform an obligation. It is simply a part of its general intellectual property law framework. A trademark gives rise to rights, but their extent, being subject to the applicable law, is liable to changes which may not be excluded by an umbrella clause: *if investors want stabilization they have to contract for it*»] – o itálico é nosso.

¹³⁷² Na doutrina, os contributos de Wälde & Ndi 1996, pp. 215-268; Alvik 2011, pp. 205-221; Faruque 2006, pp. 317-336, Montembault 2003, pp. 593-643; Coale 2002, pp. 217-237; Paasivirta 1989, pp. 315-350; Cotula 2010, pp. 27-43, Delaume 1981, pp. 784-819; Cameron 2009, pp. 505-332; Shemberg 2009; Supapa 2017, pp. 275-286; Neuhaus 2015, pp. 318-329.

¹³⁷³ Crawford 2012, p. 629 define cláusulas de estabilização como «any clause contained in an agreement between a government and a foreign legal entity by which the government party undertakes not to annul the agreement nor to modify its terms, either by legislation or by administrative measures».

¹³⁷⁴ Supra Cap. 1.

¹³⁷⁵ Shemberg 2009, p. 4.

As cláusulas de estabilização operam como ferramentas de gestão do risco político,¹³⁷⁶ garantindo a atração de investimento que de outro modo não lograria ser captado. Daí que sejam relativamente incomuns em investimentos envolvendo países desenvolvidos, mesmo quando o Estado de acolhimento, em virtude dos seus recursos naturais, desenvolva atividades ligadas à indústria extrativa (eg. Reino Unido, Noruega, Canadá).¹³⁷⁷

Aliás, não é expectável que o direito constitucional de países com fortes credenciais democráticas (nem de outros com menos)¹³⁷⁸ tolere compressões ao poder de legislar (juntamente com a subtração à jurisdição dos seus tribunais) *para além* daquelas que valem para todos os investimentos sob a sua jurisdição, e que decorrem do exercício dos poderes de conformação da relação contratual de que está investido o contraente público nos contratos administrativos (onde existam), ou das vinculações constitucionais do poder legislativo.¹³⁷⁹

As cláusulas de estabilização podem assumir, na verdade, a forma de compromisso legislativo. Isso é relativamente comum nas hipóteses em que o contrato conste de um ato legislativo, como sucede, entre nós, com as bases de certos contratos administrativos (eg. bases do contrato de concessão da rede de transporte de eletricidade).¹³⁸⁰

9.2. Cláusulas de estabilização e internacionalização dos contratos de Estado

As cláusulas de estabilização são, para alguma doutrina, uma das vias de internacionalização dos contratos de Estado, isto é, de contratos concluídos entre

¹³⁷⁶ Paasivirta 1989, p. 325 [«(...) From the viewpoint of host States, the clauses discussed here are a means of attracting foreign investment. They are part of the bargaining process as a whole»]; Cameron 2014, p. 128.

¹³⁷⁷ Wälde & Ndi 1996, p. 22.

¹³⁷⁸ Referimo-nos à reação de alguns países da América Latina às decisões arbitrais de que foram partes demandadas, e que se traduziu – no caso do Equador e da Bolívia – numa proibição de conclusão, pelo Estado, de contratos de investimento contendo cláusulas ISDS (supra Cap. 2). Assiste-se, nos últimos tempos, a um fenómeno de “renacionalização” dos contratos de Estado, ou seja, de seleção do direito interno como direito aplicável ao contrato, eventualmente combinado com princípios gerais de direito internacional (Besch 2015, p. 103).

¹³⁷⁹ Os limites legais ao exercício dos poderes de autoridade pelo contraente público são a concretização administrativa de uma ponderação constitucional, a saber, a que se estabelece entre um direito (amplo) de propriedade e o interesse público. Enfatizando o alcance expropriativo de um ato de exercício do poder de modificação unilateral de um contrato administrativo sem reposição do equilíbrio financeiro, à luz de um conceito constitucional amplo de propriedade, Aroso de Almeida 2008, p. 826.

¹³⁸⁰ Anexo III ao Decreto-lei n.º 172/2006, de 23.08, na redação conferida pelo Decreto-lei n.º 76/2019, de 03.06 e pela Retificação n.º 36/2019, de 30.07, que contém as Bases da concessão da rede nacional de transporte de eletricidade.

Estados e empresas estrangeiras, que se caracterizavam, tradicionalmente, por conter algum ou alguns elementos adjetivos e substantivos de “deslocalização” relativamente ao ordenamento interno.¹³⁸¹

A internacionalização destes contratos ocorria geralmente pela inclusão de uma cláusula de arbitragem investidor-Estado, com o objetivo de retirar a resolução dos conflitos emergentes do investimento dos tribunais domésticos; pela seleção do direito internacional ou da *lex mercatoria* como *lex contractus*, isto é, como lei aplicável ao contrato; ou pela inclusão de uma cláusula de estabilização.¹³⁸²

Nesta última hipótese, a internacionalização perscruta-se na circunstância de só o Estado soberano – Estado-sujeito de direito internacional – poder “empenhar” uma dimensão da sua soberania, excluindo certos investimentos do senhorio do seu poder legislativo. É este o entendimento de Mayer, quando o Autor sustenta que um contrato de Estado dotado de uma cláusula de estabilização *não é um contrato privado, mas também não é um contrato administrativo tout court*: a administração pública «n’aurait pu disposer du pouvoir de légiférer; puisque c’est de l’État qu’émanent les normes, c’est lui seul qui peut s’engager à inflechir l’activité normative».¹³⁸³

Convém sublinhar que a segunda e terceira vias de internacionalização dos contratos de Estado não são idênticas. Com efeito, uma coisa é a lei aplicável ao contrato, outra, diferente, é a lei aplicável às condições em que o contrato é executado, seja em matéria fiscal, laboral, aduaneira, monetária, de saúde pública ou ambiental. A internacionalização lograda através da seleção do direito internacional como *lex contractus* (em especial através da *lex mercatoria* e dos princípios gerais de direito das nações civilizadas) nunca é completa, pois não protege os investidores contra o exercício, pelo Estado de acolhimento, do poder (extracontratual) de modificação do quadro normativo do contrato.¹³⁸⁴⁻¹³⁸⁵ Escudar o investidor da álea legislativa em torno do contrato, eis o propósito das cláusulas de estabilização *stricto sensu*.¹³⁸⁶

¹³⁸¹ Delaume 1981, p. 796; Moura Vicente 2006.

¹³⁸² Delaume 1981, p. 796; Montembault 2003, p. 609 (nos contratos petrolíferos, a *lex petrolea*); Alvik 2011, p. 208, referindo-se aos critérios de internacionalização elencados no acórdão Texaco; Paasivirta 1989, pp. 316-317; Lima Pinheiro 2008, pp. 88-90; Ole Voss 2011, pp. 16-25; Sornarajah 2018, p. 330 ss.

¹³⁸³ Mayer 1986, pp. 12-15 (o segmento citado está na p. 13).

¹³⁸⁴ Mayer 1986, p. 35 [«(...) La simple délocalisation réalisée par les clauses de choix de la loi et de choix de la juridiction serait insuffisante. En effet, elles ne protégeraient pas l’investisseur contre les interventions législatives situées en dehors du domaine de la *lex contractus*: nationalisations, taxations, interdictions d’exporter les bénéfices»]; e Delaume 1981, p. 796 [«(...) Note that “internationalisation” or “de-localization” of economic development agreements is never complete. There are always matters, such as those regarding the movements of expatriate staff, the employment of local labor, social legislation,

As várias “vias” de internacionalização dos contratos de Estado não colhem consenso.¹³⁸⁷ A questão, contudo, não se reveste da mesma importância a partir do momento em que a arbitragem investidor-Estado é desencadeada por intermédio de uma cláusula constante de um API (*treaty claim*). Aqui, o que releva é o modo como a violação do contrato (ou da lei em que a estabilização está garantida) se projeta *na violação do API*.¹³⁸⁸

9.3. Cláusulas de estabilização: modalidades

As cláusulas de estabilização enquadram-se numa estratégia de reforço dos contratos de Estado. A inclusão deste tipo de disposições pode oferecer uma proteção *suplementar* à já conferida pelos princípios gerais – alteração das circunstâncias, *force majeure*, ou, na tradição administrativa, o facto do príncipe e a teoria da imprevisão.

Destacamos três modalidades de cláusulas de estabilização: (i) as cláusulas de estabilização *stricto sensu*, (ii) as cláusulas de intangibilidade, (iii) e as cláusulas de renegociação e de reposição do equilíbrio financeiro do contrato ou *economic equilibrium clauses*.

As primeiras são cláusulas que “congelam” o quadro regulatório vigente ao tempo em que o investimento foi realizado, inviabilizando a aplicação, ao projeto, das alterações normativas ou governativas implementadas pelo Estado de acolhimento. Por outras palavras, o contraente público compromete-se a não exercer – geralmente, em setores determinados (eg. tributário, ambiental, laboral, saúde pública) – os seus poderes extracontratuais de modificação das condições externas de execução do contrato,¹³⁸⁹ isto é, o seu poder de influência indireta sobre o contrato.¹³⁹⁰ Na medida em que

and customs and exchange regulations, to name but a few, that continue to be governed by the law of the host state (...)»].

¹³⁸⁵ Montembault 2003, p. 596.

¹³⁸⁶ Montembault 2003, p. 599; Mayer 1986, p. 34.

¹³⁸⁷ Ole Voss 2011, p. 25 ss.

¹³⁸⁸ Lemaire 2006, p. 382 (supra Cap. 2).

¹³⁸⁹ Saavedra Pinto 2012.

¹³⁹⁰ Besch 2015, pp. 111-113; Shemberg 2009, p. 9. As cláusulas de estabilização *stricto sensu* podem ser plenas (“full freezing clauses”), quando “congelem” o quadro normativo fiscal e não fiscal, ou limitadas (“limited freezing clauses”), quando a paralisação afete apenas alguns setores normativos. Veja-se, por ex., no caso de Moçambique, o artigo 40 da Lei n.º 23/2014, de 23.09 (Regime específico de tributação de benefícios fiscais das operações petrolíferas), que admite a negociação de “estabilidade fiscal” por um período de dez anos. No acórdão Duke Energy ¶210 ss, o Tribunal respondeu positivamente à questão de saber se a proteção contra alterações da legislação fiscal contida no acordo de estabilização abrangia igualmente alterações à interpretação da legislação fiscal promovidas pelas autoridades tributárias peruanas.

obstaculizem a mudança *política*, as cláusulas de estabilização *stricto sensu* interpelam diretamente o direito constitucional e são, portanto, as que mais interessam ao nosso estudo.

As segundas visam neutralizar a álea administrativa, inviabilizando a utilização, pelo contraente público, dos poderes de modificação unilateral do conteúdo contratual e de resolução do contrato por razões de interesse público.¹³⁹¹ Tudo se passa, portanto, como se o contrato de investimento fosse um contrato de direito privado, processando-se a alteração do seu conteúdo mediante acordo entre as partes. As cláusulas de intangibilidade são, neste sentido, cláusulas cujos efeitos se produzem no plano contratual, obstando à utilização, pelo contraente público, dos seus poderes de conformação da relação contratual.¹³⁹²

As terceiras – mais comuns¹³⁹³ – são aquelas que preveem que, em caso de modificação do ambiente regulatório do contrato com impacto sobre o investimento (*triggering event*),¹³⁹⁴ as partes contratantes comprometem-se a renegociar os termos do contrato, no sentido de restaurar o equilíbrio financeiro.

A restauração pode traduzir-se, por ex., num ajustamento das tarifas, numa extensão do prazo da concessão, numa redução fiscal ou numa compensação monetária.¹³⁹⁵ Existe uma diferença entre negociar e chegar efetivamente a um acordo. Por isso, para não deixar o investidor à mercê de uma mera *obrigação de meios*, algumas cláusulas de renegociação adotam configurações mais *musculadas*, em jeito mais próximo, portanto, da tutela conferida ao cocontratante aquando de uma situação

¹³⁹¹ Aquilo que corresponde, no CCP, ao poder de modificação unilateral do contraente público (artigo 312, al. b) CCP) e ao poder de resolução unilateral por imperativo de interesse público (artigo 334 CCP).

¹³⁹² O artigo 39 da Lei de investimento privado peruana, que deu azo ao acórdão *Duke Energy*, pode ser entendido como uma cláusula de intangibilidade associada a um acordo de estabilização legislativa (cláusula de estabilização *stricto sensu*). Aquele preceito *qualifica* estes acordos como contratos de direito privado: «Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes» (*Duke Energy* ¶42).

¹³⁹³ Cameron 2014, p. 308.

¹³⁹⁴ Algumas cláusulas de renegociação restringem os eventos suscetíveis de desencadear a renegociação. Por ex., no modelo de contrato petrolífero da Malásia, transcrito por Montembault, a obrigação de renegociar tem por base «the introduction of any legislation, regulations or order which imposes taxes, duties and levies *peculiar to the petroleum industry and not of general application* (...)» – o itálico é nosso. Com vários exemplos, Montembault 2003, p. 628, que, aliás, discute em pormenor as consequências de um eventual falhanço da renegociação do contrato. Segundo Cameron 2009, p. 129, referindo-se à indústria petrolífera, são vários os eventos que podem ativar as cláusulas de renegociação, tais como a alteração da alíquota de um imposto, a criação de um novo imposto (eg. um imposto sobre windfall profits, como o Imposto “Robin Hood”, nos casos contra Itália analisados supra), ou uma obrigação de contribuir para um fundo consignado a catástrofes naturais.

¹³⁹⁵ Shemberg 2009, p. 5.

de facto do príncipe.¹³⁹⁶ Algumas operam automaticamente, estatuidando uma reposição predefinida a partir do momento em que se verifique o evento *ativador*, caso em que só impropriamente se poderá falar em cláusulas de *renegociação*. Outras contêm uma definição mais minuciosa do tipo de eventos ativadores do processo de renegociação, do modo como se deverão desenrolar as negociações (eg. fixação de um prazo) ou do tipo de alterações que o contrato poderá absorver.¹³⁹⁷

Tanto as cláusulas de estabilização em sentido estrito (i) como as cláusulas de renegociação (iii) estão relacionadas com atos normativos do contraente público ou de entidade pública estranha ao contrato, ou seja, situações de facto do príncipe (Cap. 3) – nas primeiras, obstando à prática desses atos; nas terceiras, tutelando a situação do cocontratante privado através da imposição de um dever de renegociar.

9.4. A validade das cláusulas de estabilização (*stricto sensu*)

A compatibilidade de uma cláusula de estabilização em sentido estrito com o direito constitucional prende-se com uma eventual compressão do poder de legislar, atentatória do princípio democrático e da soberania nacional, do princípio da igualdade ou de deveres específicos de legislar, *maxime* em matéria de direitos fundamentais.

Contudo, o ponto é saber se, na perspetiva do direito constitucional, um Estado pode, através de contrato ou de lei (ou de contrato constante de lei), assumir que não exercerá os seus poderes normativos ou que, exercendo-os, subtrairá certos investidores ao âmbito de aplicação da legislação que venha a produzir sobre uma determinada matéria.¹³⁹⁸

Ora, uma cláusula de um contrato com um investidor estrangeiro pela qual o Estado se comprometa a não exercer o seu poder legislativo será nula, como explica Licínio Lopes Martins, porquanto o Estado-legislador não pode renunciar ao exercício dos seus poderes constitucionais.¹³⁹⁹ Isto independentemente das doutrinas sobre a

¹³⁹⁶ Entre nós, como vimos supra no Cap. 3 (nota n.º 582), essa tutela é uma tutela secundária e varia consoante a alteração de circunstâncias “desequilibrante” seja imputável a ato do próprio contraente público ou a ato de entidade pública estranha à relação contratual.

¹³⁹⁷ Cameron 2014, pp. 129 (nota de rodapé n.º 9) e 132-133.

¹³⁹⁸ Sornarajah 2018, p. 331 [«(...) As a matter of constitutional theory, a stabilisation clause may not be able to achieve what it sets out to do. It may not serve as anything more than a comforter to the foreign investor, who may derive some security from the belief that there is a promise secured from the state not to apply its future legislation to the contract»]; Neuhaus 2015, p. 320; von Walter 2015, p. 89.

¹³⁹⁹ Martins 2014, pp. 643-646. O Autor trata a questão a propósito dos problemas levantados pelas cláusulas de não concorrência no direito constitucional norte-americano, em especial das defesas do contraente público – a reserved powers doctrine (defesa dos atos soberanos) e da unmissability doctrine

internacionalização dos contratos de Estado, já que por hora nos referimos à validade destas cláusulas no plano interno e porque também as convenções internacionais concluídas pelo Estado português terão de se conformar com a Constituição.

Se o próprio contrato constar de uma lei ou for aprovado por lei, há que contar adicionalmente com o disposto no princípio da tipicidade dos atos legislativos (e do princípio democrático e da autorrevisibilidade das leis). Com efeito, nenhuma lei pode, com eficácia externa, atribuir-se um valor superior ao que a Constituição lhe confere.¹⁴⁰⁰ Portanto, se o Estado português aprovasse uma lei garantindo a um investidor que não exerceria os seus poderes legislativos num determinado setor com influência direta ou indireta sobre o contrato, tal lei seria inconstitucional. Poderia, quando muito, ser interpretada no sentido de que contém *uma indicação sobre o modo como o Estado pretende exercer o seu poder legislativo no futuro* (interpretação conforme à Constituição).

A inconstitucionalidade no plano interno não se “comunica” ao plano internacional. Um Estado não pode invocar o seu direito interno para se furtar ao cumprimento de um tratado internacional ou à responsabilidade internacional por atos ilícitos (artigo 27 da CVDT e artigo 3 do PARIE). A inconstitucionalidade da lei ou a declaração de nulidade do contrato de Estado no plano interno poderão, portanto, constituir uma violação do API (*treaty claim*), geradora de responsabilidade internacional do Estado de acolhimento.¹⁴⁰¹⁻¹⁴⁰²

(p. 643). No direito interno, a inserção de cláusulas de não concorrência num contrato suscita dificuldades no plano administrativo, por poder consubstanciar uma (auto) limitação ilegítima ou uma renúncia (artigo 29.2 CPA) ao exercício das competências e atribuições administrativas e à prossecução do interesse público (artigos 266.1 CRP e 4 CPA), e, no que respeita especialmente àquelas cláusulas, uma (auto)limitação da “liberdade [constitucional] de implementação programática do Estado” ou “uma limitação indevida aos poderes discricionários das entidades públicas”. Já no plano jurídico-constitucional, como alerta o Autor, «sempre teria de questionar-se a renúncia do Estado ao exercício da função legislativa (e, portanto, a renúncia a poderes constitucionais)» (pp. 644-645). Lembrando que o Estado não pode renunciar antecipadamente a nenhum dos seus poderes de *regulação*, de fiscalização e sancionatórios, Gomes Canotilho & Moreira 2007, p. 1025 (anotação ao artigo 87).

¹⁴⁰⁰ É o que decorre dos n.ºs 1 e 5 do artigo 112 CRP.

¹⁴⁰¹ Wälde & Ndi 1996, p. 239.

¹⁴⁰² *Bankswitch v. Ghana*, referido por Arato 2019, em que estava em causa uma arbitragem instituída com base num contrato de investimento (e não um API), que, contrariando a Constituição do Gana, não foi objeto de aprovação pelo Parlamento. O investidor, com base em garantias prestadas pelo executivo ganês de que a aprovação pelo legislativo não seria necessária, executara o contrato (concretamente, desenvolvimento de software informático para as autoridades aduaneiras). Apesar de estar em causa uma disposição constitucional anticorrupção (a intervenção do Parlamento pretendia obstar a situações de corrupção pelo executivo), o tribunal arbitral aplicou o princípio do “promissory estoppel”, fundado no direito internacional, considerando o contrato válido. Em sentido próximo, D’Oliveira Martins 2016, p. 252 (nota n.º 7) dá conta de uma decisão do TIADH de desconsideração, em nome do princípio de estoppel, da alegação da República Dominicana de que o instrumento de aceitação da competência do Tribunal havia sido declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional da República Dominicana.

A discussão em torno das cláusulas de estabilização no direito internacional público é anterior à era BIT, como demonstram os casos das nacionalizações na Líbia nos anos 60, polarizada em torno do processo de descolonização. Existem teses que contestam a validade de tais cláusulas, com fundamento no caráter *indisponível* (ou de *ius cogens*) da soberania, em especial do *princípio da soberania permanente do Estado sobre os recursos naturais*.¹⁴⁰³ A estes obstáculos ditos “tradicionalistas” aliam-se as doutrinas mais recentes, sobre o direito de regular em áreas ligadas aos direitos humanos e à saúde pública, e sobre a responsabilidade social das empresas.¹⁴⁰⁴

9.5. Cláusulas de estabilização: efeitos

Muito discutidos são os efeitos da inclusão de cláusulas de estabilização (*lato sensu*) nos contratos de investimento. O que acontece quando o Estado exerce os seus poderes de autoridade através de nacionalização, expropriação ou, simplesmente, de alteração do quadro regulatório em termos contrários aos previstos numa cláusula de estabilização?¹⁴⁰⁵

No plano internacional, a querela não pode desligar-se, evidentemente, da qualificação dos contratos de investimento (como contratos “internacionais”) e da problemática das consequências de uma eventual responsabilidade do Estado por ato ilícito, mormente no que respeita ao dever de restituir (tratando-se de um contrato, de

¹⁴⁰³ Wälde & Ndi 1996, p. 244 [«(...) While states could exercise their sovereignty in making agreements with foreign companies, sovereignty would also constitute, on a continuous basis, a lawful ground for the termination of these agreements – without compensation»]. Considerando que não há violação do direito internacional, Besch 2015, p. 120.

¹⁴⁰⁴ Crawford 2012, p. 629. Shemberg 2009, p. 1, opina que o debate em torno das cláusulas de estabilização recrudescer com a publicação de um contrato de investimento para a construção do pipeline Baku-Tbilisi-Ceyhan, concluído entre a BP, o Azerbaijão, a Geórgia e a Turquia. Este continha uma cláusula de estabilização abrangendo uma série de aspetos em matéria laboral (não discriminação, segurança e saúde no trabalho, salário mínimo). A acesa discussão pública gerada pela inclusão desta cláusula, promovida em boa medida por organizações de proteção dos direitos humanos, levou a BP (sem resposta dos Estados de acolhimento) a aditar ao contrato de investimento o BTC Human Rights Undertaking, um documento em que a empresa se compromete, em termos bastante contundentes, a não reagir contra medidas destinadas a compatibilizar a regulação interna em matéria de direitos humanos, ambiente e saúde com os standards internacionais, em particular com os que resultem de obrigações internacionais que os Estados de acolhimento se tenham comprometido a implementar (cf. Lista de outros consultados). Normalmente, as cláusulas de estabilização abrangem apenas a legislação de fonte doméstica e não o direito internacional. Contudo, se o direito internacional gozar de aplicabilidade direta (eg. normas de um Regulamento da União), como sucede nos sistemas de receção plena, o efeito de neutralização estender-se-á a tais normas. Neste sentido, Montembault 2003, p. 616.

¹⁴⁰⁵ Faruque 2006.

execução específica) ou de compensar.¹⁴⁰⁶ Tradicionalmente, são duas as teses nesta matéria.

(i) A tese sustentada no acórdão Texaco, segundo a qual o Estado que não respeite o compromisso assumido de não interferência nos direitos resultantes de um contrato de investimento, pratica um ato *ilícito* do ponto de vista do direito internacional, gerador de responsabilidade internacional. O artigo 34 do PARIE – admitindo que é este o regime aplicável¹⁴⁰⁷ – prevê a restituição, isto é, a reposição da situação existente antes do ato ilícito (com a consequente impossibilidade de expropriar), o que aponta, no caso de obrigações contratuais, para a execução específica.¹⁴⁰⁸ Não se nega que o direito de expropriar é parte integrante do costume internacional. Todavia, a assunção, pelo Estado, de compromissos a este nível é, em si mesma, uma manifestação de soberania, não constituindo o princípio *pacta sunt servanda* uma negação do poder de expropriar.¹⁴⁰⁹ O Estado tem o dever de eliminar o ato ilícito, executando o contrato.

(ii) De outros acórdãos resultou que as cláusulas de estabilização não podem comprometer o exercício, pelo Estado de acolhimento, das suas prerrogativas soberanas.¹⁴¹⁰ Fica, portanto, afastada, em nome do princípio da soberania permanente dos Estados sobre os seus recursos naturais, a possibilidade de restituição jurídica ou de execução específica do contrato.¹⁴¹¹ Se, no acórdão LIAMCO, o tribunal afastou a

¹⁴⁰⁶ Sobre as várias teses (diretas e indiretas) de internacionalização dos contratos de Estado, Ole Voss 2011.

¹⁴⁰⁷ Infra Cap. 7.

¹⁴⁰⁸ Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic, 19.01.1977, disponível em <https://www.trans-lex.org/261700>. Na doutrina, sobre a (im)possibilidade de execução específica de contratos de Estado e sobre a ligação entre a restituição material e a execução específica de contratos, Sabahi 2011, p. 80 ss. (trata-se, para o Autor, de uma situação em que a restituição é “desproporcional”, no sentido previsto no artigo 35 PARIE); e Cox 2019 (¶3.60 ss.).

¹⁴⁰⁹ Hefti 1989, p. 100; Mayer 1986, pp. 43-44 [«Nier en revanche, au nom du Nouvel ordre économique international, et en particulier de la souveraineté inaliénable sur les ressources naturelles qu'un État puisse valablement s'engager à ne pas faire usage de telle ou telle de ses compétences, même exclusives, *c'est faire de l'État un incapable. N'est-ce pas là que se situe la véritable atteinte à la souveraineté?* (...)»] – o itálico é nosso.

¹⁴¹⁰ É o caso dos acórdãos BP Exploration Company v. Government of the Libyan Arabic Republic, Award (merits), 10.10.1973, disponível em International Law Reports, vol. 53, p. 297 ss., a propósito da nacionalização da participação da demandante numa concessão petrolífera, que continha uma cláusula de estabilização; e Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad Hoc Arbitration, Award, 12.04.1977, disponível <https://www.trans-lex.org/261400>, a propósito da nacionalização de uma concessão norte-americana numa exploração petrolífera, decretada na sequência da revolução liderada pelo general Qadhafi, em 1969.

¹⁴¹¹ BP Exploration Company v. Government of the Libyan Arab Republic, Award (merits), 10.10.1973, disponível em International Law Reports, vol. 53, p. 297 ss, ¶175 [«The survey of cases and other relevant materials presented above demonstrates that there is no explicit support for the proposition that specific performance and even less so restitutio in integrum are remedies of public international law available at the option of a party suffering a wrongful breach by a co-contracting party (...)»]; Libyan

possibilidade de restituição e a qualificação do ato de interferência como “ilícito”, admitindo que a expropriação seria lícita caso – naturalmente – respeitasse as condições de validade que orientam o costume internacional, no acórdão AGIP, o tribunal, embora afastando a possibilidade de restituição, qualificou *automaticamente* o ato de interferência no contrato como uma expropriação ilícita, independentemente, portanto, do eventual cumprimento das demais condições de validade.¹⁴¹²

Nesta última hipótese, a violação da cláusula de estabilização não está isenta de consequências jurídicas, sob pena de menorização do princípio da boa-fé nas relações entre o Estado de acolhimento e o investidor a quem o Estado prometeu a não alteração do quadro normativo do contrato.¹⁴¹³ A ilicitude do ato de expropriação/nacionalização implica, neste caso, *um reforço do montante compensatório*, que deverá abranger não só os danos emergentes, como também os lucros cessantes, calculados em função do período em que o contrato se prometera estabilizado. Tal reforço justifica-se em virtude da *ilicitude* do ato de autoridade, emanado em contravenção a um contrato com elementos internacionais.¹⁴¹⁴

Não há dúvida, por outro lado, de que o exercício do poder normativo do Estado de acolhimento em violação de um compromisso de estabilização ou de um compromisso de renegociação constituirá um indício seguro de violação do standard FET, com ou sem mediação do princípio da proteção das legítimas expectativas do investidor.¹⁴¹⁵ Todavia, por banda da já mencionada *umbrella clause* (capaz de tornar violações do contrato em violações do tratado), não é de descartar que a violação daqueles compromissos possa constituir, *per se*, uma violação do API, *independentemente de qualquer associação com o FET*.¹⁴¹⁶

American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad Hoc Arbitration, Award, 12.04.1977, ¶298, disponível <https://www.trans-lex.org/261400>; Burlington Resources v. Ecuador, ICSID Case no. ARB/08/5, Decision on Liability, 14.12.2012, ¶543.

¹⁴¹² AGIP v. Congo, ICSID Case no. ARB/77/1, Award, 30.11.1979, disponível em <https://jsumundi.com/> (acesso em 02.05.2020). Também a meio-caminho se situa o acórdão Aminoil, Ad-Hoc-Award, Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL), 24.03.1982, disponível em <https://www.trans-lex.org/261900>. Alvik 2011, p. 253, expõe o problema da seguinte forma: «To give full effect to a contractual perspective would thus undermine the inalienability element of permanent sovereignty, while allowing annulment or expropriation in the face of an express undertaking to the contrary would inhibit the power of commitment of the state (...)»].

¹⁴¹³ Robert-Cuendet 2010, p. 132.

¹⁴¹⁴ Infra Cap. 7. Sobre este ponto, ILC 2008, p. 102 (comentário n.º 21 ao artigo 36).

¹⁴¹⁵ Na doutrina, Cameron 2014, p. 137; e Robert-Cuendet 2010, p. 123.

¹⁴¹⁶ EDF ¶929, 1009 e 1022; Suez Vivendi ¶23. Nestes arestos, os contratos de concessão continham cláusulas de renegociação e de ajustamento em matéria tarifária (*cost adjustment clauses*), bem como cláusulas que estipulavam que o cálculo das tarifas deveria ser feito em dólares e não em pesos argentinos (*currency clauses*). No acórdão EDF, o Tribunal concluiu que o desrespeito por estes compromissos contratuais, traduzido na não reposição do equilíbrio financeiro do contrato (não obstante o processo de

II. A EXPROPRIAÇÃO REGULATÓRIA NO DIE

1. Enquadramento

A presente secção incidirá sobre a figura da expropriação regulatória no DIE, que – vê-lo-emos – não é inteiramente coincidente com outras figuras próximas, como a expropriação indireta ou de facto. Por outro lado, o campo de análise é o DIE e não o direito internacional público em geral, sem prejuízo – claro está – da interação que haja de estabelecer-se entre um regime de recorte convencional, como é o DIE, e o direito internacional geral ou comum (costume internacional e princípios gerais de direito).

Os API conferem aos investidores da contraparte proteção em matéria de privação da propriedade, reconhecendo o poder expropriatório dos Estados enquanto manifestação iniludível de soberania, mas exigindo o cumprimento de alguns requisitos de validade, entre eles o pagamento de uma indemnização adequada.

2. Evolução

O contencioso internacional, durante muito tempo focado na questão do standard indemnizatório, vem desde há umas décadas a esta parte, e sobretudo por influência do Tribunal Irão-Estados Unidos,¹⁴¹⁷ centrando a sua atenção num outro (complexo) problema: *o que constitui uma expropriação para efeitos dos API?*

Com efeito, o movimento de autodeterminação económica dos países emergentes, iniciado no pós-segunda guerra mundial, veio pôr em perigo o *standard* indemnizatório conhecido como a fórmula Hull,¹⁴¹⁸ que assegurava aos proprietários estrangeiros o pagamento de uma indemnização imediata (*prompt*), efetiva (*effective*) e adequada (*adequate*), isto é, assente no justo valor de mercado do bem na data imediatamente anterior à expropriação.¹⁴¹⁹ Ora, este movimento tinha as suas raízes na insatisfação daqueles países para com as regras que disciplinavam as relações

renegociação), juntamente com o fim da paridade peso-dólar (a dita “convertibilidade”), constituía uma violação do FET e, *autonomamente*, por banda da umbrella clause, uma violação do tratado de investimento.

¹⁴¹⁷ Referimo-nos ao mecanismo de resolução de disputas que resultou dos Acordos de Algiers, de 1981, concluídos entre os Estados-Unidos e o Irão na sequência da Revolução Iraniana de 1979.

¹⁴¹⁸ Da autoria do Secretário de Estado Cordell Hull, que, na carta dirigida ao embaixador mexicano, em 21 de julho de 1938, referiu que o pagamento de uma indemnização imediata e adequada em caso de expropriação constituía um elemento estrutural das relações económicas internacionais.

¹⁴¹⁹ Sobre o sentido de cada um destes requisitos, cf. World Bank 1992 (Guideline IV).

económicas internacionais, em particular o standard indemnizatório em caso de expropriação e o respeito pelos direitos adquiridos. Tais regras obstaculizavam um controlo efetivo sobre a atividade económica.¹⁴²⁰

A “ação afirmativa” (ou diferenciação positiva) dos países emergentes tomou forma através de um conjunto de Resoluções da Assembleia Geral da ONU,¹⁴²¹ adotadas nos anos 60 e 70, que afirmaram o princípio da soberania permanente dos Estados sobre os seus recursos naturais, bem como as bases de uma Nova Ordem Económica Internacional.¹⁴²² Discute-se na doutrina qual o relevo jurídico destas Resoluções, concretamente se elas – não sendo vinculativas – se terão convertido em costume internacional e qual o respetivo impacto sobre a fórmula Hull.¹⁴²³

Portanto, à flexibilização do standard indemnizatório¹⁴²⁴ – benéfico, aparentemente, tanto para as economias desenvolvidas como as economias em vias de desenvolvimento¹⁴²⁵ – sucedeu um sistema de API que retomaria a fórmula Hull como medida da indemnização em caso de expropriação. Ou seja, os mesmos Estados que votaram favoravelmente as resoluções da Assembleia Geral da ONU participaram *ativamente*, quase em simultâneo, no programa de acordos de investimento

¹⁴²⁰ Brownlie 1980, p. 255 ss., Alvik 2011, p. 248; Higgins 1982, p. 287; Dolzer 1981; Salomon 2013, p. 32. O problema residia nos contratos de concessão concluídos entre a metrópole e as empresas petrolíferas ou IOC (International Oil Companies).

¹⁴²¹ Falamos, sobretudo, da Resolução n.º 1803 (XVII), de 14.12.1962, sobre a soberania permanente sobre os recursos naturais; da Resolução n.º 3201 (S-VI), de 01.05.1974, sobre o estabelecimento de uma Nova Ordem Económica Internacional; e da Resolução n.º 3281 (XXIX), que estabelece a Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados, de 12.12.1974. O repúdio da fórmula Hull não é idêntico em todas estas Resoluções. Enquanto a primeira menciona que a expropriação (nacionalização ou requisição) dão lugar a uma «indemnização adequada de acordo com as normas em vigor no Estado que toma tais medidas no exercício da sua soberania e em conformidade com o direito internacional» (o itálico é nosso), na terceira, a compensação adequada é aquela que se limita a ter em atenção as normas em vigor no Estado expropriante, sem qualquer referência ao direito internacional. Esta última perspetiva incorpora a doutrina Calvo, que tratámos no Cap. 1.

¹⁴²² Brownlie 1980, p. 262; Schrijver 2009, pp. 83-112. Sobre o problema da autodeterminação dos povos, em especial sobre a diferença entre autodeterminação interna e externa, Azeredo Lopes 2003, p. 136 ss.

¹⁴²³ Considerando que a fórmula Hull deixou de constituir costume internacional, Dolzer 1981, p. 565; para a posição oposta, Higgins 1982, p. 293, Brownlie 1980, p. 268, e Quadros 1998, p. 351. Defendendo que não existe uma diferença substancial entre as resoluções e a fórmula Hull, Nanteuil 2017, p. 349.

¹⁴²⁴ Alvik 2011, p. 248.

¹⁴²⁵ Hefti 1989, p. 145; Dolzer 1981, p. 583; De Vries & Hoeniger 1950, p. 641, e Drucker 1961, p. 252, a propósito dos acordos de montante fixo (“lump-sum agreements”) que regularam a indemnização a pagar em vários processos de expropriação realizados no pós-segunda guerra mundial, entre países capitalistas, entre países comunistas e entre países capitalistas e países comunistas. Destacamos, por ex., a indemnização paga pela França aos acionistas do Reino Unido aquando da nacionalização de empresas do setor do gás e da eletricidade, em 1946, que se estima não terem ultrapassado 70% do valor dos bens nacionalizados. Longe, portanto, do valor de mercado. Cf., ainda, ILC 2008, p. 102 ss. (Comentários n.ºs 20-34 ao artigo 36).

desencadeado pela Alemanha, pelos Estados- Unidos e por outros países exportadores de capital.¹⁴²⁶⁻¹⁴²⁷

Em síntese, há relativo consenso na doutrina no sentido de que os API celebrados entre os anos 70 e 90 conferem aos investidores da contraparte (*prima facie* um país exportador de capital) *um nível de proteção que excede o standard mínimo internacional (costume internacional)*, algo que, em matéria de expropriação, se traduz na recuperação da contestada fórmula Hull.¹⁴²⁸⁻¹⁴²⁹

2.1. A cláusula expropriatória nos novos API

Este não é “o fim da História” no que respeita à evolução da cláusula expropriatória no DIE. O capítulo atual inicia-se com a celebração de API de índole regional ou sectorial, como o NAFTA ou o TCE, respetivamente. Países tradicionalmente exportadores de capital, como o Canadá e os Estados- Unidos, começaram a ser parte demandada em disputas arbitrais de investimento.¹⁴³⁰ Este foi o momento de rutura do modelo construído nos anos 80 e 90, assente em acordos bilaterais contendo cláusulas muito abertas, como, por ex., o artigo 26 do TCE ou o artigo 1110 do NAFTA. Este último protege os investidores contra quaisquer medidas «tantamount to nationalization or expropriation» (medidas equivalentes a uma expropriação ou a uma nacionalização, como veremos infra).

As formulações abertas dos API tradicionais estimularam o entendimento de que expropriatórias serão também as medidas que destruam ou reduzam significativamente o valor do investimento, mesmo não envolvendo transferência de título para o Estado ou para terceiros, e que essas medidas podem provir do próprio legislador. Daniel Price,

¹⁴²⁶ Vandeveldt 1988, e Escarcena 2008, p. 137, sobre o programa que levou à aprovação do Modelo BIT dos Estados- Unidos (1984).

¹⁴²⁷ Dolzer 1981, p. 567, argumentando não haver qualquer contradição nesta dinâmica; Van Harten 2007, p. 23, considerando que mesmo sem a conclusão de um tratado multilateral de investimento, os países exportadores de capital lograram alcançar, através do sistema dos BIT, «the high level of protection for foreign investors that they long sought on behalf of international business»; Weiler 2013, pp. 230-231, argumentando que tal comportamento não é contraditório e que se limita a demonstrar a vontade dos Estados partes de contratar “acima” do costume internacional. Desta 2015, p. 239, por seu turno, vislumbra nesta dualidade uma lição para os países em vias de desenvolvimento: «numerical superiority alone is not sufficient to bring changes to international law (...). Developing countries got their arithmetic wrong and found themselves driving down the BIT superhighway, one at a time».

¹⁴²⁸ Cotula 2015, p. 281 [«(...) The capital-exporting countries that drove the negotiation of investment treaties did not show much concern about this lack of definitional certainty, as they rarely had to defend their conduct against investor claims»].

¹⁴²⁹ Alvik 2010, p. 250, explicando que a fórmula Hull vem sendo aplicada mesmo em disputas de investimento que têm por base acordos que não as referem expressamente.

¹⁴³⁰ Van Harten 2007, p. 40; Ratner 2008, p. 478; Henckels 2016, p. 27.

um dos negociadores NAFTA, recorda que as partes desistiram rapidamente de ensaiar uma definição mais apurada destas medidas, designadamente uma definição que lograsse uma distinção entre *medidas regulatórias não compensáveis e medidas equivalentes a uma expropriação*. A razão, no seu entender, é simples: «if the U.S. Supreme Court could not do it in over 150 years, it was unlikely that we were going to do it in a matter of weeks».¹⁴³¹

A extensão da expropriação a figuras equivalentes não foi uma invenção do NAFTA, constando já de precedentes jurisdicionais importantes, como os casos *German Interests in Polish Upper Silesia*¹⁴³² e *Norwegian Claims*,¹⁴³³ bem como dos casos decididos pelo Tribunal Irão-Estados Unidos.¹⁴³⁴ Porém, olhando aos acórdãos *S.D. Myers* (proibição de exportação de lixos tóxicos por parte do Canadá), *Methanex* (proibição do uso de metanol na produção de gasolina por parte do Estado da Califórnia), ou *Chemtura* (proibição do uso de lindano na atividade agrícola), salta à vista que em todos eles estavam sob escrutínio disposições normativas adotadas por razões ambientais e de saúde pública, em benefício do nível de prossecução do interesse público democraticamente considerado como necessário.¹⁴³⁵⁻¹⁴³⁶

A admissibilidade deste tipo de litígios teve impacto nas estruturas constitucionais dos Estados partes do NAFTA. O receio das autoridades canadianas de que as tabaqueiras norte-americanas desencadeassem a arbitragem contra as medidas de

¹⁴³¹ Price 2000, p. 111.

¹⁴³² Permanent Court of International Justice, Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, *Germany v. Poland*, Judgment, 25.08.1925.

¹⁴³³ Permanent Court of Arbitration, Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, 13.10.1922.

¹⁴³⁴ Sobre essa jurisprudência, Quadros 1998, p. 71 ss., 255 ss.

¹⁴³⁵ Sweet, Chung & Saltzman 2017, p. 579, dando conta que os diferendos sobre disposições normativas são claramente minoritárias no contexto do DIE. Apesar disso, algumas das mais importantes decisões arbitrais foram proferidas a propósito de medidas normativas. Com dados distintos, Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017.

¹⁴³⁶ Cf., contudo, *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award, 07.08.2002. O litígio teve por base a decisão do Estado da Califórnia de proibir o uso de MTBD (Methyl tertiary butyl-ether) na produção de gasolina, com fundamento na necessidade de proteger o ambiente. A demandante, a *Methanex-US*, que era uma empresa canadiana que produzia MTBD, alegou que a medida visava beneficiar uma empresa norte-americana (*Archer Daniels Midland*), que produzia gasolina a partir de etanol. Na decisão arbitral parcial, adotada em agosto de 2002, o Tribunal avançou o seguinte: «We decide that the phrase “relating to” in Article 1101(1) NAFTA signifies something more than the mere effect of a measure on an investor or an investment and that it requires a legally significant connection between them, as the USA contends». Quanto à alegação de expropriação, o Tribunal, mantendo o mesmo critério, sustentou que não era claro se a *intenção* dos Estados-Unidos havia sido a de beneficiar as empresas norte-americanas produtoras de etanol – substância que também pode ser usada na produção de gasolina – e que, por isso, a ligação específica exigida pelo artigo 1110 NAFTA poderia inexistir. Como explica Van Harten 2013, p. 60, se outros tribunais tivessem seguido esta interpretação, teria sido mais difícil para os investidores impugnar disposições normativas adotadas em benefício do interesse público. Sobre este ponto, cf. igualmente Weiler 2005, p. 906 ss.

“plain-packaging” (anti-tabaco) denuncia, no entender de Schneiderman, uma mudança no constitucionalismo canadiano – pouco propício a controlos externos sobre o legislativo – e uma aproximação ao constitucionalismo norte-americano. Doravante, os países exportadores de capital sentiriam “na pele” os efeitos da globalização, tomando consciência de que a transferência de poder para os árbitros, através de cláusulas expropriatórias pouco densas, *poderia inibir a regulação da atividade económica e a adoção de políticas públicas*.

Relatámos, no Cap. 2, como é que esta reação se processou. Estados-Unidos e Canadá apressaram-se em alterar os seus modelos de BIT, tentando salvaguardar o poder regulatório dos Estados (right to regulate).¹⁴³⁷ Isso foi feito, por um lado, através de disposições que elencam os critérios a ter em conta na identificação de medidas equivalentes a uma expropriação direta (delimitação positiva),¹⁴³⁸ e por outro, através de disposições que excluem, *prima facie*, certo tipo de medidas do próprio processo de qualificação (delimitação negativa).¹⁴³⁹

¹⁴³⁷ Primeiro através do Modelo de API de 2004, mais tarde com o modelo de API de 2012. O modelo de 2004 resultou do Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, aprovado na sequência do acórdão Metalclad, e incorporou a proposta elaborada pelos Senadores Baucus e Grassley no sentido de que aos *investidores norte-americanos nos Estados-Unidos não fossem dados menos direitos do que aqueles de que beneficiam os investidores estrangeiros nos Estados-Unidos*. Ou seja, reconhecendo que os Estados-Unidos oferecem um nível elevado de proteção ao investimento estrangeiro, a ideia da lei de 2002 foi a de assegurar que daí não adviria uma desvantagem competitiva para os investidores norte-americanos que investissem nos Estados-Unidos. Realçando a ironia da situação, Escarcena (2008), p. 193, sublinha que, a ser assim, o principal defensor de um *standard* mínimo absoluto viu-se forçado a adotar um «relative maximum standard to a specific national treatment». Trata-se, no fundo, de uma doutrina Calvo *à avessas*, porquanto agora é o tratamento dos estrangeiros que fixa a bitola do tratamento dos nacionais e não o contrário. Sobre o procedimento legislativo que levou à adoção do Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, Been & Beauvais 2003, p. 129 ss. Sobre o modelo norte-americano, cf. as reflexões de Alvarez 2011, p. 235, e de Vandevelde 2010b, p. 73.

¹⁴³⁸ No caso do modelo API norte-americano de 2012, essas disposições constam do Anexo B, onde se lê, no ponto 4 a), o seguinte:

«The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.»

No modelo canadiano de 2004 tais disposições constam do Anexo B.13 (1), que contém uma formulação praticamente idêntica à do modelo norte-americano.

¹⁴³⁹ A delimitação negativa é feita através da cláusula “except in rare circumstances”. Lê-se, no ponto 4 b) do Anexo B do modelo norte-americano, o seguinte: «Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations». O modelo Canadano [anexo B.13 (1)] adota uma formulação diferente, na medida em que fornece uma orientação sobre aquilo que se entende por «circunstâncias excecionais»: «Except in rare circumstances, *such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be*

A par destas estratégias, há que contar com aquilo que a doutrina designa por cláusulas de exclusão ou de *carve-out* de certo tipo de medidas do âmbito de aplicação do API em geral ou da cláusula de expropriação em particular. Estas cláusulas, comuns em matéria fiscal,¹⁴⁴⁰ estendem-se hoje a outros domínios, como medidas antitabágicas.¹⁴⁴¹⁻¹⁴⁴² E ainda com as cláusulas de não abaixamento do nível de proteção, como, por ex., o artigo 28.3.2. do CETA.¹⁴⁴³

2.2. A “global fifth amendment”?¹⁴⁴⁴

O fenómeno que acabámos de descrever está longe de ser irrelevante. As alterações promovidas por norte-americanos e canadianos foram desde então replicadas não só em acordos comerciais regionais de que são partes os Estados-Unidos, o Canadá, ou ambos,¹⁴⁴⁵ como também em API e acordos comerciais envolvendo outros Estados.¹⁴⁴⁶

reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation» – o itálico é nosso.

¹⁴⁴⁰ Artigo 21.1 e 5 do TCE, A propósito da interpretação destes dispositivos, cf. os acórdãos *Antaris Solar* ¶215 ss.; e *Hulley Enterprises v. The Russia Federation*, PCA Case No. AA 226, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 18.07.2014, ¶1407 ss.

¹⁴⁴¹ Artigo 29.5 da TPP.

¹⁴⁴² Sobre as cláusulas de exclusão ou de “*carve-out*”, Korzum 2017, p. 355 ss.

¹⁴⁴³ Radi 2015, p. 90. Trata-se de cláusulas que delimitam negativamente o sentido a atribuir aos standards contingentes do API (proibição de tratamento não discriminatório e nação mais favorecida), excluindo um sentido do qual resulte um impedimento, para o Estado de acolhimento, de adotar ou aplicar as medidas “necessárias” à proteção de interesses públicos.

¹⁴⁴⁴ Servimo-nos aqui do título do texto “clássico” de Been & Beauvais 2003.

¹⁴⁴⁵ O Anexo 14.B do USMCA, concluído em 2018, tem duas precisões importantes relativamente aos modelos norte-americano e canadiano. Esclarece, por um lado, que a natureza (*character*) da medida governamental implica a consideração do seu objeto (*object*), contexto (*context*) e intent (*fim*). Por outro, define com maior precisão o que se entende por “*investment-backed expectations*”, avançando que a razoabilidade destas está dependente do fornecimento, pelas autoridades estaduais, de garantias vinculativas *sob a forma escrita* (*binding written assurances*) e da regulação pública mais ou menos intensa do setor em causa. A cláusula “*except in rare circumstances*” reproduz a formulação norte-americana e não a canadiana. Cf., ainda, o Anexo 8.A do CETA, cuja cláusula “*except in rare circumstances*” reproduz o modelo canadiano, e contém especificações adicionais ao nível do processo de qualificação, fazendo depender a identificação de uma expropriação indireta da «*duração*» da medida governamental; e o Anexo 9.B da CPTPP, que segue de muito perto o modelo norte-americano, sem prejuízo, contudo, da nota interpretativa relativa às “*investment-backed expectations*” e de uma nota inovadora em matéria de interesse público, que acompanha o artigo 9.8 do acordo [«(...) the term “*public purpose*” refers to a concept in customary international law. Domestic law may express this or a similar concept by using different terms, such as “*public necessity*”, “*public interest*” or “*public use*”»]; e, por último, o Anexo I da Proposta de Capítulo sobre investimento apresentada pela Comissão Europeia no quadro das negociações da TTIP, onde se destacam inovações importantes ao nível da definição de expropriação indireta. De acordo com esse anexo, uma expropriação indireta «*substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment (...)*». Destaque ainda para a lista alargada de interesses públicos que integram a

O que há de especial nesta difusão? O interesse reside, precisamente, no conteúdo das disposições acrescentadas, visto que a consideração do impacto económico, das expectativas do investidor (especificamente, das “investment-backed expectations”), da natureza da medida governamental, ou da extensão e frequência da regulação estadual de um determinado setor económico (“heavily regulated industry”) são formulações decalcadas – ou pelo menos notoriamente inspiradas – na jurisprudência do Supreme Court norte-americano e numa das suas decisões mais emblemáticas sobre a 5.^a emenda: o acórdão Penn Central.¹⁴⁴⁷

O conceito de expropriação indireta pode ser classificado como um transplante legal,¹⁴⁴⁸ *in casu*, um fenómeno de *difusão jurídica do nível local para o nível global*. É lógico que a influência do direito constitucional norte-americano na expropriação indireta não é de agora, havendo sinais muito visíveis dela, por ex., no entendimento sobre os police powers. Sornarajah sublinha, inclusivamente, que o normal será os países exportadores de capital tentarem catapultar os respetivos sistemas de proteção da propriedade privada para a esfera internacional.¹⁴⁴⁹ Been & Beauvais sugeriram uma «global fifth amendment», isto é, um sistema global de proteção da propriedade privada construído em torno de um modelo e de conceitos forjados no constitucionalismo norte-americano.¹⁴⁵⁰ A reintegração da matéria do investimento no comércio internacional, que abordámos no Cap. 1, maximizou significativamente a velocidade dessa difusão.¹⁴⁵¹

A exportação de modelos API é inerente à economia política dos próprios API.¹⁴⁵² Contudo, a difusão do constitucionalismo norte-americano não se funda apenas

cláusula «except in rare circumstances», de onde passou a constar a promoção e proteção da diversidade cultural e a proteção dos consumidores.

¹⁴⁴⁶ Eg. artigo 20.8 do API COMESA, artigo 5.7 do Protocolo de Investimento da SADC, Anexo 2 do API-ASEAN, o API entre China e Índia e o FTA concluído entre Índia e Singapura.

¹⁴⁴⁷ A inspiração norte-americana é evidente. A teoria dos sole effects, que abordaremos infra, resulta do acórdão Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S 1003 (1992). Segundo este aresto, uma medida que esvazie por completo a viabilidade económica de um bem constitui uma expropriação – dita “categórica” – dispensando qualquer exercício de averiguação e sopesação dos demais elementos que normalmente são tidos em conta naquele exercício. Esses elementos, por seu turno, são os firmados no acórdão Penn Central Transportation v. New York City, 438 U.S 104 (1978), a saber: o caráter da atuação governamental, a interferência com as expectativas geradas pelo investimento (investment-backed expectations) e o impacto económico da medida. Na doutrina, Stanley 2001; Serkin 2009, p. 1267; Washburn 1996.

¹⁴⁴⁸ Cotula 2016, p. 278; Robert-Cuendet 2010, pp. 191-193; Henckels 2016, p. 27; Spears 2011, p. 278, Ostrove 2016, p. 210; Kantor 2006, p. 234 ss. Sobre os transplantes legais, com muitas referências importantes, Cohn 2010, p. 583.

¹⁴⁴⁹ Sornarajah 2018, p. 383.

¹⁴⁵⁰ Been & Beauvais 2003; Tushnet 2008, p. 985 ss.

¹⁴⁵¹ Voon 2017, p. 66.

¹⁴⁵² Supra Cap. 1. Huaqun 2014, p. 302 ss. [«(...) In BIT negotiations it is very difficult for developing states to change the conditions and terms of a model BIT prepared and insisted on by developed states»].

em razões de economia política, de outro modo seria difícil justificar a sua extensão a acordos de que os Estados- Unidos não são sequer parte. Porventura, avança Cotula, a transplantação da jurisprudência constitucional norte-americana para o contexto internacional justifica-se pela «qualidade técnica das soluções legais» encontradas.¹⁴⁵³

Este é, na verdade, um outro ponto sob discussão: o de saber se as disposições dos novos acordos de investimento cumprem a finalidade a que se propõem, que é a de limitar a discricionariedade dos árbitros na aplicação da cláusula expropriatória, assegurando aos Estados de acolhimento um espaço regulatório mais amplo na definição e concretização de certos interesses públicos.

Enquanto alguns veem nos novos anexos «avanços importantes»,¹⁴⁵⁴ louvando a flexibilidade e a tentativa de orientar a ponderação efetuada pelos árbitros entre o interesse público e os direitos patrimoniais dos investidores;¹⁴⁵⁵ outros destacam o carácter pouco preciso dos conceitos adicionados (eg. a natureza da ação governamental, as investment-backed expectations, as «circunstâncias excepcionais»), e as dificuldades no domínio de uma jurisprudência carregada de idiossincrasias, como é a jurisprudência do Supreme Court sobre a 5.^a emenda.¹⁴⁵⁶⁻¹⁴⁵⁷ Mais, vários Autores realçam, não sem razão, que é contraditório esperar maior previsibilidade de disposições modeladas em torno de uma jurisprudência que não prima nem pela clareza nem pela previsibilidade. É caso para perguntar, como faz Sanders, «*of all things made in American law why are we exporting the Penn Central Test?*».¹⁴⁵⁸

3. A expropriação indireta e processo de qualificação

Os acordos de investimento oferecem proteção tanto relativamente a uma expropriação direta (ou a uma nacionalização)¹⁴⁵⁹ como relativamente «a medidas

¹⁴⁵³ Cotula 2016, p. 287. Alvarez 2016, p. 507, dá conta de visões alternativas, designadamente daquelas que entendem estes FTA como parte de uma estratégia global norte-americana para “dividir e conquistar”.

¹⁴⁵⁴ Robert-Cuendet 2010, p. 193.

¹⁴⁵⁵ Andrina 2017, p. 257; Bücheler 2015, p. 155, argumentando que as especificações contidas nos anexos fornecem um “sistema de valor” capaz de orientar as operações de ponderação e de, por essa via, mitigar significativamente o arbítrio do julgador, obstando a fenómenos de “judicial lawmaking”.

¹⁴⁵⁶ Nikièma 2012, p. 85, avançando, adicionalmente, que não é fornecido aos árbitros o modo de articulação e hierarquização dos três (ou quatro) critérios elencados (impacto, expectativas, duração e natureza da medida governamental); e Radi 2015, p. 89, para quem as novas formulações não trazem qualquer “valor acrescentado”, mostrando-se os API da “velha geração” capazes de idênticos resultados.

¹⁴⁵⁷ Ostrove 2016, p. 211.

¹⁴⁵⁸ Sanders 2010, p. 339; Byrne 2000, p. 103; Stifter & Reinisch 2016, p. 93.

¹⁴⁵⁹ Os acordos de investimento não distinguem entre expropriação e nacionalização, mas a doutrina jus-internacional reporta existir entre elas duas diferenças importantes: (i) uma diferença de escala, já que a

equivalentes a uma expropriação direta» ou medidas «com efeito equivalente ao de uma expropriação».¹⁴⁶⁰

Há um elemento da expropriação direta que nunca está presente numa expropriação indireta. Nesta, por definição, não há *transferência do título* de propriedade para o Estado ou para terceiros (dimensão apropriativa). Mais difícil, porém, é perceber qual é o critério de equivalência, isto é, que aspetos ou elementos atestam uma proximidade suficientemente forte entre certas medidas e a expropriação direta a ponto de justificar a aplicação às primeiras de um regime jurídico pensado para a segunda¹⁴⁶¹. Eis aquilo que se designa por *processo de qualificação*.

Não é a mesma coisa estabelecer uma equivalência exclusivamente com base nos efeitos da medida ou exigir, adicionalmente, que a “candidata” evidencie a intenção ou vontade de expropriar por parte do Estado. Aliás, a segunda compreensão exclui do processo de qualificação inúmeras “candidatas”, ao passo que a primeira, ao desconectar o processo de qualificação da intenção estadual, admite que os Estados possam expropriar “acidentalmente”, isto é, sem ter, *prima facie*, antecipado as consequências de determinada medida.

4. Modalidades de expropriação indireta

Uma forma simples de arrumar as várias modalidades de expropriação indireta é distingui-las em função de dois critérios: um critério temporal e um critério funcional.

4.1. Critério temporal

nacionalização está vocacionada para situações de transferência para o Estado de um setor económico, ao passo que a expropriação é um conceito vocacionado para situações pontuais e concretas; (ii) uma diferença de alcance, uma vez que na nacionalização há apropriação (taking) dos bens pelo Estado, enquanto na expropriação há uma situação de privação substancial da propriedade da qual não resulta necessariamente um acréscimo patrimonial para o Estado. Os API não dão margem para que à nacionalização se siga uma flexibilização do standard indemnizatório. Contudo, sendo o DIE um regime de direito internacional público, a questão é objeto de discussão na doutrina mais recente (Nanteuil 2017, p. 340; Ratner 2017, pp. 13-14).

¹⁴⁶⁰ Não distinguimos entre «tantamount to expropriation» – formulação usada no artigo 1110 do NAFTA – e «equivalent to expropriation» – formulação usada na generalidade dos API. À exceção do acórdão Waste Management ¶143, as duas formulações (expropriação indireta e «measures tantamount to expropriation») têm sido utilizadas com o mesmo sentido. Os Estados partes do NAFTA remediaram a ambiguidade criada, ao suprimirem do artigo 14.8 do USMCA a referência causadora do problema. Sobre este ponto, McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 387.

¹⁴⁶¹ Nikièma 2012, p. 21, lembrando, com razão, que a expropriação indireta está subordinada à expropriação direta e que, nessa medida, «c’est le régime juridique de l’expropriation directe que s’étend à l’expropriation indirecte».

À luz de um critério temporal, a expropriação indireta pode ocorrer de forma instantânea (*instantaneous taking*)¹⁴⁶² ou de forma progressiva ou gradual. Fala-se, nesta última hipótese, de *creeping* ou *constructive expropriation*, ou na formulação francesa, em expropriação *larvante* ou *rampée*. Está em causa uma sequência de ações ou omissões estaduais que isoladamente consideradas não apresentam nem as características nem os efeitos de uma expropriação, mas que agregadamente resultam numa privação substancial.¹⁴⁶³⁻¹⁴⁶⁴

Para além da indefinição quanto ao momento da expropriação, que pode ter consequências importantes no que respeita à determinação do *quantum* indemnizatório,¹⁴⁶⁵ questiona a doutrina se uma *creeping expropriation* é necessariamente uma expropriação “encapotada” ou “disfarçada”, ou se abarca também situações em que a sequência de ações ou omissões estaduais não denota qualquer intenção expropriatória. A posição dominante é a de que a *creeping expropriation* é um conceito neutral,¹⁴⁶⁶ que não pressupõe uma estratégia deliberada da parte do Estado e que depende sobretudo do efeito agregado das ações ou omissões em causa.¹⁴⁶⁷

4.2. Critério funcional

A mobilização de um critério funcional permite desagregar a expropriação indireta em função do carácter normativo ou não normativo do ato expropriatório. A doutrina distingue, nesta sede, entre medidas expropriatórias verticais ou expropriações de facto (*targeted expropriations*), e medidas expropriatórias horizontais, expropriações regulatórias ou expropriações provenientes da atividade normativa do Estado.¹⁴⁶⁸

¹⁴⁶² Kriebaum 2015, p. 974.

¹⁴⁶³ Djajic & Djudic 2012, p. 242.

¹⁴⁶⁴ Crystallex ¶708. Alegando a ocorrência de uma *creeping expropriation*, *Teinver v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction and Separate Opinion of Dr. Kamal Hossain, 21.12.2012, ¶936-948, *Bayindir v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27.08.2009, ¶484-5, *Valores Mundiales* ¶388; *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case no. ARB/06/1, Award, 07.12.2001, ¶329.

¹⁴⁶⁵ Sloane & Reisman 2004, p. 128.

¹⁴⁶⁶ Nikiéma 2012, p. 95; Sloane & Reisman 2004, p. 124; AlQurashi 2007, p. 900; e Nanteuil 2017, p. 340. Cf., contudo, Dolzer 1986, p. 44, para quem uma *creeping expropriation* «suggests a deliberate strategy on the part of the state, which may imply a negative moral judgment».

¹⁴⁶⁷ Reisman & Sloane 2004, p. 128, preferem falar de “consequential expropriations”, visando com o conceito abranger quaisquer situações que espelhem a incapacidade do Estado de acolhimento de criar e manter um ambiente regulatório adequado ao investimento.

¹⁴⁶⁸ Seguimos de perto as distinções propostas por Nikiéma 2012, p. 24 ss., e Viñuales 2012, p. 295 ss. A última formulação é utilizada por Robert-Cuendet 2010, p. 147. Nenhum dos Autores ignora a possibilidade de certas medidas concretas (por ex. revogação de licenças) poderem resultar de medidas

As primeiras correspondem a medidas concretas que modificam imediatamente a esfera jurídica do investidor e às quais falta – tão-só – o elemento formal de transferência de título. É o caso, por ex., da resolução de um contrato de concessão, da revogação de uma licença de produção, da requisição ou ocupação administrativa de uma fábrica, da nomeação de administradores de uma sociedade, da suspensão do direito de voto dos sócios, da venda forçada de imóveis ou de participações sociais,¹⁴⁶⁹ de uma decisão judicial que invalide uma decisão arbitral internacional.¹⁴⁷⁰

Já as segundas são geralmente disposições normativas que modificam o quadro regulatório em que o investimento se desenvolve. Não sendo *prima facie* dirigidas a um investidor ou conjunto determinável de investidores, têm como efeito a privação substancial do investimento. É o caso, por ex., da criação de um imposto ou contribuição específica sobre um setor, da alteração de regras laborais,¹⁴⁷¹ da alteração de regras de produção e transportes de bens por razões de saúde pública, da alteração do quadro regulatório de incentivos à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, da proibição da utilização de uma determinada substância num processo industrial, ou da constituição de monopólios estaduais em atividades anteriormente abertas à concorrência.

A distinção é importante para a compreensão das divergências em torno do processo de qualificação (*infra*). A confirmação de que medidas normativas podem ser qualificadas como expropriatórias encontra-se na jurisprudência NAFTA, mormente no acórdão S.D. Myers: «regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of NAFTA, *although the Tribunal does not rule out that possibility*».¹⁴⁷² Depois, segundo a doutrina, as medidas

horizontais. Nikièma fala, nestes casos, de medidas horizontais *por assimilação* e dá como exemplo os casos da crise argentina.

¹⁴⁶⁹ Sobre a venda forçada, Christie 1982, p. 324 ss., e Sohn & Baxter 1961, p. 559.

¹⁴⁷⁰ Saipem v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case no. ARB/05/7, Award, 30.06.2009, ¶171-173, considerando expropriatória a decisão do Supremo Tribunal do Bangladesh na parte em que aí se declarava “não existente” a sentença arbitral proferida sob os auspícios da ICC; Frontier Petroleum v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 12.11.2010, a propósito da recusa dos tribunais checos em executar uma sentença proveniente de uma arbitragem comercial; e Rumeli Telekom ¶702.

¹⁴⁷¹ Exemplo dado por Sohn & Baxter 1961, p. 559 [«(...) It may, through its labor legislation and labor courts, designedly set the wages of local employees of the enterprise at a prohibitively high level»]. Para mais exemplos, Van Harten 2013, pp. 83-84.

¹⁴⁷² S.D Myers v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13.11.2000, ¶281 – o itálico é nosso. Confirmação porque, apesar de pouco frequente, o caráter expropriatório de certas medidas regulatórias (eg. impostos com natureza confiscatória) é um tema clássico do direito internacional público; Feldman v. Mexico, ICSID Case no. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002, ¶110 [«(...) no one can seriously doubt that in some circumstances *government regulatory activity* can be a violation of article 1110»] – o itálico é nosso; e Tecnicas Medioambientales (TECMED) v. The United Mexican States, Case no. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003, ¶121-122.

expropriatórias horizontais não implicam necessariamente uma expropriação “disfarçada” ou “encapotada”, nem tampouco intuitos protecionistas. Nas palavras de Nikièma, um Estado pode efetuar *de boa fé* uma expropriação indireta através de uma medida horizontal, ou seja, «un but caché n’est pas toujours présent». ¹⁴⁷³

Esta circunstância, aliada ao facto de os atos normativos terem vocação para afetar um número indeterminado ou indeterminável de investidores estrangeiros, *internacionaliza* num duplo sentido os limites do poder de regulação da propriedade privada: por um lado, esses limites não são necessariamente os mesmos que os ordenamentos nacionais contemplam; por outro, o respeito pelo cumprimento desses limites não é tarefa exclusiva dos tribunais administrativos e constitucionais dos Estados de acolhimento. ¹⁴⁷⁴

5. O conceito de «privação substancial»

Ponto incontornável é que a relação de equivalência entre expropriação direta e expropriação indireta depende, num primeiro momento, dos efeitos de uma determinada medida sobre o investimento. ¹⁴⁷⁵ Qualquer expropriação, direta ou indireta, pressupõe, como se lê em vários acórdãos, uma «privação substancial» do investimento, ¹⁴⁷⁶⁻¹⁴⁷⁷ uma «neutralização da propriedade», ¹⁴⁷⁸ ou simplesmente uma «destruição do investimento». ¹⁴⁷⁹ A questão está em saber quando é que essa destruição, privação ou neutralização se verifica e a que é que ela se refere.

Uma resposta possível é a de que uma privação substancial ocorre quando a interferência estadual neutraliza os atributos essenciais da propriedade, incluindo os

¹⁴⁷³ Nikièma 2012, p. 94; Robert-Cuendet 2010, p. 63.

¹⁴⁷⁴ Ratner 2008, p. 480.

¹⁴⁷⁵ Explicando isso mesmo, McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 389.

¹⁴⁷⁶ Eg. Suez Vivendi v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/03/19, Decision on Liability, 30.07.2010, ¶145; Telenor Mobile v. The Republic of Hungary, ICSID Case no. ARB/04/15, Award, 13.09.2006, ¶63.

¹⁴⁷⁷ Nos acordos de investimento de matriz francesa, é comum surgir a formulação «dépossession». Temos algumas dúvidas de que «dépossession» seja o equivalente em língua francesa da «dispossession» anglo-saxónica. Na verdade, como explicou o Tribunal Arbitral no acórdão Total v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010, ¶194, o termo «dépossession» é um conceito técnico-jurídico dirigido a medidas que privam o investidor dos direitos essenciais sobre o seu investimento em benefício de uma autoridade pública, não abrangendo, portanto, as situações em que se verifica uma diminuição significativa do valor do investimento, mantendo o investidor o controlo sobre a gestão.

¹⁴⁷⁸ Eg. BG v. Argentine Republic, UNCITRAL, Final Award, 24.12.2007, ¶260; CMS v. Argentine Republic, ICSID case no. ARB/01/8, Award, 12.05.2005, ¶262; LG ¶188.

¹⁴⁷⁹ Burlington Resources ¶368.

direitos de usar, gozar e dispor do investimento.¹⁴⁸⁰⁻¹⁴⁸¹ Outros preferem associar a privação substancial a situações em que a «capacidade de usar o investimento no sentido económico é destruída»,¹⁴⁸² em que o investimento «se torna economicamente inútil»,¹⁴⁸³ ou em que há uma perda total do valor económico do investimento.

Não é correto retirar destes vários entendimentos uma oposição entre um critério jurídico e um critério económico de privação substancial.¹⁴⁸⁴ Com efeito, a destruição de algum ou de alguns dos atributos essenciais da propriedade tem necessariamente uma componente económica, espelhada no direito de uso e de gozo dos benefícios económicos do investimento. Dito de outro modo, uma interferência estadual que reduza drasticamente os benefícios económicos do investimento traduz-se necessariamente na privação de um dos atributos essenciais (substância) da propriedade. *Não há nada de não jurídico na privação do valor de um investimento.* Foi isso, aliás, que o Tribunal Arbitral disse no acórdão El Paso: a perda dos benefícios económicos é consequência da impossibilidade de “usar” o investimento, *equivalente a uma perda do controlo sobre o investimento.*¹⁴⁸⁵ Já detetamos uma oposição relevante, porém, no modo como estas considerações vêm sendo aplicadas na arbitragem do investimento.

Preferimos, por isso, uma outra taxonomia.

5.1. Neutralização do controlo e neutralização do valor

5.1.1. Neutralização do controlo

Propomos a formulação “neutralização do controlo” para caracterizar aquelas situações em que investidor fica privado do controlo do seu investimento. O *leading-case* desta perspectiva foi o acórdão Pope & Talbot, a propósito do sistema de limites à exportação de madeira para os Estados-Unidos introduzido pelo Canadá em algumas

¹⁴⁸⁰ Nanteuil 2017, p. 354; Clough 2005, p. 562 [«(...) a taking of property includes such unreasonable interference with the use, enjoyment or disposal of the property as to justify an inference that the owner will not be capable of exercising those rights within a reasonable period of time after the interference commenced»]; na arbitragem, eg. Mamidoil ¶569.

¹⁴⁸¹ Apesar de comum na doutrina e na jurisprudência, esta formulação não consta dos API (cf., contudo, o anexo 1 da Proposta TTIP, elaborada pela Comissão Europeia).

¹⁴⁸² Kriebaum 2015, p. 984.

¹⁴⁸³ Ratner 2008, p. 482.

¹⁴⁸⁴ Montt 2010, p. 261 (o Autor distingue entre uma perspectiva jurídica e uma perspectiva económica).

¹⁴⁸⁵ Na doutrina, Robert-Cuendet 2010, p. 93, destacando que os benefícios económicos do investimento não constituem um «quarto atributo da propriedade», antes resultam de uma combinação do direito de usar e do direito de gozar, que permite o controlo do investidor sobre o seu investimento; Nikièma 2012, p. 310 ss., com posição semelhante; e McLachlan, Shore & Weiniger 2017, pp. 388-389.

das suas províncias. Num célebre parágrafo, o Tribunal rejeitou a ocorrência de uma expropriação indireta, louvando-se nos seguintes factos: «the Investor remains in control of the investment, it directs the day-to-day operations of the investment», por um lado; por outro, «Canada does not supervise the work of the officers and employees of the Investment, (...) does not interfere with management or shareholders' activities, does not prevent the investment from paying dividends to their shareholders».¹⁴⁸⁶

Trata-se de uma perspetiva marcadamente inspirada pelas decisões do Tribunal Irão-Estados-Unidos, designadamente nos acórdãos *Starrett Housing*,¹⁴⁸⁷ *Phillips Petroleum*,¹⁴⁸⁸ *Amoco*,¹⁴⁸⁹ *Phelps Dodge*,¹⁴⁹⁰ *Tippetts*,¹⁴⁹¹ onde os árbitros lidaram sobretudo com expropriações indiretas de primeira geração, ou seja, com medidas como nomeação de administradores, requisição temporária de instalações, ameaças a funcionários, anulação de contratos, nacionalizações sem o pagamento de compensação adequada, entre outras.¹⁴⁹²

5.1.2. Neutralização do valor

Outros admitem que aquela neutralização também pode resultar de uma situação em que o investidor fica privado do valor económico do seu investimento (neutralização do valor), mesmo mantendo o controlo e a gestão do mesmo. Existe privação substancial quando o investimento perde a sua viabilidade financeira ou produtiva, isto é, a suscetibilidade de ser rentável no futuro, superando as dificuldades financeiras resultantes da interferência estadual. Afinal, como se lê no acórdão *Burlington*, «investors make investments to earn a return. If they lose this possibility as a result of a State measure, then they have lost the economic use of their investment».¹⁴⁹³

¹⁴⁸⁶ *Pope & Talbot v. Canada*, UNCITRAL Rules of Arbitration, Interim Award, 26.06.2000, ¶100.

¹⁴⁸⁷ *Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Award no. 314-24-1, 14.08.1987, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020).

¹⁴⁸⁸ *Phillips Petroleum Company v. Islamic Republic of Iran*, Award no. 425-39-2, 29.06.1999, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020).

¹⁴⁸⁹ *Amoco International v. Islamic Republic of Iran*, Award no. 310-56-3, 14.07.1987, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020).

¹⁴⁹⁰ *Phelps Dodge Corporation v. Islamic Republic of Iran*, Award no. 217-99-2, 19.03.1986, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020).

¹⁴⁹¹ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, Award no. 141-7-2, 22.06.1984, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020).

¹⁴⁹² Sobre a importância destes casos, Heiskanen 2003, p. 176.

¹⁴⁹³ *Burlington* ¶397, e ainda *Telenor* ¶63, *UP and CD Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case no. ARB/13/35, Award, 09.10.2018, ¶310. Na doutrina, Nouvel 2002, p. 92 [«(...) La finalité de l'investissement, c'est la rentabilité»], Kriebaum 2015, p. 984 [«(...) it is essential for an expropriation that the capability to make use of the investment in an economic sense is destroyed or greatly

Um critério deste tipo pressupõe que se perspetive o investimento como um projeto económico, isto é, como um conjunto de coisas (tangíveis e intangíveis) e de direitos patrimoniais (eg. contratos) funcionalmente destinados a uma atividade económica, em termos duradouros e lucrativos. Se a interferência estadual destrói ou neutraliza esse projeto, *de nada serve que o investidor mantenha o controlo* sobre as várias componentes do investimento.¹⁴⁹⁴

Visto que projetos há muitos, e nem todos revelam o mesmo nível de viabilidade, a adoção de um critério deste calibre obriga o aplicador a considerar as expectativas de ganho do investidor – aquilo que o acórdão Metalclad apelidou de «reasonably-to-be-expected economic benefit of property»¹⁴⁹⁵ – e a determinar em que medida a atuação do Estado de acolhimento deu causa à frustração do projeto económico subjacente ao investimento.¹⁴⁹⁶ Um ponto importante é o de saber se viabilidade produtiva e expectativas razoáveis de ganho de um investimento são conceitos sinónimos, ou se são manifestações ligeiramente distintas daquilo que se entende por neutralização do valor.

5.1.3. Apreciação crítica

Sem prejuízo do que se disse supra sobre os atributos essenciais da propriedade, não há nenhuma vantagem metodológica em banalizar as diferenças entre as duas perspetivas. Com efeito, uma coisa é dizer que só há privação substancial caso o investidor deixe de controlar as operações diárias e de tomar as opções estruturais sobre o seu investimento. Outra, bem diferente, é admitir que essa privação existe, tanto nesta última hipótese, como naquelas em que o investidor, mantendo o controlo material sobre o seu investimento, vê neutralizado, em definitivo, o respetivo valor económico.¹⁴⁹⁷

Esta diferença, sugere alguma doutrina, é decisiva quando esteja em causa uma medida horizontal ou expropriação regulatória. Aqui, com efeito, constituindo a

diminished»], e Wälde & Kolo 2001, p. 835 [«In modern understanding, the key function of property is less the tangibility of things, but rather the capability of a combination of rights in a commercial and corporate setting and under a regulatory regime to earn a commercial rate of return»].

¹⁴⁹⁴ Robert-Cuendet 2010, p. 92.

¹⁴⁹⁵ Metalclad ¶103;

¹⁴⁹⁶ Nikièma 2012, p. 316.

¹⁴⁹⁷ Diferença sublinhada pelo Tribunal arbitral nos acórdãos Biwater ¶464, e Deutsche Bank v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case no. ARB/09/02, Award, 31.10.2012, ¶505, onde se avança que a interferência nos direitos do investidor não se confunde com a perda económica, que não é, aliás, requisito da expropriação.

afetação do investimento um *dano colateral* da modificação do quadro regulatório em que aquele se desenvolvia, a opção por uma perspectiva de *neutralização do controlo* terá inevitavelmente efeitos sobre o processo de qualificação. Vejamos.

O critério da neutralização do controlo adequa-se perfeitamente às medidas verticais clássicas, como aquelas que estiveram subjacentes ao Tribunal Irão-Estados- Unidos. Este lidou sobretudo com requisições e apropriações temporárias ou com a nomeação de administradores, ou seja, com medidas com efeitos e características mais próximos dos de uma expropriação direta.¹⁴⁹⁸

Contudo, se por *neutralização do controlo* se entende, como se viu supra, a impossibilidade de administrar o investimento, de participar no processo decisório da sociedade ou de dispor dos direitos inerentes à participação social que nela detenha, então será difícil encontrar uma expropriação indireta em situações em que o Estado proíbe a importação ou exportação de um determinado produto, elimina o cálculo da tarifa em dólares, altera o regime remuneratório da produção de eletricidade a partir de fontes alternativas¹⁴⁹⁹ ou impõe uma contribuição financeira sobre um determinado setor.¹⁵⁰⁰

Decisões arbitrais recentes optam abertamente por uma definição de privação substancial disjuntiva, ou seja, assente *ou* na perda de benefícios económicos *ou* na afetação do controlo do investimento.¹⁵⁰¹ Mas o problema subsiste.

O critério da neutralização do controlo tem a vantagem da simplicidade, atentas as dificuldades no apuramento das situações de neutralização do valor (infra). Destarte, as situações de perda significativa do valor do investimento passariam a ser tratadas, em exclusivo, no quadro do standard FET.¹⁵⁰²

¹⁴⁹⁸ Heiskanen 2007, p. 219.

¹⁴⁹⁹ Nathanson 2016, p. 899, criticando o entendimento do Tribunal Arbitral no acórdão Nykomb secção 4.3.1. (p. 33), a propósito da revogação, pelo legislador letão, do regime remuneratório de dupla tarifa de que beneficiavam as centrais produtoras de eletricidade a partir de cogeração.

¹⁵⁰⁰ De salientar aqui o entendimento de Nikièma 2012, pp. 309-317, para quem, das três prerrogativas essenciais do direito de propriedade, a mais relevante para a identificação de uma expropriação é o direito de usar. A afetação do direito de usar está presente tanto em medidas verticais como em medidas horizontais, mas, nas segundas, deve ser entendido enquanto viabilidade produtiva [«(...) La viabilité productive d'un investissement n'est que la traduction spécifique du droit d'user d'un investissement»]. A viabilidade produtiva exprime a capacidade do investimento de ser rentável no futuro. A falta de viabilidade produtiva corresponde, portanto, a uma situação *definitiva e estrutural* de incapacidade de reação ao impacto provocado por uma determinada interferência governamental.

¹⁵⁰¹ Eg. Isolux Infrastructure ¶839, Sempra ¶285, Enkev Beheer B.V. v. The Republic of Poland, PCA Case no. 2013-01, UNCITRAL Arbitration Rules, 29.04.2014, ¶345, e Valores Mundiales ¶385; Charanne ¶464.

¹⁵⁰² Novenergia II ¶762.

A neutralização do controlo é, adicionalmente, um critério mais próximo do de fóruns internacionais paralelos, mormente da jurisprudência do TEDH sobre o artigo 1-P1 à CEDH.¹⁵⁰³ A aproximação entre os critérios é bem-vinda num contexto de litígios paralelos. A discussão é interessante porque, como relembram Gutbrod, Hindelang & Kim, os API não são tratados internacionais de proteção dos direitos humanos,¹⁵⁰⁴ e, por isso, não deveria valer para eles a ideia de subsidiariedade que justifica a opção do TEDH por um critério muito exigente de neutralização do controlo. Por outro lado, a extensão da figura da expropriação indireta a situações de perda de valor ou redução de lucros, independentemente da afetação do controlo material sobre a propriedade, retira à alegação de expropriação a sua nota distintiva, aproximando-a de outras alegações, mormente do standard FET.¹⁵⁰⁵

5.2. Extensão ou magnitude da privação

A privação terá de ser «radical, severa, devastadora ou fundamental»,¹⁵⁰⁶ o que excluirá, à partida, as situações de simples perda de valor do investimento,¹⁵⁰⁷ isto é, situações em que o investimento «continua a operar», «ainda que com uma diminuição dos lucros». No acórdão BG, um dos casos da crise argentina, o Tribunal considerou que as falhas no ajustamento das tarifas de gás, mesmo aliadas à «pesificação» da economia, não haviam sido de molde a destruir o investimento da demandante. Tais medidas dificultaram a sobrevivência do investimento durante o período de crise, mas o investimento nunca parou, a empresa continuou a operar e os seus ativos estavam em vias de recuperação.¹⁵⁰⁸ Já não será assim naquelas hipóteses em que, na sequência da

¹⁵⁰³ Supra Cap. 4. Entre nós, há que destacar a posição de Quadros 1998, p. 217, para quem o critério «mais rigoroso» se situa num «momento lógico intermédio» entre a afetação da substância e o cômputo do valor, momento esse que, na senda do ensinamento do direito alemão, se centra no “conteúdo essencial” do direito de propriedade, ou seja, nas faculdades de dispor, usar e fruir do bem.

¹⁵⁰⁴ Gutbrod, Hindelang & Kim 2009, p. 302.

¹⁵⁰⁵ Mamidoil ¶570 [a propósito de um contrato de concessão para a construção e exploração de um terminal petrolífero na Albânia. Depois de algumas hesitações, e num momento em que o terminal já operava, as autoridades albanesas proibiram o embarque e desembarque de petróleo no terminal. O Tribunal conclui a sua argumentação nos seguintes termos: «Claimant remained entitled to continue to use, possess, control, and dispose of the property. It is not the Tribunal’s task to evaluate business opportunities but to determine whether the dramatic losses of benefit are caused by the loss of one or all elements which constitute the essence of property» (¶579); Hesham Talaat M. Al-Warraq ¶524.

¹⁵⁰⁶ Isolux ¶837;

¹⁵⁰⁷ Kriebaum 2015, p. 984; Nathanson 2012, p. 874.

¹⁵⁰⁸ BG ¶270. Em sentido próximo, LG ¶191; Chemtura Corporation v. The Government of Canada, Ad Hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 02.08.2010, ¶263, salientando que a percentagem de produtos contendo lindano comercializada pela demandante não excedia 10% do seu volume de negócios, e que, assim sendo, a privação causada pela proibição canadiana *não seria*

interferência estadual, o investidor tenha de suspender a atividade das suas empresas,¹⁵⁰⁹ ou passe a operar em termos não lucrativos.

Tome-se ainda como exemplo o acórdão Burlington,¹⁵¹⁰ a propósito de dois impostos criados pelo Equador – primeiro com taxa de 50%, depois com taxa de 99% – sobre o diferencial do preço de mercado do petróleo relativamente ao momento em que contratos de partilha de produção foram celebrados. Não obstante uma perda de lucros na ordem dos 40%, o Tribunal Arbitral não viu aí uma «perda substancial». Já o árbitro Orrego Vicuña, em opinião dissidente, sublinhou que «un nivel impositivo de 99% no solamente es constitutivo de una expropiación sino que es una confiscación», *ainda que o retorno seja suficiente para cobrir os custos operacionais do investimento*.¹⁵¹¹

A doutrina interroga-se, desde logo, sobre se será útil e possível definir, em termos absolutos, uma linha ou uma percentagem de perdas acima da qual a interferência estadual deva considerar-se expropriatória – aquilo que Weston apelida de “magnitude-of-loss line”¹⁵¹² – e, na eventualidade de uma resposta positiva, qual deve ser essa percentagem, o que se deve entender por valor original do investimento e que método deve ser utilizado no cálculo desse valor. Ou se, pelo contrário, o que interessa é apurar se o investimento mantém a sua viabilidade produtiva – leia-se, a sua capacidade para permanecer (ou voltar a ser) rentável no futuro – independentemente da magnitude da perda manifestada.¹⁵¹³

substancial; Metalpar v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/03/5, 06.06.2008, ¶174, destacando que a demandante, empresa dedicada ao fornecimento de veículos, continuou a operar na Argentina e que inclusivamente o seu volume de negócios aumentou; Charanne ¶466, realçando que os centros produtores de eletricidade a partir de energia solar continuam a ser rentáveis.

¹⁵⁰⁹ UP ¶354. O litígio tinha por objeto medidas implementadas pelo legislador húngaro no setor dos vales de alimentação, onde a demandante, com sede em França, detinha uma empresa que gozava de uma quota de mercado de cerca de 20%. As medidas criaram um monopólio estadual *de facto* em benefício dos vales de alimentação emitidos por autoridades estaduais e criaram um sistema de cartões eletrónicos dos quais apenas as instituições de crédito húngaras poderiam ser emitentes. Considerou o Tribunal que a atuação da Hungria estrangulou economicamente a demandada, atingindo o «coração económico» do seu investimento.

¹⁵¹⁰ Burlington Resources ¶399.

¹⁵¹¹ Burlington Resources – Opinião dissidente do Árbitro Orrego Vicuña ¶27.

¹⁵¹² Weston 1975, p. 120, que faz perguntas muito importantes, concluindo que será difícil chegar a um consenso quanto ao método de cálculo do valor do investimento em momento anterior à interferência estadual.

¹⁵¹³ Nikièma 2012, p. 153-154, e Montt 2010, p. 264, que fazem as mesmas perguntas sem chegar, porém, a nenhuma resposta conclusiva. Na doutrina, Sanders 2010, p. 379, arrisca fixar uma percentagem de perda (90%), mas há que ter em conta que o Autor prefere qualquer percentagem relativamente a uma solução que passe pela adoção dos critérios da jurisprudência Penn Central. Já na arbitragem há que destacar a linha vermelha traçada pelo Tribunal no acórdão Isolux ¶847, onde se diz abertamente que «para que se pruebe la expropiación de la inversión de la Demandante, el TIR [Tasa Interna de Rentabilidad] actual tendría que ser inferior al 6,19% en una proporción que pueda calificarse de “substancial y significativa”».

As considerações anteriores só valem, em coerência, quando se adote a neutralização do valor como critério de apuramento de uma privação substancial. Apesar de o critério da neutralização do controlo não se prestar a tantas hesitações, já que se esteia em aspetos mais taxativos, subsiste algum espaço de avaliação para os tribunais. Nem todas as interferências governamentais no controlo e na gestão de um determinado investimento terão intensidade expropriatória,¹⁵¹⁴ especialmente quando sejam temporárias.

5.2.1. Medidas temporárias

Uma privação substancial é necessariamente uma privação irreversível. Questiona-se, por isso, se uma medida temporária pode gerar uma privação com estas características. Ora, uma coisa é a duração da medida, outra é a natureza da privação:¹⁵¹⁵ nada obsta a que medidas temporárias produzam a neutralização definitiva do investimento, embora esse efeito seja mais provável quando em causa estejam medidas não temporárias.

Tudo depende, portanto, de uma apreciação casuística da medida,¹⁵¹⁶ do investimento e do *timing* da interferência. A nomeação temporária de um administrador implica uma privação permanente se se prolongar no tempo sem perspectiva de termo,¹⁵¹⁷ ou se a gestão for danosa e impedir a continuidade das operações da empresa.¹⁵¹⁸

Uma proibição de exportação de lixos tóxicos, que se estendeu de novembro de 1995 a fevereiro de 1997, não consubstanciou uma expropriação do investimento da demandante, segundo o acórdão S.D. Myers.¹⁵¹⁹ Já no acórdão Olin, a propósito de um decreto de expropriação do governo líbio incidente sobre uma fábrica de leite e sumo num momento em que esta acabara de iniciar as suas atividades, o Tribunal arbitral sublinhou que a interferência governamental, apesar de temporária, teve um impacto

¹⁵¹⁴ Christie 1982, p. 333. Na jurisprudência, *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, Award no. 141-7-2, 22.06.1984, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020), no segmento em que aí se diz que «while assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government (...)»; e *Generation Ukraine* ¶20.30.

¹⁵¹⁵ Robert-Cuendet 2010, p. 165; Nikièma 2012, p. 156.

¹⁵¹⁶ LG ¶193.

¹⁵¹⁷ Sohn & Baxter 1961, p. 559.

¹⁵¹⁸ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, Award no. 141-7-2, 22.06.1984, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020). Na doutrina, Escarcena 2008, p. 111.

¹⁵¹⁹ S.D. Myers ¶283.

significativo nas operações da fábrica entre 2006 e 2011, período de tempo importante para um negócio que acabara de entrar em atividade. Com efeito, durante esse intervalo de tempo, a empresa foi ultrapassada pelos seus concorrentes e perdeu a vantagem competitiva decorrente de ter sido uma das primeiras unidades de produção do setor.¹⁵²⁰

Finalmente: qual o impacto de uma decisão judicial (ou administrativa) que anule uma medida estadual, limitando, uma vez executada a decisão, a sua duração? Esta questão foi discutida no acórdão *Achmea*, no quadro de uma medida do legislador eslovaco (2007), *ab initio* definitiva, pela qual se bania a possibilidade de lucros no setor dos seguros de saúde. O Tribunal Constitucional eslovaco declarou a inconstitucionalidade da lei (2010), por violação do direito de propriedade e da livre iniciativa económica. Ora, apesar de haver diferenças não despreciables entre uma medida *prima facie* temporária e uma medida *prima facie* permanente, mas revogada ao fim de um determinado período de tempo, «the declaration of unconstitutionality (...) cannot be ignored», levando o Tribunal a concluir que o funcionamento do sistema de checks and balances eslovaco foi suficiente para travar uma «privação substancial», não obstante as perdas financeiras significativas da demandada.¹⁵²¹

5.2.2. Expropriação parcial

A expropriação parcial surge no quadro do tratamento do conceito de privação substancial e do designado “problema do denominador”. Se é certo que a privação tem de ser substancial, a pergunta que se impõe fazer é a seguinte – substancial relativamente a quê? Como vimos anteriormente, o investimento é um complexo de coisas e de direitos contratuais mais ou menos dependentes entre si. Aquilo que os norte-americanos designam por “conceptual severance” perspectiva cada um dos componentes do investimento como o denominador potencial de uma expropriação.¹⁵²²

¹⁵²⁰ Olin ¶165-166.

¹⁵²¹ *Achmea B.V v. The Slovak Republic*, PCA Case no. 2008-13, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 07.12.2012, ¶289-292. Sobre este ponto do acórdão, Cox 2019, p. 117 (¶5.55).

¹⁵²² No direito constitucional norte-americano, o problema do denominador surge aquando da análise de um dos elementos a ter em conta na identificação de uma expropriação regulatória – o impacto económico da medida. O que se pergunta é se o referente à luz do qual deve ser mesurado aquele impacto é a propriedade na sua globalidade, isto é, na totalidade da sua extensão geográfica e funcional, ou a “parcela” ou “fio” diretamente implicada na limitação. A posição inicial do Supreme Court foi a de rejeitar a conceptual severance. Como se lê no acórdão *Penn Central Transportation v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), «(...) Taking jurisprudence does not divide a single parcel into discrete segments and attempt to determine whether rights in a particular segment have been entirely abrogated». O posicionamento é menos claro nos acórdãos que não versam sobre bens tangíveis e em que a ingerência estadual na propriedade se traduz, por ex., na obrigação de pagar uma determinada quantia. De facto, no

Trata-se de uma operação com importantes reflexos no DIE, porquanto – explica Montt – «the more the tribunals engage in conceptual severance – that is, chopping the denominator along parameters of space, time and legal nature – the easier to find an expropriation».1523 Quando um investimento se traduz, por ex., na construção e gestão de vários hotéis num determinado Estado, percebe-se que a privação de um deles tem de consubstanciar uma expropriação (direta ou indireta). As coisas tangíveis têm a vantagem da simplicidade: «The taking of 50 acres of farm is equally expropriatory whether that is the whole farm or just a fraction».1524 Mais difícil é perceber se certos direitos de crédito – por ex., o direito ao reembolso de IVA, o direito ao reajuste tarifário, uma licença de exportação ou de exploração – podem constituir o *referente autónomo* de uma privação substancial.

A figura da expropriação parcial acha-se ligada ao conceito de investimento no direito internacional público.1525 A viabilidade da figura assenta, portanto, no pressuposto de que violações contratuais por parte do Estado, enquanto autoridade pública, podem consubstanciar uma expropriação na esfera internacional (treaty claims).1526

Porém, nem todos os direitos contratuais podem ser objeto de desagregação. Para Kriebaum, mas também para McLachlan, Shore & Weiniger, o critério relevante é a aptidão do direito para ser objeto de uma «transação comercial»1527 ou objeto de uma

caso Turner Elkhorn, apurou-se não haver dúvidas de que o regime jurídico imposto pelo Congresso em benefício dos trabalhadores do setor do carvão privou as empresas afetadas da “totalidade” das quantias de dinheiro exigidas para cumprir a obrigação vertida naquele regime. Basicamente o que ali se diz é que *quando se paga uma dívida em dinheiro fica-se sem esse dinheiro...*Cf. *Usery v. Turner Elkhorn Mining Co.*, 428 U.S. 1 (1976) e *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998). Na doutrina, entre outros, Sullivan & Power 2014.

1523 Montt 2010, p. 268 – o itálico é nosso. Na jurisprudência, Chemtura ¶249.

1524 *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 15.11.2004, ¶126.

1525 *Supra* Cap. 1.

1526 Kriebaum & Schreuer 2007, p. 9; Angelet 2011 (ponto 25). O raciocínio do Tribunal Arbitral no acórdão *Waste Management* ¶155, aponta nessa direção. Estava em causa um contrato de concessão para a recolha de lixo celebrado entre o município de Acapulco e uma empresa norte-americana. A concessão atravessou desde o início sucessivas dificuldades, entre elas a resistência dos habitantes locais (que continuaram a promover os sistemas de recolha de lixo informais), número de clientes abaixo do esperado, um furacão e o não pagamento, pelo município, dos montantes contratualmente devidos. Ao apreciar a ocorrência de uma expropriação à luz do artigo 1110 do NAFTA, o Tribunal tratou separadamente a questão da expropriação da empresa, por um lado, e a questão da expropriação dos direitos contratuais, por outro, admitindo, pelo menos em teoria, que seria viável uma desagregação do investimento para efeitos de apuramento de uma expropriação.

1527 McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 408. Os Autores mencionam o acórdão *Accession Mezzanine v. Hungary*, ICSID Case no. ARB/12/3, Award, 17.04.2015, ¶147-154, a propósito de um investimento britânico no sector húngaro de radiodifusão. A demandante alegava que o regulador da comunicação favorecera os candidatos com ligações ao partido no poder (o Fidesz) aquando do procedimento concursal com vista à atribuição de frequências radioelétricas, argumentando que o seu direito à atribuição de uma

«exploração económica independente»,¹⁵²⁸ independência essa que se apura, é bom de ver, relativamente aos outros direitos ou coisas tangíveis que façam parte do investimento. Trata-se de um critério que afasta como denominador de uma expropriação o direito a um benefício fiscal (mesmo nas hipóteses de cláusula de estabilização),¹⁵²⁹ o direito a um reajustamento tarifário, talvez até uma licença de importação/exportação de bens, o direito ao reembolso do IVA (enquanto não estiver concretizado num crédito contra a administração fiscal).¹⁵³⁰

Vários acórdãos confirmam este critério. No acórdão *Occidental*, sobre a devolução do IVA suportado na aquisição e importação de bens por parte de uma empresa que investira no setor petrolífero do Equador, o Tribunal rejeitou que o direito à devolução do IVA pudesse constituir um investimento: «it would be quite extraordinary for a company to invest in a refund claim»¹⁵³¹.

Tal circunstância não obsta a que, por vezes, a afetação parcial de um dos direitos em que se decompõe o investimento (seja ele suscetível ou insuscetível de transação comercial) possa gerar uma privação substancial ou total desse investimento. Dito de outro modo, «l'anéantissement de certains éléments d'un investissement peut être irréversible pour l'ensemble».¹⁵³² Pode ser o caso dos regimes de feed-in-tariff para a produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, atividade que, sem subsidiação,

frequência havia sido objeto de expropriação pelas autoridades húngaras. O Tribunal rejeitou que um tal direito pudesse ser objeto de expropriação. Fê-lo com base na diferença entre direitos reais e direitos pessoais, concretamente no facto de que «a personal right cannot enter circulation in a market like a property right can». Mais: «Contracts can, however, be the source of intangible property such as debts and other choses-in-action. There is no doubt that debts and other choses-in-action are capable of being expropriated. But the object of the expropriation in such a case is the debt or chose-in-action and not the contract itself». Em sentido próximo, *Emmis International Holding BV v. Hungary*, ICSID Case no. ARB/12/2, Award, 16.04.2014, ¶249-255, e na doutrina, sobre este último acórdão, Cox 2019, p. 33 (¶3.05).

¹⁵²⁸ Kriebaum 2007b, p. 83.

¹⁵²⁹ *Supra*, neste capítulo, ponto 9.5.

¹⁵³⁰ Esta precisão é importante e consta de *EnCana c. La República de Ecuador*, CNUDMI, Caso no. UN 3481, Laudo Arbitral, 03.02.2006, ¶183, de factualidade semelhante ao acórdão *Occidental* [«no obstante, una vez adquirido el derecho a una devolución con respecto a transacciones pasadas (...), el derecho correspondiente a que se pague puede caer dentro del ambito amplio de "ingresos producidos por una inversión", independientemente de si dicho derecho se deriva del derecho publico del Estado afectado»]. Em sentido contrário, considerando que tanto o crédito de IVA como as legítimas expectativas de reembolso constituem “propriedade” para efeitos de expropriação, cf., nesse acórdão, a Opinião dissidente do Árbitro Grigera Naón.

¹⁵³¹ *Occidental* ¶86. Em sentido próximo, *Feldman* ¶111, e *Nykomb* ¶4.3.1.

¹⁵³² *Nikiéma* 2012, pp. 292-293. Não estamos absolutamente certos de que a posição da Autora se afaste da de Kriebaum 2007b e de McLachlan, Shore & Weiniger 2017, que mencionámos *supra*, já que o ângulo pelo qual se aborda a problemática é distinto. A dada altura, porém, a Autora parece apontar para um entendimento menos flexível do ponto de vista do denominador: «Par conséquent, un investisseur ne devrait jamais pouvoir subdiviser les droits et les biens qu'il détient dans le cadre d'un investissement en plusieurs lots protégés afin de se focaliser sur le préjudice causé à l'un d'entre eux par une mesure étatique» (p. 294).

não é (não era) economicamente viável;¹⁵³³ de uma licença para importação e armazenamento de cimento,¹⁵³⁴ de uma autorização para operar casinos,¹⁵³⁵ de uma autorização para embarcar e desembarcar petróleo num terminal petrolífero;¹⁵³⁶ ou de uma licença ambiental quando esta seja pressuposto para operar um aterro sanitário¹⁵³⁷ ou para construir um empreendimento turístico.

Em conclusão, a figura da expropriação parcial não tem verdadeira identidade. De duas uma: ou se admite que o referente ou denominador da privação substancial do investimento se estende a quaisquer direitos de crédito suscetíveis de transação comercial, e então só impropriamente se poderá falar numa expropriação parcial (a expropriação será total relativamente a cada um desses direitos);¹⁵³⁸ ou se admite que o referente da expropriação é sempre o investimento no seu conjunto, e então decisivo será saber se a afetação de um dos direitos contemplados pelo investimento (suscetíveis ou insuscetíveis de transação comercial) é, pela sua essencialidade, suscetível de ter impacto sobre todos os outros, caso em que também aí a expropriação não deixará de ser total, por atingir o investimento na sua *globalidade*.

6. Características do processo de qualificação

O debate aberto em matéria de expropriação indireta tem que ver com a distinção – rejeitada noutros tantos ordenamentos jurídicos – entre medidas regulatórias (ou de regulação do uso) expropriatórias e não expropriatórias,¹⁵³⁹ mais precisamente com o facto de *só as medidas expropriatórias acarretarem indemnização*.

A resposta a este problema depende, em primeira linha, do modo como se percebe o processo de qualificação. Estará a qualificação de uma medida como expropriatória exclusivamente dependente dos respetivos efeitos sobre o investimento, como sugere a teoria dos *sole effects*? Ou, paralelamente aos efeitos, haverá que atender

¹⁵³³ Boute 2012a. Na jurisprudência, *Electrabel* ¶6.53.

¹⁵³⁴ *Middle East Cement v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case no. ARB/99/6, Award, 12.04.2002.

¹⁵³⁵ *B-Mex v. United Mexican States*, ICSID Case no. ARB(AF)/16/3, Request for Arbitration, 15.06.2016.

¹⁵³⁶ *Mamidoil* ¶536 ss.

¹⁵³⁷ *Tecmed* ¶117.

¹⁵³⁸ Recentemente, no acórdão *Ampal v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case no. ARB/12/11, 21.02.2017, ¶179-182, no âmbito de um contrato de fornecimento de petróleo ao Egito, o Tribunal arbitral considerou que o regime de isenção fiscal constituía *per se* um “investimento”, e que a respetiva revogação consubstanciava uma expropriação total desse investimento. Em sentido próximo, *Eureka* ¶238; e *Middle East Cement* ¶101.

¹⁵³⁹ *Higgins* 1982, p. 331; *Montt* 2010, p. 331; *Robert-Cuendet* 2010, p. 271. Esta distinção não existe, como vimos no Cap. 4, no artigo 1-P1 à CEDH.

a outros elementos, como o interesse público visado ou a intenção das autoridades estaduais, tal como propõe a teoria dos police powers? Para aqueles que se reveem na primeira teoria, o interesse público prosseguido pelo Estado de acolhimento é juridicamente insignificante? Ou pode relevar em momento posterior ao da qualificação, por ex., para efeitos de indemnização?

São estas, em traços gerais, as várias hipóteses em cima da mesa. Convém, antes de as analisar com mais pormenor, sobrevoar as características gerais e os pressupostos de que parte o processo de qualificação, uma vez que só através deles é possível compreender por que razão, no domínio do direito do investimento estrangeiro, o debate se afunilou – sem terceira via – na questão de saber *onde começa a expropriação e onde acaba a regulação*.

6.1. Sistema de “tudo ou nada”

Uma das características assacadas ao processo de qualificação no DIE é o facto de ele, nas palavras de Kriebaum,¹⁵⁴⁰ radicar num sistema de «tudo ou nada». A ideia é fundamentalmente esta: ou bem que uma medida é “regulação”, e o encargo da mesma deve ser assumido, em exclusivo, pelo investidor; ou bem que uma medida é “expropriação”, e então o encargo deve ser assumido pelo Estado (pelos contribuintes), mediante o pagamento de uma indemnização integral, que reponha a igualdade perante os encargos públicos.¹⁵⁴¹

Trata-se de uma originalidade relativamente ao sistema da CEDH, desenvolvido pelo TEDH a propósito da aplicação do artigo 1-P1. Efetivamente, no sistema da CEDH, o pagamento de uma indemnização não é consequência nem exclusiva nem automática do apuramento de uma expropriação (segunda regra). Opera, antes, como um elemento a ter em conta no funcionamento do princípio da proporcionalidade (*fair balance*), que é condição de validade de qualquer interferência estadual no direito de propriedade. Por essa razão, o processo de qualificação – entendido enquanto subsunção da interferência numa das três regras que compõem o artigo 1-P1 – não se reveste da mesma importância.

Esta diferença pode ser relativizada se se tomar em consideração que uma medida regulatória (não expropriatória) não é necessariamente válida à luz do API,

¹⁵⁴⁰ A formulação é de Kriebaum 2007a, 730; Kriebaum 2015, p. 996.

¹⁵⁴¹ Higgins 1982, p. 277.

cabendo ao standard FET a função protagonizada pela primeira e terceira regras no sistema da CEDH. Dito de outro modo, o dever de indemnizar pode ser garantido por outra via, mitigando a aspereza do sistema de «tudo ou nada» em que se estriba a análise da cláusula de expropriação na arbitragem do investimento. Este é, aliás, um dos pontos que comprovam o “reforço” da proteção contra a alteração normativa oferecido pela “constituição” do DIE.

6.2. Apreciação casuística: «I know it when I see it»

No DIE, o processo de qualificação de uma expropriação exige uma apreciação casuística, ou seja, uma apreciação que varia em função das circunstâncias do caso concreto. Isso decorre, desde logo, do facto de os acordos de investimento usarem propositadamente conceitos indeterminados e formulações vagas, catapultando árbitros escolhidos *ad hoc* para determinações pouco controladas numa matéria tão essencial como é a da regulação da atividade económica e da propriedade privada.¹⁵⁴²

O processo de qualificação centra-se nos *efeitos* da medida e não no tipo de atuação estadual. Com efeito, se não há nada que distinga, *prima facie*, uma expropriação regulatória de outras medidas normativas, isso significa que *uma expropriação só se revela uma vez em contacto com os efeitos produzidos sobre um determinado investimento*. No limite, como explica Montt, a mesma medida pode ser qualificada como “regulação” para toda a comunidade e assumir recorte expropriatório sobre um investidor determinado.¹⁵⁴³

6.3. Pressupostos metodológicos contraditórios

A dificuldade que circunda o processo de qualificação não se deve apenas ao seu carácter *ex post*. A isso há que acrescentar uma contraposição metodológica, associada às teorias abordadas infra, entre a apreciação do caso *a partir dos efeitos*, ou alternativamente, *a partir das características da medida*, em particular da intenção ou

¹⁵⁴² Montt 2010, p. 157; Gutbrod, Hindelang & Kim 2009, p. 300.

¹⁵⁴³ Montt 2010, p. 258. Em sentido idêntico, Nouvel 2002, p. 88 [«(...) C’est au contact de l’investissement que la mesure se révèle ou non expropriatrice»]; e Robert-Cuendet 2010, p. 21 [«(...) Ces mesures, dont l’objet *prima facie* est la réglementation, ne “naissent” pas expropriation; mais elles peuvent le devenir au contact de l’investissement dont elles entraînent l’anéantissement»]. Como vimos supra (Cap. 3), são precisamente estas as medidas que Vieira de Andrade reputa geradoras de indemnização pelo sacrifício, que é, para o Autor, um dos institutos acolhidos no artigo 16 RRCEE (Vieira de Andrade 2011).

finalidade desta. Na origem da contraposição está a relação pouco transparente entre as figuras da expropriação regulatória e do direito de regular (na teoria norte-americana, os *police powers*).

Por um lado, o costume internacional enfatiza que um Estado não é responsável pelo prejuízo causado à propriedade privada ou a outros direitos patrimoniais por medidas resultantes de tributação, regulação e confisco no contexto do processo penal, adotadas de boa-fé e no uso de “poderes de polícia”.¹⁵⁴⁴ É essa a interpretação, por ex., do Restatement of the Law Third of Foreign Relations Law of the United States, bem como da Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, documentos que codificam o costume internacional nesta matéria.¹⁵⁴⁵

Assim sendo, em teoria, a medida regulatória adotada por razões de saúde, segurança, ordem ou moral públicas ficaria “imune” a qualquer qualificação como expropriação, ou beneficiária, pelo menos, de uma presunção (ilidível ou inilidível) de não expropriação. Ou seja, haveria uma presunção inilidível de que a medida é regulatória, na formulação de Weston.¹⁵⁴⁶ É uma presunção deste tipo que surge consagrada, nos novos modelos de API, através da cláusula “except in rare circumstances” ou de formulações menos taxativas, como a do artigo 20.8 do API COMESA.¹⁵⁴⁷ Esta perspetiva metodológica assenta, portanto, na convicção de que é possível uma distinção *ex ante* entre regulação e expropriação. Parece ser esta a perspetiva de que parte, por ex., o acórdão Chemtura.¹⁵⁴⁸

Diferente é a perspetiva metodológica que não perscruta nada de mutuamente excludente entre expropriação e regulação, obstando assim a um princípio de distinção *ex ante* entre as duas figuras. Nesta perspetiva, nenhuma medida regulatória escapa, à partida, à qualificação como expropriação, e por isso a afirmação do poder do Estado de legislar em benefício do interesse público não tem relevo metodológico no processo de qualificação. Por outras palavras, admitindo que os seus efeitos sobre o investimento resultam numa privação substancial,¹⁵⁴⁹ uma medida de polícia é candidata, *como qualquer outra*, a uma qualificação como expropriação, configurando-se os interesses

¹⁵⁴⁴ Sohn & Baxter 1961, p. 561.

¹⁵⁴⁵ Mostafa 2008, p. 269, 272; e UNCTAD 2012, p. 80 ss.

¹⁵⁴⁶ Weston 1982, p. 121.

¹⁵⁴⁷ Neste sentido, Nikièma 2012, p. 186, e Levesque 2003, p. 54.

¹⁵⁴⁸ Chemtura ¶254: «(...) Even if the Tribunal concluded that there was a substantial deprivation of the claimant’s investment, there was still no expropriation because the PMRA’s decision to phase out all agricultural application of lindane was a valid exercise of Canada’s police powers to protect public health and the environment».

¹⁵⁴⁹ Sobre este ponto, sobretudo, Nikièma 2012, p. 193 ss., e Robert-Cuendet 2010, p. 255.

públicos que estão por detrás da adoção de tal medida ou como irrelevantes ou, quando muito, como uma exceção ao dever de indemnizar.

É certo o diagnóstico de Byrne sobre a contradição metodológica que perpassa o processo de qualificação: «it is not altogether clear whether the regulatory taking debate arises out of a broadening of the concept of expropriation or out of the restriction of the scope of the police power».¹⁵⁵⁰

7. Os aspetos a ter em conta no processo de qualificação (teorias)

Já deixámos antever que o resultado do processo de qualificação varia em função dos elementos que integram o critério de equivalência, sendo certo que quantos mais elementos se adicionar a esse critério, mais difícil será o apuramento de uma expropriação indireta.

Além disso, dado que nenhuma das teorias nega que o processo de qualificação deve ter em conta os efeitos da medida sobre o investimento,¹⁵⁵¹ a distinção entre as várias teorias reside na consideração, ou recusa de consideração, de outros elementos que não os efeitos. Esses elementos são a finalidade da medida em termos de interesse público e a intenção expropriatória do Estado de acolhimento.

Com base nestas considerações, acompanhando parcialmente a doutrina¹⁵⁵² e a jurisprudência, propomos uma distinção entre, por um lado, a teoria dos *sole effects*,¹⁵⁵³ e por outro, teorias teleológico-funcionais, que se desdobram em teoria dos *police powers* (nas suas versões mitigada e radical) e teoria da intenção de expropriar.

7.1. Teoria dos *sole effects*

¹⁵⁵⁰ Byrne 2000, p. 102; Mostafa 2008, p. 273, que considera a questão “académica”; Heiskanen 2007, p. 217 (argumentando que as duas teorias não são “contraditórias”, apenas adotam pontos de partida distintos); Robert-Cuendet 2010, p. 262 [destacando que a doutrina dos poderes de polícia, enunciada como princípio geral que exclui a responsabilidade do Estado por facto ilícito, se converte, na arbitragem do investimento, numa exceção à qualificação ou ao dever de indemnizar. Segundo a Autora, «la double facette des *police powers* – principe et exception – rend le concept d’utilisation malaisée. Il repose a la fois sur les règles relatives à l’expropriation. Il implique donc – s’agissant des mesures de réglementation ayant un effet de dépossession, une oscillation entre deux corps de règles différents et entre deux logiques distinctes (...)»].

¹⁵⁵¹ Kriebaum 2015, p. 982; Nanteuil 2017, p. 351.

¹⁵⁵² Sobre as várias teorias, Bücheler 2015, p. 126 e Kriebaum 2015, p. 724, entre outros.

¹⁵⁵³ Optamos por não traduzir. Não nos parece acertada a tradução de Nanteuil 2017, p. 351, que fala numa “doctrine de l’effet unique”. Escrevendo em inglês, com taxonomia diversa, Nanteuil 2020, ¶9.080.

Para a teoria dos sole effects, o processo de qualificação esgota-se nos efeitos da medida estadual sobre o investimento, sem cuidar, para este efeito, da intenção, do contexto regulatório ou do interesse público visado pelo Estado de acolhimento.¹⁵⁵⁴ Como explica Alvik, «an expropriation is an expropriation no matter how laudable its purpose».¹⁵⁵⁵ Logo que uma medida regulatória atinge um certo nível de impacto sobre o investimento, a qualificação como expropriação é «inevitável».¹⁵⁵⁶

Há um lastro jurisprudencial significativo a suportar este entendimento. Na arbitragem desenvolvida no quadro do Tribunal Irão-Estados-Unidos, vários acórdãos sublinharam que o dever de indemnizar na sequência de uma expropriação (indireta) não está dependente do carácter intencional da atuação estadual.¹⁵⁵⁷ Outros casos testemunham a recusa do Tribunal em atender à finalidade da interferência estadual para efeitos de qualificação. É o caso do acórdão Vivendi, um dos casos da crise argentina, onde o Tribunal recorda cabalmente o seguinte: «if public purpose automatically immunises the measure from being found to be expropriatory, then there would never be a compensable taking for a public purpose».¹⁵⁵⁸

7.1.1. Apreciação da doutrina

A teoria dos sole effects tem, desde logo, a vantagem da simplicidade. De facto, os tribunais que adotam a teoria tendem a *segregar*, por um lado, o processo de qualificação, e por outro, o apuramento das condições de validade da expropriação, não havendo comunicação entre os dois segmentos decisórios. Esta segregação evita a

¹⁵⁵⁴ Eg. Metalclad ¶111; Spyridon Roussalis ¶328-330. Na doutrina, Nikièma 2012, p. 142; Bücheler 2015, p. 126; Nanteuil 2017, p. 351; Kriebaum 2015, p. 724, entre muitos outros.

¹⁵⁵⁵ Alvik 2011, p. 265.

¹⁵⁵⁶ Mostafa 2008, p. 279; Weiler 2005, p. 919; Dolzer & Bloch 2003, pp. 161-163.

¹⁵⁵⁷ Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA, Award no. 141-7-2, 22.06.1984, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020) [«The intent of the government is less important than the effects of the measures on the owner»], muito embora esta afirmação surja igualmente em acórdãos que não aderem à teoria dos sole effects]; e Phillips Petroleum Company v. Islamic Republic of Iran, Award no. 425-39-2, 29.06.1999, ¶98, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020) [«although a government's liability to compensate for expropriation of alien property does not depend on proof that the expropriation was intentional (...)»].

¹⁵⁵⁸ Compañía de Aguas del Aconquija S.A v. Argentine Republic, ICSID case no. ARB/97/3, Award, 20.08.2007, ¶7.5.21; em sentido próximo, cf. Azurix v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, ¶310, Metalclad ¶111, Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case no. ARB/08/1, ARB/09/20, Award, 16.05.2012; Lahoud c. La République Démocratique du Congo, Affaire CIRDI n.º ARB/10/4, Sentence, 07.02.2014, ¶500. Alguns destes acórdãos citam o acórdão Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case no. ARB/96/1, Award, 17.02.2000, ¶71-72, como um precedente em sentido favorável à teoria dos sole effects. Porém, neste acórdão, o problema tinha que ver com o *quantum* indemnizatório de uma expropriação direta para fins ambientais e não com o processo de qualificação de uma expropriação indireta.

assimilação, comum às teorias teleológico-funcionais, *entre expropriação e expropriação ilícita*.

Ao concentrarem-se nos efeitos, os árbitros vêem-se dispensados (pelo menos em sede de qualificação) de apreciar os interesses invocados pelos poderes públicos,¹⁵⁵⁹ ou a real intenção das autoridades estaduais. Ver-se-á infra que a doutrina levanta importantes objeções ao funcionamento do princípio da proporcionalidade na arbitragem do investimento, por este pressupor um “*background* normativo”¹⁵⁶⁰ – leia-se, um quadro (mais ou menos) hierarquizado de valores – que dificilmente se antecipa num regime internacional criado para a proteção do investimento estrangeiro.

De outra parte, a doutrina assaca à teoria dos *sole effects* uma redução do espaço normativo do Estado e um alegado *bias* ou favorecimento sistemático dos investidores em detrimento do Estado de acolhimento, cujas motivações são, à luz daquela teoria, irrelevantes para o processo de qualificação.¹⁵⁶¹⁻¹⁵⁶²

A teoria dos *sole effects* revela-se pouco adequada nas situações em que a consecução do interesse público passa pela imposição de responsabilidades financeiras a privados (eg. princípio do poluidor-pagador, sustentabilidade do setor elétrico). Qualificar tais medidas como expropriatórias com base exclusivamente nos efeitos, obstaria, no fundo, à prossecução daqueles interesses, já que, através da indemnização, o investidor recuperaria o equivalente monetário das externalidades negativas ou deficiências de que foi causa.¹⁵⁶³⁻¹⁵⁶⁴

¹⁵⁵⁹ Referindo este argumento, Alvik 2011, p. 265; Van Harten 2013, p. 85.

¹⁵⁶⁰ Bücheler 2015, p. 196.

¹⁵⁶¹ Gutbrod, Hindelang & Kim 2009, p. 301. Contra este argumento, Bücheler 2015, p. 129, para quem o dever de indemnizar não limita o poder soberano dos Estados.

¹⁵⁶² Olynik 2012, p. 279.

¹⁵⁶³ Robert-Cuendet 2010, p. 189.

¹⁵⁶⁴ Problema a que não é alheio – uma vez mais – o direito constitucional norte-americano. Veja-se o acórdão *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 U.S. 498 (1998). Sob apreciação do Supreme Court estava uma lei do Congresso que reformulava o regime do plano de pensões dos trabalhadores do sector do carvão, fazendo recair o financiamento desse plano sobre os operadores do setor, inclusivamente sobre operadores cuja atividade já havia cessado, como era o caso da *Eastern*. A maioria pendeu no sentido da inconstitucionalidade da lei federal, embora sem consenso quanto à fundamentação, de onde é possível, *a contrario*, extrair um consenso pela margem mínima quanto à impossibilidade de a imposição de uma obrigação financeira como a que estava subjacente ao plano de pensões poder constituir um “*taking*” para efeitos da 5.^a emenda. As opiniões dissidentes dos Juízes Kennedy e Breyer – que, neste ponto, representam a posição da maioria – reforçam a importância do carácter da atuação governamental na identificação de um “*taking*”. Mesmo que a medida regulatória traga para o particular uma desvantagem financeira de magnitude semelhante (ou até superior) àquela que resultaria de uma apropriação clássica, são os meios selecionados pelos poderes públicos que viabilizam e enformam aquele exercício de identificação. Se aqueles poderes se limitam a impor uma obrigação pecuniária, com indiferença relativamente aos bens eleitos pelos particulares para assegurar o adimplemento, a “*takings clause*” não é convocável.

7.1.2. Correção pós-qualificação

Atenta a pertinência das críticas dirigidas à teoria dos *sole effects*, alguns Autores, sem abandonar a teoria no que ao *processo de qualificação* diz respeito, admitem considerar o interesse público num momento pós-qualificação, aquando da determinação do *quantum* indemnizatório.¹⁵⁶⁵ Um raciocínio nestes moldes não está imune às vicissitudes associadas à mobilização do princípio da proporcionalidade, que trataremos infra com maior pormenor.

Destaca-se, neste quadro, a teoria de Nouvel. Para o Autor, uma expropriação regulatória, porque levada a cabo através de uma medida normativa, produz um duplo efeito: por um lado, a privação substancial do investimento, que deixa de ter viabilidade produtiva ou perspectiva de rentabilidade; por outro, a alteração das condições económicas gerais em que o investimento se desenvolvia. Ora, se o investidor tem direito a uma indemnização que compense a privação a que foi sujeito, o respetivo *quantum* não deve abranger as expectativas de rentabilidade económica (*lucrum cessans*) que tenham, entretanto, cessado.¹⁵⁶⁶ Trata-se, no fundo, de dar relevo jurídico ao facto de uma expropriação regulatória conter, em primeiro lugar, uma «regra de organização social», ou nas palavras de Nikièma, ao facto de, nas medidas horizontais, *o interesse público visado pela medida ser exterior ao investimento*.¹⁵⁶⁷

Não muito afastada está a perspectiva de Montt, que parte do pressuposto de que nem toda a privação substancial (expropriação) gera o dever de indemnizar, havendo espaço, depois de aplicada a teoria dos *sole effects*, para o funcionamento de exceções de vários tipos. Uma dessas exceções é a possibilidade de o Estado de acolhimento justificar a privação substancial do investimento através razões de justiça distributiva (“*distributive justice rationale*”), isto é, através de interesses públicos capazes de justificar a aniquilação do investimento. À invocação, pelo Estado, desta exceção, pode seguir-se, da parte do investidor, a formulação de contra-exceções, ou seja, de

¹⁵⁶⁵ Montt 2010, p. 273 ss.; Weston 1982, p. 129; Nouvel 2003, p. 201; Kriebaum 2007a, p. 732 ss.; Weiler 2001, p. 185 [a perspetiva deste Autor segue de perto as críticas ligadas à inadequação da teoria dos *sole effects* à expropriação regulatória: «(...) If the economic activity undertaken by an investment leads to externalities that are so damaging to the environment that a government must take regulatory steps that substantially interfere with that investment, the appropriate level of compensation for such interferences should take into account the negative value of those externalities»]; Schuppli 2018, p. 187.

¹⁵⁶⁶ Nouvel 2003, pp. 201-204. Apesar de a teoria não ter respaldo na jurisprudência, que se mostra fiel à fórmula Hull mesmo quando o acordo de investimento não a consagra expressamente, um dos casos da crise argentina, o acórdão LG ¶226-266, segue uma estrutura argumentativa com resultados próximos da de Nouvel 2003.

¹⁵⁶⁷ Nikièma 2012, p. 152.

argumentos que demonstrem que a interferência estadual é desproporcionada à luz dos conhecimentos científicos mais recentes sobre uma dada matéria, que a medida esconde uma motivação protecionista, ou que o Estado de acolhimento agiu por razões *puramente* políticas ou de alternância democrática.¹⁵⁶⁸ Voltaremos ao tema mais à frente.

7.2. As teorias teleológico-funcionais

Para as teorias teleológico-funcionais, a qualificação de uma medida como expropriatória tem por base outros fatores que não (ou não apenas) o dos efeitos sobre o investimento, concretamente o interesse público e a intenção estadual.

7.2.1. A teoria dos police powers (versão radical)

Optamos por não traduzir police powers por “poderes de polícia”.¹⁵⁶⁹ A formulação “police powers” remonta ao direito constitucional norte-americano, onde estava associada a uma espécie de poder-dever de legítima defesa da comunidade relativamente a «usos nocivos», efetivado pelo Estado-legislador através de medidas destinadas a salvaguardar a saúde pública, a moral e a vida dos cidadãos.¹⁵⁷⁰ Há traços da compreensão norte-americana nos documentos que constituem costume internacional nesta matéria: o artigo 10.4 da Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, por ex., menciona a título de «uncompensated takings» a privação da propriedade decorrente dos impostos, a desvalorização da moeda, ou as interferências estaduais visando manter a ordem, a saúde ou a moral públicas.

À semelhança do que acontece no direito da União com as «razões imperiosas de interesse geral»,¹⁵⁷¹ a lista de interesses públicos associada aos poderes de polícia

¹⁵⁶⁸ Montt 2010, pp. 281-289.

¹⁵⁶⁹ Em sentido amplo, fala-se em medidas de polícia para designar a atividade da administração pública destinada a «assegurar e preservar o *status quo* ordenado, para prevenir (evitar ou impedir) a ocorrência de factos perturbadores que possam causar danos na segurança coletiva e individual na tranquilidade e ordem públicas, bem como para agir perante a ameaça ou a iminência da ocorrência de tais factos» (Gonçalves 2020, p. 1044). Os police powers de que se fala no DIE afiguram-se mais próximos do conceito de *direito de regular*, talqualmente o definimos supra, do que com o tipo de atividade em que se desdobra a atividade administrativa de polícia. Como dá conta Schuppli 2018, pp. 137-138, «Bei den heutigen Regulierungsmaßnahmen handelt es sich häufig um Neuanpassungen der Risikobewertung in bestimmten Fallkonstellationen oder Änderungen des politischen Willens, mit denen in der Praxis wirtschaftliche un sozial-politische Ziele verfolgt werden».

¹⁵⁷⁰ Supra Cap. 3.

¹⁵⁷¹ Sobre este alargamento, entre outros, Barnard 2019, p. 475 ss.

parece curta no quadro do direito internacional público. Admitindo que no contexto atual os *police powers* hajam de equiparar-se a uma espécie de interesse público global (Kulick), tal lista terá de integrar – pelo menos – a proteção dos direitos humanos e o princípio do desenvolvimento sustentável.¹⁵⁷²

Assim, a versão radical da teoria dos *police powers* parte de um ângulo metodológico oposto ao da teoria dos *sole effects*.¹⁵⁷³ A qualificação de uma medida estadual como reentrando no exercício dos poderes de polícia do Estado de acolhimento exclui a qualificação *ex post* como expropriatória.¹⁵⁷⁴ Neste modelo, a finalidade da interferência estadual não surge como um elemento a ter em conta depois de apurada uma privação substancial, isto é, como uma exceção capaz de afastar a subsunção expropriatória (como sugere a versão moderada da teoria dos *police powers*) ou o dever de indemnizar (como sugere a versão “corrigida” da teoria dos *sole effects*). Do que se trata é de, a partir do recorte funcional da medida, afastar *ab initio* a aplicação da cláusula expropriatória inscrita no acordo de investimento.

Esta tese comporta diversos riscos, desde logo o de tornar a cláusula expropriatória *inoperante* relativamente a expropriações indiretas.¹⁵⁷⁵ Daí que não existam muitos casos em que se possa dizer, com certeza, que os tribunais arbitrais hajam adotado uma postura com este recorte.¹⁵⁷⁶⁻¹⁵⁷⁷

Neste tipo de enquadramento, a expropriação ou está absolutamente excluída, ou reentra no processo de qualificação a título excepcional, mormente quando ao investidor tenham sido dadas “garantias específicas” de que não haveria alteração normativa

¹⁵⁷² Nikièma 2012, pp. 173-174; Kläger 2011, p. 197 ss.; Kulick 2010.

¹⁵⁷³ Kriebaum 2007a, p. 726.

¹⁵⁷⁴ Robert-Cuendet 2010, p. 263.

¹⁵⁷⁵ Kriebaum 2007a, pp. 736-737; Sornarajah 2018, p. 487; Nanteuil 2017, p. 358; Mostafa 2008, p. 272.

¹⁵⁷⁶ Não contabilizamos os casos em que o Tribunal arbitral enuncia o costume internacional sem daí retirar consequências jurídicas, seja por que a factualidade não o permite, seja porque não admite um princípio de diferenciação *ex ante* entre regulação e expropriação. Eg. Quiborax S.A. v. Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award, 16.09.2015, ¶202 [«The Tribunal agrees with the Respondent that, if the Revocation Decree was the legitimate exercise of its sovereign right to sanction violations of the law in its territory, it would not qualify as a compensable taking (...)»]; e Belokon v. The Kyrgyz Republic, UNCITRAL, Award, 24.10.2014, ¶198.

¹⁵⁷⁷ Um desses acórdãos é o acórdão Saluka Investments v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17.03.2006, ¶262-267, tirado por ocasião de um diferendo envolvendo um investimento holandês na aquisição de um banco checo recém-privatizado. Em virtude de problemas relacionados com o crédito malparado e com o incumprimento de requisitos mínimos de capital, o banco foi colocado sob administração do Estado. Apesar de a administração forçada ter resultado, no entender do Tribunal, numa privação substancial do investimento, a medida configurava-se como um exercício não discriminatório e de boa-fé dos poderes de polícia, o que afastava, destarte, a qualificação a título de expropriação. Em sentido idêntico, Marfin ¶828 ss.

(Methanex),¹⁵⁷⁸ ou no caso de a interferência estadual se revelar desproporcionada (El Paso).¹⁵⁷⁹

7.2.2. A teoria dos police powers (versão moderada)

A teoria dos police powers, numa versão moderada, concebe o processo de qualificação como implicando uma ponderação levada a cabo nos termos do princípio da proporcionalidade.¹⁵⁸⁰ O *leading case* nesta matéria foi o acórdão Tecmed, a propósito da não renovação de uma licença de gestão de um aterro sanitário.

Na análise da cláusula expropriatória, o Tribunal começa por calibrar o impacto da medida sobre o investimento, no sentido de perceber, em moldes semelhantes aos da teoria dos sole effects, se o investidor sofreu uma “privação substancial”. Uma conclusão positiva quanto a este ponto não esgota, porém, o processo de qualificação: de seguida, terá o Tribunal de examinar se a medida, *atentas as suas características e não apenas os seus efeitos*, tem natureza expropriatória.¹⁵⁸¹

Portanto, para qualificar uma medida como expropriação, há que apurar se existe uma “relação razoável de proporcionalidade” entre, por um lado, a carga ablativa imposta sobre os direitos patrimoniais do investidor, por um lado, e o interesse público visado pela medida, por outro. Isso obriga o Tribunal Arbitral a trazer para o processo de qualificação elementos como a participação dos afetados na decisão política,¹⁵⁸² as expectativas do investidor¹⁵⁸³ ou a duração da medida.¹⁵⁸⁴ Mas obriga também a que o Tribunal calibre a urgência e o peso do interesse público invocado.

Tem razão Nikièma quando sugere que o princípio da proporcionalidade atua como “critério complementar”, visto que não se trata de sopesar o grau de realização do fim com o grau de impacto do meio, seja ele qual for, para a partir daí formar um juízo sobre a proporcionalidade da interferência.¹⁵⁸⁵ No modelo que decorre do acórdão Tecmed, só acedem à operação de sopesação (e, logo, de qualificação) as medidas que

¹⁵⁷⁸ Methanex Part IV, Chapter D, Page 4, ¶7.

¹⁵⁷⁹ El Paso ¶240-243.

¹⁵⁸⁰ Na doutrina, Kriebaum 2015, p. 727, fala de uma “moderate police powers doctrine” e Bücheler 2015, p. 129, de uma “mitigated police powers doctrine”.

¹⁵⁸¹ Tecmed ¶118. É mister acrescentar que o Tribunal rejeita de forma igualmente clara a versão radical da teoria dos police powers (¶121).

¹⁵⁸² Tecmed ¶122 [«it should also be considered that the foreign investor has a reduced or null participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitled to exercise political rights (...»)»]; Azurix ¶311.

¹⁵⁸³ Tecmed ¶149-150; Azurix ¶318.

¹⁵⁸⁴ LG ¶190.

¹⁵⁸⁵ Nikièma 2012, p. 258.

infilijam ao investimento uma *privação substancial*. Ou de forma mais simples: só há ponderação quando o grau de impacto sobre o investimento for máximo.

A expansão desta perspectiva a nível da doutrina,¹⁵⁸⁶ da jurisprudência¹⁵⁸⁷ e do direito internacional positivo corroboram a afirmação de Nanteuil:¹⁵⁸⁸ «la proportionnalité a gagné aujourd’hui la bataille de l’expropriation indirecte». No campo do direito internacional convencional, há que destacar os modelos BIT norte-americano e canadiano. Estes, na parte em que estabelecem uma presunção em benefício do carácter não expropriatório de disposições normativa motivadas por certos interesses públicos e com certas características, reclamam implicitamente um conjunto de operações de ponderação que remetem para o princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, para uma versão moderada da teoria dos police powers.¹⁵⁸⁹

i) Apreciação doutrinal

A generalidade da doutrina realça que a teoria dos police powers (seja qual for a sua versão) assenta numa confusão entre a *qualificação* e *condições de validade* da expropriação. Com efeito, a presença de um interesse público não pode ser, *simultaneamente*, condição de validade de uma expropriação já apurada e elemento relevante no processo de qualificação.¹⁵⁹⁰

A mobilização do princípio da proporcionalidade no momento de qualificação, acompanhada da convocação da jurisprudência do TEDH, é também objeto de críticas. O princípio da proporcionalidade, que no sistema da CEDH opera como uma *condição de validade* da interferência estadual, emerge, na arbitragem do investimento, como uma *condição de qualificação*, determinando, em termos de “tudo ou nada”, o carácter expropriatório da medida e o conseqüente pagamento de uma indemnização.¹⁵⁹¹

Da confusão entre qualificação e condições de validade emerge, na prática, uma *assimilação entre expropriação indireta e expropriação ilícita*. Dificilmente uma expropriação indireta será lícita, por lhe faltar pelo menos um dos requisitos de

¹⁵⁸⁶ Eg. Olynik 2012, p. 279; Viñuales 2012, pp. 307 ss.; Henckels 2012, p. 223 ss.

¹⁵⁸⁷ LG ¶189-199.

¹⁵⁸⁸ Nanteuil 2017, p. 360.

¹⁵⁸⁹ Bücheler 2015, pp. 136-141; Kingsbury & Schill 2010, p. 94-95.

¹⁵⁹⁰ Henckels 2015, p. 77; Nikièma 2012, pp. 150-1; Fortier & Drymer 2005, p. 94; Escarcena 2008, p. 162; Mostafa 2008, p. 274. Na jurisprudência, Azurix ¶310 [«(...) For the Tribunal, the issue is not so much whether the measure concerned is legitimate and serves a public purpose, but whether it is a measure that, being legitimate and serving a public purpose, should give rise to a compensation claim»].

¹⁵⁹¹ Bücheler 2015, p. 147; Kriebaum 2007a, pp. 728-730.

validade, a saber, o pagamento de indemnização adequada.¹⁵⁹² *A teoria dos police powers remove a possibilidade de distinção entre expropriação indireta lícita e ilícita.*

7.3. A teoria da intenção de expropriar

Destaca-se, por último, a teoria que concebe a intenção de expropriar como um elemento necessário – ainda que insuficiente ou meramente coadjuvante – no processo de qualificação.¹⁵⁹³ Trata-se de uma tese ainda minoritária na doutrina e com alguma expressão recente na arbitragem do investimento.¹⁵⁹⁴

Um bom exemplo é o acórdão UP, já referido. Optando, aparentemente, pela teoria dos sole effects, o Tribunal abriu espaço para a consideração da intenção de expropriar, numa das suas manifestações mais evidentes: o protecionismo económico.¹⁵⁹⁵ O acórdão destacou, por diversas vezes, que a intenção da Hungria, talqualmente reiterada pelas suas autoridades, foi a de *excluir os investidores estrangeiros de um determinado setor económico*, garantindo que os lucros da atividade exercida permaneceriam na Hungria e seriam usados na melhoria da alimentação das crianças. A “intenção” do Estado de acolhimento pode ser revelada, por ex., através de notas explicativas, afirmações públicas ou outros documentos complementares da legislação propriamente dita.¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹² Nikièma 2012, p. 19; Reisman & Sloane 2004, p. 137. Na verdade, de duas uma: ou o Estado aprova medidas normativas ao abrigo do seu poder de legislar ou de regular em benefício do interesse público, considerando não haver lugar ao pagamento de indemnização; ou o Estado promove uma “expropriação encapotada” [por ex., através de uma sequência de atos ou omissões cujo efeito global é privativo da propriedade (creeping expropriation)]. Pergunta Marboe 2017 (¶3.51), coerentemente, «can indirect expropriations ever be lawful?». Voltaremos à questão no Cap. 7.

¹⁵⁹³ De facto, alguns acórdãos sublinham a importância da comprovação da intenção de expropriar como elemento coadjuvante do processo de qualificação, mas sem ir ao ponto de lhe atribuir relevo enquanto condição necessária ou essencial. Eg. Phillips Petroleum Company v. Islamic Republic of Iran, Award no. 425-39-2, 29.06.1999, ¶98, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020); e Burlington ¶432.

¹⁵⁹⁴ Byrne 2000, p. 93; McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 382. Na jurisprudência, Sea-Land Services, Inc. v. Iran and Ports and Shipping Organization, Award, 6 Iran-US Claims Tribunal Report, p. 159 ss.; Olguín v. República del Paraguay, CIRDI Caso no. ARB/98/5, Laudo, 26.07.2001, ¶84; Novenergia II ¶761.

¹⁵⁹⁵ UP ¶331-333.

¹⁵⁹⁶ O Tribunal firmou a sua convicção a partir de um nota explicativa anexa à proposta de lei apresentada em 2011, onde se destacava que o negócio dos vales para refeições quentes passaria a ser assumido pelas entidades emissoras do cartão SZÉP, «instead of the current issuers» – leia-se, em detrimento dos emissores estrangeiros que à data dominavam o mercado dos vales para alimentação [UP ¶348-350, 362: «There is no basis to assume that the State Secretary of the KIM [Ministro da Administração Interna e da Justiça] and the Secretary of State of the Ministry of Natural Resources were lying to the Hungarian Parliament when they made their statements»] – o itálico é nosso.

As razões do insucesso da teoria não surpreendem. Se numa expropriação de facto (medidas verticais), a circunstância de as medidas estaduais serem dirigidas a um investimento ou a um conjunto determinado de investimentos é suficiente para, juntamente com os efeitos, indiciar uma *vontade de expropriar*, numa expropriação regulatória, assente em medidas normativas, a intenção expropriatória das autoridades estaduais pode não lograr distinguir-se do quadro mais vasto de interesses públicos que são finalidade “oficial” ou primária da medida.¹⁵⁹⁷

Pode muito bem suceder, como perspicazmente sugere Christie, que os interesses públicos oficialmente avançados pelos poderes públicos sejam «plausíveis», caso em que a busca pela *real intenção* do Estado de acolhimento será um exercício «quimérico».¹⁵⁹⁸

Em linha com a doutrina minoritária, pensamos que este exercício teria o mérito de aproximar a figura da expropriação indireta (de facto ou regulatória) das suas origens históricas, isto é, da matriz original de expropriação direta à qual falta transferência formal de título.¹⁵⁹⁹ Na verdade, dar relevo à intenção de expropriar permitiria canalizar a figura da expropriação regulatória para as situações de expropriação disfarçada ou encapotada,¹⁶⁰⁰ remetendo para o standard FET¹⁶⁰¹ todas as demais situações de medidas regulatória excessivas, arbitrárias ou desproporcionadas. A expropriação (regulatória) “encapotada” abarcará, portanto, medidas direta ou indiretamente protecionistas e discriminatórias, ou medidas violadoras do princípio da separação de poderes, como, por ex., a resolução ou alteração legislativa de contratos administrativos.

8. Interesse público e proporcionalidade na expropriação indireta

O binómio interesse público/proporcionalidade é um conceito-chave em matéria de expropriação regulatória. Releva tanto para a teoria dos *sole effects*, na parte em que esta admite correções ao montante indemnizatório em momento posterior à

¹⁵⁹⁷ Robert-Cuendet 2010, p. 185; Kriebaum 2015, p. 995.

¹⁵⁹⁸ Christie 1962, p. 331.

¹⁵⁹⁹ McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 382. É certo que a expropriação regulatória tem outra fonte de inspiração – o direito norte-americano – onde a sua missão não passa por “olhar para lá das aparências”, mas por fazer as vezes de um “economic due process”. Exploraremos este ponto infra nas Conclusões gerais.

¹⁶⁰⁰ Nikièma 2012, p. 142, em sentido crítico. A adoção do critério da intenção implicaria reconhecer que «l'expropriation indirecte trouverait uniquement sa raison d'être dans le souci d'éviter que l'État d'accueil puisse contourner son obligation d'indemniser au titre de l'expropriation directe». Para nós, é precisamente para isso que ela serve.

¹⁶⁰¹ Com dúvidas, Ratner 2017, p. 21.

qualificação, como para as teorias teleológico-funcionais. Há três aspetos que merecem especial atenção: (i) o nível de deferência para com o interesse público invocado pelo Estado de acolhimento; (ii) o leque de interesses públicos que podem ser invocados como “justificação” de uma interferência estadual sobre o direito de propriedade; (iii) os traços orientadores da aplicação do princípio pelos tribunais arbitrais.

8.1. Deferência para com o interesse público invocado

O nível de deferência para com o interesse público invocado pelo Estado de acolhimento é bastante elevado. Essa deferência justifica-se pelo facto de o sistema económico (e suas implicações) constituir uma opção soberana dos Estados.¹⁶⁰² Por essa razão, só em situações flagrantes, onde salta à vista a natureza discriminatória e arbitrária da medida, é que a jurisprudência dá por não verificada esta condição de validade. O direito internacional não exige que a expropriação seja o meio menos oneroso para a prossecução de um determinado fim.¹⁶⁰³

Destacam-se, contudo, vários casos em que o tribunal arbitral não acatou o interesse público veiculado pelo Estado de acolhimento.¹⁶⁰⁴ Estão em causa hipóteses em que o interesse público alardeado pelo Estado é arbitrário à luz do direito internacional, ou hipóteses em que o tribunal perscrutou, por trás da motivação (válida) primariamente avançada, um interesse ilegítimo à luz do mesmo parâmetro.¹⁶⁰⁵

É o caso, por ex., de medidas desenhadas com o intuito de excluir os investidores estrangeiros de um determinado segmento de mercado (acórdão UP),¹⁶⁰⁶ ou de medidas adotadas “sob a capa” de tributação, mas cuja finalidade genuína passa por destruir uma empresa (acórdão Yukos).¹⁶⁰⁷ É possível que tribunal remeta para o

¹⁶⁰² Robert-Cuendet 2010, p. 203; Hefti 1989, p. 228; Nanteuil 2017, p. 342.

¹⁶⁰³ Teinver ¶985; Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award, 03.03.2010, ¶391.

¹⁶⁰⁴ ADC v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, 02.10.2006, ¶432.

¹⁶⁰⁵ Gibson 2015, p. 312, sobre a apreciação do interesse público no acórdão Yukos.

¹⁶⁰⁶ UP ¶362.

¹⁶⁰⁷ Yukos ¶1407. Considerou o Tribunal que a exclusão de medidas fiscais (taxation) do âmbito de aplicação do TCE (sem prejuízo da cláusula expropriatória) só vale para as “verdadeiras” medidas fiscais, i.e. para medidas fiscais adotadas de boa fé e postas em marcha com o propósito de aumentar a receita do Estado: «By contrast, actions that are taken only under the guise of taxation, but in reality aim to achieve an entirely unrelated purpose (such as the destruction of a company or the elimination of a political opponent) cannot qualify for the exemption». Interessante será perceber se: (i) o arrazoado do Tribunal funcionará, *mutatis mutandis*, quando estejam em causa medidas com finalidades extra-fiscais, mas adotadas de boa-fé (ex. extrafiscalidade e impostos suicidas); (ii) medidas tributárias sem designação

controlo da proporcionalidade um exame mais intenso da veracidade dos interesses públicos avançados, usando o princípio como uma ferramenta para desmascarar medidas “camufladas”, formalmente esteadas em considerações ambientais ou de saúde pública.¹⁶⁰⁸

8.2. Leque de interesses públicos suscetíveis de invocação

Outro ponto relevante é o de saber que interesses públicos compõem os police powers, melhor dizendo, que interesses públicos podem justificar, na perspetiva de um tribunal internacional, a privação substancial de um investimento. A questão sugere a viabilidade de um elenco de «super interesses públicos»,¹⁶⁰⁹ ou na formulação de Montt, a viabilidade de duas listas de interesses públicos – uma composta por interesses públicos *standard*, outra integrada por interesses públicos *preeminentes*.¹⁶¹⁰

Outros argumentam que, para ter alguma utilidade, o conceito de police powers tem de assumir uma dimensão internacional ou global, entenda-se, não pode coincidir plenamente com o interesse público domesticamente entendido, apurado a partir da Constituição e da lei.¹⁶¹¹ Como dá conta Kulick, «only such legal rules that reflect the interest of the world community as the relevant constituency of the global realm encapsulate the Global Public Interest»,¹⁶¹² o que, aliás, está em linha com uma das coordenadas funcionais do DIE – a “despolitização” dos diferendos de investimento. Weiner avança uma lista de interesses públicos depurada a partir do *costume e da prática internacionais*, ou seja, uma lista da qual façam parte apenas os interesses essenciais comuns tanto a países exportadores como a países importadores de capital.¹⁶¹³

8.3. Aplicação do princípio da proporcionalidade

fiscal, mas que visam, a par de outras finalidades, aumentar a receita do Estado (eg. contribuição sobre o setor elétrico). Sobre este ponto, Pichel & Vicente 2019.

¹⁶⁰⁸ Tecmed ¶114, 154, onde o Tribunal chegou à conclusão que o encerramento do aterro não assentara em razões ambientais, mas em “razões políticas”, concretamente na pressão exercida pela comunidade sobre as autoridades públicas competentes; Wälde & Kolo 2001, p. 820 falam, neste contexto, de «Not-so-holy alliances between protectionist interest and environmental idealism, seasoned with a dose of natural xenophobia (...)». Sobre o princípio da proporcionalidade no acórdão Tecmed, Covi 2014, pp. 175-176.

¹⁶⁰⁹ Robert-Cuendet 2010, p. 214.

¹⁶¹⁰ Montt 2010, p. 280.

¹⁶¹¹ Christie 1962, p. 335.

¹⁶¹² Kulick 2010, p. 165.

¹⁶¹³ Weiner 2003, pp. 173-174.

A mobilização do princípio da proporcionalidade no campo da expropriação indireta merece, da parte da doutrina, algumas reservas. Uma delas sublinha que o princípio da proporcionalidade só opera tendo subjacente um determinado “background normativo”, de preferência uma Constituição ou, pelo menos, um sistema de valores institucionalizado e com uma autoridade judicial capaz de produzir *res interpretata*,¹⁶¹⁴ como o TEDH.¹⁶¹⁵ Na formulação certa de Bücheler, «one may legitimately ask whether international law is *sufficiently constitutionalized* to warrant the application of proportionality».¹⁶¹⁶

A “tentação” da proporcionalidade é, todavia, muito forte, atentas as funções constitucionais do DIE.¹⁶¹⁷ Esse impulso coincidiu com a convicção de que os árbitros são chamados, na arbitragem dos tratados, a apreciar a validade de atos de autoridade de definição e concretização de políticas públicas. Vários Autores destacam, portanto, o potencial racionalizador do princípio no âmbito da expropriação indireta, que permitiria mitigar a falta de previsibilidade e o excessivo casuísmo das decisões arbitrais através de um sistema informal de precedentes de ponderação.¹⁶¹⁸ Por outras palavras, seria viável extrair do sistema um conjunto de diretrizes sobre o modo como deve ser efetuado o *trade-off* entre os valores ou princípios em conflito, especialmente quando estes provenham de subsistemas internacionais distintos, logrando, assim, “desfrAGMENTAR” o direito internacional do investimento.¹⁶¹⁹

Nesta perspetiva, uma das tendências que se perscruta na arbitragem é a de uma certa desvalorização da motivação “política” (eleitoral) como fundamento da decisão pública com impacto sobre o investimento. Essa menorização – que não é desconhecida *in foro* doméstico – não surpreende se pensarmos que o DIE visa, precisamente, estabilizar um conjunto de compromissos que desincentivem ou contrariem fenómenos de “captura” dos decisores domésticos por políticas de curto prazo, com motivações

¹⁶¹⁴ Sobre o efeito de *res interpretata* da jurisprudência do TEDH, Gerards 2014, pp. 21 ss.; Ress 2004, p. 378.

¹⁶¹⁵ Neste sentido, Bücheler 2015, p. 196; Robert-Cuendet 2010, p. 214; Kleinlein 2011, p. 1154; Arato 2014, pp. 558, 572 (criticando a utilização da doutrina da margem de apreciação na arbitragem do investimento).

¹⁶¹⁶ Bücheler 2015, p. 85 – o itálico é nosso.

¹⁶¹⁷ *Supra* Cap. 1.

¹⁶¹⁸ Kingsbury & Schill 2010, p. 103; Kleinlein 2011, p. 1163.

¹⁶¹⁹ Bücheler 2015, p. 101 ss. A mobilização do princípio da proporcionalidade no âmbito da interpretação sistémica prevista no artigo 31.3, al. c) da CVDT vem sendo trabalhada pela doutrina, sobretudo no campo dos direitos humanos, como revelam os trabalhos de Ziegler 2009, pp. 288-305, Tzevelekos 2010, pp. 621-690, Rachovitsa 2017, pp. 557-588; especificamente, no DIE, Hölken 2017, e Scheu 2017, p. 153 ss.

ideológicas ou eleitorais.¹⁶²⁰ Montt, por ex., admite que no leque de exceções ao dever de indemnizar em situação de privação substancial possam estar alterações motivadas por avanços tecnológicos ou científicos, mas não alterações promovidas por uma reavaliação puramente política dos dados científicos e tecnológicos existentes.¹⁶²¹

Há, por outro lado, quem antecipe neste tipo de discurso uma manifestação do chamado “novo constitucionalismo”, entendido enquanto tradução, no plano constitucional, do pensamento neoliberal, e um “excesso de constitucionalismo” («constitutional excess») e correspondente redução do espaço democrático. Segundo Schneiderman, um dos Autores desta crítica, a desconfiança relativamente à motivação política na arbitragem é expressão da ambição acalentada de que o “público” não obstaculize a livre circulação do capital («underscores a desire to have domestic government get out of the way of the movement of capital»)¹⁶²² A crítica é a de que os tribunais arbitrais olham para a motivação política com suspeição, recusando-se a indagar dos motivos ou a considerar pertinentes as razões que estão subjacentes à pressão popular ou eleitoral sobre os decisores políticos.¹⁶²³

Estão em causa, no fundo, as *linhas vermelhas* do controlo. Seja qual for o standard de controlo, só podem ser considerados fins *legítimos*. Quando o Estado de acolhimento atua de má-fé, “conspirando” contra o investidor, como no acórdão Tokio Tokeles,¹⁶²⁴ ou com intuito “nacionalista” discriminatório,¹⁶²⁵ como no acórdão Eureko,

¹⁶²⁰ Wälde & Kolo 2001, pp. 814-820.

¹⁶²¹ Montt 2010, p. 281 (cf. o que se disse supra sobre a tese do Autor em matéria de correções pós-qualificação à teoria dos sole effects), admite que no leque de exceções ao dever de indemnizar em situação de privação substancial possam estar alterações motivadas por avanços tecnológicos ou científicos, mas não alterações promovidas por uma reavaliação puramente política dos dados científicos e tecnológicos existentes. Sublinha, porém, que pode ser difícil distinguir as duas motivações. Trata-se, *no fundo*, de uma aproximação entre os limites à alteração normativa não indemnizável e os limites à revogação de atos administrativos constitutivos de direitos (mesmo que carente de indemnização pelo sacrifício). Com efeito, de acordo com o artigo 167.2, al. c) CPA, a revogação de atos administrativos constitutivos de direitos é possível «com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados». Como explica Aroso de Almeida 2020, p. 417, a lei afasta «revogações apenas baseadas numa nova ponderação das circunstâncias, segundo critérios de interesse público, na medida em que exige a ocorrência de superveniências objetivamente demonstráveis, que possam ser genericamente reconduzidas ao conceito de alteração superveniente das circunstâncias».

¹⁶²² Schneiderman 2018, p. 598 – o itálico é nosso.

¹⁶²³ Neste sentido, e com particular ênfase no acórdão Tecmed, Henckels 2012, p. 227; Van Harten 2013, p. 75 (questionando se um investidor que conclui, à porta fechada, um contrato de concessão altamente lucrativo não terá de suportar «the risk of political opposition by consumers and other constituencies who are affected by the concession and who learn of its terms and consequences only at the implementation stage»).

¹⁶²⁴ Tokio Tokelès v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26.07.2007, ¶128.

¹⁶²⁵ Eureko B.V v. Republic of Poland, Ad hoc Arbitration, Partial Award, 19.05.2005, ¶233.

a “ponderação” deve parar antes mesmo de ter começado.¹⁶²⁶ *Quid iuris* se o tribunal apurar que a finalidade anunciada pelas autoridades do Estado de acolhimento não é a *real finalidade* da medida? Corresponde esta situação a uma atuação de má-fé do Estado de acolhimento?

O problema é evidente no campo da expropriação regulatória, onde as finalidades encapotadas interferem no próprio processo de qualificação.¹⁶²⁷ Contudo, também tem relevo para o FET, como demonstrou o acórdão Antaris Solar.¹⁶²⁸ Aqui, muito embora reconhecendo o descompasso existente entre a finalidade real da contribuição sobre a energia solar (Solar Levy) e *finalidade aparente ou formal*, o Tribunal considerou que o real propósito da medida – eliminar os lucros excessivos de certos operadores económicos – nada tinha de irrazoável.¹⁶²⁹ Dito de outro modo, o facto de a finalidade invocada pelo Estado de acolhimento ser falsa *não remete a regulação para o campo das medidas de má-fé*.

Outro ponto digno de nota é a atenção dada, pelos tribunais arbitrais, sobretudo em questões ambientais,¹⁶³⁰ a obrigações internacionais assumidas pelo Estado de acolhimento, bem como a dados científicos com respaldo internacional. Nos vários acórdãos referidos em nota, o Tribunal toma em consideração o facto de as medidas disputadas visarem implementar obrigações internacionais do Estado de acolhimento.¹⁶³¹

A razoabilidade das medidas tomadas pelo Uruguai, no acórdão Philip Morris, é atestada pelas submissões a título de *amicus curiae* da OMS e da Organização pan-americana de saúde. Não se trata de um conflito normativo, no sentido identificado supra,¹⁶³² mas sim de um conflito de *legitimidade* entre, por um lado, uma obrigação internacional decorrente do API Suíça-Uruguai e, por outro, uma norma que traduz uma

¹⁶²⁶ UP ¶362.

¹⁶²⁷ Kriebaum 2007a, p. 733.

¹⁶²⁸ Supra Cap. 5, secção I, ponto 8.3.1.

¹⁶²⁹ Antaris Solar ¶443-444.

¹⁶³⁰ No domínio da preservação do património cultural, *Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case no. ARB/84/3, Award on the merits, 20.05.1992.

¹⁶³¹ Chemtura ¶38, 254 (a obrigação internacional decorria, *in casu*, do Protocolo de Aarhus e da Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution); Philip Morris (Uruguai) ¶401 (a obrigação internacional decorria da FCTC). Também no acórdão S.D. Myers ¶221, a propósito de uma proibição temporária de importação e de exportação de lixos tóxicos pelo Canadá, houve recetividade ao facto de a ingerência das autoridades canadianas poder encontrar arrimo na Convenção de Basileia, de que o Canadá é parte. Contudo, aderindo à jurisprudência do ORL-OMC, o tribunal realçou que quando um Estado possa atingir um nível de proteção ambiental através de vários meios, a sua opção deve recair sobre aquele que for mais *open-trade friendly* (teste do meio menos restritivo).

¹⁶³² Supra nota n.º 79.

decisão política interna com arrimo no direito internacional.¹⁶³³ Na perspetiva do Tribunal, a Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) *é um ponto de referência na determinação da razoabilidade da medida, e não uma justificação para o incumprimento de uma obrigação internacional.*¹⁶³⁴

9. O relevo das legítimas expectativas na expropriação indireta

Do que se trata, agora, é de captar o relevo específico das legítimas expectativas no funcionamento da cláusula expropriatória e, em particular, na expropriação regulatória.

A doutrina das legítimas expectativas pode ser convocada no quadro da teoria dos police powers (versão radical), enquanto elemento capaz de ilidir a presunção de que medidas estaduais adotadas de boa-fé, com carácter não discriminatório, na prossecução de certos interesses públicos, *não são expropriatórias*. Uma medida estadual com estas características não constitui, à partida, uma expropriação, a menos que o Estado de acolhimento tenha prestado, em benefício do investidor, «garantias específicas» (*specific commitments*) no sentido de que não haveria alteração do quadro normativo em que o investimento foi efetuado. Este foi o entendimento sufragado no acórdão Methanex, em que o tribunal arbitral parece associar o conceito de garantias específicas à inclusão de uma cláusula de estabilização no contrato de investimento, o que, *in casu*, não sucedera.¹⁶³⁵⁻¹⁶³⁶

Contudo, as mais das vezes, a doutrina das legítimas expectativas é tratada na arbitragem de investimento como um elemento que denuncia a *privação substancial do investimento*. Foi assim no caso Metalclad, onde o tribunal chamou para o processo de qualificação as «reasonably-to-be-expected-investment-backed-expectations»,¹⁶³⁷ mas também nos acórdãos Tecmed,¹⁶³⁸ Azurix¹⁶³⁹ e LG,¹⁶⁴⁰ em que o tribunal esclareceu que

¹⁶³³ Como explica o Tribunal, o artigo 11(1)(b)(iv) da FCTC requer que os avisos de saúde ocupem pelo menos 50% da superfície principal da embalagem de tabaco. A opção do Uruguai foi no sentido de que esses avisos deveriam ocupar 80% daquela superfície.

¹⁶³⁴ Philip Morris (Uruguai) ¶401. Na doutrina, Fanou & Tzevelekos 2018, p. 131, distinguindo a situação de conflito normativo entre as obrigações internacionais de proteção do investimento e obrigações decorrentes da proteção (internacional) dos direitos humanos, da “tomada em consideração” destas últimas obrigações internacionais na construção do interesse público num processo de ponderação. Fizemos esta distinção supra Cap. 1 (nota n.º 79).

¹⁶³⁵ Methanex ¶IV D 7.

¹⁶³⁶ Supra, neste Capítulo, secção I, ponto 9.1.

¹⁶³⁷ Metalclad ¶103.

¹⁶³⁸ Tecmed ¶149-150.

¹⁶³⁹ Azurix ¶318

as legítimas expectativas são um aspeto a ter em conta na ponderação associada ao princípio da proporcionalidade. Nesta perspetiva, o impacto será tanto maior quanto maior a imprevisibilidade da interferência, à luz dos dados que o investidor conhecia ou deveria conhecer e do projeto económico (expectativas de ganho) em que o investimento se baseia.¹⁶⁴¹⁻¹⁶⁴²

No acórdão Bear Creek, sobre um investimento canadiano na exploração de uma mina no Perú, houve oportunidade de analisar o anexo explicativo sobre expropriação contido no API Canadá-Perú. O tribunal concluiu que a revogação das concessões mineiras constituía uma interferência com as «expectativas inequívocas y razonables» (a tradução espanhola de investment-backed expectations) da demandante, uma vez que «sin dichas autorizaciones no se podía esperar que la demandante invirtiera los importes que indudablemente invirtió en el periodo comprendido entre 2007 y 2011».¹⁶⁴³

A função desempenhada pelas “investment backed expectations” na cláusula expropriatória dos API não é, portanto, idêntica à da doutrina das legítimas expectativas no seio do artigo 1-P1 à CEDH. De facto, as investment backed expectations não são elemento integrante – principal ou subsidiário – da definição de investimento, e como tal não relevam para a jurisdição *ratione materiae* do tribunal arbitral.¹⁶⁴⁴ Dito de outro modo, as “investment-backed expectations” não são uma forma de propriedade prospectiva, nem traduzem a *medida empírica de probabilidade de consolidação de uma pretensão patrimonial*, como sucede no sistema da CEDH.¹⁶⁴⁵

Porém, os novos API confirmam que elas são elemento a ter em conta no processo de qualificação de uma medida como expropriatória. Uma vez que no DIE, consoante a teoria adotada, a questão da qualificação se confunde com a questão da validade da expropriação, existem pontos de contacto entre as duas teorias.

¹⁶⁴⁰ LG ¶190.

¹⁶⁴¹ Mamidoil ¶578 [«(...) The Tribunal is convinced that, contrary to its allegations, the Claimant was aware of this future evolution when it started to spend money on the tank farm»].

¹⁶⁴² McLachlan, Shore & Weiniger 2017, p. 398 [«(...) The expectation of economic benefit thus becomes part of the array of considerations that a tribunal must take into account in determining whether a deprivation for which the state is responsible has actually occurred»].

¹⁶⁴³ Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30.11.2017, ¶376. Resta saber de que forma é que a jurisprudência interpretará as «binding written assurances» a que fazem referência alguns dos novíssimos capítulos em matéria de investimento (supra nota n.º 1444).

¹⁶⁴⁴ Nikiema 2012, p. 300, fala de uma “patrimonialização das legítimas expectativas”; Fietta 2006, p. 378 destacam as diferenças entre o conceito de “expectativas legítimas” e o conceito de “investment-backed expectations”, incorporado pelo DIE.

¹⁶⁴⁵ Fanou & Tzevelekos 2018, p. 125.

III. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 5

A proteção das legítimas expectativas do investidor é parte integrante do conteúdo do FET (obrigação não autónoma).¹⁶⁴⁶ Uma vez que o referente dos API é a noção de investimento, e os API pretendem – como se viu na Parte I – “despolitizar” o tratamento do investimento estrangeiro, o FET mostra-se capaz de proteger os investidores contra qualquer atividade do Estado, inclusivamente contra *atos da função legislativa*.¹⁶⁴⁷ A ideia de jogar um “jogo franco e honesto” com o investidor estende-se ao próprio legislador.

É esta linha interpretativa que os novos API querem – se possível – aniquilar, através de normas interpretativas que confinem o FET à atividade administrativa (arbitrariedade) e jurisdicional (denegação de justiça). No CETA, lê-se, por isso, que os Estados podem alterar a sua legislação «independentemente de isso poder afetar negativamente um investimento ou as expectativas de um investidor».¹⁶⁴⁸ Foi essa também a posição manifestada pelo Tribunal de Justiça no Parecer 1/17 (infra Cap. 6). Independentemente do tipo de constitucionalismo que perfilhem *in foro domestico*, no plano do DIE, a opção é por um constitucionalismo democrático.

A interpretação do FET conhece, como vimos, graus decrescentes de proteção do investidor contra a alteração normativa (um grau máximo, grau intermédio e um grau mínimo). Atenta a generalização dos API entre economias desenvolvidas e a progressiva irrelevância das cláusulas de estabilização *stricto sensu*, o preenchimento do standard FET ostenta virtudes *profiláticas* no plano “interno”.¹⁶⁴⁹

Em primeiro lugar, põe a ênfase na delimitação dogmática do conceito de “promessa legislativa”. Este conceito está voltado para situações em que o Estado de acolhimento induziu (através da atividade legislativa) a atividade de investimento para, num segundo momento, alterar *substancialmente* as condições essenciais em que esse investimento foi realizado (paradigma regulatório). Trata-se de uma categoria capaz de

¹⁶⁴⁶ Lembrando isso mesmo, Cube Infrastructure ¶386.

¹⁶⁴⁷ Antaris Solar – Dissenting Opinion of Mr Gary Born ¶37.

¹⁶⁴⁸ Ponto 6, al. b) do Instrumento Interpretativo Conjunto do CETA.

¹⁶⁴⁹ Em sentido crítico, Arato 2013; Antaris Solar – Dissenting Opinion of Mr Gary Born, ¶41-52 [«(...) In my view, unless the language of the investment protection treaty says otherwise, there is no room for the proposition that states retain a margin of discretion to modify or disregard undertakings given to investors through “general legislation”»].

sancionar alterações normativas que não põem em causa a capacidade de o investimento continuar a ser lucrativo.¹⁶⁵⁰

Em segundo lugar, deve evitar-se uma interpretação das normas de controlo (tanto no direito público como no DIE) que ratifique uma espécie de “reserva mental” de Estados e investidores, em que os primeiros fazem promessas conhecendo a autorrevisibilidade da lei, e os segundos investem sem prejuízo dessa autorevisibilidade. Este resultado normativo culmina numa excessiva consideração da due diligence do investidor, que se traduz, afinal, na maior ou menor capacidade de consultoras e escritórios de advocacia “descodificarem” o regime criado pelo legislador e a probabilidade de alterações retrospectivas. Como se lê no acórdão CEF Energia, «this is not a black letter reading, or the Tribunal holding Respondent hostage to blinkered pedantry (which would be unbecoming the dignity of a sovereign state), rather, it is the product of a careful, *good faith reading of all of Respondent’s unambiguous acts* (...)».¹⁶⁵¹

A nota distintiva da cláusula expropriatória no DIE é o facto de o seu conteúdo resultar de um processo de difusão do nível local (5.^a emenda à Constituição federal norte-americana) para o nível global.

O processo de qualificação não contempla *tertium genus*. Tratando-se de medidas normativas, isso significa que a atividade do Estado de acolhimento *ou é qualificada como regulatória*, e não tem de ser indemnizada, *ou é qualificada como expropriatória*, caso em que o pagamento de uma indemnização pronta, efetiva e

¹⁶⁵⁰ CEF Energia ¶245; Novenergia II ¶688. Em sentido próximo, RREEF ¶42-43 [«My fellow arbitrators and I agree that the Claimants were not immune from reasonable changes in the regime applicable to their investments (...). It is one thing to conclude that the Claimants did not have a right for the regime not be changed. This correct in law. It is quite another to conclude from that that the Respondent was reasonable in altering the regime so as to eliminate what it considers to be “over-remuneration” to the Claimants, in the circumstances where the evidence on the record confirms that the Respondent had attracted investments in its renewable energy sector by raising hope of above-average profits (...)»].

¹⁶⁵¹ CEF Energia ¶217 – o itálico é nosso. Opomo-nos, por isso, à fundamentação do acórdão Belenergia ¶580 ss., em especial ¶594: «(...) The 6% to 8% reduction to feed-in tariffs adopted in the Spalma Incentivi Decree 950 of 24 June 2014 as amended by Conversion Law No. 116/2014 applying to all PV plants with a nominal power above 200KW is not surprising in light of Italy’s previous significant reductions of incentives to new plants entering into operation before Belenergia first invested in Italy in September 2011» (explicámos supra, na nota n.º 1276, a factualidade do acórdão). O legislador italiano, % de 2009 a 2012, e mesmo num contexto de crise económico-financeira, foi sempre acompanhando os sucessivos “Contos” de energia de um regime de grandfathering, salvaguardando as instalações em funcionamento no regime anterior. De um “Conto” para o outro, foi tornando progressivamente menos vantajosas as condições do contrato feed-in-tariff que deveria ser celebrado entre o produtor de electricidade e o GSE, no sentido de diminuir os custos da incentivação para os consumidores, e diferenciou o montante de incentivação em função da “tecnologia” e da data de conexão à rede. Contudo, até 2012, data em que a demandante já tinha realizado parte dos seus investimentos, garantiu sucessivamente – tanto na lei como no contrato feed-in-tariff – que o regime de incentivo se manteria inalterado durante um período de 20 anos.

adequada (fórmula Hull) é *condição de validade do ato expropriatório*. Figuras como as interferências não expropriatórias indenizáveis, a indenização pelo sacrifício, ou situações enquadráveis na primeira ou terceira regras do artigo 1-P1 (cuja proporcionalidade dependa de indenização) não têm lugar neste processo de qualificação. Podem – e este é um ponto muito importante – consubstanciar uma violação do standard FET, originando uma compensação financeira a determinar nos termos da responsabilidade internacional por ato ilícito, ou seja, nos termos do *princípio da reparação integral dos danos causados* (infra Cap. 7).

O processo de qualificação (de uma expropriação) assenta no conceito de *privação substancial*, podendo este ser interpretado como neutralização do controlo (poderes materiais do investidor sobre o investimento) ou como neutralização do valor (viabilidade produtiva). A opção por um ou por outro tem implicações na distinção da cláusula expropriatória relativamente ao FET, e na proteção de rendimentos futuros através da propriedade privada.

O critério da equivalência entre a expropriação direta e as outras medidas candidatas à qualificação pode basear-se exclusivamente nos *efeitos da medida* (sole effects) ou ter em conta aspetos teleológico-funcionais, associados ao carácter e fim da regulação estadual (police powers e intenção de expropriar). O princípio da proporcionalidade é *internalizado* no processo de qualificação, conduzindo, nas teorias teleológico-funcionais, a uma *assimilação entre expropriação regulatória e expropriação ilícita*. Seria preferível, pelas razões que assinalámos, reservar a expropriação regulatória para as situações de *intenção de expropriar*, isto é, para as situações em que à privação substancial se alia uma tentativa do Estado de acolhimento *de usar a forma legislativa para se furtar ao pagamento de uma indemnização aos investidores afetados* (expropriações encapotadas ou disfarçadas).

PARTE III – O CONFLITO

CAPÍTULO 6 – A VEZ DA UNIÃO. GOLD STANDARD?

I. ENQUADRAMENTO

A Parte I do presente trabalho põs a nu o deficit constitucional da arbitragem dos tratados, colocando em causa a legitimidade de algumas das suas normas do ponto de vista da Constituição portuguesa. A Parte II explicou, nos seus vários capítulos, de que forma o mesmo problema jurídico – a proteção do investidor contra a alteração normativa – é tratado a nível constitucional, regional e internacional-funcional.

Existe sobreposição entre as regras europeias com impacto sobre o investimento – tanto intra como extra-União (eg. princípios gerais de direito da União, regras sobre concorrência e auxílios de Estado, livre circulação de capitais e mercadorias) – e os standards substantivos do DIE.¹⁶⁵²⁻¹⁶⁵³ Demonstraremos, no Cap. 7, que o DIE oferece uma proteção mais efetiva para aquele problema, possibilitando o conflito entre ordenamentos com uma “anatomia” e uma “ontologia constitucional” diversas.

Os níveis de tolerância da União relativamente a um conflito *que não controla* são inexistentes.¹⁶⁵⁴ Isso resulta, *alegadamente*, da circunstância de a União ser dotada de um “quadro constitucional que lhe é próprio”, e que se reflete tanto nas relações que a União estabelece com os Estados-membros, como externamente, enquanto ente dotado de personalidade jurídica internacional.

Dito isto, na primeira secção do presente Capítulo, ter-se-á em atenção o impacto da nova competência da União em matéria de investimento estrangeiro direto e as transformações impulsionadas pelos novos API celebrados pela União. Desenvolveremos com algum pormenor o novo mecanismo de resolução de diferendos investidor-Estado – o SJI – procurando perceber se, e em que medida, representa esse sistema uma solução para o *deficit* constitucional apontado ao DIE.

A segunda secção será dedicada a um problema de direito constitucional da União Europeia, que tem que ver com o modo como o Tribunal de Justiça vem concebendo o princípio da autonomia da ordem jurídica da União. Trata-se de um

¹⁶⁵² Assumindo o risco de conflito, Eilmansberger 2009, p. 414; Burgstaller 2010, p. 470.

¹⁶⁵³ Medeiros 2015, p. 52.

¹⁶⁵⁴ Kuijper et al. 2014b, p. 150.

princípio com raízes firmes na jurisprudência do Tribunal de Justiça, e cujas consequências normativas, se lidas de uma forma coerente, têm forte impacto na credibilidade da União enquanto ator internacional. O problema agudizou-se com o acórdão Kadi,¹⁶⁵⁵ incidente sobre o modo como a ordem jurídica da União se relaciona com o direito internacional público, e prolongou-se com o Parecer 2/13, sobre a adesão da União à CEDH.

A terceira secção terá por objeto as disputas de investimento intra-União, com particular destaque para o acórdão Achmea,¹⁶⁵⁶ que declarou a incompatibilidade das cláusulas ISDS contidas em acordos de investimento intra-UE com os Tratados (TUE e TFUE), mas também para a postura da Comissão relativamente às sentenças arbitrais baseadas em tratados de investimento intra-União. Em face do acórdão Achmea, cogitou-se se algumas das dimensões da autonomia da ordem jurídica da União nele acentuadas colocariam igualmente em causa a validade do CETA – um dos esteios da nova política da UE em matéria de investimento estrangeiro. O Parecer 1/2017, que veio dar resposta a estas interrogações, será abordado na última secção.

II. PROBLEMAS PRÉ E PÓS-LISBOA

1. Pré-Lisboa

A União Europeia coloca vários desafios à arbitragem do investimento e vice-versa. Um desses desafios consiste na nova competência exclusiva da União em matéria de *investimento estrangeiro direto*, que passou a integrar abertamente a política comercial comum (artigo 207.1 TFUE).¹⁶⁵⁷

Seria, porém, enganador colocar a entrada em vigor do Tratado de Lisboa no centro da discórdia. Já antes o Tribunal de Justiça se havia pronunciado no sentido da incompatibilidade entre o direito (primário) da União e os API concluídos entre Estados-membros e Estados terceiros num momento anterior à respetiva adesão à

¹⁶⁵⁵ Kadi (Acórdão do Tribunal de Justiça).

¹⁶⁵⁶ Achmea, processo C-284/16, 06.03.2018.

¹⁶⁵⁷ «A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, e aos aspetos comerciais da propriedade intelectual, *ao investimento estrangeiro direto*, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios. A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União» – o itálico é nosso.

União.¹⁶⁵⁸ O fundamento dessa pronúncia foi a potencial colisão entre as cláusulas de livre transferência de pagamentos relacionados com o investimento, constantes dos API, e o disposto nos artigos 64 e 66 do TFUE, na parte em que estes permitem que o Conselho, quando estritamente necessário, adote medidas que restrinjam a livre circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros. Considerou o Tribunal de Justiça que aquelas cláusulas obstaculizariam a aplicação efetiva e imediata das medidas ditadas pelo Conselho e que, nessa medida, os Estados-membros em causa (Áustria e Suécia) não haviam adotado, nos termos do artigo 351.2 TFUE, «todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas».¹⁶⁵⁹⁻¹⁶⁶⁰

A posição adotada pelo Tribunal de Justiça nestes acórdãos mereceu algumas críticas da doutrina, por não estabelecer uma ponderação equilibrada entre o primado do direito da União e o princípio do *pacta sunt servanda*, com respaldo, desde logo, no artigo 351.1 do TFUE.¹⁶⁶¹ A decisão do TJUE contrasta, segundo alguns, com a posição adotada pelo mesmo Tribunal no acórdão Comissão v. Eslováquia.¹⁶⁶²

Em causa estava uma ação por incumprimento motivada pela circunstância de a Eslováquia não ter garantido o acesso discriminatório à rede de transporte de eletricidade, violando as obrigações decorrentes da Diretiva 2003/54/CE. Esse desvio relativamente às regras da Diretiva explicava-se em razão de a Eslováquia estar vinculada a um contrato que conferia a uma empresa privada um direito de acesso reservado àquela rede. Ora, apesar de esse contrato obstaculizar o alinhamento com as regras da Diretiva, o Tribunal de Justiça determinou que o investimento em que esse

¹⁶⁵⁸ Comissão v. República da Áustria, processo C-205/06, 03.03.2009; Comissão v. Reino da Suécia, processo C-249/06, 03.03.2009; e Comissão v. Finlândia, processo C-118/07, 19.11.2009.

¹⁶⁵⁹ Conclusões do AG Maduro no processo Comissão v. República da Áustria (citado na nota anterior), apresentadas em 10.07.2008, que entende o artigo 351.2 TFUE como expressão do dever geral de cooperação leal, concluindo que a mera existência de tais acordos pode «comprometer a efetividade da regulamentação que a Comunidade tem competência para adotar». Sobre as conclusões, Burgstaller 2009, pp. 197-200.

¹⁶⁶⁰ Convém recordar que, segundo o artigo 351 TFUE, «as disposições dos Tratados não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à União, anteriormente à data da respetiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro» (n.º 1). Porém, «na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com os Tratados, o Estado ou os Estados-Membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas» (n.º 2). Sobre o funcionamento deste preceito, Basener 2017, p. 344 ss.

¹⁶⁶¹ Criticamente, Lavranos 2010, p. 268; Coop 2009, p. 414; Poulain 2009, p. 879, Eilmansberger 2009, p. 409. Para este último Autor, só há risco de incompatibilidade entre o direito da UE e as cláusulas de livre transferência de capitais incluídas nos API se estes gozarem de efeito direto na ordem jurídica dos Estados-membros. Não gozando, o tipo de tutela a que se acham associados – tutela compensatória e não anulatória – afasta a hipótese de não aplicação do direito da União, constituindo, na verdade, um incentivo para que os Estados-membros denunciem ou renegociem esses API.

¹⁶⁶² Comissão v. Eslováquia, processo C-264/09, 15.09.2011.

contrato se traduzia, *por ser um investimento protegido ao abrigo de um API entre a Eslováquia e um país terceiro* (prévio à adesão da primeira à UE), se encontrava “protegido” pelo artigo 351.1. do TFUE.¹⁶⁶³

É conveniente recordar que, com a nova competência exclusiva em matéria de investimento estrangeiro direto, emergiu imediatamente o problema de saber qual o destino a dar aos acordos de investimento concluídos entre Estados-membros e Estados-terceiros.¹⁶⁶⁴ A União resolveria, no entanto, o problema através do Regulamento n.º 1219/2012¹⁶⁶⁵ No essencial, o Regulamento admite que estes acordos se mantenham em vigor «até que entre em vigor um acordo bilateral de investimento entre a União e o país terceiro em causa».¹⁶⁶⁶ Contudo, já o dissemos, os API contêm disposições próprias em matéria de denúncia, alguns deles através de “cláusulas de sobrevivência” (sunset clauses), que visam proteger os investimentos mesmo depois da denúncia do acordo.¹⁶⁶⁷

O Tribunal de Justiça, no seu Parecer sobre o Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e Singapura,¹⁶⁶⁸ debruçou-se sobre o destino dos API que haviam sido celebrados pelos Estados-membros com aquele Estado terceiro. O Acordo dispõe, no artigo 9.10, que tais acordos “deixam de produzir efeitos”, considerando-se “substituídos” pelo Acordo com Singapura. O Tribunal de Justiça, invocando a jurisprudência *International Fruit*,¹⁶⁶⁹ opinou que a União *sucedera* aos Estados-membros nos compromissos internacionais incidentes sobre matérias nas quais passara

¹⁶⁶³ O Tribunal de Justiça procurou determinar o sentido dos standards de proteção do investimento constantes do API, assumindo que a resolução expropriatória do contrato de acesso à rede, mesmo que acompanhada de indemnização, consubstanciaria uma violação do API (Comissão v. Eslováquia ¶48). Segundo o Tribunal, em linha com o ¶79 das Conclusões do AG Jääskinen no processo Comissão v. Eslováquia, apresentadas em 15.03.2011, «a obrigação de indemnização em caso de expropriação não tem por efeito suprimir a obrigação de a República eslovaca não tomar medidas de expropriação contra investimentos protegidos» (¶49). É difícil interpretar esta última asserção do Tribunal de Justiça, mas, a nosso ver, parece que o Tribunal estava a chamar a atenção para o facto de o pagamento de uma indemnização *não afastar automaticamente a ilicitude da expropriação*. Trata-se, em todo o caso, de uma afirmação que pode ser interpretada no sentido de que *o respeito pelo primado não deve ir ao ponto de obrigar os Estados-membros a praticar atos ilícitos na perspetiva do direito internacional*. Apontando a contradição entre este acórdão e os acórdãos anteriormente mencionados, Boute 2012b, pp. 1193 ss. Considerando que a situação não é comparável à dos processos movidos contra a Suécia, a Finlândia e a Áustria, por *in casu* a Eslováquia ter envidado esforços no sentido de alterar ou de resolver o contrato, Basener 2017, p. 351.

¹⁶⁶⁴ Eilmansberger 2009, p. 398 sugeriu que se aplicasse por analogia o artigo 351.1 TFUE, por forma a “proteger” não só os API concluídos em momento anterior à adesão à União, como os API concluídos antes de a competência da União em matéria de investimento se ter tornado exclusiva. Contra, Basener 2017, p. 353.

¹⁶⁶⁵ Regulamento n.º 1219/2012, do Parlamento e do Conselho, de 12.12.2012, que estabelece disposições transitórias para os API entre os Estados-membros e países terceiros. Sobre o Regulamento, entre outros, Reinisch 2013, pp. 119-122; Kendra & Kozyreff 2013, p. 244 ss.

¹⁶⁶⁶ Artigo 3 do Regulamento n.º 1219/2012.

¹⁶⁶⁷ Montt 2009, p. 145-146.

¹⁶⁶⁸ Parecer 2/15 do Tribunal de Justiça, 16.05.2017.

¹⁶⁶⁹ *International Fruit*, processos apensos 21/72 a 24/72, 12.12.1972, ¶16 ss.

a dispor de competência exclusiva, recusando a aplicação analógica do artigo 351 TFUE.¹⁶⁷⁰

2. O Parecer 2/15 e o âmbito da nova competência exclusiva da União

As sinergias entre o comércio externo e o investimento (supra Cap. 1), aliadas à importância do relacionamento bilateral entre blocos comerciais na ausência de um tratado multilateral de investimento,¹⁶⁷¹ levaram os Estados-membros, no Tratado de Lisboa, a estender a política comercial comum ao chamado investimento estrangeiro direto. Trata-se, como vimos no Cap. 1, de um conceito com raízes firmes tanto no direito internacional económico como no próprio direito da União.¹⁶⁷² Isso não impediu, porém, que se amontoassem as questões em torno do *âmbito* da nova competência, aspeto, aliás, da máxima relevância para determinar se a União Europeia poderia concluir sozinha – leia-se, sem a participação dos Estados-membros através de um *acordo misto* – API com Estados-terceiros.

Não interessa particularmente ao objeto do presente trabalho explorar essas interrogações,¹⁶⁷³ nem tampouco o Parecer 2/15, que tratou essencialmente de questões

¹⁶⁷⁰ Com isso, rejeitou a posição adotada pela AG Sharpston, para quem o acórdão *International Fruit* não respondia à questão de saber se a União dispõe do poder de revogar os acordos dos Estados-membros numa matéria em que, entretanto, assumira competência exclusiva. A resposta deveria ser, no entender da AG, negativa, uma vez que, à luz do princípio do *pacta sunt servanda*, um Estado não pode invocar o seu direito interno para se furtar ao cumprimento de uma obrigação internacional [«(...) Thus, even if the Treaties transfer competence over a particular area entirely to the European Union, the Member-States must continue to perform their obligations under international agreements with third states (...)»]. Justificava-se, pois, a aplicação analógica do artigo 351.1 (¶381-389). Criticando a posição do Parecer, Díez-Hochleitner 2017, p. 428.

¹⁶⁷¹ Sobre essas sinergias, Kuijper et al. 2014b, p. 13.

¹⁶⁷² Supra Cap. 1 (nota n.º 137). No direito da União, cf. a Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24.06.1988, e o Regulamento (UE) 2019/452, do Parlamento e do Conselho, de 19.03.2019. Na jurisprudência, eg. *Test Claimants in the FII Group Litigation*, processo C-446/04, 12.12.2006, ¶178-181, e *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, processo C-171/08, 08.07.2010, ¶49.

¹⁶⁷³ Essas questões eram essencialmente duas. Em primeiro lugar, saber se a nova competência abrangia tanto os aspetos ligados à entrada do investimento, como os aspetos ligados à proteção substantiva de um investimento já estabelecido, designadamente a proibição da expropriação sem indemnização (recorde-se o disposto no artigo 345 TFUE, segundo o qual «os Tratados em nada prejudicam o regime de propriedade dos Estados-membros»). A visão restritiva, sem grande impacto doutrinário, foi defendida por Krajewski 2005, p. 114, para quem a referência ao investimento estrangeiro direto não se estenderia à proteção substantiva do investimento. Esta tese funda-se num elemento literal – o artigo 206 TFUE fala em «supressão progressiva das restrições às trocas internacionais e aos investimentos estrangeiros diretos» – e no facto de a liberalização dos investimentos ser, tradicionalmente, o aspeto privilegiado pela União nas suas negociações com Estados-terceiros. O Tribunal de Justiça confirmou a posição mais generosa da doutrina maioritária, servindo-se do facto de haver uma sobreposição parcial entre os standards de proteção do investimento, por um lado, e as obrigações assumidas pela União ao abrigo do modo 3 do GATS (prestação de um serviço por um prestador de serviços de um membro através da presença comercial no território de qualquer outro Estado-membro), por outro, matéria indiscutivelmente integrada na competência exclusiva da União. Além disso, uma leitura que incluía as fases pré e pós

de competência. Importa, porém, referir que o Tribunal de Justiça excluiu os investimentos de carteira da competência externa expressamente reconhecida no artigo 207 TFUE. Analisando de seguida a questão sob o prisma da teoria sobre as *competências implícitas*, negou natureza exclusiva a uma eventual competência implícita da União em matéria de livre circulação de capitais e de pagamentos entre Estados-membros e Estados-terceiros. Idêntico raciocínio foi aplicado ao mecanismo de resolução de litígios investidor-Estado, na parte em que permite subtrair certos litígios à competência dos Estados-membros.¹⁶⁷⁴ Pelo contrário, considerou o Tribunal que o objetivo do desenvolvimento sustentável – nos seus aspetos económicos, sociais e ambientais – integrava a política comercial comum e, conseqüentemente, a competência exclusiva da União.¹⁶⁷⁵

O efeito útil deste arrazoado foi o de apurar que, nos termos dos artigos 216.1 e 3.2 TFUE, a competência externa da União para concluir acordos internacionais que contenham disposições sobre investimentos de carteira ou sobre mecanismos alternativos de resolução de litígios é uma competência *partilhada* com os Estados-membros.¹⁶⁷⁶

investimento mostra maior sintonia com a interdependência entre as decisões de importação, exportação, e produção de bens e serviços, isto é, com a associação entre as decisões de investir para exportar ou importar e o grau de proteção oferecido aos investidores pelo Estado-anfitrião (Parecer 2/15 ¶54, 87 e 107; Conclusões da AG Sharpston sobre o Parecer 2/15, apresentadas em 21.12.2016 ¶326-329). Na doutrina, entre outros, Eilmansberger 2009, p. 395; Shan & Zhang 2011, p. 1067-68; Kleimann & Kübek 2016, pp. 13-46; Hainbach 2018, pp. 199-210.

Em segundo lugar, levantou-se o problema de saber se a natureza exclusiva da nova competência se cingiria ao que tradicionalmente se entende por investimento estrangeiro direto, ou se abrangeria igualmente os investimentos em portefólio. A posição da Comissão era a de que a União teria uma competência (externa) implícita exclusiva para disciplinar esta matéria: «That chapter does not expressly provide for the possibility to conclude international agreements on investment, including portfolio investment. However, to the extent that international agreements on investment affect the scope of the common rules set by the Treaty’s Chapter on capitals and payments, the exclusive Union competence to conclude agreements in this area would be implied» (Comissão Europeia 2010 – Towards a Comprehensive European International Investment Policy). Na doutrina, Cardwell & French 2011, p. 206, referem-se à necessidade de uma “atividade mais centralizada e concertada” a nível da União. Como se verá melhor no texto, não foi esta a posição adotada pelo Tribunal de Justiça (Parecer 2/15 ¶233-243).

¹⁶⁷⁴ Parecer 2/15 ¶285-293.

¹⁶⁷⁵ Parecer 2/15 ¶167.

¹⁶⁷⁶ Em jeito breve, a União, para além das competências externas que lhe são expressamente reconhecidas nos Tratados, dispõe de competências externas implícitas, alicerçadas num princípio de paralelismo. Significa isto que, onde a União tenha exercido, no plano interno, a sua competência partilhada, definindo regras comuns num determinado domínio material, fica investida de competências nesse mesmo domínio, no plano externo. Esta teoria teve origem na jurisprudência AETR, processo 22/70, 31.03.1971, e nos Pareceres e acórdãos do Tribunal de Justiça que se seguiram, e está hoje codificada nos artigos 3.2 e 216.1 TFUE – cf. Conclusões da AG Sharpston sobre o Parecer 2/15, apresentadas em 21.12.2016 ¶127; Conclusões da Advogada-Geral Kokott sobre o processo Comissão c. Conselho, apresentadas em 27.06.2013 ¶112; Parecer 1/13, 14.10.2014, ¶73; Comissão c. Conselho, processo C-114/12, 04.09.2014, ¶66. No entanto, os preceitos têm funções distintas, já que o artigo 3.2 versa sobre a *exclusividade* da competência externa, ao passo que o artigo 216.1 tem que ver – apenas –

Questão diversa, como explicam vários Autores, é a de saber se a União pode, não obstante, concluir sozinha um acordo internacional que verse sobre aquelas matérias.¹⁶⁷⁷ É certo que o Tribunal de Justiça dá a entender, no Parecer, que certos capítulos do acordo não poderão ser aprovados “apenas” pela União, exigindo, portanto, o caráter misto.¹⁶⁷⁸ Argumenta-se, contudo, que não estando em causa matérias de competência exclusiva dos Estados-membros (antes de competência partilhada), a decisão de concluir um acordo misto é uma decisão *política* do Conselho (“*facultative mixity*”).¹⁶⁷⁹

3. A nova política europeia em matéria de investimento

Fazendo uso da sua nova competência exclusiva em matéria de investimento, a União Europeia vem encetando e concluindo processos de negociação de vários API com países-terceiros (Singapura, Vietname),¹⁶⁸⁰ ou enxertando capítulos especificamente dirigidos à proteção dos investimentos em acordos de comércio livre (CETA). Atentas as dificuldades verificadas no procedimento de aprovação do CETA, e

com a *existência* dessa competência, de onde resulta a possibilidade de haver competências implícitas partilhadas (cf. Conclusões da AG Sharpston sobre o Parecer 2/15, apresentadas em 21.12.2016 ¶64). Assim, a jurisprudência do Tribunal de Justiça distingue duas situações de competência implícita exclusiva. A primeira, designada exclusividade condicional (*conditional exclusivity*), está consagrada no terceiro segmento do artigo 3.2, e corresponde àqueles domínios já “em grande parte cobertos por regras comuns”, onde a celebração de acordos internacionais pelos Estados-membros *pode* afetar, em face das perspetivas de evolução, a unidade do mercado interno e a aplicação uniforme e coerente do direito da União (Conclusões da AG Sharpston sobre o Parecer 2/15, apresentadas em 21.12.2016 ¶353). A segunda, designada exclusividade por necessidade (*exclusivity through necessity*), teve origem no Parecer 1/76, e parte da hipótese em que, apesar de não haver legislação prévia da União num determinado domínio (não há regras comuns), a conclusão de uma convenção internacional se afigura *indispensável* para o exercício da competência interna. Paralelamente, formou-se, com base no artigo 216.1 TFUE, um standard de necessidade mais *soft*, dirigido a situações em tudo idênticas à anterior, mas em que a conclusão de uma convenção internacional pela União vem apenas “facilitar” o exercício da competência interna. Nesta hipótese, já enunciada no Parecer 2/91, mas que o Parecer 2/15 claramente ratifica, a União dispõe de uma competência implícita *partilhada*, logo, não exclusiva (Parecer 2/15 ¶225-244]. Na doutrina, entre muitos, destacamos os contributos de Van Vooren & Wessel 2014, p. 106., e Duarte 1997, pp. 575-607.

¹⁶⁷⁷ Hainbach 2018, p. 207; Lenk 2019, p. 231.

¹⁶⁷⁸ Parecer 2/15 ¶244.

¹⁶⁷⁹ Lenk 2019, p. 231, alicerçando a sua conclusão no acórdão Alemanha v. Conselho (COTIF), processo C-600/14, 05.12.2017, quando aí se diz que, no ¶244 do Parecer 2/15, «o Tribunal de Justiça limitou-se a registar a impossibilidade, salientada pelo Conselho durante o procedimento relativo a este parecer, de reunir no seu seio a maioria exigida para que a União pudesse exercer sozinha a competência externa que nessa matéria partilha com os seus Estados-Membros». Em sentido idêntico, em comentário ao acórdão COTIF, Neframi 2019, p. 506.

¹⁶⁸⁰ Referimo-nos ao API UE-Singapura, concluído, paralelamente ao FTA, em 19.10.2018 (em vigor desde 21.11.2019), e ao API UE-Vietname, concluído, paralelamente ao FTA, em 30.06.2019. Decorrem negociações com vários países terceiros e blocos comerciais, entre eles o México (para um novo acordo de associação), o Chile, o Japão e o MERCOSUR. Sobre os acordos já concluídos e o estado das negociações em curso, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf.

tendo em conta o Parecer 2/15, sobre o API com Singapura, a posição atual do Conselho é a de que os API devem ser negociados separadamente (relativamente aos FTA). A ideia é fortalecer a posição negocial da União, procurando “imunizar” os aspetos comerciais às vicissitudes da natureza partilhada das competências envolvidas na celebração de um API.¹⁶⁸¹

3.1. Eixos da reforma

As soluções vertidas nesses acordos revelam os principais eixos da política da União neste domínio, todos eles em linha com tendências conjunturais mais abrangentes detetadas no seio do DIE e que indiciam o esgotamento do modelo vigente (*deficit* constitucional do DIE, como se disse no Cap. 2).¹⁶⁸²

3.1.1. Primeiro eixo

A União Europeia começou por advogar aquilo que Estados-Unidos e Canadá já faziam há algum tempo.¹⁶⁸³ Modificar a redação dos standards substantivos de proteção do investimento, mormente do standard FET e da cláusula de expropriação, e reconhecer explicitamente o que se convencionou designar direito de regular.¹⁶⁸⁴ A Comissão é bastante *precisa* no que pretende obter com estas alterações.

No caso da expropriação, trata-se de direcionar a interpretação dos API no sentido de um conceito de privação substancial alicerçado nos *atributos essenciais* da propriedade. No caso do FET, passa por afastar as ideias maximalistas de “estabilidade do ambiente regulatório” e prevenir sentenças arbitrais como a do acórdão Micula, que a Comissão entende ter sido uma “má aplicação” do standard.¹⁶⁸⁵

3.1.2. Segundo eixo

¹⁶⁸¹ Council of the European Union 2018 (Draft Council conclusions on the negotiation and conclusion of EU trade agreements) – cf. Lista de outros documentos consultados. Lembrando as vantagens de não ter de celebrar um acordo misto, Kuijper 2017, p. 185.

¹⁶⁸² Supra Cap. 2.

¹⁶⁸³ Supra Cap. 2.

¹⁶⁸⁴ European Commission 2015b (Trade for all – Towards a more responsible trade and investment policy) – cf. Lista de outros documentos consultados.

¹⁶⁸⁵ European Commission 2015a (Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform) – cf. Lista de outros documentos consultados.

O segundo eixo – que, não sendo pioneiro, é substantivamente inovador – passa pela substituição de um sistema de arbitragem investidor-Estado por um *Sistema Jurisdicional em matéria de Investimento* (SJI).¹⁶⁸⁶⁻¹⁶⁸⁷ A UE procurou estender este sistema para lá das suas relações bilaterais através da criação de um Tribunal Multilateral de Investimento. A articulação entre um e outro passaria por estender a jurisdição do Tribunal multilateral de investimento quando ambas as partes do acordo assentissem submeter os diferendos de investimento à jurisdição do Tribunal. Daí tanto o CETA, como os API com Singapura e Vietname conterem, embora com linguagem distinta, um compromisso de negociações com vista ao estabelecimento de um Tribunal multilateral de investimento, e, no caso do primeiro, o dever de remeter as disputas de investimento para esse tribunal a partir do momento em que seja instituído. SJI-Tribunal multilateral de investimento correspondem, nos aspetos essenciais, à proposta de reforma apresentada pela União nas negociações do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL.¹⁶⁸⁸

3.2. O Sistema jurisdicional em matéria de investimentos

É preciso ter em conta que o modelo de reforma da UE parte de uma “crítica de direito público” ao DIE, procurando reverter o *deficit* constitucional que o afeta.¹⁶⁸⁹ Dito de outro modo, a União reconhece que os API lidam com disputas “verticais”, com uma componente de direito constitucional e administrativo expressa no propósito de

¹⁶⁸⁶ A evolução dos acontecimentos está bem documentada e não merece extensos desenvolvimentos. Tanto as diretivas negociais do Conselho para os novos acordos de investimento, como a proposta inicial da Comissão para a resolução de diferendos de investimento continham a referência a uma cláusula ISDS tradicional. As críticas à arbitragem levaram a Comissão a suspender as negociações da TTIP com o intuito de realizar uma consulta pública, da qual resultou o Relatório de janeiro de 2015 (mencionado na nota anterior). Em setembro de 2015, por pressão do grupo dos socialistas e democratas do Parlamento Europeu, e no seguimento de uma proposta elaborada por Krajewski para o Ministro da Economia alemão, a Comissão reformulou e tornou pública a nova proposta sobre o capítulo de investimento da TTIP, que já incluía o SJI. Tal modelo seria incorporado, em 2016, nos acordos de investimento concluídos com o Canadá e com o Vietname. A demonstrar a turbulência do processo está o facto de a Comissão ter rejeitado o registo de uma iniciativa de cidadania europeia no sentido de travar a negociação da TTIP e do CETA, rejeição que o Tribunal Geral declarou inválida no acórdão Michael Efler, processo T-754/2014, 10.05.17. Sobre essa trajetória, Kuijper et al. 2014 (notas n.ºs 41-48) e Hindelang 2011a, pp. 2-3.

¹⁶⁸⁷ Sobre o SJI, Nanteuil 2017, p. 55 ss.; Reinisch 2016; Lenk 2016 p. 669; Kessedjian & Vanhonnaeker 2017, pp. 633-657; Diethelm 2019, pp. 309-320. Paralelamente, decorrem negociações entre a União Europeia e o Canadá no sentido da conclusão de um acordo Tribunal multilateral de investimento.

¹⁶⁸⁸ Council of the European Union 2018 [Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes (20.03.2018)] – cf. Lista de outros documentos consultados; Observações submetidas pela União Europeia no âmbito do Grupo de Trabalho III, sessão de 18.01.19 – cf. Lista de outros documentos consultados.

¹⁶⁸⁹ Supra Cap. 2.

proteger os investidores contra o exercício do poder público. «Disputes flowing from systems with the characteristics identified above frequently lead to the creation of permanent bodies with fulltime and tenured adjudicators to adjudicate disputes». Esta aproximação ao modo de funcionamento dos tribunais estaduais não pretende ser total. A ideia, como explica o AG Bot, é instituir um “modelo híbrido” de resolução de litígios de investimento, um «compromisso entre um tribunal arbitral e um órgão jurisdicional nacional».1690

O modelo da UE pretende responder aos vários problemas “sistémicos” do figurino tradicional: a falta de coerência e de previsibilidade proveniente da natureza *fragmentária* da arbitragem; e a falta – ou *aparente falta* – de independência e imparcialidade dos decisores, que pode comprometer o direito de acesso a um tribunal independente e imparcial, consagrado no artigo 47 da CDFUE. Atenta a ligação entre os temas, centramos a nossa atenção na independência e imparcialidade dos decisores à luz do novo SJI.

3.2.1. Independência e imparcialidade dos decisores no SJI

Segundo o Tribunal de Justiça, a independência comporta dois aspetos: uma dimensão externa, entendida como a ausência de vinculação a instruções ou diretivas de outros poderes do Estado, em especial do poder executivo;1691 e uma dimensão interna ou imparcialidade, que significa ausência de predisposição para beneficiar uma das partes da disputa, isto é, «igual distanciamento em relação às partes no litígio».1692

A *Magna Charta dos Juízes*, elaborada pelo Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, em 2010, dispõe que a «independência dos juízes deve ser estatutária, funcional e financeira», implicando, por um lado, que as decisões sobre seleção, nomeação e progressão sejam adotadas de acordo com regras objetivas e controláveis e, por outro, a garantia – pelo Estado – dos recursos humanos, materiais e financeiros necessários ao correto funcionamento do sistema (eg. remuneração adequada e pensão de reforma).1693

1690 Conclusões do AG Bot sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 19.01.2019 ¶18, 242.

1691 Comissão Europeia v. República da Polónia, processo C-192/18, 05.11.2019, ¶119 ss.; A.K, processos conjuntos C-585/18, C-624/18 e C-625/18, 19.11.2019, ¶120 ss.

1692 Parecer 1/17 ¶202-203. Cf. também LM, processo C-216/18 PPU, 25.07.2018.

1693 Council of Europe 2010 (*Magna Charta dos Juízes*) – cf. Lista de outros documentos consultados. Segundo este documento, a nomeação de um juiz pelo poder executivo deve ser precedida de recomendação por uma autoridade independente. No acórdão Associação Sindical dos Juízes

Tanto a Convenção ICSID, como os demais regulamentos de arbitragem (UNCITRAL, ICC, SCC) garantem a independência dos árbitros. O problema – como se antecipou no Cap. 2 – é que estas regras denotam um *deficit* de garantias *funcionais* (eg. qualificações, conflitos de interesse, exclusividade) e, sobretudo, de garantias *organizacionais* (eg. inamovibilidade, mandato, nomeação, renovação) de independência.¹⁶⁹⁴

Segue-se uma análise sumária do modo como os novos tratados de investimento – CETA, API UE-Singapura e API UE-Vietname disciplinam estas garantias; e a antecipação dos problemas de articulação entre o SJI, a Convenção ICSID e a Convenção de Nova Iorque.

i) Garantias funcionais-pessoais

As regras sobre garantias funcionais constantes dos novos API substituem, neste ponto, as regras do regulamento de arbitragem selecionado pelo investidor.¹⁶⁹⁵ Os novos tratados contêm especificações mais detalhadas em matéria de qualificação dos membros do Tribunal (ou Tribunal de Primeira Instância, designação utilizada no API UE-Singapura). Com formulações ligeiramente diversas, as pessoas nomeadas «devem ter as qualificações necessárias para a nomeação como juízes nos respetivos países», ou ser «juristas de reconhecido mérito».¹⁶⁹⁶ Em ambos os casos, essas pessoas devem ter “conhecimentos especializados” em direito internacional público.¹⁶⁹⁷ É *desejável* que esse conhecimento abranja, em especial, o direito internacional do investimento, o direito do comércio internacional ou os sistemas de resolução de conflitos que ambos os subsistemas contemplam. Todos os acordos preveem que a remuneração dos decisores do Tribunal – composta por honorários diários e honorários de disponibilidade – possa

Portugueses, processo C-64/16, de 27.02.2018, sobre a questão de saber se a redução remuneratória dos juízes poderia comprometer o princípio da tutela jurisdicional efetiva, o Tribunal de Justiça associou a independência dos juízes a um nível de remuneração adequado à importância das funções que exercem (¶41-45).

¹⁶⁹⁴ Dimitropoulos 2016.

¹⁶⁹⁵ Artigo 8.23 do CETA; artigo 3.6 API UE-Singapura; artigo 3.33 API UE-Vietname.

¹⁶⁹⁶ O primeiro segmento não requer que as pessoas nomeadas sejam juízes de carreira, mas apenas que reúnam as qualificações necessárias para a nomeação como juízes. Não se exige que essas pessoas sejam juristas de reconhecido mérito, caso contrário esfumar-se-ia o sentido útil do segundo segmento (“juristas de reconhecido mérito”). Isto sem prejuízo de a nomeação como juiz de um Tribunal Superior (no caso português, o STJ, o STA, o TC) contemplar “juristas de mérito” (artigo 215.4 CRP).

¹⁶⁹⁷ Artigo 8.27.4 do CETA («demonstrated expertise in public international law»); artigo 3.39.7 do API UE-Singapura («specialised knowledge of, or experience in, public international law»); artigo 3.9.4 do API UE-Vietname («demonstrated expertise in public international law»). As formulações não são idênticas, mas pensamos que devem ser interpretadas no sentido indicado no texto, ou seja, no sentido de demonstração de conhecimentos especiais e não de “experiência” em sentido técnico ou processual. Sobre este ponto, Lenk 2019, pp. 85-86.

ser convertida num salário regular, caso em que passará a valer uma regra de exclusividade.¹⁶⁹⁸

Este aglomerado de características permite a Lenk concluir que o *decisor-tipo* do SJI será um académico ou um juiz jubilado.¹⁶⁹⁹ Já a Associação de Magistrados Alemães nega que as disposições em matéria de qualificações apontem para um estereótipo de decisor diferente do atual: «the pool of judges will be limited to the circle of persons professionally predominantly engaged in international arbitration».¹⁷⁰⁰

Exige-se que os decisores nomeados sejam “independentes”, no sentido convencional do termo.¹⁷⁰¹ O SJI procura afastar a prática de “double-hatting” ao exigir que, uma vez nomeados, os decisores se abstenham de atuar como representantes ou peritos em qualquer litígio de investimento (internacional ou doméstico).¹⁷⁰² A proposta de Decisão do Conselho sobre o código de conduta dos membros do SJI no quadro do CETA prevê obrigações de *comunicação* às partes, pelos candidatos a decisores, de quaisquer factos que possam afetar a sua imparcialidade e independência – ou *aparência* de imparcialidade e independência – ou que sejam suscetíveis de gerar conflitos de interesse diretos ou indiretos; bem como obrigações de *divulgação* de interesses ou relações relativas aos cinco anos anteriores à candidatura e obrigações de *diligência* na antecipação desses possíveis conflitos de interesses.¹⁷⁰³ Adicionalmente, os antigos membros do SJI devem evitar “quaisquer ações” que possam suscitar dúvidas

¹⁶⁹⁸ Artigo 8.27.15 do CETA; artigo 3.9.15 do API UE-Singapura; artigo 3.39.17 do API UE-Vietname.

¹⁶⁹⁹ Lenk 2019, p. 247.

¹⁷⁰⁰ German Magistrates Association 2015 (cf. Lista de outros documentos consultados). O comentário é dirigido à proposta enxertada na TTIP, mas é extensível ao CETA).

¹⁷⁰¹ Artigo 8.30 do CETA, que dispõe que os decisores devem cumprir as Diretrizes IBA sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional, sem prejuízo da possibilidade de o Comité de Serviços e Investimento adotar, nos termos do artigo 8.44.2 um Código de Conduta próprio. Cf. Proposta de Decisão do Conselho, COM(2019) 459 final, 11.10.2019, no que respeita à adoção de um código de conduta, que vale tanto para os membros do Tribunal, como para os membros da instância de recurso; artigo 3.11 do API UE-Singapura e artigo 3.40 do API UE-Vietname, cujo Código de Conduta está anexo ao API (cf. Lista de outros documentos consultados).

¹⁷⁰² Supra Cap. 2.

¹⁷⁰³ Anexo da Proposta de Decisão do Conselho, COM(2019) 459 final, 11.10.2019, no que respeita à adoção de um código de conduta (artigos 2 a 5) – cf. Lista de outros documentos consultados. O prazo (5 anos) é mais extenso do que o previsto nas Diretrizes IBA sobre conflitos de interesse em arbitragem internacional (3 anos), no que respeita aos deveres de revelação incluídos na Lista Laranja. Como é sabido, as Diretrizes IBA assentam num modelo de listas (vermelha, laranja e verde), graduado em função da gravidade das situações suscetíveis de gerar conflitos de interesse. Assim, na Lista Vermelha inclui-se um conjunto não taxativo de situações (renunciáveis e não renunciáveis) em que se considera que existe conflito de interesses (do ponto de vista de um terceiro razoável). A Lista Laranja contém uma enumeração não taxativa de situações «que, dependendo dos factos do caso concreto, podem, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro», devendo, por isso, ser reveladas. Finalmente, a Lista Verde «contém uma enumeração não taxativa de situações específicas em que inexiste conflito de interesses aparente ou efetivo» e onde, por conseguinte, não vale o dever de revelação (a tradução das Diretrizes IBA para língua portuguesa é do Senhor Dr. Manuel Barrocas).

quanto à sua imparcialidade, assumindo a obrigação de, durante um período de três anos, não atuar na qualidade de representante de uma das partes em litígios em matéria de investimento.¹⁷⁰⁴

As qualificações dos membros da Instância de recurso do CETA são as aplicáveis aos membros do Tribunal.¹⁷⁰⁵ Os API com o Vietname e com Singapura requerem, porém, que esses membros sejam juristas de reconhecido mérito, *ou* pessoas elegíveis para o desempenho do cargo de juiz nos tribunais superiores (*highest judicial office*).¹⁷⁰⁶

Argumenta-se que a reforma prejudica as características em que se baseou o *sucesso* do sistema, a saber, a flexibilidade, a autonomia das partes, a *expertise* e diferenciação dos árbitros.¹⁷⁰⁷ Estas críticas partilham o pressuposto normativo de que o DIE é um sistema forjado a partir do princípio da autonomia das partes, asserção contestada, desde logo, pelo Tribunal de Justiça.¹⁷⁰⁸

A vulgarização do mecanismo de recurso – em contraste com o carácter excecional dos Comitês de anulação na Convenção ICSID – alongará os processos e aumentará os respetivos custos.¹⁷⁰⁹ A preferência por um certo “decisor-tipo” (eg. juízes reformados, académicos), aliada à exiguidade dos honorários diários (*daily fee*) e dos honorários de disponibilidade (*retainer fee*) e à possibilidade de um regime de exclusividade “purgam” o sistema das pessoas mais qualificadas: «only most naive or incompetent would be available». ¹⁷¹⁰

ii) Garantias organizacionais ou institucionais

Tanto o SJI como o Tribunal multilateral de investimento pretendem ser mecanismos permanentes de resolução de conflitos (*standing mechanism for dispute settlement*), dotados de dois níveis de jurisdição: um tribunal de primeira instância e um

¹⁷⁰⁴ Artigo 5.1 e 2 da Proposta de Decisão. O Código não exclui taxativamente a possibilidade de os antigos membros atuarem como peritos, embora essa atuação possa cair no “chapeau” do n.º 1.

¹⁷⁰⁵ Artigo 8.28.4 do CETA.

¹⁷⁰⁶ Artigo 3.10.4 do API UE-Singapura; artigo 3.39.7 do API UE-Vietname. O aditamento da referência ao cargo de juiz nos tribunais superiores – formulação que consta da Constituição (artigo 15.3) e da lei (eg. Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19.02, na redação conferida pela Lei n.º 14/2019, de 12.12) – demonstra que este não é requisito de nomeação dos membros do tribunal de primeira instância.

¹⁷⁰⁷ Existem problemas associados ao próprio procedimento de reforma, no contexto da UNCITRAL, por falta de diversidade funcional dos participantes. Problema abordado por Alvarez Zarate 2018, p. 2774.

¹⁷⁰⁸ Achmea ¶55. Na doutrina, Matsumoto 2018, p. 929.

¹⁷⁰⁹ Kaufmann-Kohler & Potestà 2016, ¶31-34.

¹⁷¹⁰ Teixeira 2018, p. 218 ss.; Diethelm 2019, p. 315. Contra, Van Harten 2010, p. 449; Kidane 2017, pp. 239-262. Cf. ¶27 do Documento A/CN.9/WG.III/WP.151 do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL.

tribunal de recurso. Não existe uniformidade, nos novos tratados, relativamente ao número de membros de cada tribunal, à duração do respetivo mandato, ou ao carácter renovável ou não renovável deste.¹⁷¹¹

A decisão de nomeação é da competência dos Comitês Mistos, que são compostos por representantes da UE e da outra parte contratante. Prevê-se, nos três acordos, um procedimento de contestação da nomeação em caso de verificação de conflito de interesses.¹⁷¹² Os Comitês Mistos têm, além disso, competência para afastar permanentemente (destituir) membros do Tribunal que não cumpram as regras de conduta a que fizemos referência supra, comprometendo, destarte, a independência e a (aparência de) imparcialidade do SJI. Do rol de membros do tribunal sai, numa base rotativa, de modo a garantir uma composição aleatória e imprevisível, uma formação de três membros, competente para julgar a disputa de investimento.

Os fundamentos do recurso são os elencados no artigo 52 da Convenção ICSID (mesmo que o processo não se baseie nas regras desta Convenção), erros na aplicação e interpretação do direito, e erros “manifestos” na apreciação da matéria de facto, inclusivamente na apreciação do direito interno.¹⁷¹³ Este último, como veremos infra, não faz parte do direito aplicável e só releva a título de *facto*. Há uma diferença importante entre o API UE-Singapura e os demais. Com efeito, no primeiro, o tribunal de recurso deve, em caso de procedência total ou parcial, alterar a apreciação dos factos e do direito e remeter o processo para o tribunal de primeira instância, a quem cabe, depois de ouvidas as partes, reformular a sentença provisória em conformidade com as determinações da instância de recurso. Nos demais acordos, porém, se os factos

¹⁷¹¹ Para o Tribunal de Primeira Instância, artigo 8.27.2 do CETA (15 membros, para um mandato de 5 anos, renovável por idêntico período); artigo 3.9.2 e 5 do API UE-Singapura (6 membros, para um mandato de 8 anos, renovável); o artigo 3.39.9 e 5 do API UE-Vietname (9 membros, para um mandato de 4 anos, renovável por idêntico período); e para a instância de recurso, o artigo 8.28.7 CETA, que remete essa definição para uma decisão do Comité Misto do CETA. De acordo com a Proposta de Decisão do Conselho relativamente à adoção de uma decisão que define as questões administrativas e organizacionais relativas ao funcionamento da instância de recurso, COM(2019) 457 final, de 11.10.2019 (cf. Lista de outros documentos consultados), esta contará com 6 membros, para um mandato de 9 anos, não renovável; artigo 3.10.6 do API UE-Singapura (6 membros, para mandato de 8 anos, não renovável); artigo 3.39.2 e 5 do API UE-Vietname (6 membros, para um mandato de 4 anos, renovável por idêntico período). Os três API preveem, contudo, que o mandato de alguns membros (originais) do Tribunal se prolongue para lá da duração definida, de modo a evitar uma substituição “em bloco” dos membros do Tribunal, circunstância que contrariaria os objetivos de coerência e previsibilidade do SJI.

¹⁷¹² Artigo 3.11.2 do API UE-Singapura (decisão do Presidente do Tribunal de primeira instância ou de recurso, consoante o caso); artigo 3.40.5 do API UE-Vietname (idem); artigo 8.30.2 do CETA (decisão do Tribunal Internacional de Justiça).

¹⁷¹³ Artigo 3.19.1 API UE-Singapura; artigo 8.28.1 do CETA; artigo 3.54.1 do API UE-Vietname.

estabelecidos pelo tribunal o permitirem, a decisão do tribunal de recurso é a decisão *definitiva*.¹⁷¹⁴

A tão ansiada “repolitização” do sistema de resolução de conflitos não é pacífica. Um procedimento de nomeação protagonizado pelos Estados – ou pelos Comitês (intergovernamentais) mistos – presta-se aos mesmos óbices que outros sistemas de barganha e *quid pro quo* estadual, como, por ex., o AB-OMC.¹⁷¹⁵ Aparentemente, portanto, tanto o sistema de nomeação pelas partes (*ad hoc*), como o sistema de nomeação pelos Estados (permanente) podem comprometer as condições organizacionais de independência.

Parece-nos ilógica a afirmação de que o facto de o procedimento de nomeação ser liderado pelos comités intergovernamentais favorecerá sistematicamente os interesses dos Estados em detrimento dos interesses dos investidores. Como dissemos no Cap. 1, num tribunal permanente, espera-se que os Estados internalizem tanto os seus interesses defensivos, como os seus interesses ofensivos, isto é, que tenham em conta tanto a possibilidade de atuarem como Estado demandado, como a possibilidade de serem o Estado de origem do investidor demandante. Segundo a UE, os Estados devem adotar uma perspetiva de “longo prazo” e favorecer a nomeação de “decisores imparciais”. Não se ignora, contudo, que esta “internalização” é tanto mais provável quanto menor for o saldo líquido de investimento estrangeiro entre as economias ou blocos regionais envolvidos.¹⁷¹⁶

3.2.2. Ainda arbitragem?

Um último aspeto problemático da reforma prende-se com a articulação do SJI-TMI com a Convenção ICSID e com a Convenção de Nova Iorque, em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.¹⁷¹⁷ Assim, da decisão da instância de

¹⁷¹⁴ Artigo 3.19.3 do API UE-Singapura; artigo 3.54.3 do API UE-Vietname; artigo 3.3 do anexo à Proposta de Decisão do Conselho relativamente a questões administrativas e organizacionais relativas ao funcionamento da instância de recurso, COM(2019) 457 final, 11.10.2019 – cf. Lista de outros documentos consultados.

¹⁷¹⁵ Sobre a “politização” das nomeações dos membros do OR-OMC, AJIL 2019, pp. 822-831; Schneiderman 2017, p. 250 (segundo o Autor, o SJI parece-se pouco com um tribunal estadual e está mais próximo do OR-OMC do que do direito interno do Canadá ou da UE). À crítica de repolitização acresce o fundamento invocado pelo Reino da Bélgica no pedido de Parecer 1/17, segundo a qual a remissão, para o Comité Misto, da decisão sobre a remuneração dos membros dos tribunais viola o princípio da separação de poderes e o direito de acesso a um tribunal independente, consagrado no artigo 47 CDFUE.

¹⁷¹⁶ Sardinha 2018, p. 126.

¹⁷¹⁷ O Grupo de Trabalho III da UNCITRAL, na sua reunião de 28.01.2020, analisou a interação entre o mecanismo de recurso (ou de um eventual tribunal multilateral de investimento) e a Convenção ICSID-

recurso ou da decisão do tribunal de primeira instância que implemente as conclusões daquele tribunal não cabe recurso nem anulação.¹⁷¹⁸ As partes contratantes comprometem-se a reconhecer e executar a sentença «as if it were a final judgment of a court in that party».¹⁷¹⁹

Uma das questões que se levanta é a de saber se a sentença SJI é uma sentença *arbitral*, para efeitos da aparelhagem jurídico-financeira da arbitragem dos tratados. Essa é a qualificação constante dos novos API.¹⁷²⁰⁻¹⁷²¹ Ou seja, para estes, uma decisão final (final award) do novo sistema jurisdicional é não só uma sentença arbitral (*arbitral award*), para efeitos da Convenção de Nova Iorque, como uma sentença (*award rendered pursuant to this Convention*), para efeitos dos artigos 53 e 54 da Convenção ICSID.

Uma resposta a esta questão requer, naturalmente, uma identificação dos traços essenciais da arbitragem como meio de resolução de litígios alternativo ao sistema de justiça pública, isto é, aos órgãos jurisdicionais públicos. Há um rol de características que permitem essa identificação, tais como o carácter voluntário da jurisdição, a natureza privada (não judicial) do mecanismo, algum tipo de participação das partes na escolha dos decisores e – consequentemente – o carácter *ad hoc* (não permanente) do tribunal. São também estes alguns dos critérios tidos em conta pelo Tribunal de Justiça

Convenção de Nova Iorque. Cf., na doutrina, sobre a questão de saber se as decisões de um eventual Tribunal Multilateral serão sentenças arbitrais para efeitos da Convenção ICSID e da Convenção de Nova Iorque, Bungenberg & Reinisch 2018, pp. 229-233.

¹⁷¹⁸ Artigo 3.22.2 do API UE-Singapura; artigo 3.57.2 do API UE-Vietname; artigo 8.41 do CETA.

¹⁷¹⁹ Artigo 3.22.2 do API UE-Singapura; artigo 3.57.2 do API UE-Vietname; artigo 8.41 do CETA.

¹⁷²⁰ Mais do que isso: a sentença SJI é, para efeitos das reservas apostas pelos Estados à Convenção de Nova Iorque, uma sentença que tem por base uma transação comercial (concretamente, artigo 8.41.5 do CETA; artigo 3.22.5 do API UE-Singapura; artigo 3.57.7 do API UE-Vietname). O CETA, por ex., admite que a reestruturação unilateral da dívida pública constitui um diferendo sobre investimento, valendo para ela a qualificação de transação comercial (artigo 8.14.4 e anexo 8-B do CETA). Contudo, no plano intra-União, o Tribunal de Justiça considerou que os litígios relativos a operações de reestruturação da dívida – concretamente da dívida grega – não constituíam litígios sobre matéria civil e comercial para efeitos de aplicação do Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12.12.2012 (Kuhn, processo C-308/17, de 15.11.2018, ¶34-43) – supra Cap. 2, nota n.º 295. Um outro aspeto que reforça esta aproximação é exigência de que a aceitação da oferta à arbitragem seja feita por escrito, em linha com o artigo II da Convenção de Nova Iorque.

¹⁷²¹ A articulação com a Convenção ICSID é mais complexa. Os novos API da UE dispõem que os processos SJI que sigam as regras da Convenção ICSID valem como sentenças ICSID para efeitos de reconhecimento e execução (artigo 3.9.16 do API UE-Singapura; artigo 8.27.16 do CETA; artigo 3.39.18 do API UE-Vietname). Ou seja, a UE e os seus parceiros comerciais substituem algumas regras da Convenção ICSID e mantêm outras (nas suas relações mútuas). O que levanta um problema de direito internacional público, a solucionar através do artigo 41 CVDT, concretamente, o de saber o que deve fazer um Estado terceiro quando chamado a reconhecer e executar, ao abrigo da Convenção ICSID, uma sentença SJI pendente de recurso (sem prejuízo do disposto no artigo 3.7.1.f), iii) do API UE-Singapura, e no artigo 8.41.3 do CETA). Na doutrina, Matsumoto 2017, p. 923; Kaufmann-Kohler & Potestà 2016, ¶237-245; Reinisch 2016, p. 780; Nanteuil 2017, p. 71. Sobre a interpretação e aplicação do artigo 41, Rigaux, Simon & Weemaels 2011, p. 987 ss.

na identificação de um “órgão jurisdicional nacional” para efeitos de reenvio prejudicial.¹⁷²²

Nem todos estes elementos têm idêntico peso no procedimento de qualificação. O caráter voluntário da jurisdição é determinante, e o SJI não o contraria, uma vez que a resolução dos diferendos de investimento só será feita através desta via se o investidor aceitar a “oferta” do Estado de acolhimento constante do tratado, configurando-se o fórum internacional como uma “alternativa” relativamente aos tribunais domésticos.¹⁷²³ A questão da nomeação dos decisores é mais problemática. Kaufmann-Kohler & Potestà explicam que, na medida em que a nomeação constitua uma característica fundante (*defining feature*) da arbitragem, dificilmente o poderá o SJI reentrar no conceito.¹⁷²⁴

A doutrina destaca, contudo, que instituições arbitrais toleram sistemas híbridos, ou seja, sistemas que preenchem alguns daqueles índices, mas não todos, como, por ex., o Tribunal Irão-Estados-Unidos ou alguns centros de arbitragem ligados ao desporto.¹⁷²⁵ Ora, o sistema SJI, nos termos em que se encontra vertido nos acordos de investimento, ambiciona ser um *sistema híbrido*. Evita-se a utilização do conceito de “árbitro” – os API falam em “membros” do tribunal¹⁷²⁶ – mas, paralelamente, convocam-se as regras de arbitragem tradicionais em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e atribui-se ao Secretariado do ICSID o poder de administrar o processo.¹⁷²⁷

3.2.3. Síntese

Em síntese, o SJI corre todos os riscos das propostas intermédias em contextos de polarização ideológica. Para alguns vai *longe demais*; para outros *fica aquém* do que

¹⁷²² Fontaine Campos 2018, pp. 179-219.

¹⁷²³ Estes dois aspetos são destacados por Reinisch 2016, p. 766-768; e Kaufmann-Kohler & Potestà 2016, ¶88.

¹⁷²⁴ Kaufmann-Kohler & Potestà 2016, ¶92 [«(...) If one were to follow notions of arbitration that place prominence on the parties’ right to (directly or indirectly) appoint the tribunal as a characteristic feature of arbitration, it would be difficult to consider the ITI (International Tribunal for Investments) as arbitration. This conclusion would be reinforced by the fact that the ITI would also lack the case-by-case format typical of arbitration»].

¹⁷²⁵ Sobre o conceito de sentença arbitral na Convenção de Nova Iorque, Gaillard & Bermann 2017, pp. 16-19.

¹⁷²⁶ Cf., ainda, o ponto 6, al. f), do Instrumento Conjunto Interpretativo do CETA, que se refere aos “membros” do Tribunal.

¹⁷²⁷ Reinisch 2016, p. 767, destacando que os trabalhos preparatórios da Convenção de Nova Iorque evidenciam que um mecanismo de resolução de conflitos permanente pode ser entendido como arbitragem para efeitos de aplicação da Convenção.

é necessário¹⁷²⁸ A Comissão, como alerta Nanteuil, «semble s’être arrêtee au milieu du gué»,¹⁷²⁹ através de um sistema híbrido, que *supera* a arbitragem investidor-Estado clássica sem, contudo, se desprender da sua *aparelhagem jurídico-financeira*.

3.3. A responsabilidade financeira por violação dos novos API

O Regulamento n.º 912/2014 trata da distribuição da responsabilidade financeira entre a UE e os Estados-membros nos API de que a UE seja parte.¹⁷³⁰ Trata-se, por outras palavras, de saber quem, *em última instância, paga a conta* decretada numa sentença proferida ao abrigo de um mecanismo jurisdicional de resolução de litígios entre investidores e o Estado previsto num API, seja ele um tribunal arbitral “clássico” ou um tribunal SJI (artigo 1). Além disso, o Regulamento contém regras sobre a determinação da parte demandada no processo arbitral,¹⁷³¹ sobre os deveres de cooperação na condução do processo arbitral e sobre acordos transacionais.¹⁷³² O Regulamento não trata da responsabilidade internacional da UE, matéria que continuará a depender das regras de direito internacional e da interpretação dos API.¹⁷³³

¹⁷²⁸ Roberts 2018, p. 420, destacando que os opositores de um determinado sistema são muitas vezes *hostis* relativamente aos reformadores moderados; Matsumoto 2018, p. 925, perguntando, em tom de crítica, se é razoável “boicotar” uma proposta moderada e pôr a tónica nas “dificuldades técnicas” em detrimento das “oportunidades” que o SJI oferece.

¹⁷²⁹ Nanteuil 2017, p. 75, interrogando-se se não teria sido preferível a criação de um sistema autónomo, como, por ex., o do Tribunal Irão-Estados- Unidos.

¹⁷³⁰ Regulamento (UE) n.º 912/2014 do Parlamento e do Conselho de 27.07.2014, que estabelece um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a União é parte.

¹⁷³¹ Hoffmeister 2010, pp. 735-747, chama a atenção para a importância da questão da identificação da parte demandada no mérito da disputa. Se a parte demandada for o Estado-membro – como sucedeu no acórdão *Electrabel*, no DIE, e no acórdão *Bosphorus*, na CEDH – este poderá invocar o direito da União como parte do direito internacional aplicável ao litígio, subsumindo-se à responsabilidade internacional. Já se a parte demandada for a União, esta naturalmente não poderá invocar o seu próprio direito (interno) para se subtrair ao cumprimento de obrigações internacionais.

¹⁷³² Respetivamente, artigos 4 a 9, 10 a 11, e 13 a 16 do Regulamento.

¹⁷³³ Considerando n.º 6 do Regulamento. O Regulamento não tem, como se percebe, o mesmo valor jurídico do Anexo IX à Convenção de Direito do Mar (artigo 6), que faz parte do tratado e regula a responsabilidade internacional. Na doutrina, Casteleiro 2016, p. 221, que considera a distinção (entre responsabilidade financeira e responsabilidade internacional) “artificial”; e Tietje et al. 2012, p. 16, que consideram a distinção “pouco convincente”. Com efeito, segundo a doutrina, uma coisa é a responsabilidade da UE ou dos Estados-membros à luz do direito internacional, outra são as regras internas da organização internacional sobre o modo como essa responsabilidade deve ser distribuída, e que pode estar ligada à divisão de competências entre a organização internacional e os seus membros. A distinção não é irrelevante porque os terceiros com quem a União trata não estão, à partida, vinculados àquelas regras internas (Cortes Martín 2013; Hoffmeister 2010), e porque a convenção internacional em que se funda a responsabilidade internacional da UE e/ou dos seus Estados-membros pode dispor de regras próprias em matéria de imputação do facto ilícito (Contartese 2017, p. 1654, a propósito do mecanismo do corresponsável e do Parecer 1/13; Mesquita 2017, p. 392).

O critério relevante para a determinação da responsabilidade financeira é, *prima facie*, o seguinte: quem concedeu o tratamento que alegadamente violou o API? Se o tratamento foi concedido pelas instituições da União, é ela que responde financeiramente; se o tratamento foi concedido por um Estado-membro, é ele que assume a responsabilidade financeira, *a menos que esse tratamento seja exigido pelo direito da União*.¹⁷³⁴ De acordo com a al. l) do artigo 2, um tratamento deste tipo existe quando «o Estado-membro só poderia ter evitado a alegada violação do acordo desrespeitando uma obrigação de direito da União». Estão abrangidas as situações em que as autoridades nacionais não disponham de margem de apreciação quanto ao resultado a alcançar, reconduzíveis à hipótese Biret e Chrysostomides,¹⁷³⁵ mas também a situações em que a UE dispõe de controlo normativo sobre uma determinada matéria (eg. transposição de uma diretiva).¹⁷³⁶

O artigo 4 do Regulamento, em conjugação com o disposto no artigo 9, dispõe que a União atua como parte demandada se o litígio disser respeito, *em exclusivo*, ao tratamento concedido pelas instituições da União.¹⁷³⁷ Nas demais situações, a qualidade de parte demandada é assumida pelo Estado-membro. Parte-se do pressuposto que se um Estado assume a responsabilidade financeira por um litígio, é “justo e adequado” que possa defender o tratamento concedido ao investidor, sem sobrecarregar o orçamento da União em nenhum momento da resolução desse litígio.¹⁷³⁸

A Comissão *pode*, nestas hipóteses, decidir que será parte demandada, no prazo de 45 dias,¹⁷³⁹ uma vez efetuadas as consultas com o Estado-membro em causa e de acordo com os procedimentos consultivos disciplinados no Regulamento n.º 182/2011,

¹⁷³⁴ Não se considera “exigido pelo direito da União” o tratamento concedido por um Estado-membro no sentido de tornar um ato anterior de direito interno compatível com o direito da UE, a menos que o ato anterior fosse ele mesmo exigido pelo direito da UE.

¹⁷³⁵ Em ambos os casos, o Tribunal reconheceu que quando as autoridades nacionais não disponham de nenhuma margem de apreciação quanto à implementação das disposições da UE, a União assume responsabilidade pelo facto ilícito.

¹⁷³⁶ Hoffmeister 2010, p. 741. As situações em que a UE exerce controlo normativo são aquelas em que ela define os objetivos a alcançar e as fronteiras ou limites que a implementação não deve ultrapassar, através de uma diretiva, puxando para si a jurisdição sobre essas disputas, como sucedeu, por ex., no acórdão Mox Plant. É o que dispõe, igualmente, o considerando n.º 7 do Regulamento [«(...) Todavia, se o Estado-Membro atuar de acordo com as exigências do direito da União, por ex., transpondo uma diretiva adotada pela União, deverá ser a própria União a assumir a responsabilidade financeira, na medida em que o tratamento em causa seja exigido pelo direito da União»].

¹⁷³⁷ Considerando n.º 9 do Regulamento.

¹⁷³⁸ Considerando n.º 10 do Regulamento.

¹⁷³⁹ O prazo conta-se desde a data em que a Comissão foi informada (pelo investidor ou pelo Estado-membro) da intenção de dar início à arbitragem (artigo 8).

se:¹⁷⁴⁰ assumir a totalidade ou parte da responsabilidade financeira (eg. um tratamento concedido pelo Estado-membro, mas exigido pelo direito da União); o litígio tiver por objeto um tratamento que também foi concedido pela União; a União atue como parte demandada numa ação na OMC que tem por objeto questão semelhante.¹⁷⁴¹ O princípio que orienta estas exceções é o princípio da salvaguarda dos interesses financeiros da União.¹⁷⁴² Esta é uma decisão fundamentada, que deve ter em atenção o princípio da cooperação leal e o princípio da proporcionalidade.¹⁷⁴³

A estas três hipóteses acresce a inscrita no artigo 9.1, al. b), segundo a qual a União atua como parte demandada na eventualidade de o Estado-membro confirmar por escrito à Comissão que não tenciona atuar nessa qualidade. O preceito opera como uma “válvula de segurança” para o investidor, já que a UE paga todas as compensações relativas a processos em que atua como parte demandada, a menos que o Estado-membro “aceite” a responsabilidade financeira.¹⁷⁴⁴

Os novos API-UE preveem um procedimento de determinação da parte demandada.¹⁷⁴⁵ Esse procedimento é obrigatório, ou seja, o investidor deve requerer à UE a determinação da parte demandada e a UE deve decidir num determinado prazo

¹⁷⁴⁰ Tanto o n.º 2 como o n.º 3 do artigo 9 se referem ao procedimento consultivo mencionado no artigo 22 do Regulamento. Este dispositivo remete para o Regulamento (UE) n.º 182/2011 do Parlamento e do Conselho, de 16.02.2011, que estabelece as regras e os princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo pelos Estados-Membros do exercício das competências de execução pela Comissão.

¹⁷⁴¹ Por ser necessário assegurar uma argumentação coerente neste processo (artigo 9.3 do Regulamento).

¹⁷⁴² O considerando n.º 12 e os artigos 9.4 e 11 do Regulamento estatuem que, ao atuar como parte demandada em processos que dizem respeito a um tratamento concedido por um Estado-membro, a União deve garantir que a sua defesa protege os interesses financeiros desse Estado-membro. Prevê-se, por isso, que a União consulte o Estado-membro sobre qualquer peça processual ou observação antes da sua formalização e apresentação (artigo 9.6). A estratégia de defesa da União e dos Estados-membros pode ser divergente, como demonstrou o acórdão Marfin ¶1258 (*in casu*, sobre a questão de saber quem determinou o saneamento do Laiki em detrimento de instituições bancárias em situação igualmente difícil. O Tribunal resolveu rapidamente estas dificuldades ao lembrar, em todo o caso, que foi o Chipre, enquanto Estado soberano – leia-se, independentemente das pressões da Troika – que tomou a decisão de sanear o Laiki e salvar o Bank of Cyprus). Sobre este ponto, Delgado Casteleiro 2016, p. 218.

¹⁷⁴³ Tietje et al. 2012, pp. 23-24; Kleinheisterkamp 2014, p. 458.

¹⁷⁴⁴ Trata-se de uma garantia importante. A União pode, portanto, atuar como parte demandada em processos em que a responsabilidade financeira não lhe pertence. Quando o Estado-membro “aceitar” essa responsabilidade, nos termos do artigo 12, deverá ser ele a pagar a compensação prevista na sentença; quando não houver acordo, aplica-se o procedimento previsto nos n.ºs 2 a 5 do artigo 19 do Regulamento. A decisão da Comissão em que culmine este procedimento pode ser objeto de recurso de anulação junto do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 263 TFUE. Tietje et al. 2012, pp. 28-29, sugerem que o Tribunal de Justiça pode, por ocasião do recurso, recusar o reconhecimento da sentença arbitral com base em algum dos fundamentos do artigo V da Convenção de Nova Iorque.

¹⁷⁴⁵ A matéria está tratada no artigo 8.21 CETA, no artigo 3.32.2 do API UE-Vietname e no artigo 3.5.2 do API UE-Singapura. O investidor deve requerer à UE a determinação da parte demandada; a UE deve, no prazo 50 dias/60 dias/2 meses (respetivamente), informar o investidor sobre quem será a parte demandada: a UE ou o EM; se as medidas forem exclusivamente de um Estado-membro, a parte demandada será o Estado-membro; se as medidas identificadas incluírem medidas da UE, a parte demandada é a UE.

quem assumirá essa qualidade – se a União, se o Estado-membro. Em nosso entender, o apuramento, pela União, da parte demandada deve ser efetuado de acordo com os artigos 4 e 9 do Regulamento n.º 912/2014.¹⁷⁴⁶ A necessidade de uma resposta *disjuntiva* suscita críticas na doutrina, em face da diversidade das medidas suscetíveis de afetar um investimento, que podem incidir sobre matérias de competência exclusiva ou partilhada.¹⁷⁴⁷

A ausência de uma resposta da União no prazo definido no API tem duas consequências. Por um lado, a preclusão do direito de, posteriormente, levantar objeções à admissibilidade da disputa e à jurisdição do Tribunal.¹⁷⁴⁸ Por outro, a transferência para o investidor do poder de determinação da parte demandada, em conformidade com as disposições do API, que não são idênticas às do Regulamento.

Desta feita, se as medidas forem *exclusivamente* de um Estado-membro, a parte demandada será o EM; se as medidas identificadas incluírem medidas da UE, a parte demandada será a União.¹⁷⁴⁹ Existe, naturalmente, o risco de essa determinação ser mal feita, comprometendo o princípio da autonomia da ordem jurídica da União (*infra*), na sua dimensão de respeito pela *divisão vertical de competências*. Trata-se, todavia, de um risco *controlado*.¹⁷⁵⁰

III. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO

1. Enquadramento

O princípio da autonomia da ordem jurídica da União é um princípio constitucional sem consagração expressa nos Tratados, mas com longa tradição no direito da União. Começou por ter uma dimensão interna, assente nos princípios do primado e do efeito direto, através dos quais o Tribunal de Justiça confirmou o caráter

¹⁷⁴⁶ Lenk 2019, p. 271. Com dúvidas, Delgado Casteleiro 2016, p. 217.

¹⁷⁴⁷ Tietje et al. 2012, pp. 16-20; Delgado Casteleiro 2016, p. 218.

¹⁷⁴⁸ Artigos 8.21.6 CETA; artigo 3.32.5 API UE-Vietname; artigo 3.5.4 API UE-Singapura.

¹⁷⁴⁹ Note-se que o API UE-Singapura (artigo 3.5.3), ao contrário do CETA (artigo 8.21.4) e do API UE-Singapura (artigo 3.5.3), emprega uma formulação semelhante («*treatment by a member state*»; «*treatment by an institution, body or agency of the Union*»).

¹⁷⁵⁰ Parecer 1/2017 ¶132, destacando a diferença relativamente ao mecanismo do corresponsável, constante do Acordo de Adesão da União à CEDH, um dos pontos a que o Tribunal de Justiça levantou objeções no Parecer 2/13 ¶224-231. Pergunta Delgado Casteleiro 2016, p. 218, referindo-se ao CETA: «If the rules envisaged in article 8.21 paragraph 4 will be applied regardless, why establish the 50-day period for the EU to decide?». Julgamos que a ideia é reduzir ao mínimo hipotéticas violações do princípio da autonomia, conferindo à União – concretamente, à Comissão – o poder de apurar (corretamente) a parte demandada.

autónomo do direito da União. Autónomo no sentido de que não só a posição hierárquica, como a possibilidade de os particulares invocarem o direito da União contra os seus próprios Estados-membros deixaram de resultar das constituições destes últimos, para passarem a ser expressão de uma decisão *autónoma* do próprio direito da União. Por esta razão, a União assumiu-se, logo nos acórdãos *Costa v. Enel* e *Van Gend en Loos*, como uma «nova ordem jurídica de direito internacional».¹⁷⁵¹

Esta especificidade rapidamente adquiriu uma dimensão externa, mas seria incorreto explicar o alcance do princípio da autonomia, talqualmente recortado pelo Tribunal de Justiça, exclusivamente com base no facto de a União se ver a si própria como um ser híbrido, algures entre a organização internacional e a federação.¹⁷⁵²

Em que consiste, então, o princípio da autonomia na sua vertente externa? Atento o significado do princípio na sua vertente interna, dir-se-ia que a ideia é a de impedir que os Estados-membros se sirvam do direito internacional como forma de obstar à interpretação e aplicação uniformes do direito da União. Do que se trata, verdadeiramente, é de preservar a arquitetura constitucional (substantiva e institucional) da União na sua interação com o direito internacional, a qual pode sair abalada tanto por banda de acordos internacionais de que a União (sem ou com os Estados-membros) seja parte, como por banda de acordos internacionais concluídos pelos Estados-membros entre si ou com Estados terceiros.

A preservação da arquitetura de matriz constitucional implica, segundo o Tribunal de Justiça, a afirmação de uma visão pluralista no que respeita à ordem internacional, assente na existência de vários ordenamentos autónomos entre si, em que cada um decide *o modo como toma o outro em consideração*, definindo as suas próprias regras de reconhecimento.¹⁷⁵³ Neste contexto, o único referente de validade do direito da União reside nos tratados constitutivos e não no direito internacional. Foi isso que o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão *Kadi*:¹⁷⁵⁴ a União é uma comunidade de direito, os direitos fundamentais fazem parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça, e nenhum acordo internacional – *seja ele qual for* – pode pôr em causa esta garantia constitucional.¹⁷⁵⁵

¹⁷⁵¹ *Flaminio Costa v. Enel*, processo C-6/64, 15.07.1964, e *Van Gend en Loos*, processo 26/62, 05.02.1963.

¹⁷⁵² Sobre esta dupla dimensão, Lenk 2017, p. 138; Hindelang 2015, p. 72; Lock 2011, p. 1032; Lock 2015a, p. 77; Doblhoff-Dier & Kusmierczyk 2011, p. 362.

¹⁷⁵³ De Búrca 2010.

¹⁷⁵⁴ *Kadi* (Acórdão do Tribunal de Justiça) ¶282-286.

¹⁷⁵⁵ De Búrca 2010, p. 1 ss.; Ziegler 2009, p. 288 ss.; Eckes 2012, p. 238; Lavranos 2010, pp. 268-271.

2. Componentes

Em vários acórdãos e pareceres,¹⁷⁵⁶ o Tribunal de Justiça disse – em jeito de “charada” – que não está vedada à União a celebração de um acordo internacional, dotado de um sistema jurisdicional distinto do dos Tratados, cujas decisões vinculem as instituições da União, incluindo o próprio Tribunal de Justiça.¹⁷⁵⁷ É essa, aliás, a essência do conceito de fiscalização externa.

A questão é perceber se isso é *pragmaticamente* possível, atento aquilo que o Tribunal de Justiça vem imputando ao princípio da autonomia. Neste sentido, a compatibilidade de um acordo internacional (misto) com o direito primário depende (i) da conservação, pela União, do monopólio da interpretação vinculativa do direito da União, “no exercício das suas competências internas”, (ii) que entretanto o Tribunal de Justiça associou ao poder-dever, dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, de efetuarem reenvio prejudicial, (iii) da conservação da ordem de competências estabelecida nos Tratados, inclusivamente da repartição de competências entre a União e os Estados-membros, (iv) da jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça, (v) do respeito pelo princípio da confiança mútua entre os Estados-membros. Vejamos o alcance de cada uma destas componentes.

2.1. O monopólio da interpretação vinculativa do direito da União

O monopólio da interpretação vinculativa foi uma exigência anunciada pelo Tribunal de Justiça nos Pareceres 1/91, 1/92 e 1/00 e está obviamente associada à necessidade de assegurar a uniformidade na aplicação e interpretação do direito da União. Obviamente que esta necessidade, como explica Lock, só se coloca em razão das “caraterísticas especiais” do direito da União e do facto de as suas disposições poderem gozar de efeito direto.¹⁷⁵⁸ Dito de outro modo, o monopólio da interpretação vinculativa é uma projecção, no plano internacional, do facto de a União constituir uma *nova ordem jurídica*.

¹⁷⁵⁶ Referimo-nos aos pareceres elaborados pelo Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 218.11 do TFUE, sobre a compatibilidade de acordos internacionais concluídos pela União com o direito primário.

¹⁷⁵⁷ Parecer 1/91, 14.12.1991, ¶40; Parecer 2/13, 18.12.2014, ¶182-185; Parecer 1/09, 08.03.2011, ¶74, Achmea ¶57. Sem prejuízo, claro está, de por banda dos artigos 218.11 (Parecer vinculativo) e 263 TFUE (anulação), o Tribunal de Justiça ser competente para aferir da compatibilidade desses acordos com o direito primário.

¹⁷⁵⁸ Lock 2015b, p. 81.

Do que se trata é, pois, de afirmar que o acordo internacional de que a União seja parte «não deve ter por efeito impor à União e às suas instituições, no exercício das suas competências internas, uma interpretação determinada das regras de direito da União».¹⁷⁵⁹

Isso pode ocorrer quando os acordos internacionais pretendam estender o acervo comunitário a Estados terceiros, como sucedia no acordo relativo à criação do Espaço Económico Europeu (Parecer n.º 1/91)¹⁷⁶⁰ e no acordo relativo ao estabelecimento de um Espaço de Aviação Comum Europeu (Parecer 1/00).¹⁷⁶¹ Tanto num como no outro, estava em causa um acordo cujas disposições eram idênticas a regras de direito da União, e que deveriam ser aplicadas de forma *uniforme* em todas as Partes contratantes. O Tribunal de Justiça concluiu – no primeiro daqueles Pareceres – que o tribunal constituído para dirimir os litígios entre as partes proferiria decisões que eram suscetíveis de influenciar a interpretação das regras de direito da União.

Outra situação suscetível de lesar o monopólio da interpretação vinculativa do Tribunal de Justiça é a que esteve subjacente à Convenção sobre a Patente Europeia (Parecer 1/09), um acordo de que são parte 38 Estados, inclusivamente a União Europeia e os Estados-membros. Aqui as circunstâncias eram ligeiramente diferentes, visto que o órgão jurisdicional instituído pelo acordo – o Tribunal de Patentes – teria competência para interpretar e aplicar não apenas as disposições da Convenção, mas também o direito da União em matéria de propriedade intelectual e concorrência.¹⁷⁶² A diferença relativamente aos sistemas jurisdicionais objeto dos Pareceres anteriores foi enfaticamente vincada pelo Tribunal de Justiça, pois estes tinham por objeto «a aplicação e interpretação das próprias disposições dos acordos internacionais em questão»,¹⁷⁶³ e não – portanto – do direito da União.

2.2. Privação do dever de efetuar reenvio prejudicial

Igualmente decisiva para a preservação da autonomia da ordem jurídica da União é a questão do reenvio prejudicial. Nos Pareceres 1/91 e 1/00, há pouco referidos,

¹⁷⁵⁹ Parecer 2/13 ¶184, Parecer 1/00, 18.04.2002, ¶13.

¹⁷⁶⁰ O acordo sobre o Espaço Económico Europeu é um acordo celebrado entre os Estados partes da EFTA, a Comunidade Europeia e os Estados-membros.

¹⁷⁶¹ No Parecer 1/00, estava em causa um acordo sobre o Espaço de Aviação Comum Europeu, concluído entre a Comunidade Europeia e um conjunto de Estados europeus, alguns deles hoje pertencentes à União.

¹⁷⁶² Parecer 1/09 ¶78.

¹⁷⁶³ Parecer 1/09 ¶77.

o Tribunal de Justiça sublinhou que os Tratados não se opõem a que os Estados terceiros que sejam parte de um acordo internacional coloquem questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação a dar às suas disposições, desde que as respostas a essas questões tenham efeitos vinculativos e não meramente consultivos.

Mais tarde, no Parecer 1/09, o Tribunal de Justiça elevou o reenvio prejudicial a verdadeiro garante da autonomia da ordem jurídica da União.¹⁷⁶⁴ Com efeito, substituindo-se o Tribunal de Patentes aos órgãos jurisdicionais nacionais, ficariam estes privados de efetuar reenvio prejudicial, mecanismo que é pedra angular do sistema de cooperação judicial direta entre os Estados-membros e o Tribunal de Justiça e condição da uniformidade na aplicação e interpretação do direito da União. *Não bastou, portanto, que o próprio Tribunal de Patentes pudesse efetuar reenvio prejudicial.*

Esta exigência foi, entretanto, reiterada tanto no Parecer 2/13,¹⁷⁶⁵ sobre a adesão da União à CEDH, como no acórdão Achmea, sobre a compatibilidade dos API intra-União com o direito primário.¹⁷⁶⁶

O Projeto de acordo de adesão à CEDH previa um mecanismo de apreciação prévia, que permitiria ao TEDH colocar questões ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação do direito primário da União, mas não sobre a interpretação do direito derivado. Ou seja, atenta a possibilidade de um caso relevante para o direito da União chegar ao TEDH sem que o Tribunal de Justiça tivesse tido oportunidade de se pronunciar (reenvio prejudicial não conta para efeitos do esgotamento das vias de recurso internas),¹⁷⁶⁷ o acordo de adesão admitia que este pudesse intervir, assegurando assim que a apreciação pelo TEDH respeitava o princípio da subsidiariedade.

É certo que a mera previsão do mecanismo mostrava vontade de ir ao encontro das objeções tradicionais do Tribunal de Justiça. Contudo, este esclareceu que a não lhe ser permitido fornecer (autonomamente) uma interpretação definitiva do direito derivado, o mecanismo de apreciação prévia constituiria uma violação do princípio da autonomia, concretamente, do princípio da competência exclusiva do Tribunal de Justiça na interpretação definitiva do direito da União.¹⁷⁶⁸

¹⁷⁶⁴ Parecer 1/09 ¶79-85. Na doutrina, Lenk 2017, p. 142 ss. Tratou-se, para o Autor, de uma afirmação inédita, uma vez que, até ao Parecer 1/09, o Tribunal de Justiça não qualificara o reenvio prejudicial como uma condição da autonomia da ordem jurídica da União, preocupando-se apenas em preservar o papel do Tribunal *se e quando os tratados internacionais previssesem a possibilidade de reenvio.*

¹⁷⁶⁵ Artigo 3.6 do Acordo de Adesão da UE à CEDH. Sobre o mecanismo de apreciação prévia, Odermatt 2014, p. 100 ss.; Krenn 2015, p. 153; Eeckhout 2015, p. 985 ss.

¹⁷⁶⁶ Achmea ¶35 ss.

¹⁷⁶⁷ Artigo 35 CEDH. Sobre esta questão, Projeto de Relatório Explicativo do Acordo de Adesão ¶65 ss.

¹⁷⁶⁸ Parecer 2/13 ¶246.

A conjugação destas diversas decisões levou alguma doutrina a afirmar categoricamente que tanto as cláusulas ISDS tradicionais, como o SJI constante dos novos API seriam considerados incompatíveis com o princípio da autonomia, a menos que previssessem alguma forma de envolvimento *prévio* (prejudicial) do Tribunal de Justiça.¹⁷⁶⁹

2.3. A preservação da ordem de competências estabelecidas nos Tratados

A segunda componente do princípio da autonomia requer a preservação da ordem de competências da União, isto é, a preservação do modo como se repartem as competências entre os Estados-membros e a União, bem como a jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça para decidir – em termos definitivos – essa repartição. Repare-se que, estando em causa acordos mistos, é normal que surja a questão de saber quem é responsável internacionalmente pela adoção de um determinado ato incompatível com o acordo – se a União, se os Estados-membros, se ambos – ou se um determinado caso entra no âmbito de aplicação do direito da União.

No Parecer 1/91, sobre o acordo relativo ao Espaço Económico Europeu, o Tribunal de Justiça considerou que o facto de o Tribunal EEE poder ser chamado a determinar o conceito de “parte contratante” – no sentido de apurar, tendo em conta a divisão de competências prevista nos Tratados, se por parte contratante se entendia a União, os Estados-membros ou ambos – era suscetível de lesar a autonomia da União.¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶⁹ Lenk 2016, p. 676. Contra, Lock 2011, p. 1045 ss., defendendo que o envolvimento prévio do Tribunal de Justiça não seria necessário para preservar a autonomia, já que as interpretações do TEDH (no caso da adesão da UE à CEDH) não produziram efeitos sobre os atos da União visados; Hindelang 2015, p. 85, sublinhando que a inclusão de um mecanismo deste tipo poderia comprometer a neutralidade do fórum de resolução de conflitos, contrariando – assim – a teleologia subjacente à arbitragem do investimento. Concordamos com o Autor.

¹⁷⁷⁰ O problema pode ser solucionado através de declarações de competência, como a do anexo IX da CNUDM, ou de declarações quanto à parte demandada, como a do artigo 26 do TCE. Os artigos 1 e 5 do anexo IX dispõem que uma organização internacional que, juntamente com os respetivos Estados-membros, adira à CNUDM deve elaborar uma declaração que especifique as matérias regidas pela presente Convenção relativamente às quais os Estados-membros que forem partes na presente Convenção lhe tenham transferido competência. Já no artigo 26.3, al. b), subalínea ii) do TCE diz-se que «tanto as Comunidades Europeias como os seus Estados-membros concluíram o Tratado da Carta da Energia e são portanto internacionalmente responsáveis pelo cumprimento das obrigações nele contidas, segundo as suas respetivas competências. As Comunidades e os Estados-membros interessados determinarão entre si, se necessário, quem é a parte adversa nos processos de arbitragem iniciados por um investidor de outra Parte Contratante. Em tais casos e a pedido do investidor, as Comunidades e os Estados-membros interessados farão essa determinação num prazo de 30 dias». Estas cláusulas podem ser suficientes para evitar que o acordo internacional viole o princípio da autonomia – Lock 2015a, p. 123; Bastos 1997, pp.

No acórdão Mox Plant, o Tribunal de Justiça adiantou que um Estado-membro viola o seu dever de cooperação para com a União quando, ao abrigo de um acordo misto, demanda outro Estado-membro a propósito de uma disputa que versa sobre matéria (exclusiva ou partilhada) coberta pelo direito da União (*in casu*, proteção e preservação do meio marinho). Tal circunstância «implica o risco de um tribunal diferente do Tribunal de Justiça se pronunciar sobre o alcance de obrigações decorrentes, para os Estados-membros, do direito comunitário».1771

A questão voltou a colocar-se com o Acordo de adesão da União à CEDH, a propósito do chamado mecanismo do corresponsável.1772 De acordo com o Projeto de Relatório explicativo, o mecanismo visa acomodar a circunstância específica de a União ser uma entidade não estadual dotada de uma ordem jurídica autónoma.1773 As objeções do Tribunal de Justiça, formuladas no Parecer 2/13, giram em torno do facto de a apreciação, pelo TEDH, dos requisitos materiais de funcionamento do mecanismo do corresponsável implicarem uma apreciação do direito da União e poderem interferir na repartição de competências entre a União e os Estados-membros.1774

São várias as reações suscitadas por esta leitura. Por um lado, argumenta-se que o Projeto de Acordo poderia, simplesmente, ter evitado uma decisão sobre quem tem a *última palavra* sobre a divisão de competências entre a União e os Estados-membros, à

234-240. Sobre as declarações de competência efetuadas pela União, cf. <http://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do?fileID=76198>.

1771 Mox Plant, processo C-459/03, 30.05.2006.

1772 Recorde-se que o artigo 2 do Protocolo n.º 8 relativo ao n.º 2 do artigo 6 do TUE relativo à adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabelece que «o acordo [de adesão] deve assegurar que a adesão da União não afete as suas competências nem as atribuições das suas instituições». O mecanismo do corresponsável tem assento no artigo 3 do Tratado de adesão, e admite a possibilidade de tanto os Estados-membros, como a União, consoante os casos, se tornarem corresponsáveis, isto é, passarem a ser parte no processo e, consequentemente, vinculados à decisão que o tribunal proferir. Ora, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 3, prevêem-se duas hipóteses em que o mecanismo do corresponsável pode operar. Na primeira, a União torna-se corresponsável numa queixa em que o demandado é um ou mais Estados-membros, e está voltada para aquelas situações em que a violação da CEDH só poderia ter sido evitada, pelos Estados-membros, mediante incumprimento de uma obrigação de direito da União. Trata-se, sensivelmente, da factualidade subjacente ao acórdão Bosphorus. Na segunda, os Estados-membros podem tornar-se corresponsáveis quando a queixa incide sobre uma disposição de direito primário da União, ou seja, sobre uma disposição que, em caso de violação da Convenção, obrigará a uma revisão dos Tratados e, por conseguinte, à participação de todos os Estados-membros. O estatuto de corresponsável pode ser adquirido, de acordo com o n.º 5 do artigo 3, ou mediante aceitação de um convite (não vinculativo) do Tribunal, ou mediante decisão do Tribunal na sequência de um pedido de uma parte contratante.

1773 Projeto de Relatório Explicativo ¶38.

1774 Parecer 2/13 ¶223-225 e ¶226-231. Isto é suscetível de acontecer: (i) no quadro do artigo 3.5 do Projeto de Acordo, na parte em que aí se confere poder ao TEDH para analisar e decidir o pedido de uma das partes contratantes (União ou Estados-membros) para se tornar corresponsável; (ii) no quadro do n.º 7 do mesmo artigo, no segmento em que aí se permite que o TEDH possa decidir, com base nos argumentos apresentados pelo demandado e pelo corresponsável, que só um deles seja considerado responsável por essa violação.

semelhança do que sucede no plano interno a propósito da chamada *competência-competência*. Halberstam chama-lhe a “arte da ambiguidade”.¹⁷⁷⁵

Há, por outro, visões altamente críticas da leitura do Tribunal de Justiça, como é o caso de Eeckhout, para quem o exercício, pelo TEDH, da sua função de controlo externo comporta uma avaliação daqueles que são os aspetos centrais do direito da União, *inclusivamente dos princípios básicos ao nível da divisão de competências*.¹⁷⁷⁶ Também no contexto de outros acordos internacionais surgem questões relacionadas com a divisão de competências entre a União e os Estados-membros, sem que daí tenham resultado interferências com o princípio da autonomia. Na OMC, por ex., a União assume a responsabilidade internacional pelas violações cometidas pelos Estados-membros.¹⁷⁷⁷

2.4. A jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça

A jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça é um dos elementos do princípio da autonomia, e tem assento imediato no artigo 344 TFUE.¹⁷⁷⁸ Neste dispõe-se o seguinte: «Os Estados-membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação e aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos».

Um primeiro ensaio de interpretação deste dispositivo veio do acórdão *Mox Plant*.¹⁷⁷⁹ Sob apreciação estava a decisão da Irlanda de submeter a arbitragem internacional, ao abrigo da CNUDM, uma disputa com o Reino Unido por este não ter

¹⁷⁷⁵ Halberstam 2015, p. 116.

¹⁷⁷⁶ Eeckhout 2015, p. 981 [«(...) For the ECtHR to be in a position to exercise its external control function, and to ensure that human rights violations are properly assessed and redressed, it will need to look into EU law, including the basic principles concerning the division of powers»].

¹⁷⁷⁷ Lazowski & Wessel 2015, p. 199 [«(...) A first assessment of these arguments leads us to conclude that the Court may be overly cautious. This would not be the first time that “a foreign jurisdiction” has had an opinion on the division of competences and responsibilities between the EU and its Member States. The best example is provided by the WTO, where the division of competences is not even followed consistently as to fit the WTO’s judicial framework best»]. No mesmo sentido, Korenica & Doli 2017, p. 97, sublinhando que o mecanismo do corresponsável se afasta do modelo previsto nos PARIO, segundo o qual a organização internacional é internacionalmente responsável pelas ações e omissões dos Estados-membros quando estes atuem em implementação de atos dessa organização internacional e não beneficiem, nessa implementação, de discricionariedade.

¹⁷⁷⁸ *Mox Plant* ¶123 [«(...) O Tribunal de Justiça recordou já que um acordo internacional não pode violar a ordem de competências estabelecidas pelos Tratados e, portanto, a autonomia do sistema jurídico comunitário cuja observância o Tribunal de Justiça assegura, por força do artigo 220.º CE. Esta competência exclusiva do Tribunal de Justiça é confirmada pelo artigo 292.º CE (atualmente, artigo 344.º TFUE), nos termos do qual os Estados-membros se comprometem a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação do mesmo Tratado a um modo de resolução diferente dos que nele estão previstos»].

¹⁷⁷⁹ *Mox Plant* ¶168 ss.

cumprido as obrigações de controlo das descargas de resíduos radioativos produzidos pela fábrica Mox. Trata-se de um acórdão importante a vários títulos.

Em primeiro lugar, exprime uma opção maximalista do Tribunal de Justiça relativamente à sua *jurisdição*, que existirá sempre que o litígio diga respeito a matérias de competência não exclusiva dos Estados-membros.¹⁷⁸⁰ Por essa razão, a doutrina lê aqui um dever, para os Estados-membros, de ignorar os meios de resolução de litígios previstos em acordos internacionais de que sejam partes contratantes e cujo conteúdo diga respeito a matéria de competência da União.¹⁷⁸¹ Recorde-se que este dever se impõe mesmo relativamente a acordos mistos, ou seja, a acordos de que a União também seja parte.¹⁷⁸²

Em segundo lugar, a competência para operar esta delimitação – no fundo, para apurar a jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça através da qualificação da matéria subjacente ao litígio – é exclusiva do próprio Tribunal de Justiça. É ele o detentor da *competência-competência*, isto é, da competência para determinar se é competente. Por conseguinte, um Estado-membro que lance mão de mecanismos de resolução de litígios previstos num acordo sobre matéria da competência da União sem antes questionar o Tribunal de Justiça sobre a sua jurisdição viola, não só o artigo 344 TFUE, mas também – como já fizemos referência – o princípio da cooperação leal, inscrito no artigo 4.3 do TUE.¹⁷⁸³

Em face desta dupla proposição, colocou-se a questão de saber se a jurisdição exclusiva inscrita no artigo 344 TFEU seria dirigida apenas aos litígios entre Estados-membros, ou se teria um âmbito de aplicação mais amplo, abrangendo, igualmente, litígios entre a União e os Estados-membros, ou entre um Estado-membro e um particular. Alguma doutrina sufragava um entendimento estrito do preceito, arrimando-o no Parecer 1/09, já referido, sobre a criação do Tribunal de Patentes, na parte em que aí

¹⁷⁸⁰ No entender do Tribunal de Justiça, a matéria em causa estaria amplamente regulada no direito da União, e, portanto, a União, ao tornar-se parte da CNUDM, estaria a exercer, naquele domínio, a sua competência externa (partilhada). Tal bastaria para sufragar a competência do Tribunal para conhecer dos litígios referentes à interpretação e aplicação da parcela da Convenção respeitante às matérias (já) ocupadas pela União (¶120-122). Depois, o Tribunal de Justiça chegou à conclusão que, mesmo estando em causa uma competência externa partilhada da União, a sua competência para conhecer daqueles litígios seria *exclusiva*, por banda do disposto no artigo 344 TFUE (¶122-126). *Não há, pois, correspondência entre competência exclusiva da União e a jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça*, dado que, aliás, já resultava dos acórdãos Hermès, processo C-53/96, 16.06.1998, e Haegeman, processo 181/73, 30.04.1974.

¹⁷⁸¹ Lock 2009, p. 294; Lock 2015a, p. 112; Lavranos 2006, p. 294; Govaere 2010, pp. 199-201.

¹⁷⁸² Mox Plant ¶130.

¹⁷⁸³ Mox Plant ¶179.

se esclarece que o Tribunal de Patentes não compromete o preceituado no artigo 344 TFUE por ter por função dirimir litígios *entre particulares*.¹⁷⁸⁴⁻¹⁷⁸⁵

Outros Autores arriscavam, porém, que o artigo 344 TFUE seria uma manifestação do princípio da autonomia, e que, neste sentido, a jurisdição exclusiva existiria *para lá dos litígios entre Estados-membros*, cobrindo igualmente litígios entre particulares e Estados-membros e entre os Estados-membros e a União.¹⁷⁸⁶

Se é certo que no Parecer 1/09 o Tribunal de Justiça parecia apontar para um entendimento mais estrito do preceito, o acórdão Achmea, a propósito da compatibilidade dos API intra-União com o direito primário, pôs termo às dúvidas. Com efeito, o Tribunal acolhe a perspectiva que vê no artigo 344 TFUE uma *projeção do monopólio da interpretação vinculativa do direito da União*.¹⁷⁸⁷

Não foi esta a única mutação no que respeita à interpretação do artigo 344 TFUE. No Parecer 2/13, o Tribunal de Justiça perfilha um entendimento segundo o qual o simples facto de um acordo internacional admitir litígios entre Estados-membros da União, como decorre do artigo 33 CEDH, é suficiente para o tornar contrário ao direito primário da União, inviabilizando a sua conclusão.

Contudo, como sublinha a AG Kokott, a ser assim, inúmeros acordos internacionais celebrados no passado pela União haveriam de ter-se por inválidos (eg. o sistema de resolução de conflitos da OMC), por não preverem expressamente a primazia do artigo 344 TFUE sobre os mecanismos de resolução de litígios ínsitos ao próprio acordo internacional,¹⁷⁸⁸ ou alternativamente – acrescentamos nós – por não preverem cláusulas de desconexão substantivas ou jurisdicionais.¹⁷⁸⁹

¹⁷⁸⁴ Reinisch 2013, p. 153; Tietje 2008.

¹⁷⁸⁵ Vale a pena reler as concretas palavras do Tribunal de Justiça, no ¶63 do Parecer 1/09: «(...) A criação do TP [Tribunal de Patentes] também não pode ir contra o artigo 344.º TFUE, na medida em que este artigo se limita a proibir os Estados-Membros de submeter um diferendo relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados a um meio de resolução diferente dos previstos nestes. Ora, as competências que o projeto de acordo visa atribuir ao TP dizem exclusivamente respeito aos litígios entre particulares no domínio das patentes».

¹⁷⁸⁶ Lock 2009, p. 293; Von Papp 2013, p. 1052; Burgstaller 2010, p. 191.

¹⁷⁸⁷ Achmea ¶60 [«(...) os artigos 267.º e 344.º devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição constante de um acordo internacional celebrado entre os Estados-membros (...) nos termos da qual um investidor de um desses Estados-membros pode, em caso de litígio relativo a investimentos realizados no outro Estado-membro, intentar uma ação contra este último Estado-membro num tribunal arbitral cuja competência esse Estado-membro se comprometeu a aceitar»].

¹⁷⁸⁸ Tomada de posição da AG Kokott sobre o Parecer 2/13, apresentada em 13.07.2014 ¶107-120; Johansen 2015, p. 174; Eeckhout 2015, p. 978 [«A last point in connection with the Court's analysis of its exclusive jurisdiction is that it reveals that EU's membership of the WTO violates the EU Treaties (...»)].

¹⁷⁸⁹ Uma cláusula de desconexão é uma declaração de algumas das partes do tratado nos termos da qual estas renúnciam a aplicar o tratado em causa nas suas relações mútuas. Sobre as cláusulas de desconexão substantivas e as críticas que lhes são dirigidas, Lichova 2008, pp. 484-489; Govaere 2010, p. 204; Vezzani 2016, pp. 168-116.

2.5. O princípio da confiança mútua entre os Estados-membros

Não há dúvida de que o Tribunal de Justiça concebe o princípio da confiança mútua entre os Estados-membros como um princípio de valor constitucional dentro da ordem da União, alicerçando nele, juntamente com o efeito direto e com o primado, o seu carácter autónomo.¹⁷⁹⁰ Como se lê no acórdão Achmea, «o direito da União assenta assim na premissa fundamental segundo a qual cada Estado-membro partilha com todos os outros Estados-Membros, e reconhece que estes partilham consigo, uma série de valores comuns nos quais a União se funda». Esta é a base normativa do princípio da confiança mútua, de que o Tribunal de Justiça se serviu, no Parecer 2/13, para impedir a adesão da União à CEDH. Vejamos.

Com base neste princípio, um Estado-membro pode ser obrigado a presumir o respeito dos direitos fundamentais por parte dos outros Estados-membros, não lhe sendo possível exigir a outro Estado-membro um nível de proteção mais elevado do que o assegurado pelo direito da União. Foi isto que o Tribunal de Justiça afirmou no célebre acórdão Melloni.¹⁷⁹¹

Ora, no entender do Tribunal de Justiça, o projeto de acordo de adesão não acautela suficientemente duas situações suscetíveis de lesar a confiança mútua.

A primeira prende-se com o artigo 53 da CEDH, que reserva às partes contratantes a faculdade de prever padrões nacionais de proteção de direitos fundamentais mais elevados do que os garantidos pela Convenção. O receio do Tribunal de Justiça é o de que os Estados-membros se sirvam deste preceito em termos que possam comprometer o nível de proteção selecionado pela União, ou seja, em termos que possam perturbar a ponderação entre os direitos fundamentais em causa e os interesses da efetividade e da uniformidade na aplicação do direito da União.

Na verdade, ao considerar os Estados-membros como partes contratantes nas suas relações recíprocas, mesmo em matérias que entram no âmbito de aplicação do

¹⁷⁹⁰ Lock 2015b, p. 250.

¹⁷⁹¹ Melloni, processo C-399/11, 26.02.2013, ¶55-64. Recorde-se que estava em causa um mandado de detenção europeu dirigido às autoridades espanholas, que estas se recusaram a cumprir com fundamento no facto de o direito italiano não prever recurso de sentença condenatória por crime muito grave proferida *in absentia*, e de, por conseguinte, a extradição constituir, nestas circunstâncias, uma violação do princípio do processo equitativo, consagrado no artigo 24 da Constituição espanhola. Na sequência de reenvio prejudicial, o Tribunal de Justiça teve oportunidade de se pronunciar sobre a interpretação preconizada pelo Tribunal Constitucional espanhol quanto ao artigo 53 da CDFUE, segundo a qual tal dispositivo autoriza um Estado-membro a aplicar o nível de proteção assegurado pela sua Constituição quando este seja superior ao garantido pela Carta. A resposta do Tribunal de Justiça, no ¶63, foi contundente.

direito da União, o projeto de acordo de adesão permite que um Estado-membro verifique o respeito pelos direitos fundamentais por parte de outro Estado-membro.¹⁷⁹²

3. Apreciação

A presente secção demonstrou a compreensão cada vez mais “musculada” que o princípio da autonomia vem assumindo no contexto das relações internacionais da União. Aparentemente, o Tribunal de Justiça não está disposto a validar um acordo internacional que ponha em causa a ordem de competências previstas nos Tratados, isto é, que conceda a outro órgão jurisdicional o poder de se imiscuir no modo como são repartidas as competências entre a União e os Estados-membros (i), ou que afete a jurisdição exclusiva do Tribunal no que respeita à resolução de questões que entrem no âmbito de aplicação do direito da União, *mesmo que se reconduzam à interpretação e aplicação de outra ordem ou subsistema jurídico* (ii).

A primeira objeção parece-nos razoável. O facto é que, não constituindo a União uma federação de Estados, regida pelo princípio da unidade no que respeita à responsabilidade internacional, há interesse em que seja a União a delimitar essa repartição de competências.¹⁷⁹³

Temos maiores dificuldades em acompanhar o raciocínio do Tribunal de Justiça no que respeita à segunda objeção. Embora com dúvidas,¹⁷⁹⁴ parece-nos que o que o Tribunal de Justiça pretende é, *sob a capa da idiosincrasia europeia* (no limite, 27 Estados-membros a invocarem uma violação do direito internacional para não cumprirem o direito da União), subsumir-se ao escrutínio de terceiros no que respeita ao modo como regula as relações que interessam ao direito da União.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹² Trata-se, no fundo, de evitar o surgimento de casos como os dos acórdãos *MSS v. Belgium and Greece*, application no. 30696/09, Grand Chamber, 21.01.2011, ou *Tarkhel v. Switzerland*, application no. 29217/12, Grand Chamber, 04.11.2014. Sobre este ponto, Mesquita 2017, p. 388.

¹⁷⁹³ Cf., contudo, a posição de Eeckout 2015, p. 981, tratada na nota n.º 1775.

¹⁷⁹⁴ Cf. os argumentos de Krenn 2015, p. 158, e Halbertstam 2015, p. 119, que concordam com a decisão do Tribunal de Justiça.

¹⁷⁹⁵ Numa situação como a do caso Melloni, o TEDH ou considera que o nível de proteção assegurado pela CDFUE – leia-se, pela União – respeita a Convenção, ou considera que ele viola a Convenção. Como sugere Eeckout 2015, p. 966, o papel do TEDH é o de garantir a efetividade do nível de proteção assegurado pela Convenção, e não o de assegurar os níveis de proteção mais elevados que o direito interno de cada parte contratante eventualmente preveja (no mesmo sentido, Lock 2015b, p. 249). Parece-nos, na verdade, que esta é uma das ocasiões em que o Tribunal de Justiça se louva na autonomia da ordem jurídica da União para se furtar ao controlo externo que a adesão a um tratado internacional em matéria de direitos humanos necessariamente envolve. Depois, relativamente ao princípio da confiança mútua, e lendo o ¶194 do Parecer 2/13, fica a ideia de que, através da adesão, o que a União ambiciona é – verdadeiramente – a não aplicação da Convenção nas relações entre Estados-membros quando esteja em

IV. OS API INTRA-UNIÃO E O DIREITO DA UE: JURISDIÇÃO E (IN)COMPATIBILIDADE

1. Enquadramento

A presente secção tem por objeto elencar e compreender os argumentos veiculados pela União e pelos Estados-membros contra a jurisdição dos tribunais arbitrais intra-UE (*intra-EU jurisdictional objection*), bem como a reação dos tribunais a essas objeções. Os diferendos de investimento intra-UE podem decorrer tanto de uma cláusula ISDS contida num API concluído entre dois Estados-membros (ainda que, à data da conclusão do API, um ou ambos ainda não tivessem aderido à União), como de uma cláusula ISDS constante de um acordo misto, como, por ex., o TCE.

O tribunal arbitral é um tribunal internacional, isto é, um tribunal constituído com base numa convenção internacional e que está fora da ordem jurídica da União.¹⁷⁹⁶ Destarte, a sua jurisdição depende do consentimento à arbitragem inscrito no API, da Convenção ICSID (se aplicável) e do direito internacional. Tratando-se de um tribunal arbitral, o tribunal goza de *competência-competência*, isto é, do poder de ajuizar da sua própria competência.¹⁷⁹⁷

Argumenta-se, de um lado, que os Estados-membros não perderam a sua personalidade jurídica internacional enquanto Estados soberanos, mantendo a capacidade de concluir validamente acordos internacionais mesmo em violação do direito da União.¹⁷⁹⁸⁻¹⁷⁹⁹ Do outro, os API entre Estados-membros deixaram, em última instância, de ser acordos “internacionais” para passarem a ser acordos entre membros de uma federação, cuja validade deve ser apreciada à luz da moldura constitucional do TUE e do TFUE.¹⁸⁰⁰

causa o direito da União (Guerra Martins 2016, p. 125). Esta leitura conduziria a uma situação *contraditória*, porquanto a adesão da União à Convenção levaria, afinal, a uma menor proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, o TEDH – que, num contexto pré-adesão (como o atual), tem jurisdição sobre os casos Tarakhel e MSS – perderia essa jurisdição a partir do momento em que a União aderisse à Convenção nos moldes tolerados pelo Tribunal de Justiça [Lazowski & Wessel 2015, p. 192: «(...) A broad reading of paragraph 194 of the opinion may indicate that the Court demands non-application of the ECHR between the EU member states when their relations are governed by EU law»]. Afastando os argumentos contrários à adesão, Quadros 2012, pp. 87-99.

¹⁷⁹⁶ Electrabel ¶4.112.

¹⁷⁹⁷ Artigo 41.1 da Convenção ICSID.

¹⁷⁹⁸ Lock 2009, p. 305; Eilmansberger 2009, p. 404; Lichova 2008, p. 464; G. Alvarez 2018, p. 572.

¹⁷⁹⁹ Sujeitando-se, como é bom de ver, às consequências jurídicas que esse incumprimento acarreta nos termos do tratado fundador da organização internacional em causa.

¹⁸⁰⁰ Hindelang 2012, p. 191.

Até ao momento, nenhum tribunal arbitral (anterior ou posterior ao acórdão Achmea) rejeitou jurisdição sobre uma disputa de investimento submetida com base num API intra-União.¹⁸⁰¹ Contudo, os tribunais arbitrais (i) não enjeitam a possibilidade de a sua jurisdição estar limitada pelo direito internacional, (ii) nem ignoram o relevo do princípio da autonomia da ordem jurídica da União, seja na eventualidade de haver impugnação da decisão arbitral à luz da *lex arbitrii* (quando esta seja a lei de um Estado-membro, bem entendido), seja na eventualidade de a decisão arbitral ser executada num Estado-membro.¹⁸⁰² Melindrosa é a questão de saber se a autonomia da ordem jurídica da União, e com ela a invalidade da convenção de arbitragem à luz do direito interno dos Estados-membros, *deve ter alguma consequência na jurisdição de um tribunal internacional*, fundado num API, nas hipóteses em que haja lugar da arbitragem e esse lugar seja um Estado-membro (iii).

A secção fecha com a análise do acórdão Achmea, procurando explorar os efeitos da decisão na jurisdição dos tribunais arbitrais intra-União.

2. A objeção à jurisdição dos tribunais intra-União

2.1. Substituição automática à luz da CVDT

Tanto a Comissão como os Estados demandados invocaram argumentos baseados na CVDT, concretamente nos seus artigos 59 e 30, duas disposições sobre *conflitos entre tratados*.¹⁸⁰³ Esta argumentação foi mobilizada tanto nas arbitragens que têm por base tratados bilaterais, como nas arbitragens que têm por base o TCE.¹⁸⁰⁴⁻¹⁸⁰⁵

Entre os artigos 30.3 e 59 CVDT existe uma relação de precedência lógica, posto que o primeiro só vale quando as condições de suspensão ou cessação de um tratado previstas no segundo não estejam preenchidas.¹⁸⁰⁶ O artigo 59 regula a substituição de um tratado por outro, ou seja, define os critérios que orientam o intérprete quanto à conclusão de que, *havendo dois tratados sucessivos entre as mesmas partes sobre a mesma matéria*, o tratado posterior suspendeu ou revogou o tratado

¹⁸⁰¹ Cf., porém, a opinião dissidente do árbitro Marcelo G. Kohen no acórdão Theodoros Adamakopoulos and others v. Republic of Cyprus, ICSID Case no. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction, 07.02.2020.

¹⁸⁰² Eureko ¶225; PL Hondings ¶304-309; Eiser Infrastructure ¶199; Electrabel ¶4.112.

¹⁸⁰³ Sobre a aplicação destes preceitos, Barausova 2018, pp. 129-153; Carducci 2018, pp. 582-619.

¹⁸⁰⁴ Blusun ¶229; CEF Energia ¶57 ss.

¹⁸⁰⁵ Cf., porém, a carta enviada pela Comissão no acórdão Eastern Sugar v. The Czech Republic, SCC no. 088/2004, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration in Paris, Partial Award, 27.03.2007.

¹⁸⁰⁶ Orakhelashvili 2011, p. 789 (em anotação ao artigo 30 CVDT).

anterior. Releva, destarte, a intenção implícita das partes (isto é, não expressamente manifestada no tratado, caso contrário o problema nem se levantaria) no sentido de que a matéria em causa deveria ser disciplinada pelo tratado posterior, ou o reconhecimento de incompatibilidades *significativas* entre as disposições dos dois tratados em termos que inviabilizem a sua aplicação em simultâneo.¹⁸⁰⁷

O artigo 30.3 e 4 contém normas supletivas, ou seja, normas que só operam na eventualidade de nenhum dos tratados em causa (anterior e posterior) disciplinar o eventual conflito entre as respetivas disposições (artigo 30.2).¹⁸⁰⁸⁻¹⁸⁰⁹ A aplicação do artigo 30.3 e 4 depende, ainda, da conclusão que haja de extrair-se relativamente ao artigo 59, porquanto a suspensão ou substituição (tácita) de um tratado por outro inviabiliza, logicamente, a possibilidade de conflito. Assim, constatando-se a existência de dois tratados sucessivos, ambos em vigor, que vinculam as mesmas partes e *versam sobre a mesma matéria* («same subject matter»), a solução da CVDT passa por dar prioridade à aplicação da *lex posterior* na estrita medida em que as disposições desta sejam incompatíveis com as da lei anterior.

Porém, tanto no caso do artigo 59 como no caso do artigo 30, exige-se que os dois tratados versem sobre a *mesma matéria*. Ora, é este o ponto que nos interessa. Odendahl, em comentário ao artigo 30, garante que se trata de um *conceito amplo*, e que o facto de dois tratados terem objeto idêntico, isto é, versarem sobre a mesma matéria, não resolve a questão da incompatibilidade. *Nem todos os tratados que versam sobre a mesma matéria contêm disposições incompatíveis entre si*.¹⁸¹⁰

¹⁸⁰⁷ Giegerich 2012, p. 1012 (em anotação ao artigo 59 CVDT).

¹⁸⁰⁸ O artigo 30.3 da CVDT dispõe o seguinte: «Quando todas as Partes no tratado anterior são também Partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59.º, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior». Já o n.º 4 regula as situações em que o tratado posterior não abrange todas as partes do tratado anterior.

¹⁸⁰⁹ Basener 2017, p. 228, lembrando que tanto o artigo 59 como o artigo 30 só se aplicam na medida em que não haja uma cláusula de conflito especial, implícita ou explícita. No entender do Autor, existe uma cláusula implícita – o princípio do primado – *que afasta a aplicação das disposições do API* (ou do TCE) onde se consente à arbitragem.

¹⁸¹⁰ Odendahl 2012, p. 510 (em anotação ao artigo 30.3 CVDT). Orakhelashvili 2011, p. 789 (em anotação ao artigo 30 CVDT) esclarece que, na prática, o artigo 30.3 é mobilizado em situações de conflito entre disposições sobre mecanismos de resolução de conflitos constantes de tratados diversos. *Só existe incompatibilidade quando dessas disposições resulte que um dos tribunais ou sistemas de resolução beneficia de jurisdição exclusiva sobre o diferendo*. Nas demais hipóteses, os mecanismos podem coexistir sem que daí advenha uma situação de incompatibilidade. Nas palavras do Autor, não existe conflito normativo «(...) unless the textual evidence is adduced to prove that that jurisdiction has been consensually – and exclusively – delegated to another tribunal (...). Otherwise, both clauses could coexist and States continue enjoying their freedom to choose to which tribunal they refer their cases».

A posição dominante é a de que os API e os Tratados constitutivos da União (o TUE e o TFUE) não versam sobre *a mesma matéria* porque têm um objeto e fim distintos.¹⁸¹¹ Com efeito, enquanto o direito da União tem por objetivo a construção do mercado interno assente nas liberdades fundamentais (pessoas, capitais, serviços e mercadorias), o principal objetivo dos API é o de garantir um certo nível de proteção do investimento.

Acresce que os tratados de investimento oferecerem uma proteção substantiva e adjetiva aos investidores que não tem paralelo no direito da União.¹⁸¹² Um dos pontos nevrálgicos da análise é o standard FET, pois como sublinhou o tribunal arbitral no acórdão Eureko, apesar de o direito da União proibir discriminações diretas ou indiretas em razão da nacionalidade, não assegura aos investidores um standard de transparência, previsibilidade e razoabilidade de craveira semelhante ao FET.¹⁸¹³ No acórdão Marfin, pode mesmo ler-se o seguinte: «the tribunal is not persuaded (...) that EU law specifically forbids treatment *that is not fair and equitable*».¹⁸¹⁴ Existem também diferenças ao nível da proteção contra a expropriação, por o direito da UE não abranger expropriações regulatórias.

Contudo, verdadeiramente decisivo para a convicção dos tribunais arbitrais de que os API e os Tratados não versam sobre *a mesma matéria* é a circunstância de os primeiros conterem uma cláusula ISDS. Esta é, segundo a jurisprudência arbitral, «the most essential provision of Bilateral Investment Treaties»,¹⁸¹⁵ porquanto confere aos investidores o direito de demandar diretamente o Estado de acolhimento num tribunal

¹⁸¹¹ Robert-Cuendet 2010, p. 879; Reinisch 2012, p. 167. Em sentido contrário, Wehland 2009, p. 305.

¹⁸¹² Reinisch 2012, p. 168-170; Eilmansberger 2009, p. 400. Na jurisprudência, PL Holdings v. Poland, Arbitration No.: V 2014/163, SCC Arbitration Rules, Partial Award, 28.06.2017, ¶312 [«(...) The BIT in this case, like most BITs, affords foreign investors rights that are wider than those afforded by EU law»]; Eureko v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction, Arbitrability and suspension, 26.10.2010, ¶245 [«Moreover, the BIT establishes extensive legal rights and duties that are neither duplicated in EU law nor incompatible with EU law. The protections afforded to investors by the BIT are, at least potentially, broader than those available under EU law (or, indeed, under the laws of any Member State). Those rights and duties are central to the purpose of the BIT (...)»].

¹⁸¹³ Eureko ¶250-261. Aliás, o Tribunal arbitral vai mais longe e assinala que o API oferece uma proteção da propriedade privada mais extensa do que a conferida pela CDFUE e, indiretamente, pela CEDH: «Both the considerable body of jurisprudence on indirect takings that has emerged in the context of BITs, and also the fact that the BIT protects “assets” and “investments” rather than the arguably narrower concepts of “possessions” and “property” protected by the EU Charter on Fundamental Rights, give rise to the possibility of wider protection under the BIT than is enjoyed under EU law». Identicamente, Marfin ¶589.

¹⁸¹⁴ Marfin ¶589 – o itálico é nosso.

¹⁸¹⁵ Eastern Sugar ¶165; Anglia Auto v. The Czech Republic, Arbitration case V 2014/181, SCC Arbitration Rules, Award, 10.03.2017, ¶116; Oostergetel v. Slovak Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Jurisdiction, 30.04.2010, ¶77.

arbitral internacional, ao passo que, no direito da União, a solução passa por recorrer aos tribunais nacionais e ao Tribunal de Justiça, através do reenvio prejudicial, ou, excecionalmente, através do recurso de anulação ou da exceção de ilegalidade.¹⁸¹⁶

Os tribunais arbitrais rejeitaram, inclusivamente, o argumento da Comissão no sentido de que a outorga de uma proteção especial aos investidores de certos Estados-membros, por banda de um API, constituiria uma discriminação (em razão da nacionalidade) proibida à luz do artigo 18 do TFUE. Para os tribunais arbitrais, daí não advém qualquer incompatibilidade: bastaria aos Estados-membros estender o tratamento de benefício aos investidores dos demais Estados-membros.¹⁸¹⁷

Para os tribunais arbitrais, em síntese, os API e os Tratados não versam sobre a mesma matéria (i), e *sem prejuízo de se poderem aplicar aos mesmos factos*, não são incompatíveis,¹⁸¹⁸ antes *complementares* (ii). A proteção assegurada pelos API é mais exaustiva e mais intensa que a proteção oferecida pelo DUE (iii).¹⁸¹⁹ Por esta razão, não só não há lugar a aplicação do artigo 59 da CVDT, como é de rejeitar a mobilização do artigo 30.3 do mesmo Tratado.¹⁸²⁰

Existem, porém, outros entendimentos. Um critério alternativo passa por considerar que duas regras versam sobre a mesma matéria *se forem aplicáveis aos mesmos factos*.¹⁸²¹ De acordo com a Comissão de Direito Internacional no seu Relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional, o teste decisivo para determinar se dois tratados internacionais versam sobre a *mesma matéria* é o de saber se o cumprimento de uma obrigação ou proibição imposta por um deles afeta o cumprimento de uma obrigação ou proibição ditada pelo outro.¹⁸²² Aplicando este entendimento, o resultado à

¹⁸¹⁶ Artigos 263 e 277 TFUE, ambos sujeitos a requisitos apertados no que respeita à legitimidade processual dos particulares (Mota de Campos, Mota de Campos & Pereira 2014, p. 470 ss.).

¹⁸¹⁷ Eureko ¶266; Eastern Sugar ¶168-169; Blusun ¶286; WNC Factoring v. The Czech Republic, PCA Case no. 2014-34, Award, 22.02.2017, ¶309. Contra, Miron 2014, p. 338.

¹⁸¹⁸ Oostergetel ¶103-105; A11Y Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case no. UNCT/15/1, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Jurisdiction, 09.02.2017, ¶177.

¹⁸¹⁹ Masdar ¶340; Eastern Sugar ¶168-169; Eureko ¶275 [«(...) One of the central purposes of arbitration is to provide the disputing parties, by their consent, with an alternative to proceedings in national courts»]; Conclusões do AG Wathelet sobre o processo Achmea, apresentadas em 19.09.2017 ¶179 [«(...) Não sei o que é que a Comissão entende pelos termos «proteção completa», mas a comparação do referido TBI com os Tratados UE e FUE demonstra que a proteção concedida por estes aos investimentos *está ainda longe de estar completa*»] – o itálico é nosso.

¹⁸²⁰ No acórdão Eureko ¶272, o Tribunal arbitral acrescenta que, mesmo que houvesse incompatibilidade, isso não teria quaisquer efeitos sobre a jurisdição do tribunal arbitral, devendo ser tida em conta na fase de mérito aquando da determinação do direito aplicável à disputa.

¹⁸²¹ EURAM v. The Slovak Republic, PCA Case no. 2010-17, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction, 22.10.2012, ¶159.

¹⁸²² ILC 2006, ¶253 (Relatório sobre fragmentação do direito internacional apresentado por Koskenniemi). Defendendo o entendimento da ILC, e reputando de excessivamente restritiva a posição

luz da CVDT seria certamente outro. Ambos os tratados têm a pretensão legítima de avaliar, à luz de parâmetros distintos, *o mesmo conjunto de factos* (atuação estadual num determinado setor normativo).¹⁸²³ A diferente ontologia constitucional dos dois sistemas faz com que haja, pelo menos, *potencial para conflito* entre algumas das suas disposições.¹⁸²⁴

Da nossa parte, defendemos um entendimento “amplo” sobre o que se entende por dois tratados versarem “sobre a mesma matéria”. Esse entendimento, como vimos, não é desconhecido da doutrina jus-internacional.¹⁸²⁵ Depois, se é certo que o facto de vários tribunais terem título jurisdicional sobre a disputa não é revelador de uma incompatibilidade, não será assim quando, por decisão dos Estados envolvidos, disposições do tratado posterior atribuam jurisdição *exclusiva* ao respetivo tribunal. Aí emerge, com efeito, um conflito normativo, que há-de ser resolvido, segundo o n.º 3 do artigo 30 CVDT, aplicando as disposições substantivas e adjetivas previstas no tratado posterior (TUE e TFUE).

2.2. O relevo do argumento da autonomia da ordem jurídica da União

Nas palavras da Comissão, os API intra-União constituem uma «anomalia no mercado interno».¹⁸²⁶ Com efeito, à luz do princípio do primado, o direito da União prevalece, em caso de conflito, sobre o direito interno dos Estados-membros, bem como sobre os acordos internacionais que estes hajam concluído entre si, não valendo, portanto, para estes, o princípio do *pacta sunt servanda*.¹⁸²⁷ Tais acordos são suscetíveis de lesar, para além do princípio do primado,¹⁸²⁸ o monopólio interpretativo do Tribunal de Justiça para que apontam os artigos 267 e 344 do TFUE, e, por conseguinte, o

sufragada pelos tribunais arbitrais, Basener 2017, p. 235 ss. Cf., também em sentido crítico, Reinisch 2012, p. 166; Hindelang 2012, pp. 193-194.

¹⁸²³ Eureko ¶191. Identicamente, European Commission 2018.

¹⁸²⁴ Barausova 2018, p. 142 (a Autora considera este entendimento “problemático” por suscitar a “confusão” entre o requisito da “mesma matéria” e o requisito da “incompatibilidade”). Também o acórdão Marfin ¶587 chama a atenção para esta “confusão”: «The Tribunal also considers that Respondent conflates the question of whether treaties have the same subject-matter with the question of whether treaties are compatible with each other. For purposes of an analysis under Articles 59 and 30 of the VCLT, these are distinct inquiries and the question of compatibility only arises if and when it has been determined that the treaties have the same subject-matter (...)».

¹⁸²⁵ Odendahl 2012, p. 510 (em anotação ao artigo 30.3 CVDT).

¹⁸²⁶ Eureko ¶177.

¹⁸²⁷ Eureko ¶180.

¹⁸²⁸ Novenergia II ¶410.

princípio da autonomia da ordem jurídica da União, recortado nos termos que expusemos supra.

A Comissão, invocando a jurisprudência *Mox Plant*, sustenta uma interpretação ampla do artigo 344 TFUE, considerando que o mesmo contém uma proibição, dirigida aos Estados-membros, de conferirem jurisdição a sistemas de resolução de disputas alternativos, em matérias que integrem o âmbito material do direito da União.¹⁸²⁹⁻¹⁸³⁰

Os tribunais arbitrais sustentam que o artigo 344 TFUE se dirige a disputas entre Estados-membros e não a disputas entre um Estado-membro e um particular, servindo-se, precisamente, do facto de no acórdão *Mox Plant* estar em causa uma disputa do primeiro tipo.¹⁸³¹ Admitindo, todavia, que o Tribunal de Justiça vinha pugnando por um entendimento mais amplo da sua jurisdição exclusiva, enquanto monopólio da interpretação vinculativa do direito da União nas relações internas, a reação dos tribunais arbitrais passou por uma de duas estratégias contraditórias.

Por um lado, negar o ambicionado monopólio interpretativo do Tribunal de Justiça, alegando que o direito da União é quotidianamente interpretado e aplicado por tribunais que não pertencem à jurisdição da União sem que daí resulte, razoavelmente, uma lesão do princípio da autonomia.¹⁸³² Por outro, rejeitar que as disputas sobre investimento sejam diferendos relativos à interpretação e aplicação do direito da União, visto que a sua jurisdição se estende apenas à interpretação e aplicação do API.¹⁸³³

A questão da compatibilidade dos API intra-União com o direito primário da UE tem repercussões nas fases de impugnação e de execução da sentença arbitral.

Argumenta-se, com efeito, que a jurisdição exclusiva do TJUE está sempre assegurada, já que as sentenças arbitrais «não podem escapar à fiscalização dos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros».¹⁸³⁴ No acórdão *Eco-Swiss*, sobre uma questão de

¹⁸²⁹ Posição de Lock 2015a, p. 140; Benyon 2010, p. 109.

¹⁸³⁰ Destaca-se a posição mais cautelosa da Comissão, na carta enviada ao tribunal arbitral no acórdão *Eastern Sugar*.

¹⁸³¹ *Eureko* ¶276; *PL Holdings* ¶314; *Charanne* ¶441; *Novenergia II* ¶441; *Electrabel* ¶4.147-4.151; *EURAM* ¶255. Este foi também o entendimento do *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, *Beschl. v. 10.05.2012, Az.: 26 SchH 11/10*, aquando da ação de anulação da decisão arbitral proferida no acórdão *Eureko*.

¹⁸³² *Eureko* ¶282 [«(...) The argument that the ECJ has an “interpretative monopoly” and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different. Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases. The *acte clair* doctrine is well-established in EU law»]; *Isolux* ¶654; *PL Holdings* ¶315; *EURAM* ¶266.

¹⁸³³ *Busta* ¶127; *Anglia Auto* ¶127; *PL Holdings* ¶315; *Electrabel* ¶4.157; *Novenergia II* ¶460.

¹⁸³⁴ Conclusões do AG *Wathelet* sobre o processo *Achmea*, apresentadas em 19.02.2017 ¶239. Em sentido idêntico, posição da Comissão no acórdão *Micula* ¶334-336.

direito da concorrência, o Tribunal de Justiça lembrou que os órgãos jurisdicionais nacionais devem assegurar, no quadro do controlo jurisdicional da sentença arbitral (anulação e execução),¹⁸³⁵ o respeito pelas normas da ordem pública europeia, se necessário efetuando reenvio prejudicial.¹⁸³⁶

No acórdão *Electrabel*, o Tribunal arbitral sublinhou que, mesmo nas decisões proferidas ao abrigo da Convenção ICSID, a União mantém o poder de assegurar a interpretação e aplicação uniformes do direito da União, bastando para tal desencadear um processo por incumprimento contra o Estado-membro que execute a decisão arbitral contrária ao direito da União.¹⁸³⁷

Há, mais uma vez, alguma ambiguidade no argumento,¹⁸³⁸ mas trata-se, em suma, de um raciocínio *em cascata*. Quando os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros sejam chamados a intervir no processo de anulação ou no reconhecimento de sentença arbitral (não-ICSID), deverão zelar pela uniformidade e coerência do direito da União, através do reenvio prejudicial e da exceção de ordem pública.¹⁸³⁹ Nas hipóteses em que não haja forma de travar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral (eg. sentença ICSID, intervenção de tribunais de Estados terceiros no processo de execução), a Comissão poderá sempre intervir instaurando um processo por incumprimento do direito da União, nos termos dos artigos 258-260 do TFUE.¹⁸⁴⁰

2.3. Objecões levantadas no quadro do Tratado da Carta da Energia

Nas disputas arbitrais instituídas ao abrigo do TCE, há que destacar a objeção levantada pela Espanha nos vários processos em que foi parte demandada, segundo a

¹⁸³⁵ Artigo V da Convenção de Nova Iorque.

¹⁸³⁶ *Eco Swiss*, processo C-126/97, 01.06.1999; *Mostaza Claro*, processo C-168/05, de 26.10.2006; entretanto, *Asturcom Telecomunicaciones*, processo C-40/08, 06.10.2009 (em que o Tribunal de Justiça reconheceu a competência oficiosa do juiz de execução de uma decisão arbitral para apreciar oficiosamente a nulidade de uma cláusula arbitral, contida num contrato celebrado entre um consumidor e um profissional, com fundamento em violação das regras nacionais de ordem pública); *Pohotovost* s. r. o., processo C-76/10, 16.11.2010; *Gazprom*, processo C-536/13, 13.05.2015; *West Tankers*, processo C-185/07, 10.02.2009; *Genentech v. Inc. v Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH*, processo C-567/14, 07.07.2016.

¹⁸³⁷ *Electrabel* ¶4.159 e 4.160; *EURAM* ¶265. Corresponde à posição do AG Wathelet no acórdão *Achmea* ¶238-244. Sobre o processo por incumprimento, entre nós, *Mesquita* 2017, p. 285 ss.

¹⁸³⁸ Com efeito, o argumento tanto pode ser usado contra a jurisdição do Tribunal arbitral – como fez a Comissão no acórdão *Micula*, ao avançar que uma decisão arbitral contrária ao direito da União não lograria execução nos tribunais dos Estados-membros (¶334-336), por força da exceção de ordem pública e do acórdão *Eco Swiss* – como pode funcionar em benefício da assunção de jurisdição – quando mobilizado para mostrar que não há violação da jurisdição exclusiva do Tribunal de Justiça, como propôs o AG Wathelet.

¹⁸³⁹ Sobre este ponto, *Pereira Coutinho* 2013, p. 92; *Grierson* 2019, pp. 309-330.

¹⁸⁴⁰ *Von Papp* 2013, p. 1057; *Miron* 2014, p. 338; *Eilmansberger* 2009, p. 428.

qual o TCE contém uma cláusula de desconexão implícita (não expressa), que obsta a que possam ser desencadeadas arbitragens intra-União. No entender de Espanha, isso acontece porque o TCE contém disposições específicas dirigidas às Organizações Regionais de Integração Económica,¹⁸⁴¹ o que significa que admite e tolera a transferência de poderes soberanos em algumas das matérias objeto de regulação no Tratado; mas também porque, atento o texto, o contexto e a finalidade do TCE, não é razoável concluir que os Estados-membros tenham pretendido subordinar-se, *nas suas relações mútuas*, a um regime de proteção dos investimentos distinto daquele que resulta do direito da União.¹⁸⁴²⁻¹⁸⁴³

A resposta dos tribunais arbitrais não se desviou do esperado. De acordo com o artigo 31 da CVDT, os tratados devem ser interpretados de boa fé, de onde resulta que, caso os Estados-membros quisessem desconectar-se do tratado nas relações *inter se*, deveriam tê-lo feito abertamente, através de uma declaração. Se não o fizeram, vale o princípio *pacta sunt servanda*.¹⁸⁴⁴

3. O acórdão Achmea

O acórdão Achmea teve por base um processo de reenvio prejudicial desencadeado pelo *Bundesgerichtshof* no quadro de um recurso de anulação de uma sentença proferida, por um tribunal arbitral, no caso Achmea.¹⁸⁴⁵ O tribunal arbitral foi constituído ao abrigo do BIT entre a Alemanha e a Eslováquia, concluído em data anterior à adesão da segunda à União Europeia. Visto que o direito alemão fora definido

¹⁸⁴¹ A cláusula RIEO (Regional Economic Integration Organization) tem como efeito viabilizar o cumprimento, por parte de um dos Estados-membros do acordo de investimento, de obrigações inerentes à pertença a uma organização regional de integração económica ou, em alternativa, assegurar a não aplicação aos investimentos de uma das partes contratantes do conjunto de regras mais vantajosas inerentes a uma organização desse tipo (eg. artigo 7(c) do modelo de BIT do Reino Unido).

¹⁸⁴² Eiser Infrastructure ¶171; Isolux ¶628; RREEF ¶51; Charanne ¶207-224; Novenergia II ¶454-459.

¹⁸⁴³ A Comissão, no *amicus curiae* submetido no acórdão Blusun, formulou a sua objeção em termos de competência externa. Ou seja, visto que as competências externas da União acompanham as suas competências internas (princípio do paralelismo, a que fizemos referência supra Cap. 5, nota n.º 1675), *na medida em que ela as tenha efetivamente exercido*, está vedado aos Estados-membros a conclusão de um acordo internacional como o TCE, suscetível de lesar as regras comuns já existentes sobre a matéria (Blusun ¶213; Belenergia ¶310).

¹⁸⁴⁴ Eiser Infrastructure ¶186; RREEF ¶84-85; Charanne ¶435; Blusun ¶280-282; OperaFund ¶381; Antin Infrastructure ¶215; Belenergia ¶298-314.

¹⁸⁴⁵ Achmea B.V v. The Slovak Republic, PCA Case no. 2008-13, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 07.12.2012, ¶289-292. Em causa estava um diferendo de investimento entre um investidor alemão e a Eslováquia, a propósito de uma lei, de 2007, que revia parcialmente a liberalização do mercado de seguros de saúde. Especificamente sobre o acórdão, Koutrakos 2019, pp. 41-64, Hindelang 2018, Carducci 2018, pp. 582-619; Sadeleer 2018, pp. 117-127; Nouvel 2018, pp. 903-924; Classen 2018, pp. 361-371; Wiedmann 2018, pp. 225-236.

como lugar da arbitragem,¹⁸⁴⁶ os tribunais alemães foram chamados a verificar se estaria preenchido algum dos fundamentos de anulação de sentença arbitral previstos na lei processual civil, concretamente o da nulidade da convenção de arbitragem, por violação do direito da União.

3.1. O acórdão

A decisão do Tribunal de Justiça assenta em quatro fundamentos.

(i) Contrariando as Conclusões do AG Wathelet,¹⁸⁴⁷ o Tribunal esclareceu que os litígios que o tribunal arbitral é chamado a decidir são suscetíveis de dizer respeito «à interpretação e aplicação do direito da UE». Na verdade, atento o que geralmente dispõem os API e a Convenção ICSID sobre o direito aplicável, o direito da União releva, por um lado, como parte integrante do direito interno (tendo em conta os princípios do efeito direto e do primado) e, por outro, como direito internacional nas relações dos Estados-membros *inter se* (¶41).¹⁸⁴⁸

Esta apreciação não reúne consenso. Nouvel destaca a confusão entre “aplicação” – extrair uma consequência jurídica a partir da ligação dos factos à norma – e “tomada em consideração” do direito da União. Os tribunais arbitrais não aplicam direito da União, mas tomam-no em consideração, enquanto *facto*, para aferir da arbitrariedade da conduta estadual à luz do tratado de investimento.¹⁸⁴⁹

¹⁸⁴⁶ O processo foi conduzido de acordo com as regras de arbitragem UNCITRAL. Daí a necessidade de definir a *lex arbitrii*.

¹⁸⁴⁷ Conclusões do AG Wathelet sobre o processo Achmea, apresentadas em 19.09.2017. O AG argumenta que, ao contrário da CNUDM ou da CEDH, os API não fazem parte do direito da UE. Por conseguinte, os diferendos de investimento não são diferendos relativos à «interpretação e aplicação dos tratados», não obstante o DUE fazer parte do direito aplicável ao litígio (¶173). Acresce que a competência do tribunal arbitral é restrita ao apuramento de violações do tratado de investimento. Por conseguinte, «o direito da União não tem nenhum impacto quanto ao mérito do diferendo entre a *Achmea* e a Eslováquia».

¹⁸⁴⁸ Questionamo-nos até que ponto a afirmação se compatibiliza com as características constitucionais específicas que a União se autoconfere. Não se trata de uma afirmação surpreendente, limitando-se o Tribunal de Justiça a seguir o raciocínio já desenvolvido no acórdão Mox Plant. Contartese & Andenas 2019, p. 169 levantam a questão de saber se todos os API intra-União serão incompatíveis com o direito da União, ou se da decisão do Tribunal resulta que essa incompatibilidade se estende apenas aos API que definam o direito interno como integrando o direito aplicável. A questão ficou resolvida no primeiro sentido.

¹⁸⁴⁹ Nouvel 2018, pp. 912-914 [«(...) Appliquer le droit de l’Union impliquerait que le Tribunal arbitral fasse entrer des faits de l’espèce dans le champ d’application de la règle européenne et fasse produire de manière obligatoire par sa décision les effets de droit découlant de cette qualification selon ladite règle européenne. Sauf clause juridictionnelle particulière, *un Tribunal ne fait rien de la sorte (...)*»] – o itálico é nosso.

(ii) Contrariando, uma vez mais, a posição do AG,¹⁸⁵⁰ o Tribunal de Justiça avança que os tribunais arbitrais não integram o sistema jurisdicional dos Estados-membros e não podem, destarte, garantir a unidade e coerência (e a autonomia) da ordem jurídica da União através do reenvio prejudicial.¹⁸⁵¹

(iii) Tampouco existe a garantia de que o “diálogo jurisdicional” possa ser retomado *ex post*, no momento da anulação ou do reconhecimento da sentença. O Tribunal nem sequer tem de recorrer ao artigo 54 da Convenção ICSID – que não foi, aliás, o regulamento de arbitragem escolhido pelas partes (*in casu*) – para fundamentar esta sua asserção. Basta-se, na verdade, com uma dupla circunstância: (i) o pedido de decisão prejudicial só é possível quando o lugar da arbitragem seja o ordenamento jurídico de um Estado-membro, o que nem sempre acontece (¶52); (ii) mesmo quando tal suceda, a invocação da exceção de ordem pública da União como fundamento de anulação ou de oposição ao reconhecimento da sentença arbitral não é transponível para a arbitragem dos tratados de investimento. Nesta – é assim que interpretamos as palavras do Tribunal – *teriam de valer possibilidades de controlo mais efetivas do que a “mera” invocação da ordem pública* ou a instauração de uma ação por incumprimento,¹⁸⁵² ao contrário do que a Comissão e o AG haviam sustentado.¹⁸⁵³

(iv) A entorse à autonomia da União resulta ainda da violação do princípio da confiança mútua entre os Estados-membros. Com efeito, o sistema de arbitragem dos tratados, ao instituir um mecanismo paralelo de resolução de litígios, abre “fendas” na

¹⁸⁵⁰ O AG sustentou que os acórdãos *Ascendi Beiras Litoral*, processo C-377/13, 12.06.2014, e *Merck Canada*, processo C-555/13, 13.02.2014, deixam entrever «uma abertura dos critérios de admissibilidade» no que respeita à qualificação de um tribunal arbitral como órgão jurisdicional nacional. Não vamos recuperar esses critérios nem tampouco esses elementos de abertura. O tema é tratado entre nós por Pereira Coutinho 2016, p. 500, considerando a decisão acertada; e Soares & Soares 2013. Alguma Doutrina sugere que o Tribunal de Justiça deveria alterar a sua jurisprudência sobre o conceito de “órgão jurisdicional nacional” no sentido de permitir o reenvio prejudicial por parte de tribunais arbitrais de investimento (eg. Burgstaller 2010, p. 192; Hindelang 2012, p. 202; Von Papp 2013, p. 1041; Lenk 2019, pp. 181-184). Witte 2018, p. 566, concorda de *iure condendo* com a abertura do reenvio prejudicial aos tribunais de investimento, mas propõe a introdução de uma via de diálogo institucional, à semelhança do processo de apreciação prévia previsto no artigo 3.6 do Projeto de Acordo de Adesão da UE à CEDH. A nossa convicção é a de que mesmo que pudesse efetuar reenvio, dificilmente o tribunal arbitral (sem possibilidade de recurso) consideraria estar *obrigado* a fazê-lo. O estabelecimento de um mecanismo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça nos API com Estados terceiros levantaria questões de igualdade, ponto destacado, aliás, pelo AG Bot nas Conclusões sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019 ¶182.

¹⁸⁵¹ Parecer 1/17 ¶44-45. O Tribunal acrescenta que a *vis* atrativa dos API resulta do “caráter derogatório” do sistema jurisdicional dos Estados-membros. Na doutrina, concordando, Contartese & Andenas 2016, p. 174.

¹⁸⁵² Cf. jurisprudência citada supra, nota n.º 1835. Na doutrina, Nouvel 2018, p. 916.

¹⁸⁵³ Micula ¶334-336; *Electrabel* ¶4.110; Conclusões do AG Wathelet sobre o processo *Achmea*, apresentadas em 19.09.2017 ¶241. Criticando a “explicação” do Tribunal de Justiça, Witte 2018, p. 526; com dúvidas, mas considerando a argumentação suficientemente persuasiva, Contartese & Andenas 2019, p. 180.

ideia de partilha de valores e princípios constitucionais comuns pelos Estados-membros (¶58).

3.2. Objeções pós-Achmea

O acórdão Achmea abriu espaço para uma série de novas interrogações em matéria de jurisdição do tribunal arbitral. Interpelados sobre a relevância do acórdão, os tribunais arbitrais tentaram limitar *a extensão dos diferendos afetados*, argumentando que o acórdão nada disse sobre as arbitragens de investimento instituídas com base no TCE,¹⁸⁵⁴ nem sobre as arbitragens internacionais que seguem as regras da Convenção ICSID.¹⁸⁵⁵ O acórdão UP afirma que só na sequência de novos pedidos de reenvio prejudicial será possível apurar, na plenitude, o sentido e a extensão do acórdão Achmea (referimo-nos à decisão do Tribunal de Justiça).¹⁸⁵⁶

Para nós, a conclusão do acórdão Achmea é transponível para a cláusula ISDS inscrita no TCE.¹⁸⁵⁷ Também aqui os tribunais arbitrais estarão privados da faculdade de efetuar reenvio prejudicial em diferendos relativos à *interpretação e aplicação dos tratados*, uma vez que a União é signatária do TCE e o direito da União faz parte do direito aplicável à disputa.¹⁸⁵⁸ Os Estados-membros “informaram” os tribunais de investimento que, no seu entender, é este o escopo de aplicação do acórdão Achmea.¹⁸⁵⁹ Idêntica é, naturalmente, a conclusão da Comissão Europeia, que, em observações pós-Achmea, veio esclarecer que *todas* as cláusulas de arbitragem intra-União são inaplicáveis,¹⁸⁶⁰ obstando – por falta de convenção de arbitragem válida – à jurisdição

¹⁸⁵⁴ OperaFund ¶384-387; Belenergia ¶323; Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case no. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31.12.2018.

¹⁸⁵⁵ UP ¶214. De acordo com as regras da Convenção ICSID, a anulação da sentença arbitral é feita nos termos e com os fundamentos do artigo 52, e não com base na *lex arbitrii*. Além disso, o consentimento à arbitragem ICSID é irrevogável, nos termos do artigo 25.1, *in fine*), logo, o acórdão Achmea não teria consequências sobre a jurisdição dos tribunais arbitrais nos processos pendentes.

¹⁸⁵⁶ UP ¶216; CEF Energia ¶92 ss.

¹⁸⁵⁷ Em sentido idêntico, Gáspár-Szilágyi & Usynin 2019, p. 33.

¹⁸⁵⁸ Hindelang 2018.

¹⁸⁵⁹ Declaration of the Representatives of the Government of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection on the European Union [« (...) By the present declaration, Member States inform investment arbitration tribunals about the legal consequences of the Achmea judgment, as set out in this declaration, in all pending intra-EU investment arbitration proceedings brought either under bilateral investment treaties concluded between Member States or under the Energy Charter Treaty»]. A Comissão Europeia recomendou ao Conselho a renegociação do TCE (European Commission 2019). Recorde-se adicionalmente que, em 05.05.2020, os Estados-membros concluíram um acordo para terminar os API intra-União, em implementação, precisamente, do acórdão Achmea.

¹⁸⁶⁰ Decisões arbitrais proferidas ao abrigo do artigo 26 do TCE foram, ao tempo a que se escreve, reconhecidas por tribunais norte-americanos, que rejeitaram todos os fundamentos previstos no artigo V

dos tribunais arbitrais constituídos ao abrigo dessas cláusulas. Por conseguinte, sobre os “tribunais nacionais”, impende o dever de anular a sentença arbitral proferida ao abrigo daquela convenção e de recusar o seu reconhecimento e execução.¹⁸⁶¹⁻¹⁸⁶²

O acórdão Achmea constitui a interpretação definitiva do direito da União. Resolve a questão da validade da convenção de arbitragem na perspetiva do direito da União, mas não do ponto de vista do API, sem prejuízo dos “vasos comunicantes” expostos supra.¹⁸⁶³ Contudo, deixou de ser possível sustentar,¹⁸⁶⁴ tanto a título de questão de facto como a título de questão de direito, a compatibilidade dos (ou, pelo menos, de alguns dos) API intra-União com o direito primário.¹⁸⁶⁵ A assunção dessa incompatibilidade obrigou alguns tribunais arbitrais a assumir abertamente que *o princípio do primado não é critério de solução do conflito* (não é *ius cogens*, não é transponível para o plano internacional) e, especificamente, que o direito da União, enquanto direito interno do Estado demandado, não pode ser invocado para “fugir” a uma obrigação internacional.¹⁸⁶⁶

Por outro lado, a jurisdição do tribunal não deve ser determinada em função dos ordenamentos onde a sentença possa ser executada. Neste sentido, «it will be up to the courts at the enforcement stage to draw the necessary consequences from the Achmea

da Convenção de Nova Iorque. A título de *amicus curiae*, a União Europeia confirmou que o acórdão Achmea se estende às sentenças arbitrais proferidas ao abrigo do TCE. Integrando o direito da União o direito aplicável tanto nos Estados-membros envolvidos *como no Estado que é lugar da arbitragem* – no caso a Suécia – o consentimento à arbitragem inscrito no artigo 26 TCE seria contrário ao direito da União – cf. United States District Court for the District of Columbia, *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) v. The Kingdom of Spain*, Proposed Brief of the European Commission on behalf of the European Union as *amicus curiae* in support of the Kingdom of Spain, 28.02.2019; e United States District Court for the District of Columbia, *Eiser Infrastructure v. The Kingdom of Spain*, Proposed Brief of the European Commission on behalf of the European Union as *amicus curiae* in support of the Kingdom of Spain, 18.03.2019.

¹⁸⁶¹ Nouvel 2018, pp. 920-922, questionando se essa desaplicação, ocorrendo mais de uma dezena de anos após a adesão da Eslováquia à UE, não constituiria, ela mesma, uma violação das legítimas expectativas da empresa Achmea, ponto também tratado no acórdão UP ¶222. Em sentido contrário, Basener 2017, p. 322, 331, argumentando que essas expectativas não existem. Segundo o Autor, os Estados-membros cujos tribunais apliquem direito contrário ao direito da UE “arriscam-se” a um processo por incumprimento, nos termos dos artigos 258 ss. TFUE e, além disso, a responsabilidade extracontratual por incumprimento do direito da UE.

¹⁸⁶² CEF Energia ¶75.

¹⁸⁶³ Também Barausova 2018, p. 137, sublinhando que o acórdão «is about what the EU law is».

¹⁸⁶⁴ Não obstante, o acórdão UP ¶218 fala de uma incompatibilidade “potencial” ou não efetiva.

¹⁸⁶⁵ Também Gáspár-Szilágyi & Usynin 2020, p. 35.

¹⁸⁶⁶ Belenergia ¶324; UP ¶218-221. Para o Tribunal, mesmo que o API se considere inaplicável a partir do momento em que existe incompatibilidade (data de adesão dos Estados contratantes à UE), há que ter em conta as cláusulas de sobrevivência (*sunset clauses*), que prolongam a vigência do acordo vários anos para lá da data da respetiva cessação. Isto é particularmente importante no contexto dos API, que são acordos internacionais que criam direitos para terceiros (investidores).

judgment and their national laws with respect to the enforcement of [the] award». ¹⁸⁶⁷
Esta é – afirmamo-lo sem grande satisfação – a posição para que aponta o pluralismo constitucional endossado pela União. ¹⁸⁶⁸

4. Limites à aplicação do direito da União

Para além da questão da jurisdição dos tribunais arbitrais e da autonomia da ordem jurídica da União, os API intra-União convocam questões sobre os limites ao primado do direito da União sobre o direito constitucional dos Estados-membros – vulgo “contra-limites” (supra Cap. 3). Apesar de, genericamente, este problema estar fora do âmbito material do presente trabalho – que não se ocupa, recordemo-lo, das relações mais ou menos “heterárquicas” entre os vértices do “triângulo europeu” – ele permite dar uma imagem mais nítida das relações entre a União e o direito internacional.

As decisões arbitrais proferidas ao abrigo de API intra-União colocam os Estados-membros chamados a assegurar a respetiva execução numa posição confusa. Esta dificuldade existe *independentemente* de os Estados do foro da execução serem os Estados demandados nesses processos arbitrais e verifica-se sempre que aqueles sejam confrontados, por um lado, com a obrigação de executar uma sentença ICSID (como se fosse uma decisão final de um tribunal desses Estados) ¹⁸⁶⁹, e por outro, com a obrigação de não executar sentenças arbitrais contrárias ao direito da União.

¹⁸⁶⁷ Marfin ¶576; Novenergia ¶461; Belenergia ¶338-339; Vattenfall (Decision on the Achmea Issue) ¶230. Na doutrina, Gáspár-Szilágyi & Usynin 2020, p. 46 (os Autores argumentam que há várias razões para os tribunais internacionais assumirem jurisdição sobre diferendos *mesmo não ignorando a impossibilidade de execução*, a maioria delas relacionadas com as características organizacionais e funcionais da arbitragem do investimento).

¹⁸⁶⁸ Gáspár-Szilágyi & Usynin 2020, p. 54. Os Autores consideram que o “diálogo” é insuficiente e pugnam por mais “tolerância” da parte dos tribunais arbitrais (“judicial comity”), à semelhança do que sucedeu no acórdão Mox Plant. Não nos parece que esta seja a solução. É difícil à União reivindicar maior “tolerância” quando ela própria, *neste assunto*, não demonstra nenhuma. Daí que vejamos como *preferível* uma solução de direito internacional público, nos termos dos artigos 30 CVDT (supra, neste Cap., secção IV, ponto 2.1), ou uma solução política, como a que parece resultar do acordo internacional entre os Estados-membros, de 05.05.2020, para terminar os API intra-União. Se se assumir que a resposta deve ou só pode ser política, deveriam salvaguardar-se os processos de arbitragem pendentes.

¹⁸⁶⁹ É isso que dispõe o artigo 54.1 da Convenção ICSID: «Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado».

Os contornos da saga Micula impedem que o conflito recortado supra se configure como uma hipótese “académica”.¹⁸⁷⁰ De facto, para os tribunais dos Estados-membros (Roménia, *Reino Unido*, Bélgica, Suécia) onde a ação de execução foi proposta,¹⁸⁷¹ o dilema é evidente: ou obedecem ao artigo 54 da Convenção ICSID e executam a sentença; ou obedecem ao direito da União. Nas palavras de Macchia, «lo Stato appare destinato a recitare la parte del vaso di coccio tra due vasi di ferro».¹⁸⁷²

A Roménia invocou, no procedimento que conduziu à Decisão da Comissão referida em nota, que o seu direito constitucional a impedia de interferir ou influenciar indevidamente os juízes nacionais no sentido da não execução da sentença ICSID. Uma intervenção com este propósito operada através de ato legislativo – acrescentamos – violaria o princípio da separação de poderes e o direito a um processo equitativo (artigo 6 CEDH). A resposta da Comissão não surpreendeu. À luz do princípio da unidade do Estado, «todos os atos dos órgãos estatais da Roménia são imputáveis à Roménia», independentemente da função em causa.¹⁸⁷³

¹⁸⁷⁰ Recorde-se que no acórdão Micula estava em causa uma decisão arbitral ICSID proferida ao abrigo de um API intra-União (Suécia-Roménia), da qual resultou a condenação da Roménia no pagamento de uma indemnização por revogação antecipada de um auxílio de Estado contrário ao acervo comunitário em matéria de concorrência. Brevemente: (i) em 2014, a Comissão informou as autoridades romenas de que o cumprimento da sentença arbitral constituiria um novo auxílio de Estado; (ii) em 26 de maio de 2014, a Comissão adotou a Decisão C(2014) 3192, intimando a Roménia a abster-se de qualquer ato de cumprimento da sentença até a Comissão adotar uma decisão final sobre a questão do auxílio de Estado; (iii) em 2015, na sequência de uma ação de execução intentada pelos investidores nos tribunais romenos, às quais se seguiram pedidos de suspensão da execução da sentença por parte das autoridades romenas, o Ministro das finanças romeno decidiu transferir o montante em dívida (106 500 000 euros) para uma conta bloqueada aberta em nome dos executantes. Estes só poderiam levantar o dinheiro se a Comissão decidisse que o pagamento da dívida não constituía um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno; (iv) na Decisão (UE) 2015/1470 da Comissão, de 30.03.2015, a Comissão confirmou que o pagamento da indemnização constituía um auxílio de Estado proibido; (v) na sequência de um pedido apresentado pelos investidores, ao abrigo do artigo 267 do TFUE, o Tribunal Geral anulou a Decisão de 2015 (Micula, processos T-624/15, T-694/15 e T-704/15, 18.06.2019). Fê-lo por considerar que a Comissão não tinha competência para qualificar a parte da indemnização relativa aos auxílios concedidos antes da adesão da Roménia à UE como um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno (artigos 107 e 108 do TFUE) ¶59-93). O acórdão aguarda decisão final do Tribunal de Justiça.

¹⁸⁷¹ O ordenamento de execução da sentença arbitral é escolhido em função de dois critérios: existência de bens do Estado executado; regras (mais ou menos flexíveis) sobre imunidades de jurisdição (Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, pp. 78-81).

¹⁸⁷² Macchia 2017, p. 345. É preciso ter em conta, todavia, a posição adotada pelo High Court of Justice inglês no sentido de suspender o processo de execução da decisão arbitral enquanto estivessem pendentes, no Tribunal de Justiça, os processos de anulação da Decisão da Comissão [High Court of Justice, [2017] EWHC 31 (Comm), 20.01.2017]. Considerou que a decisão de suspender a execução não feria as obrigações do Reino Unido à luz da Convenção ICSID porquanto «an ICSID award is equated to a final domestic judgment for enforcement purposes, and a purely domestic judgment would be subject to the same principle». O Supreme Court levantou, entretanto, a suspensão, por decisão de 19.02.2020 (adotada na sequência da saída do Reino Unido da UE).

¹⁸⁷³ Decisão (UE) 2015/1470 da Comissão, de 30.03.2015, ¶45, 117-120. Sobre este ponto, Battini 2017, p. 335.

Se dúvidas houvesse sobre o melindre da questão, elas foram dissipadas pela decisão da Cour d'appel de Bruxelas, de março de 2019, novamente a propósito da execução da sentença arbitral Micula. O tribunal belga decidiu suspender a execução da sentença até à decisão final relativa ao pedido de anulação da Decisão da Comissão, de março de 2015, e colocou ao Tribunal de Justiça uma série de questões prejudiciais.

A Cour d'appel pretende saber se (i) o direito da União *exige* que os órgãos jurisdicionais de um Estado-membro (que não o executado), no qual seja proposta ação de execução de uma sentença arbitral ICSID, afastem esta sentença com base numa decisão não definitiva da Comissão que qualifique a execução como contrária ao regime dos auxílios de Estado; (ii) se o direito da União, em especial o princípio da cooperação leal, *permite* aos órgãos jurisdicionais de um Estado-membro (que não o executado) *não respeitar as obrigações internacionais decorrentes da Convenção ICSID*, com base numa decisão da Comissão que qualifique a execução como contrária ao regime dos auxílios de Estado, *mesmo naquelas hipóteses em que a Comissão tenha participado no processo arbitral*, fazendo valer os seus argumentos em matéria de concorrência.¹⁸⁷⁴

Mesmo que o Tribunal de Justiça logre controlar, através do reenvio prejudicial, o impacto das sentenças arbitrais intra-União nas fronteiras da própria União, *quid iuris se o investidor requerer a execução da sentença nos tribunais de um Estado contratante da Convenção ICSID ou da Convenção de Nova Iorque que não seja um Estado-membro da União?* Nenhuma das defesas invocadas pela Comissão – em processos posteriores ou anteriores ao acórdão Achmea – foi, ao tempo em que se escreve, admitida pelos tribunais norte-americanos chamados a executar sentenças arbitrais intra-União.¹⁸⁷⁵

¹⁸⁷⁴ Cour d'appel Bruxelles, Arrêt, 17e chambre affaires civiles, 2016/AR/393 joint avec 2016/AR/394, 12.03.2019. Posição mais contundente foi a dos tribunais suecos, que rejeitaram a execução da sentença arbitral, com fundamento no primado do direito da União e no princípio da cooperação leal. Cf. a decisão do Nacka Tingsrätt, Caso n.º Å 2550-17, de 23.01.2019.

¹⁸⁷⁵ A Comissão Europeia invocou as doutrinas dos atos de “Estado” e da imunidade soberana e o princípio da cortesia internacional no sentido de persuadir o tribunal a não “reconhecer” a decisão arbitral (confirm the award) – cf. United States Court of Appeal for the Second Circuit, Ioan Micula v. Government of Romania on appeal from the United States District Court for the Southern District of New York, Brief for Amicus Curiae the Commission of the European Union in support of defendant-appellant, 04.02.2016. Mais tarde, no contexto de novo pedido de reconhecimento de sentença deduzido pelos investidores, a Comissão Europeia apresentou outro *amicus curiae* lembrando a invalidade e ineficácia do BIT entre a Suécia e a Roménia à luz do acórdão Achmea e argumentando que, portanto, o tribunal norte-americano – desta feita, o United States District Court for the Columbia District – não teria jurisdição para “reconhecer” a decisão arbitral no quadro da exceção de arbitrabilidade prevista no Foreign Service Immunities Act. – cf. United States District Court for the District Court of Columbia, Ioan Micula v. Government of Romania, Memorandum Opinion [Case No. 17-cv-02332 (APM)], 09.11.19.

5. Síntese intermédia

O acórdão Achmea confirmou a capacidade da arbitragem dos tratados para abrir “fendas” no princípio da autonomia e no princípio da confiança mútua entre os Estados-membros. A disponibilidade da União para tolerar desvios ou mitigações às características (institucionais e substantivas) da sua arquitetura constitucional é inexistente. A uma visão pluralista do ordenamento jurídico, alia-se a incapacidade de “interagir criativamente” com o direito internacional.¹⁸⁷⁶

Havia dúvidas legítimas na doutrina quanto às implicações destas decisões para o futuro dos API com Estados terceiros. A substituição da cláusula ISDS por um tribunal permanente não afastava definitivamente os riscos para a autonomia da ordem jurídica da União. Com efeito, alguns Autores argumentavam que o Tribunal de Justiça teria dificuldades em aceitar um sistema jurisdicional cujas decisões pudessem ter efeitos *spill over* (*de facto* mas não *de jure*) sobre o direito da União, levando o Tribunal de Justiça a alinhar a sua posição com a do órgão jurisdicional em causa.¹⁸⁷⁷ Nesta direção já apontava, aliás, a recusa de efeito direto às decisões do mecanismo de resolução de litígios da OMC, em especial no quadro de ações de responsabilidade extracontratual das instituições da União.¹⁸⁷⁸

A referência ao princípio da confiança mútua encontrada no ¶58 do acórdão Achmea sugeria, por outro lado, uma leitura mais *restrita* do princípio da autonomia, ou seja, uma leitura focada nos acordos intra-União.¹⁸⁷⁹

V. O PARECER 1/17 E A COMPATIBILIDADE DOS NOVOS TRATADOS DE INVESTIMENTO COM O DIREITO DA UNIÃO

¹⁸⁷⁶ Koutrakos 2019, pp. 61-62; Classen 2018, p. 369. Em linha com o Tribunal de Justiça, Lenk 2019, p. 177, 189.

¹⁸⁷⁷ Posição de Lenk 2017, p. 142-153; Hindelang 2015, p. 74 [«(...) Essentially, the CJEU finds no problem in conferring jurisdiction on a court or tribunal which interprets in a binding fashion an international agreement and only this agreement. What the Court perceives as critical, however, is the situation in which decisions of such courts or tribunals produce spillover effects on the construction of EU law and so encroach on the CJEU’s monopoly in its ultimately conclusive interpretation»]. Segundo o Autor, um desses efeitos *spill over* advém da circunstância, já confirmada, de que os tribunais arbitrais podem enveredar por uma ponderação distinta da levada a cabo pelo Tribunal de Justiça no que toca, por ex., às legítimas expectativas do investidor ou à cláusula expropriatória; Lock 2011, p. 1029; Koutrakos 2019, p. 59.

¹⁸⁷⁸ Infra Cap. 7.

¹⁸⁷⁹ Witte 2018, p. 527; Koutrakos 2019, p. 60 [«(...) This principle would have no place in the set of rules and procedures set out in an agreement between the EU and a third country»].

Como dissemos, apesar da afirmação reiterada, por parte do Tribunal de Justiça, de que o direito da União não se opõe à criação de um órgão jurisdicional com competências para interpretar as suas disposições e cujas decisões vinculam a União, a doutrina tinha dúvidas legítimas sobre a operacionalidade de um tal considerando. Em nosso entender, o Parecer 1/17 – sobre o CETA, um dos novos API – veio confirmar essa operacionalidade, mas, ao mesmo tempo, atenta a fundamentação, deu razão à doutrina que temia uma *versão mais ampla da autonomia*, entendida enquanto *blindagem* relativamente os efeitos *spill over* das decisões do órgão jurisdicional criado pelo API.

1. O Parecer

O Parecer aprecia a compatibilidade de certas disposições do CETA com três parâmetros: o princípio da autonomia da ordem jurídica da União, o princípio da igualdade e o direito de acesso a um tribunal independente.¹⁸⁸⁰

A primeira conclusão importante – ainda que esperada – do Tribunal de Justiça é a de que os tribunais que integram o SJI se situam «fora do sistema judicial da União», com as consequências, em termos de privação de reenvio prejudicial, que essa exclusão acarreta. O AG Bot, nas suas conclusões, explica que a vontade das partes contratantes de qualquer mecanismo de arbitragem de investimento – o SJI incluído - é a de «externalizar a resolução de litígios». Daqui não resulta, porém, uma violação do princípio da autonomia, uma vez que os tribunais CETA não são chamados a interpretar nem a aplicar direito da União. Importa perceber porquê.

Em primeiro lugar, nem o direito interno nem o direito da UE integram o “direito aplicável” à disputa. Cabe aos tribunais CETA dirimir o litígio através da aplicação das disposições do API, interpretadas à luz das regras e princípios do direito internacional (artigo 8.31.1 CETA).

Em segundo lugar, os tribunais CETA não são competentes para apreciar a legalidade da atuação da União ou do Estado-membro à luz do respetivo direito interno

¹⁸⁸⁰ Sobre a compatibilidade do CETA com a Constituição francesa, Décision n.º 2017-479 DC, 31.07.2017, do Conseil constitutionnel; sobre uma medida cautelar contra o CETA, ao abrigo do §32 da Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BvFG, Judgment of 13 October 2016 2 BvR 1368/16, 2 BvE 3/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1444/16. Sobre estas decisões, na doutrina, Larik 2017, p. 759 ss.; Witte 2018, pp. 488-490; Schill & Djanic 2018, p. 566.

(artigo 8.31.2 CETA).¹⁸⁸¹ Quando chamados a examinar a conformidade de uma medida com o CETA, os tribunais podem ter – quando muito – de “tomar em consideração” a legislação interna da parte demandada, para compreender o seu sentido e as suas motivações. Segundo o referido n.º 2 do artigo 8.31, essa “tomada em consideração” não é uma interpretação do direito interno, mas uma *questão de facto*: os tribunais CETA devem adotar a interpretação seguida pelos tribunais ou autoridades da parte contratante.¹⁸⁸² Por outras palavras, não há nada de “criativo” nesta tomada em consideração: os tribunais CETA tomam o direito da UE «tal como é».¹⁸⁸³ O Tribunal de Justiça é cuidadoso no sentido de demonstrar que as garantias previstas no CETA são suficientes para afastar objeções levantadas noutros Pareceres ou acórdãos.¹⁸⁸⁴

A reflexão do AG Bot termina neste ponto. O direito da União só pode ser tomado em consideração enquanto facto, por um lado; por outro, «o CETA também não prevê a obrigação de garantir uma interpretação uniforme das normas que contém», logo, não existe *qualquer risco* de a interpretação dos standards substantivos de proteção pelos tribunais CETA ter repercussões (*spill over*) na interpretação do direito da União.¹⁸⁸⁵ Já o Tribunal de Justiça, refletindo uma conceção mais robusta da autonomia da UE, admite os efeitos *spill over* dessas interpretações sobre o quadro constitucional da UE, garantindo, no mesmo compasso, que eles não se concretizam.

O Tribunal de Justiça não ignora, com efeito, que a subordinação do direito derivado da UE a um parâmetro de controlo (FET, cláusula expropriatória) que não o do *direito primário* é suscetível de dar origem a apreciações “paralelas” às do Tribunal de Justiça, mas que vinculam a União.¹⁸⁸⁶ Um acordo internacional que *forçasse* a União

¹⁸⁸¹ O preceito é igualmente importante para os canadianos, que viram, no acórdão Bilcon, os árbitros extrair uma violação do FET a partir de uma violação do direito interno (Barker 2017, p. 253; Hepburn 2017, p. 25, sobre o acórdão Bilcon e, genericamente, sobre a ligação entre a violação do direito interno e a violação do FET).

¹⁸⁸² O AG Bot levanta a hipótese de não haver nenhuma interpretação do direito da União. Aqui, admite-se que o tribunal CETA tenha de interpretar o direito interno (enquanto questão de direito), mas essa interpretação não é vinculativa para o Tribunal de Justiça, talqualmente preceituado no artigo 8.31.2, *in fine* (Conclusões do AG Bot sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 19.02.2017 ¶143).

¹⁸⁸³ A expressão é do AG Bot nas Conclusões sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019 ¶134.

¹⁸⁸⁴ O Tribunal afasta as objeções levantadas no Parecer 1/09, sobre o Tribunal da Patente Comunitária, por os tribunais CETA não serem chamados a interpretar nem a aplicar direito da União; no Parecer 2/13, relativo ao Tratado de adesão à CEDH, por o CETA prever, no artigo 8.21, um procedimento de determinação da parte demandada, obstando, assim, a que um tribunal-SJI decida sobre a repartição de competências entre a União e os Estados-membros; e no acórdão Achmea ¶123-132, por o princípio da confiança mútua não se aplicar nas relações entre a União e um Estado terceiro.

¹⁸⁸⁵ Conclusões do AG Bot sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019 ¶157.

¹⁸⁸⁶ Parecer 1/17 ¶138.

(ou os Estados-membros)¹⁸⁸⁷ a alterar ou revogar uma regulamentação em virtude de um juízo ponderativo diverso, protagonizado por um tribunal externo, sobre o nível de proteção do interesse público fixado pelas suas instituições, *comprometeria o princípio da autonomia da ordem jurídica da União*.

O CETA, em linha com os “novos tratados de investimento”,¹⁸⁸⁸ contempla várias disposições “inovadoras” que asseguram o direito de regular em domínios de interesse público (artigos 8.9.1 e 28.3.2);¹⁸⁸⁹ contém um anexo explicativo em matéria de expropriação (anexo 8-A);¹⁸⁹⁰ e uma cláusula FET circunscrita (artigo 8.10).¹⁸⁹¹ Do CETA – concluiu o Tribunal – resulta que «as Partes tiveram o cuidado de excluir toda e qualquer competência desses tribunais para porem em causa as escolhas democraticamente realizadas no interior de uma Parte (...)». ¹⁸⁹² Ao que parece, no que respeita a atos normativos, *o Tribunal de Justiça só aceita ser controlado se os outros concordarem com ele*.¹⁸⁹³

O Tribunal de Justiça analisou ainda a compatibilidade do novo mecanismo de resolução de conflitos de investimento – o SJI – com o direito de acesso a um tribunal independente, consagrado no artigo 47 da CDFUE.¹⁸⁹⁴ As objeções do Reino da Bélgica estavam relacionadas, em síntese, com o facto de o SJI, visando uma aproximação aos sistemas judiciais em vigor nas ordens jurídicas das partes, não ser um órgão jurisdicional.

A apreciação do Tribunal de Justiça, em linha com a do AG, é a de que não há violação da independência dos tribunais, nem na sua dimensão interna nem na sua

¹⁸⁸⁷ “Forçasse” no sentido de que a União poderia ser levada a revogar essa regulamentação, sob pena de ser repetidamente condenada nos tribunais CETA (¶150). Fenómeno que tratámos no Cap. 2 como subregulação ou “regulatory chill”.

¹⁸⁸⁸ Supra Cap. 2.

¹⁸⁸⁹ O n.º 2 deste dispositivo prevê que «para maior clareza, o simples facto de uma Parte regular, inclusivamente mediante a alteração da sua legislação, de uma forma que afete negativamente um investimento ou interfira nas expectativas de um investidor, entre as quais as suas expectativas em termos de lucros, não constitui uma violação das obrigações decorrentes da presente secção». Já o artigo 28.3.2 – que só vale para as obrigações contidas na secção C do CETA (tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida) e não se aplica às obrigações da secção D (cláusula expropriatória e FET) – contém uma norma em tudo idêntica ao artigo XX do GATT.

¹⁸⁹⁰ Parecer 1/17 ¶157.

¹⁸⁹¹ Parecer 1/17 ¶158-159.

¹⁸⁹² Parecer 1/17 ¶160.

¹⁸⁹³ Gaillard 2019b, pp. 845-853, admitindo que, na eventualidade de os tribunais CETA não aplicarem as disposições do acordo nos moldes vaticinados pelo Tribunal de Justiça, a União terá de renegociar o acordo e, em última instância, de o denunciar.

¹⁸⁹⁴ Os acordos internacionais da União devem respeitar o direito primário da União e, portanto, os direitos fundamentais (Parecer 1/17 ¶192).

dimensão externa.¹⁸⁹⁵ A remissão de vários aspetos do regime jurídico do tribunal e da instância de recurso (entre eles o da remuneração) para uma regulamentação do Comité Misto, bem como a circunstância de este poder nomear e destituir os membros do SJI, ou de poder emitir interpretações vinculativas do CETA (artigos 8.31.3 e 26.1.5) deve ser apreciada à luz do que está em causa – um modelo negociado *bilateralmente* numa base de *reciprocidade*, como explica o AG.¹⁸⁹⁶

Apesar de o artigo 26.1.5 e) autorizar o Comité Misto a fixar *a data* a partir da qual se produzem os efeitos das interpretações vinculativas, o Tribunal de Justiça determinou que o artigo 8.31.3 deve ser interpretado no sentido de aquelas interpretações *não produzam efeito retroativo nem efeito imediato sobre os processos pendentes*.¹⁸⁹⁷ Como antecipado no Cap. 1, a ser de outra forma, aquele dispositivo corria sério risco de violar o artigo 6 da CEDH (processo justo), isolada ou articuladamente com o artigo 1-P1, bem como o artigo 47 da CDFUE.

A imparcialidade ou independência interna é garantida *não só* pelo carácter aleatório das formações que decidem as disputas, *como também* pela remissão para as Diretrizes IBA em matéria de conflitos de interesse. Ou seja, o Tribunal de Justiça parece confirmar que só a combinação daqueles dois elementos se mostra apta a assegurar *o igual distanciamento dos decisores relativamente às partes no litígio*.¹⁸⁹⁸ Trata-se de uma asserção que não deixará de ter impacto do ponto de vista constitucional, nos termos destacados no Cap. 2.

2. Implicações

O Parecer 1/17 confirma que as objeções levantadas pelo princípio da autonomia aos acordos internacionais concluídos pela UE e pelos Estados-membros não se acham apenas associadas à necessidade de garantir a coerência e a uniformidade da interpretação e aplicação do direito da União. Esse problema ficou “resolvido” graças à

¹⁸⁹⁵ Recordando o sentido assacado à dimensão externa e interna do direito de acesso a um tribunal independente, o Tribunal de Justiça explica que a primeira implica que «a instância em causa exerça as suas funções com total autonomia, sem estar submetida a nenhum vínculo hierárquico ou de subordinação», ao passo que a segunda está associada ao conceito de imparcialidade e visa «o igual distanciamento relativamente às partes no litígio e aos respetivos interesses» (Parecer 1/17 ¶202-203).

¹⁸⁹⁶ Conclusões do AG Bot sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019 ¶245.

¹⁸⁹⁷ Parecer 1/17 ¶236-237 [«(...) Com efeito, se assim não fosse, o Comité Misto CETA poderia influenciar o tratamento de litígios concretos e, por conseguinte, participar no mecanismo de RLIE»]. Trata-se de uma determinação muito importante, e que deve ser estendida ao API UE-Singapura e ao API UE-Vietname.

¹⁸⁹⁸ Parecer 1/17 ¶238.

configuração do direito da União como uma *questão de facto*. O Tribunal de Justiça não quer interferências de outros tribunais no nível de proteção dos interesses públicos “democraticamente” gizado pelas instituições da União.¹⁸⁹⁹

Desta vez, porém, porventura mais pela matéria do que pelas garantias fornecidas pelo CETA, o Tribunal de Justiça acusou a pressão política exercida pela Comissão, que concluiu uma série de acordos com SJI antes de aquilatada a conformidade do novo modelo com o direito da UE.¹⁹⁰⁰ Estima-se que, com este Parecer, os futuros API da União (eg. Japão) tenham de *seguir de perto* o modelo CETA.¹⁹⁰¹

Os tribunais domésticos também demonstraram sensibilidade política. O Conseil constitutionnel, numa análise mais ou menos superficial, considerou que não havia violação do princípio da soberania nacional (no que respeita às matérias de competência partilhada) nem da “identidade constitucional” da República (no que respeita às matérias de competência exclusiva).¹⁹⁰² Larik saúda o facto de o Conseil constitutionnel manter um conceito estrito de “identidade constitucional”.¹⁹⁰³ O BvfG, por sua vez, concluiu que uma medida cautelar que impedisse a aplicação provisória do CETA teria custos políticos “irreversíveis”, porquanto afetaria as relações comerciais entre o Canadá e a União, bem como as negociações de acordos comerciais pendentes.¹⁹⁰⁴ Por essa razão, os pedidos cautelares foram rejeitados, sob condições.

¹⁸⁹⁹ Não concordamos, neste ponto, com Lenk 2019, p. 266, para quem o desafio continua a centrar-se na possibilidade de os tribunais CETA poderem optar por uma de várias “interpretações plausíveis” do direito da União. Em sentido idêntico ao nosso, defendendo que com o Parecer 1/17 o Tribunal de Justiça estendeu as objeções associadas à autonomia da ordem jurídica aos API com Estados terceiros, Stöbener de Mora & Wernicke 2019, p. 977.

¹⁹⁰⁰ Bungenberg & Titi 2019 (sem páginas, disponível online); Krajewski 2019 (sem páginas, disponível online).

¹⁹⁰¹ Stöbener de Mora & Wernicke 2019, p. 976; Krajewski 2019 (disponível online) – «Jedenfalls ist klargestellt, dass die EU kein Investitionsschutzabkommen schließen darf, das hinter dieses Niveau des CETA zurückfällt».

¹⁹⁰² Supra Cap. 3. Sobre o conceito de identidade constitucional, Fabbrini & Sajó 2019, p. 457 ss.

¹⁹⁰³ Larik 2017, p. 773.

¹⁹⁰⁴ BvfG, Judgment of 13 October 2016 2 BvR 1368/16, 2 BvE 3/16, 2 BvR 1823/16, 2 BvE 3/16, 2 BvR 1482/16, 2 BvR 1444/16. O BvfG sujeitou a aplicação provisória do CETA (artigo 30.7) a três condições: (i) aplicação provisória deve estender-se apenas às disposições do acordo que dizem respeito a matérias de competência exclusiva da UE; (ii) as interpretações vinculativas do Comité Misto devem gozar de legitimidade democrática suficiente até à data de início da aplicação definitiva, concretamente através do procedimento do artigo 218.9 do TFUE (cuja mobilização foi confirmada pelo Tribunal de Justiça no Parecer 1/17 ¶235); (iii) a Alemanha deve poder pôr fim à aplicação provisória. A aplicação provisória do CETA foi determinada pela Decisão 2017/38 do Conselho, de 28.10.16, e abrange apenas as disposições do acordo que dizem respeito a matérias de competência exclusiva da União, como é o caso do investimento estrangeiro direto (artigos 8.1 a 8.8), mas não da secção F do capítulo 8 (resolução de diferendos entre investidores e Estados). Sobre o âmbito da aplicação provisória e as consequências de uma não ratificação do tratado por algum ou alguns dos Estados-membros, Suse & Wouters 2017, pp. 395-416.

VI. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 6

A questão da autonomia da ordem jurídica da União é uma questão *constitucional*. Ou seja, só é possível porque a União se olha, *de dentro para fora*, como um ente político, «contemplando-se no seu particularismo» e «exaltando-se na sua individualidade». ¹⁹⁰⁵

Ora, são suficientemente conhecidas as críticas às sucessivas posições do Tribunal de Justiça sobre o modo como o direito da União se relaciona com o direito internacional. Essas críticas foram motivadas, essencialmente, pelos acórdãos Kadi e Intertanko ¹⁹⁰⁶ e pelo Parecer 2/13. Parece-nos difícil acrescentar o que quer que seja nesta matéria. A União é acusada de fazer uma utilização “oportunista”, “conservadora” ou “seletiva” do direito internacional, da qual resulta um *enforcement* que ora se reconduz a um “excepcionalismo paroquial” (eg. adesão da UE à CEDH), ora assume a veste de *gold standard* progressivo (eg. CETA, subordinação da aviação ao regime de comércio de licenças de emissão). ¹⁹⁰⁷

Um dos aspetos centrais dessa relação sempre foi a possibilidade de conclusão de acordos internacionais dotados de um sistema jurisdicional distinto do dos Tratados. Neste plano, o princípio da autonomia foi inicialmente concebido como a projeção internacional da idiosincrasia “constitucional” da União, a qual, reivindicando o poder de determinar as regras de reconhecimento nas relações com os Estados-membros, não poderia ficar refém da possibilidade de estes invocarem o direito internacional contra o monopólio jurisdicional do Tribunal de Justiça.

Do Parecer 2/13 e do acórdão Achmea o que resultou foi o seguinte: a União não quer os seus níveis de proteção – nem dos direitos humanos, nem das liberdades económicas do mercado interno – controlados por um tribunal exterior *nas situações em que isso possa afetar a confiança mútua entre Estados-membros*. O que o Parecer 1/17 veio esclarecer é que a União não quer os seus níveis de proteção (de interesses públicos fundamentais) controlados por um tribunal externo. *Ponto*. A autonomia constitucional da União visa, desta feita, a promoção de um *gold standard* no que respeita ao direito de regular.

¹⁹⁰⁵ Moura Ramos 1991, p. 176.

¹⁹⁰⁶ Intertanko, processo C-308/06, 03.06.2008.

¹⁹⁰⁷ Entre muitos outros, Ziegler 2016; Hilmy 2014.

O princípio da autonomia aproxima-se, na verdade, de um projeto de “autarcia normativa”, que não tem tanto que ver com o monopólio de *interpretação* do direito da UE, mas com um monopólio de *controlo das opções* da UE.¹⁹⁰⁸ Os tribunais arbitrais não são, como é bom de ver, nem os primeiros nem os únicos a ameaçar o projeto de “autarcia normativa” do direito da União. Idêntico desafio é colocado pelo ORL-OMC.¹⁹⁰⁹ Contudo, os tribunais arbitrais, pelas suas “qualidades constitucionais”, têm “dentes” mais afiados, aliando objeto, normas e um sistema de tutela que permitem ao DIE exercer a sua função conformadora *independentemente da maior ou menor “amizade” do direito do Estado de acolhimento para com o direito internacional*.

O esforço da União para terminar os API intra-União, por um lado, e limitar o impacto regulatório dos novos API, por outro, é uma prova irrefutável de que o DIE confere aos investidores uma *proteção reforçada contra a alteração normativa*. Se assim não fosse, esse esforço seria certamente menos intenso e menos radical.¹⁹¹⁰

Como se disse no texto, não rejeitamos, no que respeita aos API intra-União, uma solução de direito internacional público (esteada no artigo 30.3 da CVDT), ou, *preferencialmente*, uma solução política de cessação de vigência dos API intra-União através de convenção internacional (que deveria salvaguardar os processos arbitrais pendentes). Mais questionável é a opção, nos novos API (com Estados terceiros), de *neutralizar* as qualidades constitucionais do DIE. Através do Parecer 1/17, o Tribunal de Justiça quis evitar que, em matéria de atos normativos, a proteção mais efetiva conferida pelos API possa exteriorizar-se em termos que ele não consiga controlar.

A União não será um “naive free trader”¹⁹¹¹ e a cooperação instituída através do Regulamento n.º 2019/452 (análise do FDI) deve ser entendida a esta luz. Daí a, sob pretexto de um ilimitado “direito de regular” – isto é, da necessidade constitucional de prosseguir os interesses públicos em níveis democraticamente legitimados – subtrair o poder normativo da União a um mecanismo de compensação externo, como é o DIE, parece-nos um passo demasiado largo. *O exercício do “direito de regular” não é uma*

¹⁹⁰⁸ Nouvel 2018, p. 917.

¹⁹⁰⁹ Lenk 2019, p. 176, colocando em causa a compatibilidade do mecanismo de resolução de litígios da OMC com o princípio da autonomia da UE, mas argumentando que nem as instituições europeias nem os Estados-membros estarão na disposição de suscitar esse desafio.

¹⁹¹⁰ Veremos no Cap. 7 em que moldes e com que alcance.

¹⁹¹¹ Referimo-nos a uma parte do discurso do antigo Presidente da Comissão Europeia – Jean-Claude Juncker – sobre o “Estado da União”, proferido no Parlamento Europeu em 2016 [«We should not be naive free traders, but be able to respond as forcefully to dumping as the United States of America are doing»]. Para afastar esse cenário, existe o Regulamento n.º 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho, 19.03.2019, que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União (supra nota n.º 24).

espécie de “trump card” cuja invocação constitua garantia bastante da validade das medidas adotadas.

CAPÍTULO 7 – ANATOMIA DE UMA CONSTITUIÇÃO REFORÇADA

I. ENQUADRAMENTO

No Cap. 1 do presente trabalho, expusemos as teorias que dão conta das *qualidades constitucionais* da arbitragem dos tratados. Essa analogia consubstancia-se, afinal, num objeto e normas próximos dos do direito constitucional, acoplado a um sistema de tutela distinto do que está geralmente à disposição do direito internacional, e que exerce sobre o legislador estadual uma *pressão conformadora* que se assemelha à das constituições domésticas. Falamos, por essa razão, numa “constituição” reforçada.

O DIE é um produto da fragmentação do direito internacional, isto é, resulta de processos de especialização geradores de subsistemas normativos em áreas funcional ou geograficamente diferenciadas, em regra dotados de tribunais especializados.¹⁹¹² Tem, na formulação de Koskenniemi & Leino, um *ethos* e um *bias* estrutural distintos.¹⁹¹³ Procurou “despolitizar” a resolução de diferendos de investimento (como condição de crescimento económico dos países em desenvolvimento),¹⁹¹⁴ projetando-se, hoje, num desiderato de *desenvolvimento sustentável* e de prosperidade económica *de todos os países*.¹⁹¹⁵ O carácter monotemático do DIE é obviamente um elemento que condiciona a ponderação efetuada no quadro do FET e da cláusula expropriatória.¹⁹¹⁶

Concordamos, todavia, com Basener quando o Autor argumenta que, se a assimetria de efetividade se resumisse a ponderações distintas, efetuadas por tribunais distintos, não haveria razões para assumir abertamente que os dois níveis de proteção – o sistema “interno” e o sistema do DIE – seriam assimétricos ou não equivalentes. Uma ponderação diferente não basta: «this is the particular and inherent risk of different dispute settlement bodies to rule the same case».¹⁹¹⁷

¹⁹¹² Supra Cap. 1.

¹⁹¹³ Koskenniemi & Leino 2002.

¹⁹¹⁴ Witte 2018, p. 513.

¹⁹¹⁵ Radi 2012, p. 1137, reputando este *ethos* de esquizofrénico; Ortino 2017, p. 77, explicando que prosperidade económica não se confunde com crescimento económico. É um conceito que pressupõe uma mudança qualitativa, abrangendo políticas de proteção do ambiente, desenvolvimento humano e redução da pobreza.

¹⁹¹⁶ Ortino 2017, p. 91, dando conta que o carácter “monotemático” do DIE não permite uma aplicação válida do princípio da proporcionalidade na sua totalidade, concretamente do teste da proporcionalidade em sentido estrito. Genericamente, Medeiros 2015, p. 338.

¹⁹¹⁷ Basener 2017, p. 439, 492.

Destarte, a “constituição” reforçada não se reduz – apenas – a tribunais distintos levarem a cabo ponderações distintas, de acordo com uma “pegada” funcional distinta. É verdade que o sistema de tutela é *constitutivo* – e não meramente acessório – das “qualidades constitucionais” do DIE. E é verdade que se o *DIE passasse a ser aplicado exclusivamente por tribunais domésticos* (e pelo TJUE), *sem recurso à aparelhagem financeira da arbitragem*, a assimetria de efetividade a que vimos fazendo referência nos Capítulos anteriores *tenderia a diluir-se*. Contudo, o que tentaremos clarificar na secção 7.2 é que a proteção do investidor contra a alteração normativa opera, no DIE, através de normas substantivas distintas, dotadas de uma estrutura e de um modo de funcionamento mais efetivo. Em suma, de uma “anatomia” distinta.

A tese de que o DIE alberga uma “constituição” reforçada ao nível da proteção do investidor contra a alteração normativa não é partilhada por todos.¹⁹¹⁸ Se fosse, aliás, quedaria desprovida de propósito a análise desenvolvida na Parte II do presente trabalho.

Schill, por ex., tem uma visão benigna da arbitragem do investimento, preferindo sublinhar os seus benefícios em termos de reforço de *rule of law* a nível nacional e internacional e de garantia de uma economia estável num contexto global.¹⁹¹⁹ Não rejeitamos – bem pelo contrário – que o sistema tem potencial para operar em jeito de constitucionalismo “complementar”, “suplementar” ou de emergência (*fire alarm*), no casos dos países credenciados, ou mesmo em jeito de constitucionalismo de “substituição”, no caso dos países não credenciados.¹⁹²⁰ Revemo-nos também na rejeição de visões apocalíticas sobre a inibição do direito de regular.¹⁹²¹

É mais difícil endossar a afirmação, mesmo formulada relativamente ao CETA (que é o novo *gold standard* de proteção do interesse público), de que o direito internacional do investimento não impõe ao legislador constrangimentos adicionais aos que já decorrem do direito constitucional (no caso do Autor, a GG) e do direito da

¹⁹¹⁸ A posição da UE relativamente ao sistema da arbitragem do investimento foi tratada no Cap. 5. Sobre a proteção dos investimentos intra-União, European Commission 2018, destacando o caráter mais “abrangente” do direito da União, onde a proteção vale tanto para o acesso ao mercado como para os investimentos já estabelecidos, e tem por base os princípios gerais de direito da UE, as liberdades do mercado interno e os direitos fundamentais. Em sentido próximo, defendendo que a proteção do investimento dentro da UE pode ocorrer através de um reforço das liberdades do mercado interno, Wiedmann 2018, pp. 234-235.

¹⁹¹⁹ Schill 2018, p. 572.

¹⁹²⁰ Kleinheisterkamp 2015, p. 822; Classen 2014, p. 611 ss.

¹⁹²¹ Schill 2018, p. 580.

UE.¹⁹²² Para o Autor, portanto, *a única diferença relevante entre os dois complexos normativos tem que ver com o tipo de tutela*. O direito da União privilegia mecanismos de proteção jurídica primária (anulação do ato), ao passo que o DIE – já o vimos – privilegia uma proteção jurídica secundária (reparação dos danos causados).¹⁹²³ Contudo, oferecendo as regras substantivas um nível de proteção semelhante, o risco financeiro de uma tutela compensatória é, nas palavras do Autor, “controlável” (*manageable*).¹⁹²⁴

Ora, a posição que defendemos nas próximas páginas é a de que as diferenças no que respeita ao direito substantivo, não sendo ostensivas, *existem*, e que o seu impacto é (indiscutivelmente) “catapultado” pela *ordenação orgânico-adjetiva do DIE*. É porque essas diferenças existem que o Tribunal de Justiça tenta durante vários parágrafos, no Parecer 1/17, orientar os tribunais CETA para uma certa interpretação das suas disposições, excluindo qualquer possibilidade de estes tribunais «porem em causa as escolhas democraticamente realizadas» pelo legislador de uma das partes.¹⁹²⁵

II. ANATOMIA

O périplo empreendido pelos regimes interno, regional e internacional-funcional de proteção contra a alteração normativa viabiliza a conclusão de que o reforço da *efetividade* da proteção relativamente ao nível “interno” assenta numa proteção mais preceptiva das legítimas expectativas do investidor (i); num sistema de “tudo ou nada” no que respeita ao *processo de qualificação de uma interferência no direito de propriedade como expropriação* (ii); e num regime de responsabilidade (internacional) do Estado com menor contaminação “subjéctiva” (iii).

¹⁹²² Schill 2015b, pp. 5-6. Em sentido contrário, Lenk 2019, pp. 200-201, Nouvel 2018, p. 916, argumentando que o principal propósito do estabelecimento de tratados de proteção de investimento entre os países da UE não é de subtrair o diferendo ao sistema jurisdicional dos Estados-membros, mas oferecer aos investidores uma “segurança adicional” ao direito substantivo da União, e G. Alvarez 2018, pp. 575-576, admitindo que a proteção não é equivalente.

¹⁹²³ Gomes Canotilho 2013, p. 359.

¹⁹²⁴ O próprio Schill 2010, p. 410, num texto anterior, não excluía o conflito. Referindo-se ao caso Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case no. ARB/09/6, Award through settlement, 11.03.2011 (encerramento antecipado das centrais nucleares na Alemanha), alerta que: «Thus, there is a significant probability that the arbitration panel will find Germany liable toward Vattenfall; which is why Vattenfall chose to use the expensive ICSID procedure in the first place».

¹⁹²⁵ Parecer 1/17 ¶160. Diga-se que nem no acórdão Achmea nem no Parecer 1/17 o Tribunal de Justiça reage às afirmações dos seus AG quanto à ausência de simetria entre o nível de proteção assegurado pelo direito da União e pelo DIE (Conclusões do AG Wathelet sobre o processo Achmea, apresentadas em 19.09.2017 ¶210-226; e Conclusões do AG Bot sobre o Parecer 1/17, apresentadas em 29.01.2019 ¶84-89).

Por não estar diretamente associada à proteção *substantiva*, deixaremos de lado, nas secções que agora se iniciam, um dos segmentos das conclusões do AG Wathelet no acórdão Achmea. Disse o AG – procurando sustentar que, na UE, a proteção conferida aos investimentos «ainda está longe de ser completa» – que o âmbito de aplicação do API é mais amplo que o dos Tratados, abrangendo «atos contemplados pelo Mecanismo Europeu de Estabilidade» (MEE).¹⁹²⁶

Não é correto afirmar que o Tribunal de Justiça se recusou a apreciar a validade das medidas adotadas no contexto do MEE à luz do direito primário. Aliás, a análise efetuada pelo Tribunal de Justiça a propósito dessas medidas será tomada em conta infra. Isso não obstou a que, desde o acórdão Pringle,¹⁹²⁷ tenham surgido interrogações no que concerne ao âmbito de aplicação do direito da União,¹⁹²⁸ à imputação das medidas¹⁹²⁹ e à tutela jurisdicional efetiva,¹⁹³⁰ cujo tratamento mereceu, como é sabido, duras e variadas críticas da doutrina.¹⁹³¹

¹⁹²⁶ Para os países da zona euro (República da Irlanda, Portugal e Grécia), a “ajuda” financeira surgiu, numa primeira fase, por banda do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira, uma sociedade de direito privado (Regulamento do Conselho 407/2011, de 11.05.2010), com sede no Luxemburgo, de que os Estados da zona euro eram os acionistas. Numa segunda fase, os Estados-membros usaram o processo de revisão simplificado para alterar o artigo 136 do TFUE, de onde resultou, em fevereiro de 2012, o Tratado do Mecanismo de Estabilidade Europeu. Este é um tratado internacional, concluído pelos 17 Estados que integravam a zona euro, que institui uma organização intergovernamental permanente. O mecanismo tem por missão reunir fundos em benefício dos respetivos membros «que estejam a ser afetados ou ameaçados por graves problemas de financiamento», «se tal for indispensável para salvaguardar a estabilidade financeira da área do euro». Recorde-se que, no quadro do Mecanismo Europeu de Estabilização financeira, Portugal concluiu, juntamente com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o FMI, o “Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica”, de 17.05.2011.

¹⁹²⁷ Pringle, processo C-370/12, 27.11.2012.

¹⁹²⁸ O Tribunal começou por avançar que o Estados-membros não aplicam o direito da UE, na aceção do artigo 51.1 da CDFUE, ao instituírem um mecanismo como o MEE. Por conseguinte, não podem os Estados-membros, no contexto do MEE, violar disposições da Carta nem – subentende-se – violar o direito a uma tutela jurisdicional efetiva (Pringle ¶179-180). Mais tarde, o Tribunal de Justiça moderou a sua posição, admitindo que as instituições da União estão sujeitas à Carta mesmo quando atuam fora do quadro jurídico da União, como no MEE (Ledra Advertising, processo C-8/15 P a C-10/15 P, 20.09.2016, ¶67; Conclusões do AG Wahl sobre o processo Ledra Advertising, apresentadas em 21.04.2016 ¶69; Chrysostomides ¶85).

¹⁹²⁹ Mesmo a UE não sendo parte do MEE, o papel desempenhado pelas suas instituições pode relevar para efeitos de responsabilidade civil extracontratual, na medida em que aqui o que interessa é se a instituição a quem é imputado o ato lesivo foi instituída pelos Tratados e se destina a contribuir para a realização dos objetivos da UE. Contudo, a propósito do resgate cipriota, o Tribunal Geral sustentou que a atuação dos membros do Eurogrupo foi protagonizada a título de membros do Conselho de Governadores do MEE, e que, portanto, a União não deveria responder pelos danos causados por essa atuação (Chrysostomides ¶112).

¹⁹³⁰ Cf. acórdãos Sindicato Nacional dos Profissionais dos Seguros, processo C-264/12, 26.06.2014, Sindicato dos Bancários do Norte, processo C-128/12, 07.03.2013; Associação Sindical dos Juizes Portugueses ¶39-40; ADEDY, processo T-25/11, 27.12.2012, ¶84-102.

¹⁹³¹ Mencionamos, a título de exemplo, os trabalhos de Martín Rodríguez 2016, p. 270, Kilpatrick 2015, p. 328; Joerges 2014, pp. 279-334, Joerges & Kreuder-Sonnen 2017, p. 121; Hofmann & Pantazatou 2017, pp. 125-130; Dawson 2015, pp. 976-993; Mangas Martín 2015, pp. 13-42; Lopéz Escudero 2015, pp. 361-433; Ruffert 2017, p. 272.

A qualidade (extensão e intensidade) do controlo das medidas de resposta à crise financeira é um dado importante num eventual diagnóstico de “manifesta deficiência” do direito da União para efeitos de aplicação da parte final do artigo 8.4 da CRP ou da doutrina Bosphorus, avançada pelo TEDH. Os aspetos adjetivos e substantivos da tutela estão necessariamente interligados, pois como sublinhou o Tribunal de Justiça no acórdão Kadi, a tutela da propriedade privada está associada à garantia de procedimentos que deem à pessoa afetada uma oportunidade adequada de expor a sua causa às autoridades competentes, conclusão que decorre da aplicação conjugada do artigo 6 CEDH e do artigo 1-P1.¹⁹³²

1. Um standard mais precativo de proteção das legítimas expectativas do investidor

A proteção das legítimas expectativas é um princípio de direito da União, um princípio fundamental de direito constitucional (comum a vários ordenamentos jurídicos) e um dos elementos que integram o conteúdo normativo do FET. Contudo, a convicção de vários Autores é a de que não existe, na UE, um princípio como o FET, isto é, na formulação de Alvarez, um princípio que cubra “holisticamente” todas as manifestações associadas ao FET.¹⁹³³

1.1. Situação de confiança legítima

Há muitos pontos de contacto entre a forma como o direito interno e o DIE tratam as legítimas expectativas dos operadores económicos. A investigação desenvolvida na Parte II confirma a importância que o *recorte* da situação de confiança legítima adquiriu ou vem adquirindo em vários ordenamentos jurídicos. As “esperanças fundadas” e “garantias precisas” têm paralelo, no DIE, na categoria dos “compromissos específicos”.

Tanto a União como os Estados-membros admitem esperanças “fundadas” decorrentes de situações *substancialmente diferenciadas* no quadro normativo. Ou seja,

¹⁹³² Acórdão Kadi (Acórdão do Tribunal de Justiça) ¶368.

¹⁹³³ G. Alvarez 2018, p. 576. Em sentido semelhante, Battini 2017, p. 339. Esta convicção também foi veiculada pelo AG Wathelet nas Conclusões sobre o processo Achmea, apresentadas em 19.09.2017 ¶215.

as garantias precisas são compatíveis com bases de confiança alicerçadas em atos normativos.

A questão é menos líquida no DIE, onde o compromisso específico é por vezes associado a uma cláusula de estabilização ou a uma promessa da administração.¹⁹³⁴ O artigo 8.10.4 do CETA, na parte em que estabelece que o Tribunal terá em atenção, na aplicação do FET, à circunstância de uma das Partes ter assumido um compromisso específico para com um investidor, não é decisiva. Faltou dizer, como antecipámos supra, qual a forma que a promessa ou declaração devem assumir (escrita ou oral) e se tal promessa ou declaração podem ser inferidas a partir de um regime normativo, legal ou administrativo.¹⁹³⁵

Se o direito da UE se mostra mais flexível no que respeita aos atos suscetíveis de gerar garantias precisas,¹⁹³⁶ é mais exigente relativamente ao carácter *incondicional e concordante* das informações prestadas, designadamente em termos de competência das instituições da União (fontes autorizadas e fiáveis).¹⁹³⁷ Já no DIE, a associação entre boa-fé e legítimas expectativas permite extrair do FET um *dever de consistência*, isto é, um dever de coordenação das autoridades do Estado de acolhimento, que não podem escudar-se nos seus esquemas de separação funcional e vertical de poderes para praticar atos contraditórios desfavoráveis para o investimento. O facto de o compromisso específico ter por base um ato *ultra vires*, ou o facto de a atuação das várias entidades públicas envolvidas ter gerado uma situação de ambiguidade que o investidor não

¹⁹³⁴ PSEG ¶121; El Paso ¶377; Crystallex ¶547 (a doutrina da proteção da confiança é uma doutrina de direito administrativo; portanto, só vale para a atividade administrativa).

¹⁹³⁵ Henckels 2016, p. 35.

¹⁹³⁶ Uma coisa são os atos suscetíveis de gerar “garantias precisas”, outra são os elementos aptos a comprovar a teleologia de um determinado regime jurídico constante de lei ou de contrato administrativo. Aqui, como vimos no Cap. 5, o DIE mostra-se atento às declarações políticas, às campanhas publicitárias, e a outras atuações informais do Estado de acolhimento.

¹⁹³⁷ Supra Cap. 4. Cf., em especial, os acórdãos *Forum 187* ¶151; *Accorinti* ¶78 ss., considerando que os comunicados de imprensa e as declarações públicas do Banco Central Europeu – em especial, dos seus Presidentes – manifestando oposição relativamente à reestruturação da dívida pública grega e a um incumprimento seletivo por parte da Grécia, *não constituíam garantias precisas, incondicionais e concordantes no sentido de que tal reestruturação não teria lugar*. Com efeito, embora estivesse envolvido no processo de vigilância da evolução da situação financeira grega, o Banco Central Europeu não era competente para adotar a decisão em causa, que se mantinha no poder soberano e na autoridade orçamental dos Estados-membros ou no âmbito da coordenação de política económica pelos Estados-membros ao abrigo do artigo 120 TFUE; e *Chrysostomides* ¶424 ss., considerando que o “compromisso de 21 de janeiro de 2013”, anunciado pelo Eurogrupo, não constitui fonte de garantias (precisas, incondicionais e concordantes) de que o instrumento de assistência financeira conferido pelo MEE ao Chipre não ultrapassaria as condições definidas no projeto de memorando de entendimento negociado entre o Chipre, a Comissão, o FMI e o Banco Central Europeu. Aliás, como se refere no acórdão, a concessão do instrumento de assistência financeira é uma competência do MEE, e não do Banco Central Europeu. «Assim, mesmo que contivesse garantias quanto à concessão do IAF [Instrumento de Assistência Financeira] à República do Chipre, essas garantias não tinham origem numa autoridade competente (...)».

esclareceu, diz mais sobre a atuação do Estado de acolhimento do que sobre a atitude do investidor.¹⁹³⁸

Ambos os blocos normativos concebem as situações de confiança por *indução* como situações de confiança substancialmente diferenciadas – leia-se, de natural imprevisibilidade.¹⁹³⁹ No plano interno, relevam sobretudo as situações de benefícios fiscais dinâmicos ou de outros regimes de incentivação, como as decididas pelo Tribunal Constitucional português,¹⁹⁴⁰ pelo *Conseil constitutionnel*,¹⁹⁴¹ ou pelo Tribunal Constitucional espanhol.¹⁹⁴²

Ao standard do operador prudente e avisado corresponde, no DIE, o instituto da *due diligence* do investidor. Trata-se em ambos os casos de um parâmetro exigente, que tem em conta a *expertise* do operador económico (no DIE, um investidor com capacidade financeira para cobrir os custos elevados da arbitragem), e pouca tolerância para operações económicas imprudentes e especulativas.¹⁹⁴³

1.2. Orientação e funcionamento

Os blocos funcionam a partir de *orientações* distintas. Tanto o direito interno como o direito da UE partem de uma ideia de revisibilidade das opções normativas (não retroativas). No direito interno, a isso obriga o princípio democrático; no direito da UE, isso é imposto pela garantia de funcionamento eficiente do mercado interno.¹⁹⁴⁴ O direito da UE mostra-se, além disso, mais tolerante (que o direito constitucional) com os

¹⁹³⁸ Na doutrina, sobre o dever de consistência, Morris 2015, pp. 49-68. Na arbitragem, em especial, PSEG ¶246; MTD Equity v. Republic of Chile, ICSID Case no. ARB/01/7, Award, 05.05.2004; Adel Hamadi v. Sultanate of Oman, ICSID Case no. ARB/11/33, 03.11.2015 (rejeitando que o dever de consistência constitua um elemento do standard mínimo de tratamento dos estrangeiros, embora possa constituir um elemento do FET).

¹⁹³⁹ Artigo 8.10.2 CETA.

¹⁹⁴⁰ Acórdão (TC) n.º 828/17.

¹⁹⁴¹ Conseil constitutionnel, Decisão n.º 2013-682 DC, 19.12.2013.

¹⁹⁴² STS 9740/1993, de 05.03.1993.

¹⁹⁴³ No direito da União, o acórdão Accorinti, processo T-79/13, 07.10.2015, ¶121 [referindo, a propósito da reestruturação da dívida grega (troca de títulos da dívida pública), que estavam em causa «mercados particularmente voláteis, frequentemente sujeitos a vicissitudes e riscos não controláveis (...»)]. Mesmo que nem todos os investimentos deste tipo sejam especulativos, existe um risco (nestas circunstâncias, normal) de perda considerável de valor dos instrumentos adquiridos. Aliás, o risco associado às atividades comerciais no setor financeiro, sobretudo quando têm por objeto instrumentos de dívida negociáveis emitidos por um Estado que já se encontra em situação periclitante, não se projeta apenas no critério do operador prudente e avisado. Projeta-se – igualmente – no apuramento de um prejuízo “anormal” numa ação (hipotética) de responsabilidade da UE por ato lícito, admitindo que o prejuízo só tem caráter anormal «quando ultrapassa os limites dos riscos económicos inerentes às atividades no setor económico em causa» (eg. Accorinti ¶119-120); e na análise da proporcionalidade em sentido estrito de uma intervenção sobre o direito de propriedade (eg. Chrysostomides ¶318).

¹⁹⁴⁴ Supra Cap. 4.

casos de retroatividade autêntica, usando o princípio da proteção da confiança como uma justificação recorrente para essa situação patogénica (eg. combate à especulação, validação de atos).

Ora, o DIE não ignora a distinção entre retroatividade autêntica e inautêntica.¹⁹⁴⁵ Existe alguma ambiguidade, que os casos das renováveis têm vindo a reforçar, sobre qual o sentido a atribuir à proteção das legítimas expectativas no FET. Uma dessas orientações confere aos investidores um nível superior e menos flexível de proteção contra a alteração normativa.

Essa orientação (*strict liability*)¹⁹⁴⁶ perspetiva o FET como um princípio de estabilidade normativa,¹⁹⁴⁷ do qual decorre uma garantia contra a alteração abrupta das características essenciais do investimento.¹⁹⁴⁸ Estruturalmente, é como se o FET contivesse uma presunção inilidível de *excesso regulatório*, à semelhança das proibições absolutas de retroatividade (autêntica) existentes no direito constitucional, mais ou menos impermeável relativamente ao interesse público perentório (da UE) ou a qualquer formulação equiparável do direito interno. A proteção oferecida por esta orientação não está dependente da afetação da viabilidade produtiva do investimento.

Os blocos partem de uma diferente conceção de *risco regulatório*. O *standard* da União não tem como medida a *realidade económica* do investimento e nem sempre garante ao investidor um período de amortização. O exercício das liberdades do mercado interno, aliado à participação institucional dos interessados e à circulação de informação, tem como contraponto um dever de *reajustamento permanente* da estratégia comercial, independentemente da coincidência entre as informações, avisos e alertas das instituições da UE e a *decisão de investir*.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁵ Isolux ¶814; RREEF ¶460; Cube Infrastructure ¶347; Charanne ¶548. Sem o cuidado de distinguir entre retroatividade autêntica e inautêntica, Novenergia II ¶695-697. O acórdão BayWare ¶487-496 qualifica as alterações normativas promovidas pelo legislador espanhol como “retrospectivas”, mas sublinha que existe uma diferença entre alterar, com efeitos imediatos, um regime de incentivação e reduzir pagamentos futuros por referência a pagamentos efetuados no passado, que, apesar de “válidos”, foram, entretanto, considerados excessivos.

¹⁹⁴⁶ Ortino 2018, p. 848.

¹⁹⁴⁷ Micula ¶666; Bear Creek ¶163, referindo abertamente a estabilidade do quadro normativo como um elemento do FET.

¹⁹⁴⁸ Charanne ¶517. A referência às características essenciais do investimento também é conhecida do direito interno dos Estados-membros, como resulta do acórdão do BvFG de 12.02.2019, já em claro “diálogo” com a arbitragem do investimento.

¹⁹⁴⁹ Supra Cap. 4, sobre o acórdão Plantanol.

A decisão de investir é, porém, um elemento essencial do standard FET, como evidenciaram, por ex., os casos espanhóis e italianos sobre as renováveis.¹⁹⁵⁰ Isso deve-se à circunstância de o DIE perspetivar o investimento de forma holística, tendo em conta a atividade económica que o investidor estrangeiro ambiciona desenvolver e a conexão funcional entre cada um dos componentes do seu investimento.¹⁹⁵¹ Os riscos conhecidos são os riscos que o investidor conhece ou deveria conhecer no momento em que adotou a decisão de investir, e não o risco “genérico” de fazer negócios na UE.¹⁹⁵² A razoabilidade da remuneração dos investimentos é fixada ao tempo em que estes foram realizados: «(...) the decision as to what is a fair remuneration, while in the hands of the Respondent, is made at the time the level of a particular incentive is set for a particular producer».¹⁹⁵³

No DIE, o risco de investimentos especulativos e imprudentes nem sempre corre *por conta do investidor*. Dito de outro modo, a abertura da jurisprudência a uma leitura do FET menos centrada na perceção do investidor e mais focada na conduta do Estado de acolhimento permite identificar situações de violação do standard mesmo não tendo os investidores dado mostra de prudência profissional. Foi o que sucedeu no acórdão MTD.¹⁹⁵⁴ Uma conclusão deste tipo não seria viável no direito da UE, onde o standard do operador prudente avisado afastaria a verificação de uma situação de “esperanças fundadas” e, conseqüentemente, uma violação do princípio da proteção da confiança.¹⁹⁵⁵

A interação entre os dois modelos foi exposta no acórdão Micula,¹⁹⁵⁶ e mais recentemente, no acórdão BayWare. É nítido que, em ambos os casos, o tribunal arbitral

¹⁹⁵⁰ Supra Cap. 5, sobre o diferente tratamento dado pela arbitragem do investimento às várias situações de investimento no contexto espanhol. Na doutrina, Ziegler & Trigo 2019, pp. 136-167.

¹⁹⁵¹ Basener 2017, p. 424.

¹⁹⁵² Harlow 1996, p. 220.

¹⁹⁵³ CEF Energia ¶245.

¹⁹⁵⁴ MTD Equity ¶242. Estava em causa um investimento no setor do desenvolvimento urbanístico, aprovado pelas autoridades chilenas apesar de contrário à legislação urbanística vigente. Por essa razão, o Tribunal reduziu a indemnização devida pelo Chile por violação do standard FET. Neste sentido, Diehl 2012, p. 375 [«(...) Second, the decision (no acórdão MTD) supports the view that even if government assurances are ambiguous and a careful diligent investor would have noticed this ambiguity, the government still owes a duty of consistency and protection of legitimate expectations to the investor»]. A idêntico resultado chegou o tribunal no acórdão Yukos ¶1594 ss., através do instituto da contribuição do lesado para o facto ilícito, que tem previsão no artigo 39 PARIE. O Tribunal concluiu que a Yukos utilizara abusivamente as “low tax regions”, mas que essa atuação constituía apenas um pretexto para a perseguição das autoridades tributárias russas, justificando uma redução da indemnização em 25%. Portanto, a culpa do lesado é um elemento de equidade no cálculo da indemnização, mas não afasta a violação dos standards de proteção do investimento (Schluppi 2018, p. 188).

¹⁹⁵⁵ Supra Cap. 4.

¹⁹⁵⁶ Supra notas n.ºs 1265 e 1869. O direito da União não fazia parte do direito aplicável à disputa, pois segundo o tribunal, no período de realização do investimento, a Roménia havia aceite o *acquis* em matéria de auxílios de Estado sem, no entanto, estar sujeita ao direito da União.

mobiliza um standard jurídico distinto do da União na apreciação dos factos, tomando em consideração aspetos negligenciados pelo standard da União e que exprimem uma diferente conceção sobre *o modo como deve ser distribuída a responsabilidade pela realização de investimentos imprudentes*.

No acórdão Micula, o tribunal dá relevo ao facto de as próprias autoridades romenas confiarem na validade do programa EGO 24, o que constitui um desvio à jurisprudência do TJUE sobre auxílios de Estado, que claramente desliga a aplicação do standard do operador prudente e avisado da maior ou menor “conivência” das autoridades estaduais. No acórdão BayWare, é dado relevo ao facto de a Comissão europeia, apesar de não ignorar o regime espanhol, não ter levantado objeções à sua validade.¹⁹⁵⁷

1.3. Proporcionalidade

Finalmente, os dois blocos adotam um *standard de controlo* diverso.¹⁹⁵⁸ Vimos no Cap. 4 que quando estejam em causa medidas da UE ou dos EM em implementação (e não em restrição) do direito da UE (liberdades do mercado interno), a invocação de um interesse público perentório é “ás de trunfo” no afastamento da previsão de medidas transitórias. No limite, não há ponderação.

No DIE, os tribunais arbitrais não esclarecem, sem ambiguidades, em que termos se fará esse controlo.¹⁹⁵⁹ Abundam as formulações indeterminadas, tais como “margem aceitável de mudança”,¹⁹⁶⁰ “espectro aceitável de comportamento legislativo”,¹⁹⁶¹ “nível elevado de deferência”,¹⁹⁶² “interesse público real”,¹⁹⁶³ etc.

¹⁹⁵⁷ BayWare ¶569 (g)-(i).

¹⁹⁵⁸ Tema já tratado, em pormenor, pela doutrina. Referimo-nos, no DIE, a várias monografias: Bücheler 2015; Vadi 2018; e Henckels 2015; Kläger 2011, p. 247 ss.; Covi 2014. Entre nós, Tavares da Silva 2014, pp. 74-75. Explica a Autora que a metódica da proporcionalidade pressupõe um «exercício prévio de adequação da escolha do teste ao objeto do controlo», algo que, quando estejam em causa atos legislativos de prossecução de políticas públicas, deve passar por uma “metódica de razoabilidade”. Assim, se «o órgão de controlo não tem legitimidade para se substituir na decisão (porque enfrenta limites funcionais), então a sua análise, para ser legítima, tem de limitar-se a um juízo de “clareza”, “evidência”, “percepção racional” da violação dos parâmetros (...)».

¹⁹⁵⁹ Eg. a análise levada a cabo pelo Tribunal arbitral no acórdão Charanne ¶534-535, em que o Tribunal liga o princípio da proporcionalidade à desnecessidade da medida, para posteriormente concluir que esta não é contrária ao interesse público. Sendo necessária, dificilmente poderia não prosseguir um interesse público, o que evidencia ou a irracionalidade do *iter* decisório, ou a atribuição aos conceitos de um significado distinto daquele que geralmente ostentam em direito público.

¹⁹⁶⁰ Formulação usada no acórdão Philip Morris ¶423.

¹⁹⁶¹ Formulação usada no acórdão Novenergia II ¶688.

¹⁹⁶² Formulação usada no acórdão Crystallex ¶583; Antaris Solar ¶412.

Alguns tribunais remetem para dimensões ponderativas, associadas ao teste da proporcionalidade em sentido estrito.¹⁹⁶⁴

Contudo, é evidente que, verificada uma situação de “compromisso específico” (o equivalente, como vimos, a uma situação de confiança legítima no direito da UE) não bastará ao Estado de acolhimento alardear um interesse público, mesmo que perentório, para obviar à responsabilidade internacional.¹⁹⁶⁵ Na verdade, o problema é precisamente o inverso – o de saber se, na presença daquele compromisso específico, deve a “margem aceitável de mudança” variar *em função do interesse público que sustenta a alteração normativa*.

É preciso ter em conta o impacto dos API na interpretação e aplicação do FET.¹⁹⁶⁶ Vimos no Cap. 5 que os novos API codificaram exhaustivamente as interpretações mais “state-friendly” dos tribunais arbitrais de investimento, fixando o limiar da violação na categoria do tratamento “manifestamente arbitrário”.¹⁹⁶⁷ Além disso, o CETA contém disposições sobre o direito de regular em matéria de educação, saúde pública, ambiente, moral pública, trabalho, ou direitos humanos.

Já sabemos de que forma é que o Tribunal de Justiça interpreta estes preceitos. Os tribunais CETA não devem pôr causa o nível de proteção dos interesses públicos que as Partes contratantes, à luz da alternância democrática, escolham prosseguir. Segundo o Parecer 1/17, na cláusula FET que consta do artigo 8.10 do CETA, as partes focaram-se «em situações de tratamento abusivo, de arbitrariedade manifesta e de discriminação específica (...)».¹⁹⁶⁸ Nem uma referência à proteção das legítimas expectativas, apesar do disposto no artigo 8.10.4, e de o Tribunal admitir que as disputas de investimento CETA poderão ter por objeto *qualquer tipo de ato*, inclusivamente atos da função legislativa.¹⁹⁶⁹

Parece evidente que, com esta interpretação, o Tribunal quis vincular os tribunais CETA a um determinado *standard* de controlo. A “blindagem” do nível de proteção indicia, de facto, que o *standard* de controlo deverá excluir uma dimensão de

¹⁹⁶³ Formulação usada no acórdão *Windstream v. The Government of Canada*, 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 27.09.2016, ¶376.

¹⁹⁶⁴ Eg. *Total* ¶309; *Mamidoil* ¶660; *Arif* ¶547.

¹⁹⁶⁵ Eg. *Marfin* ¶1212.

¹⁹⁶⁶ Sobre este ponto, *Barker* 2017, p. 236.

¹⁹⁶⁷ Artigo 8.10.2(c) do CETA; artigo 2.5.2 (c) do API UE-Vietname; artigo 2.4.2 (c) do API UE-Singapura. Em sentido crítico, *Schwebel* 2016 (o Autor não entende a necessidade de o tratamento ser “manifestamente” arbitrário); e a apreciação de *Kriebaum* 2014, p. 468 ss.

¹⁹⁶⁸ Parecer 1/17 ¶159.

¹⁹⁶⁹ Parecer 1/17 ¶142-143.

proporcionalidade *em sentido estrito*, desonerando o tribunal de qualquer exercício ponderativo sobre aquele nível de realização.¹⁹⁷⁰

2. Propriedade e cláusula expropriatória

2.1. Âmbito de proteção

As diferenças ao nível do âmbito de proteção foram tratadas no Cap. 1 e na secção anterior. Ali verificámos, com efeito, não haver uma sobreposição *absoluta* entre investimento e propriedade. Não advém daqui nenhuma desproteção para o particular, já que, no direito da União, a paleta de instrumentos de proteção da situação patrimonial dos cidadãos e das empresas não se confina ao direito de propriedade.

2.2. Interferências e processo de qualificação

A classificação das interferências no direito de propriedade é um ponto sujeito a divergências importantes. O artigo 1-P1 distingue três modalidades de interferência (três regras), assegurando um sistema compacto de proteção da condição patrimonial dos particulares, na qual o princípio geral de respeito pelos bens (primeira regra) se assume como “válvula de segurança” do procedimento de qualificação.¹⁹⁷¹ Uma vez comprovada a existência de um “bem” (possession), todas as interferências no direito de propriedade, independentemente da regra em que se subsumam, estão protegidas pelo artigo 1-P1 e por um “batuta única” de requisitos de validade.¹⁹⁷²

A classificação obedece a uma lógica semelhante à do direito alemão, admitindo um critério qualitativo *ex ante* de distinção entre as medidas subsumíveis a uma expropriação (segunda regra) e as outras interferências no direito de propriedade

¹⁹⁷⁰ Ortino 2017, p. 89 [«(...) In other words, the recognition that the (narrow) ‘object’ of an investment treaty is an instrument to achieve the (broader) ‘purpose’ of sustainable development has two implications. First, the investment treaty recognizes the existence of values (economic growth, environmental protection, social development) that are greater than affording protection to foreign investors. Second, *the reasonableness-type standards imposed on host states for the protection of foreign investment do not impose any restraints on states’ balancing among those values*. Accordingly, an interpretation of investment treaty provisions requiring reasonableness in light of the object and purpose of the investment treaty will exclude a review based on the measure’s proportionality in the strict sense».] – o itálico é nosso.

¹⁹⁷¹ Supra Cap. 5.

¹⁹⁷² Ruffert 2007, p. 129.

(primeira e terceira regras).¹⁹⁷³ Como se disse no acórdão Hutten-Czapska, uma regulamentação de uso dos bens não se converte numa expropriação pelo facto de ir longe demais, isto é, pelo facto de violar o princípio da proporcionalidade. A distinção é conceptualmente viável porque o *prius* da classificação não são os *efeitos* ou o *impacto* da medida estadual, mas o seu *carácter* ou *intenção*. Contudo, a aproximação ao direito alemão não é plena. O TEDH adota um conceito amplo de expropriação, em linha com o direito internacional costumeiro, e por isso permite – exceccionalmente – a recondução à segunda regra de situações que, à luz da GG, não reentrariam no artigo 14.3. Abrange, portanto, expropriações diretas e indiretas e, dentro destas, não está afastado que abarque expropriações regulatórias (no sentido referido supra).

A proteção oferecida pelo direito da União segue de perto este modelo. Por força do artigo 52.3 da CDFUE, o alcance do direito fundamental de propriedade, princípio geral de direito da União, tem em conta o artigo 1-P1 à CEDH.¹⁹⁷⁴ À semelhança do que vale no direito interno, o direito da União admite *restrições* ao direito fundamental de propriedade não expropriatórias, subsumíveis, na arquitetura do artigo 1-P1, à terceira regra – regulamentação de uso dos bens.¹⁹⁷⁵

Para o DIE, como vimos no Cap. 5, o processo de qualificação das interferências no investimento obedece a um critério quantitativo *ex post* assente no conceito de privação substancial.¹⁹⁷⁶ Este critério, de inspiração norte-americana, entronca na ideia de que uma medida normativa “atrai” a proteção da cláusula expropriatória se for longe demais.¹⁹⁷⁷ A distinção entre medidas de regulação e expropriação não é *abstratamente* viável: é uma questão a determinar *ex post*, em função (não exclusivamente) dos efeitos da medida.

O conceito de expropriação indireta do DIE é significativamente mais amplo que o da CEDH. Vários argumentos suportam esta conclusão. Em primeiro lugar, o DIE não exclui do processo de qualificação medidas temporárias, desde que originem privações

¹⁹⁷³ O direito alemão, como vimos no Cap. 1, parte de uma distinção entre medidas de determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade (artigo 14.1 da GG), e as expropriações em sentido clássico (artigo 14.3 da GG), isto é, ablações individuais e concretas, com transferência de título para o Estado, efetuadas com base em lei que preveja a natureza e a extensão da indemnização (Junktim-Klausel) – Gliniski 2015, p. 198.

¹⁹⁷⁴ ERSA, processo C-347/03, 12.05.2005, ¶120.

¹⁹⁷⁵ ERSA ¶124.

¹⁹⁷⁶ Kriebaum 2015, p. 995. Trata-se de uma afirmação de princípio, que deve ser compreendida à luz das teorias sobre o processo de qualificação expostas supra. Para a teoria dos police powers (versão radical), o *prius* metodológico do processo de qualificação não são os efeitos, antes o fim da medida. Do que se trata, como vimos, é de, a partir do recorte funcional da medida, afastar *ab initio* a aplicação da cláusula expropriatória (supra Cap. 5).

¹⁹⁷⁷ Schneiderman 2008, p. 49.

irreversíveis, e admite, a espaços, as *impropriamente* chamadas expropriações parciais.¹⁹⁷⁸ O apuramento de efeitos equivalentes aos de uma expropriação é suscetível de se fundar tanto num critério de neutralização do controlo como num critério de neutralização do valor.¹⁹⁷⁹ Por ex., o *phase-out* alemão da energia nuclear, tratado pelo BvFG como uma medida de determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade, poderia ser qualificada como uma expropriação regulatória no DIE.¹⁹⁸⁰¹⁹⁸¹

Registamos, contudo, que alguns acórdãos diretamente relevantes para o direito da União – geradores, inclusivamente, de disputas paralelas – demonstraram preferência pela inclusão da *intenção de expropriar* no processo de qualificação. Foi o caso dos acórdãos UP e Marfin (já referidos).¹⁹⁸² De acordo com o segundo, decisivo para a identificação de um “compensable taking” é perceber se houve *intenção de nacionalizar* por parte das autoridades cipriotas ou um plano “orquestrado” nesse sentido.¹⁹⁸³

A intenção de expropriar *através de um regime normativo* – recorde-se que temos em vista, atento o objeto do presente estudo, expropriações regulatórias – é potencialmente reveladora da má-fé do Estado de acolhimento.

¹⁹⁷⁸ Ampal ¶179-182.

¹⁹⁷⁹ Cf., na secção II, Cap. 5, ponto 5, as diferenças entre os dois critérios, bem como a tendência disjuntiva das sentenças arbitrais mais recentes.

¹⁹⁸⁰ Paulus & Nölscher 2018, p. 166 [os Autores sublinham que o acórdão do BvFG de 06.12.16 [1 BvR 2821/11 1 BvR 321/12 1 BvR 1456/12], sobre o encerramento das centrais nucleares, deve ser visto como um ensaio de alinhamento do standard constitucional de proteção da propriedade privada com o standard do DIE].

¹⁹⁸¹ Embora se trate de situações menos relevantes para o âmbito do presente trabalho, a falha na renegociação de contratos (geralmente contratos de concessão, em que a remuneração do investimento depende da atualização das tarifas) ou a resolução de contratos de concessão podem ser analisadas no quadro da expropriação indireta, como evidenciou o acórdão Suez Vivendi ¶128 ss. A conclusão de que houve expropriação depende da natureza (pública ou contratual) do ato em causa. Como se explica naquele acórdão: «(...) did Argentina act in the exercise of its sovereign powers (*acta iure imperii*) or as an ordinary contracting party (*acta iure gestionis*) when it terminated the Concession Contract with AASA? If the former, then Argentina may have expropriated the contractual rights of AASA and the Claimants. If the latter, then no expropriation has taken place and the Claimants have only contractual claims under the legal framework described above» (¶154). Na doutrina, Cox 2019, p. 129 (¶5.91); Ratner 2017, p. 44 (esmiuçando o relevo destas situações no standard de compensação).

¹⁹⁸² UP ¶350; Marfin ¶828-830. Note-se que no acórdão Yukos ¶1434, apesar de se ter servido do critério má-fé para concluir pelo caráter expropriatório da medida, o Tribunal rejeita que este seja um elemento necessário do processo de qualificação [«(...) Article 13 of the ECT could be violated through a bona fide taxation measure that was aimed at the raising of State revenue, but whose effect was expropriatory»]. Sobre este ponto, no mesmo sentido, Schuppli 2018, p. 180.

¹⁹⁸³ Marfin ¶830 [«(...) After carefully examined the facts of this case, the Tribunal has reached the conclusion that the measures challenged by Claimants, either cumulatively or individually, do not constitute a compensable taking. The Tribunal is not persuaded that Respondent was motivated by the intent to nationalize Laiki or that it acted in furtherance of a plan to obtain control over the Bank»]. No entender do tribunal, a ausência de intenção de expropriar é ainda revelada pelo facto de o Banco Laiki ostentar uma condição financeira “precária”, uma vez que, nessas circunstâncias, fica por explicar por que razão haveria o Estado de acolhimento de querer apropriar-se (*take control*) do banco, nem o que ganharia com uma nacionalização “encapotada” (¶832, 838).

2.3. Dever de indemnizar

O artigo 1-P1 não prevê expressamente o dever de indemnizar em caso de expropriação. O fundamento e sentido daquela omissão, bem como a referência aos princípios gerais de direito internacional, foram tratados supra. A interpretação que obteve vencimento no TEDH foi a de considerar que os princípios gerais de direito internacional só gozam de aplicação quando o Estado parte exerce a sua jurisdição sobre estrangeiros.¹⁹⁸⁴ Para estes, o dever de indemnizar em caso de expropriação resulta daqueles princípios, nos termos por eles propostos, o que não corresponde necessariamente à fórmula Hull, nem a uma indemnização pelo valor de mercado do bem, por haver dúvidas sobre o sentido da regra costumeira no direito internacional.¹⁹⁸⁵

Para os nacionais, o dever de indemnizar em caso de expropriação resulta da mediação do princípio da proporcionalidade.¹⁹⁸⁶ Já o artigo 17 CDFUE fala, nestas hipóteses, em “justa indemnização”, ou seja, num montante que tenha uma relação razoável com o valor do bem em causa.¹⁹⁸⁷⁻¹⁹⁸⁸

Kriebaum celebrizou o processo de qualificação da expropriação indireta no DIE como um sistema de “tudo ou nada”.¹⁹⁸⁹ A dicotomia advém da associação entre a categorização das medidas e o dever de indemnizar (distribuição dos encargos da regulação). Com efeito, no DIE, só as medidas qualificadas como expropriatórias

¹⁹⁸⁴ Supra Cap. 5.

¹⁹⁸⁵ Neste sentido, Alvik 2011, p. 249 [«(...) This allegedly strict requirement of full compensation engaged one of the main thrusts of the NIEO movement, which sought to abolish a uniform international compensation standard. While it is reasonably clear that this effort did not succeed as such, it confirmed that a strict standard might not in all circumstances be appropriate and supported by established consensus (...). It is conceivable that this [referindo-se ao princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais], at least exceptionally, *may provide a justification for giving less than the full value of an expropriated investment*, on the condition that the essential purpose of the expropriation is a concerted effort to regain national control over resources of vital importance for the national economy»] – o itálico é nosso.

¹⁹⁸⁶ Fanou & Tzevelekos 2018, p. 110.

¹⁹⁸⁷ Chrysostomides ¶314. Como aí se lê, admitindo (por mera cautela) que as medidas das autoridades cipriotas – afetação dos depósitos não garantidos do banco Laiki – se reconduzem a uma privação do direito de propriedade (expropriação), «há que lembrar que, sem o pagamento de um montante que tenha uma *relação razoável* com o valor do bem em causa, uma privação de propriedade constituiria normalmente uma violação excessiva do direito de propriedade (...). Quanto aos títulos, o montante da indemnização devida deve ser apreciado face ao verdadeiro valor comercial desses títulos no momento da adoção da regulamentação controvertida, e não face ao seu valor nominal ou ao montante que o seu detentor esperaria receber no momento da sua aquisição (...)» – o itálico é nosso.

¹⁹⁸⁸ Lang 2008, p. 211 sugeriu, aquando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que o artigo 17 CDFUE, e a previsão expressa de indemnização em caso de expropriação, daria origem a uma nova linha de jurisprudência, mas que permanecia incerto se aquele dispositivo acrescentaria algo ao nível de proteção oferecido pelo artigo 1-P1. Uma década volvida, a resposta – salvo melhor opinião – é negativa.

¹⁹⁸⁹ Kriebaum 2007a, p. 725; Kriebaum 2009, p. 242 [«(...) a reduction of the compensation in case of an expropriation is therefore less likely with regard to a foreigner»].

devem ser indemnizadas, constituindo a indemnização uma condição de validade do ato expropriatório. A indemnização deverá ser adequada, imediata e efetiva.

O sistema é assim designado em contraste com o modelo da CEDH, que submete todas as interferências no direito de propriedade *ao mesmo guião de validade*, concebendo o dever de indemnizar como um elemento a ter em conta no apuramento do justo equilíbrio da medida. O artigo 1-P1 origina, por isso, uma proteção *mais nuançada, atenuando a dicotomia entre regulação e expropriação*. O âmbito do dever de indemnizar, sendo mais extenso (suscetível de abranger, excecionalmente interferências reconduzíveis à primeira e terceira regras do artigo 1-P1), é também – ou pode ser – menos intenso do que aquele que resulta dos API.¹⁹⁹⁰ Cenário próximo se deteta no direito interno, admitindo-se aí a existência de restrições não expropriatórias ao direito de propriedade, bem como de outras medidas normativas causadoras de danos não intencionais, mas excessivos, a um grupo de particulares, que alguma doutrina associa à figura da indemnização pelo sacrifício.¹⁹⁹¹

No acórdão Chrysostomides, o Tribunal Geral aceita que, caso uma lei imponha um sacrifício indemnizável a um particular, a salvaguarda (por essa lei) do direito de pedir uma indemnização nos tribunais nacionais é *suficiente* para assegurar a respetiva compatibilidade com o direito fundamental de propriedade.¹⁹⁹² Ora, uma lei com o conteúdo da lei cipriota não cumpre a exigência, prevista na generalidade dos API, de que a indemnização em caso de expropriação seja «pronta», isto é, paga imediatamente, e calculada em função do valor de mercado dos bens «à data imediatamente anterior ao momento em que a expropriação tenha ocorrido ou ao momento em que seja do conhecimento do público, contando, para o efeito, a primeira data».¹⁹⁹³ Noutros termos, tal lei, *se qualificada como expropriação regulatória*,¹⁹⁹⁴ não cumpre a condição de

¹⁹⁹⁰ Também no direito alemão, como vimos, as medidas de determinação do conteúdo e limites do direito de propriedade obedecem ao princípio da proporcionalidade. O reequilíbrio dos interesses públicos e privados em presença é feito, normalmente, através de regimes transitórios e só excecionalmente através de uma indemnização (Glinski 2015, p. 198).

¹⁹⁹¹ Supra Cap. 3.

¹⁹⁹² Chrysostomides ¶277.

¹⁹⁹³ Formulação reiterada, com variações, em vários API (eg. artigo 8.12.2 CETA).

¹⁹⁹⁴ O que não é certo que aconteça, como demonstrou o acórdão Marfin ¶830. O acórdão, como já referimos, conduziu o processo de qualificação com base no que designámos supra (Cap. 5) serem as teorias teleológico-funcionais. Portanto, para o tribunal, «the economic harm consequent to the non-discriminatory application of generally applicable regulations adopted in order to protect the public welfare does not constitute a compensable taking, provided that the measure was taken in good faith, complied with due process and was proportionate to the aim sought to be achieved» (¶826). Contudo, há que ter em consideração que o tribunal não analisou as medidas de saneamento dos bancos adotadas pelo legislador cipriota *depois da assinatura do memorando de entendimento* (divisão do Laiki entre “banco bom” e “banco mau”) à luz da cláusula expropriatória. Chamamos a atenção para este ponto porque um

pagamento de que depende a conformidade da expropriação com o API, com as consequências compensatórias que veremos infra.¹⁹⁹⁵

2.4. Proporcionalidade

a) A função assacada ao princípio da proporcionalidade não é, bem entendido, a mesma. No sistema CEDH-UE, a proporcionalidade é mobilizada pós-qualificação, ou seja, depois de o Tribunal ter enquadrado a medida numa das três regras do artigo 1-P1.¹⁹⁹⁶

No DIE, o papel do princípio varia em função das várias teorias que orientam o processo de qualificação. É possível identificar, em primeiro lugar, situações em que o princípio da proporcionalidade *não tem relevo no processo de qualificação*, que é comandado exclusivamente pelos *efeitos* da interferência estadual (teoria dos *sole effects*);¹⁹⁹⁷ situações em que o princípio da proporcionalidade releva *em abstrato* para a qualificação (teoria dos *police powers*, na versão radical), obstando a que medidas orientadas por certos interesses públicos possam “converter-se” em expropriatórias; e, finalmente, situações em que o princípio da proporcionalidade releva *em concreto*, como “critério complementar” relativamente ao critério da privação substancial do investimento (teoria dos *police powers*, versão moderada).

Os novos API – em especial, o CETA – convocam o princípio da proporcionalidade para o processo de qualificação em termos próximos aos da teoria dos *police powers* (versão moderada).¹⁹⁹⁸ Em primeiro lugar, é indiscutível que o *prius*

dos dados normativos tidos em consideração pelo tribunal no sentido de afastar a qualificação como expropriação foi a circunstância de *as medidas de recapitalização anteriores ao memorando de entendimento terem sido solicitadas pelos próprios bancos em dificuldade, não resultando, por isso, de uma decisão unilateral do Estado de acolhimento* (¶1056). Em todo o caso, cumpre dizer que, salvo situações excepcionais, a arbitragem dos tratados não qualifica medidas administrativas de imposição de administração forçada a bancos ou de revogação de licenças bancárias como expropriatórias (eg. *Investmart* ¶504 ou *Saluka* ¶255).

¹⁹⁹⁵ Infra, neste Capítulo, ponto 3.

¹⁹⁹⁶ Fanou & Tvezelekos 2018.

¹⁹⁹⁷ Recorde-se que, mesmo para os defensores da teoria dos *sole effects*, o princípio da proporcionalidade pode operar *pós-qualificação*, no momento da determinação do *quantum* da indemnização. Supra Cap. 5.

¹⁹⁹⁸ Neste sentido, Bücheler 2015, p. 153. Segundo o Autor, no sistema da Convenção, a proporcionalidade configura-se como um «extra-shield» para os investidores, isto é, como uma proteção adicional à que já decorre da segunda regra do artigo 1-P1, ao passo que na arbitragem do investimento, o mesmo princípio, ao contribuir para o afastamento da qualificação como expropriação, conduz a que o prejuízo da interferência seja suportado, na íntegra, pelo investidor. A conclusão de Bücheler de que a proporcionalidade produz resultados «diametralmente opostos» em cada um dos sistemas não é, em nosso entender, correta. Como se viu no Cap. 4, o recurso a operações de ponderação (*fair balance*) na aplicação da segunda regra do artigo 1-P1 – entenda-se, depois de a interferência estadual ter sido qualificada como privativa da propriedade – permite ter em conta o *trade-off* custos-benefícios e, assim, moderar o

metodológico da classificação são os efeitos. O ponto 1(b) do anexo explicativo do CETA destaca que uma expropriação indireta é aquela que produz “efeitos equivalentes” aos de uma expropriação direta, subtraindo ao investidor os “atributos fundamentais da propriedade”. Em segundo lugar, convocam para o processo de qualificação, numa base casuística (*in a specific fact situation*), considerações associadas ao princípio da proporcionalidade, em especial a natureza (*character*) – leia-se, o objeto, o contexto e a intenção da atuação estadual. Finalmente, incorporam uma cláusula “in rare circumstances”.¹⁹⁹⁹

A incorporação do princípio da proporcionalidade no processo de qualificação, seja em abstrato seja em concreto, *remove a possibilidade de distinção entre expropriação regulatória lícita e expropriação regulatória ilícita*. A identificação de uma expropriação regulatória tem ínsita – para certas teorias – uma conclusão sobre a razoabilidade da atuação estadual. Nessa medida, qualquer expropriação regulatória implica uma violação do API – leia-se, das condições de validade da expropriação à luz do tratado – a “indemnizar” nos termos previstos para as expropriações lícitas (*fórmula do tratado*),²⁰⁰⁰ ou a “compensar” nos termos da responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito, tal como codificada no PARIE (admitindo que este é o regime aplicável).²⁰⁰¹⁻²⁰⁰²

No PARIE, com efeito, as considerações associadas ao princípio da proporcionalidade estão “internalizadas” nas várias formas de reparação por ato ilícito, inclusivamente na compensação.²⁰⁰³ Contudo, de uma expropriação em violação do API não poderá resultar – como destaca Ratner e é confirmado pela jurisprudência – um

quantum indemnizatório que, de outro modo, teria como referência o valor de mercado do bem. Por outras palavras, a proporcionalidade, no sistema da CEDH, não opera (não tem de operar) em sentido vantajoso para o particular afetado.

¹⁹⁹⁹ Ponto 3 do anexo 8-A do CETA.

²⁰⁰⁰ Coincidente com o “justo valor de mercado” do investimento (eg. artigo 8.12.2 e 3 do CETA).

²⁰⁰¹ Abordaremos este aspeto no ponto 3 do presente Capítulo. Para já, avançamos apenas que não há absoluto consenso no sentido de que, em caso de violação do API (em especial, em caso de violação da cláusula expropriatória), a responsabilidade internacional do Estado de acolhimento seja regulada pelo costume internacional, isto é, pelo PARIE.

²⁰⁰² Artigo 8.12.2 e 3 do CETA.

²⁰⁰³ ILC 2008 (comentário n.º 5 ao artigo 34). Como explica Tavares 2015, p. 69 (nota n.º 36), «qualquer que seja a modalidade de reparação escolhida, deve ser proporcional à perda». Contudo, a proporcionalidade foi absorvida pelos critérios que orientam as várias formas de reparação do prejuízo causado (restituição, compensação, satisfação). Neste contexto, destaca-se igualmente o instituto da culpa do lesado (*contributory fault*), regulado no artigo 39 PARIE, muito importante no processo Yukos ¶1601 ss. Sobre este ponto, Cox 2019, ¶11.35, e ILC 2008 (comentário ao artigo 39).

standard compensatório abaixo do justo valor de mercado do bem, nem tampouco o não pagamento de uma compensação *tout court*.²⁰⁰⁴

Alguma doutrina argumenta, a propósito do artigo 1-P1, que a mobilização do princípio da proporcionalidade no apuramento da indemnização cria *incerteza e ambiguidade*.²⁰⁰⁵ Essa incerteza e ambiguidade estariam ausentes do DIE, onde se remete, sem atenuantes, para uma indemnização *pronta* e equivalente (pelo menos) ao *valor de mercado do bem*. Segundo Bonnitcha, Poulsen & Waibel, uma das razões que esteve por detrás dos programas de API das décadas de 80 e 90 foi a necessidade de reafirmar o standard de indemnização da fórmula Hull em face das perturbações causadas pela Nova ordem económica internacional e do surgimento de standards paralelos – mais flexíveis – no direito internacional convencional (eg. indemnização “justa”).²⁰⁰⁶

b) Tanto o direito interno como o sistema da Convenção e da UE têm uma estrutura constitucional de valores e princípios capaz de orientar as ponderações dos respetivos órgãos jurisdicionais.

No caso da CEDH, essa estrutura aponta para os princípios da subsidiariedade e da efetividade, e no que ao artigo 1-P1 diz respeito, para uma ideia de conservação da situação patrimonial dos particulares e de preservação do poder de conformação dos Estados nos domínios social e económico.²⁰⁰⁷ Em linha com as orientações do BvFG, o TEDH faz variar a margem de apreciação em função da maior ou menor ligação dos “bens” aos valores fundacionais da Convenção: liberdade, segurança financeira, privacidade. Para a proteção de investimentos que se traduzam em “bens” na aceção do artigo 1-P1, isso tem duas consequências normativas da maior importância: (i) menor peso abstrato dos direitos dos investidores; (ii) maior margem de apreciação para os Estados. Aliás, a “indiferença” do TEDH relativamente ao processo de qualificação das interferências no direito de propriedade reflete-se – como vimos no Cap. 5 – na aceitação como “verdadeiros” da generalidade dos interesses públicos avançados pelas

²⁰⁰⁴ Ratner 2017, pp. 44-45.

²⁰⁰⁵ G. Alvarez 2018, p. 578.

²⁰⁰⁶ Bonnitcha, Poulsen & Waibel 2017, p. 186; e Alvik 2011, p. 249.

²⁰⁰⁷ É isso, efetivamente, que resulta dos trabalhos preparatórios do artigo 1-P1 à CEDH, que espelham a posição francesa segundo a qual, em face da natureza instrumental do direito de propriedade, apenas a propriedade para uso pessoal seria digna de proteção. Sobre os trabalhos preparatórios, Sigron 2014, p. 28 ss.; Colacino 2012, p. 95 ss.

autoridades públicas, sem excluir o interesse público de alinhamento das opções legislativas à pressão social ou eleitoral.

Até ao acórdão Chrysostomides, o Tribunal de Justiça analisara as intervenções no direito de propriedade – tanto do *haircut* grego, como da afetação dos depósitos não garantidos do banco Laiki – à luz de um standard de controlo “impressionista” alicerçado nas circunstâncias excepcionais que rodearam a assistência financeira.²⁰⁰⁸ Bastou-se, nos acórdãos Ledra Advertising e Sotiropoulou, com a identificação do interesse geral visado pela intervenção – contenção orçamental,²⁰⁰⁹ solvabilidade do Estado,²⁰¹⁰ estabilidade do sistema bancário da zona euro,²⁰¹¹ evitação do contágio nos países da zona euro²⁰¹² – para concluir que as medidas adotadas pelos governos grego e cipriota não eram “desproporcionais e intoleráveis”.²⁰¹³

A análise levada a cabo no acórdão Chrysostomides é bem mais minuciosa. A factualidade é idêntica à do acórdão Ledra Advertising. Estava em causa uma ação de responsabilidade extracontratual da União, pelo que a questão do direito de propriedade é desenvolvida no contexto do apuramento da ilicitude da atuação das suas instituições.

O Tribunal de Justiça segue de perto os critérios do artigo 1-P1 à CEDH,²⁰¹⁴ em linha com o disposto nos artigos 17 e 52.3 da CDFUE. Efetua um escrutínio de proporcionalidade clássica, analisando autonomamente a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas lesivas. Ao contrário do que sucedera nos acórdãos anteriores, houve uma preocupação clara em demonstrar a *necessidade* das medidas adotadas, isto é, a ausência de outros meios menos lesivos e com idêntico grau de eficácia, bem como o saldo positivo de custos-benefícios.

A propósito da conversão de 37,5% dos depósitos não garantidos em capital social (ações do Bank of Cyprus), o Tribunal é perentório: «qualquer outro critério diferente daquele que foi seguido não era realizável ou não teria permitido atingir os resultados esperados».²⁰¹⁵ As soluções alternativas seriam, por um lado, a assunção dos custos da recapitalização pelo orçamento do Estado (leia-se, pelos contribuintes) e, por outro, um sistema diferenciado de corte, isto é, um corte calculado sobre uma percentagem do montante de um depósito superior a € 100 000, ou um sistema

²⁰⁰⁸ Kuhn ¶40.

²⁰⁰⁹ Sotiropoulou ¶88.

²⁰¹⁰ Sotiropoulou ¶90.

²⁰¹¹ Ledra Advertising ¶74.

²⁰¹² Ledra Advertising ¶71-74; Chrysostomides ¶408.

²⁰¹³ Ledra Advertising ¶74; Sotiropoulou ¶90.

²⁰¹⁴ Supra Cap. 4.

²⁰¹⁵ Chrysostomides ¶302.

progressivo (quanto maior o depósito, maior a percentagem de corte).²⁰¹⁶ Outra das medidas alternativas – a criação de um imposto sobre os depósitos – foi rejeitada pelo legislador cipriota.²⁰¹⁷

Ora, no DIE, essa estrutura de valores e princípios, necessariamente mais fragmentária, aponta noutra direção. Há, como vimos, uma tendência recente de tomada em consideração de outras obrigações internacionais do Estado nos domínios ambiental e de saúde pública. O objeto e fim dos API, aliada às pesadas consequências do processo de qualificação explicam o maior rigor no controlo dos “interesses públicos” que são condição de validade da expropriação.

3. A proteção jurídica secundária do investidor: a reparação dos danos causados

Abordámos, ao longo das páginas precedentes, diversos regimes indemnizatórios de direito público, com função compensadora e reparadora de prejuízos. A nossa tese – de que *o DIE oferece ao investidor estrangeiro uma proteção mais efetiva contra a alteração normativa* – estende-se à proteção jurídica secundária, isto é, às regras que disciplinam a reparação ou indemnização dos danos causados por atos normativos.

A comprovação deste segmento requer o enquadramento da responsabilidade internacional por violação dos API no leque mais vasto dos regimes de responsabilidade de direito público. Que relação mantém esse regime com a responsabilidade internacional do Estado por facto ilícito codificado no PARIE? Que diferenças se detetam entre os regimes de responsabilidade da UE e o regime de responsabilidade previsto nos API? Estas são as questões a que tentaremos dar resposta nos pontos seguintes.

3.1. Responsabilidade internacional do Estado por facto ilícito e API

O esclarecimento da ligação entre responsabilidade internacional e API impõe uma distinção prévia entre expropriação lícita e ilícita, por um lado, e entre pagamento de uma indemnização por expropriação e pagamento de uma compensação por facto

²⁰¹⁶ Chrysostomides ¶306-316.

²⁰¹⁷ Chrysostomides ¶302. Aparentemente, as medidas alternativas, mesmo que menos restritivas, são apenas aquelas que o Estado objeto de assistência não rejeitou, o que não deixa de ser um raciocínio estranho se se pensar que sob escrutínio do Tribunal Geral estão medidas adotadas pelo legislador cipriota por imposição do direito da União, e pelas quais esta, por conseguinte, assumiu responsabilidade.

ilícito no direito internacional costumeiro, por outro.²⁰¹⁸ As situações de responsabilidade internacional por violação dos API não se esgotam na violação da cláusula expropriatória, abarcando – naturalmente – a violação de outras regras primárias (eg. FET, cláusula da nação mais favorecida, tratamento nacional, cláusula sobre transferência de capitais).²⁰¹⁹ Contudo, a violação da cláusula expropriatória foi indiscutivelmente o “motor” dogmático e jurisprudencial do problema.

3.1.1. Expropriação lícita e expropriação ilícita no direito internacional

É sabido que os API sujeitam o poder de expropriar dos Estados de acolhimento ao cumprimento de um conjunto cumulativo de condições.²⁰²⁰ Essas condições subdividem-se, na terminologia de Ratner, em *condições procedimentais*, relativas à legalidade (*due process of law*), ao interesse público e à ausência de caráter discriminatório, e numa *condição de pagamento* de indemnização com certas características – a saber, “pronta”, “efetiva” e correspondente ao valor de mercado do investimento à data imediatamente anterior à expropriação, acrescida de juros devidos desde esta data.²⁰²¹⁻²⁰²² O standard indemnizatório previsto nos API (a chamada “fórmula do tratado” ou “fórmula Hull”) está pensado, portanto para as *expropriações lícitas*, isto é, para a atividade expropriatória que respeite as mencionadas condições de validade.²⁰²³ O não pagamento de uma indemnização assim calculada, que é imposta

²⁰¹⁸ Designamos esta prestação por “compensação” para evitar a confusão terminológica com o conceito de “indemnização”, entendida esta última enquanto montante pago pelo Estado ou outra entidade pública em caso de expropriação. Contudo, a tradução mais adequada seria, efetivamente, “indemnização”. Em língua inglesa, fala-se de “compensation” tanto em caso de ato internacionalmente lícito (expropriação lícita) como de ato internacionalmente ilícito (embora aqui o conceito “damages” também seja uma opção). Sobre a terminologia, Marboe 2017, p. 8 (§2.04).

²⁰¹⁹ Eg. Antin Infrastructure ¶659-665; Novenergia ¶805 [«(...) Since the ECT does not embody a provision which regulates the applicable compensation standard for a state's violation of the obligation to accord fair and equitable treatment, the Tribunal finds it appropriate to apply general principles of customary international law to determine the relevant compensation standard»].

²⁰²⁰ Pormenorizadamente, Sornarajah 2018, p. 485.

²⁰²¹ Ratner 2017, p. 8. O apuramento da data da expropriação, sobretudo quando estejam em causa creeping expropriations ou expropriações regulatórias assentes em vários atos normativos, não é simples – Sabahi 2011, p. 104 (em especial, nota de rodapé n.º 102).

²⁰²² Uma coisa é o *standard de indemnização* (ou de compensação), outra é o respetivo *método de cálculo* (eg. discount cash flow, valor de liquidação, book value). Não entraremos na temática dos métodos de cálculo, matéria que extravasa, em muito, os nossos conhecimentos e que tem um tratamento muitíssimo rigoroso nos textos de Marboe 2017 (Cap. 5) e, recentemente, de Cox 2019 (Cap. 13). Antecipamos apenas que o método de cálculo adequado varia em função do tipo de bem (eg. bem imóvel, empresas consolidadas no mercado, empresas em liquidação) e que a mobilização de certos métodos de cálculo gera, segundo alguma doutrina, sobrecompensação para o investidor (“double-counting”).

²⁰²³ Cox 2019 (§12.07 e 12.08) refere, contudo, alguns exemplos de API que não seguem a fórmula Hull (eg. modelo API da Organização para a Cooperação Islâmica). Além disso, cumpre não esquecer o que dissemos supra sobre os obstáculos à qualificação da fórmula Hull como costume internacional.

pelo princípio da igualdade perante os encargos públicos (ou, pelo princípio da proteção dos direitos adquiridos), constitui a violação de uma regra *primária* e não de uma regra *secundária* de direito internacional.²⁰²⁴

Diferentemente se passam as coisas nas expropriações ilícitas. A distinção entre expropriações lícitas e ilícitas tem sido objeto de contestação na doutrina.²⁰²⁵ Aquela remonta ao acórdão Fábrica de Chorzów, do Tribunal Permanente Internacional de Justiça,²⁰²⁶ a propósito da expropriação pela Polónia de uma fábrica de nitrato detida e gerida por duas empresas alemãs. Segundo este precedente, uma expropriação protagonizada pelas autoridades polacas, em violação da Convenção de Genebra, constituiria um ato ilícito do ponto de vista do direito internacional, justificando-se uma reparação capaz de eliminar todas as consequências da ilicitude («wipe out all consequences of the illegal act»)²⁰²⁷.

Destarte, o acórdão Fábrica de Chorzów aponta para um princípio de *reparação total* dos danos causados pelo ato ilícito, que não se confunde com a fórmula do tratado-fórmula Hull. A reparação total implica a reposição da *situação atual hipotética*, ou

²⁰²⁴ Smutny 2015, p. 629; Marboe 2017 (¶3.97). O PARIE contém um conjunto de regras secundárias sobre a responsabilidade do Estado. Esclarecem, em primeiro lugar, que todo o comportamento internacionalmente ilícito de um Estado acarreta a sua responsabilidade internacional (artigo 1), definindo, depois, as condições gerais que permitem o apuramento de um ato internacionalmente ilícito do Estado – a saber, a sua imputação ao Estado nos termos do direito internacional e a violação de uma obrigação internacional do Estado (artigo 2). Note-se que o PARIE não diz quando é que há violação de uma obrigação internacional (regras primárias), mas apenas as circunstâncias nas quais essa violação gera responsabilidade internacional, e as condições de efetivação da mesma (regras secundárias) – ILC 2008, p. 31 (Comentário Geral n.º 1); Crawford 2002, p. 876; Tavares 2015, p. 61]. O Comentário ao PARIE não exclui a possibilidade de as normas primárias (no caso do DIE, o FET ou a cláusula expropriatória) fazerem depender a violação de elementos subjetivos (eg. má-fé, intenção de expropriar) [ILC 2008, p. 34 (Comentário n.º 3 ao artigo 2)] ou exigirem outras condições (eg. dano com certas características) para a ocorrência de ilicitude [sobre a culpa, ILC 2008, p. 36 (Comentário n.º 10 ao artigo 2); Tavares 2015, p. 62, nota n.º 16]. Certo é que, como explica Azeredo Lopes 2003, p. 644 (nota n.º 20), «a exigência de um comportamento culposo deixou de ser a regra na definição do facto ilícito». Gray 1987, p. 24 admite que a “culpa” do Estado lesante possa influir no montante da indemnização, sublinhando – muito embora – que «if the aim of the award is to compensate the loss of the injured alien then the fault of the respondent state should be irrelevant».

²⁰²⁵ Ratner 2017, p. 9 fala de um critério “antiquado” e “normativamente deficiente” e sugere, nesse sentido, uma distinção entre expropriações que violam o API e expropriações operadas de acordo com o API (nas palavras do Autor, “treaty-violative expropriation” e “treaty-compliant expropriation”). Estas duas categorias permitem uma abordagem mais flexível à questão da compensação, como veremos infra.

²⁰²⁶ Permanent Court of International Justice, Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), 13.07.1928. Disponível em <https://www.icj-cij.org/> (acesso em 02.05.2020).

²⁰²⁷ Nas palavras do Tribunal Permanente Internacional de Justiça, «(...) It follows that the compensation due to the German Government is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment (...). The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if the act had not been committed (...)» – os itálicos são nossos [Permanent Court of International Justice, Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), 13.07.1928, p. 47].

seja, da situação que existiria caso o ato ilícito não tivesse sido praticado e se o investimento tivesse permanecido sob titularidade e gestão do lesado.²⁰²⁸

Essa reposição implica a restituição material do investimento expropriado (*restitution in kind*) ou, na impossibilidade desta, o pagamento do valor equivalente,²⁰²⁹ acrescido de uma compensação que cubra os danos que a restituição (material ou por equivalente) não seja suscetível de reparar.²⁰³⁰ Com efeito, por definição, a restituição (material ou por equivalente) consiste na reposição do *statu quo ante*, podendo revelar-se como tal insuficiente para eliminar os prejuízos sofridos pelo lesado entre a data da expropriação e a data da compensação.²⁰³¹ Pondo as coisas em termos mais simples, *a compensação devida a título de responsabilidade internacional é mais elevada do que a indemnização-condição de validade da expropriação.*

Além disso, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional abre a porta a uma distinção – para efeitos do standard “indemnizatório” – entre dois tipos de expropriações: as expropriações cuja ilicitude advém do não cumprimento das condições procedimentais (não-discriminação, ausência de processo justo, desvio de poder) e as expropriações cuja ilicitude reside *tão-só* no facto de não terem sido acompanhadas de uma indemnização justa ou no facto de terem sido acompanhadas de uma indemnização insuficiente. Como se lê no acórdão, a limitação do standard indemnizatório ao valor de mercado do investimento à data da expropriação, acrescido de juros (fórmula Hull) «would only be admissible if the Polish Government had had

²⁰²⁸ Smutny 2015, p. 631.

²⁰²⁹ Segundo o Juiz Brower, na opinião dissidente proferida aquando do acórdão *Amoco International v. Islamic Republic of Iran*, Award no. 310-56-3, 14.07.1987, disponível em <https://www.trans-lex.org/> (acesso em 02.05.2020), o investidor pode, em caso de expropriação ilícita, escolher a data da avaliação, isto é, pode escolher entre o valor do investimento apurado à data da expropriação, ou o valor do investimento à data do acórdão, consoante o que for superior (Ratner 2017, p. 14-15). Tal possibilidade foi confirmada pelo acórdão *Yukos* ¶1760.

²⁰³⁰ A compensação destina-se a reparar os danos que o facto ilícito tenha causado (“consequential”, “additional” ou “incidental” damages) e que não possam ser reparados através da restituição em espécie ou por equivalente – a saber, a diminuição do valor do investimento, os prejuízos causados pela interrupção da atividade económica, revelação de segredos comerciais, despesas com advogados e até danos não patrimoniais (Sabahi 2011, p. 52; Smutny 2015, p. 639).

²⁰³¹ Sabahi 2011, p. 59. Nas palavras do acórdão, «(...) the dispossession of an industrial undertaking – the expropriation of which is prohibited by the Geneva Convention – then involves the obligation to restore the undertaking and, if this be not possible, to pay its value at the time of the indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossible. To this obligation, in virtue of the general principles of international law, must be added that of compensating loss sustained as the result of the seizure» [Permanent Court of International Justice, Case concerning the *Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity), 13.07.1928, p. 48].

the right to expropriate, and if its wrongful acts consisted merely in not having paid the two companies the just price of what was expropriated».2032

A segregação que acaba de se relatar teve consequências não despiciendas na jurisprudência, inclusivamente na jurisprudência do TEDH, como se viu supra a propósito do acórdão Papamichalopoulos.²⁰³³ Vários acórdãos consideraram *lícitas* expropriações que, muito embora cumprindo as condições procedimentais supra referidas, não vêm acompanhadas de indemnização ou, pelo menos, de indemnização pronta e suficiente.²⁰³⁴ Brigitte Stern qualifica estas expropriações como «provisionally unlawful expropriation until the tribunal has awarded the compensation due for the expropriation to be legal».2035 Algumas posições doutrinárias admitem a possibilidade de uma expropriação não acompanhada de indemnização, *mas que define o procedimento tendente à obtenção de uma indemnização*, poder ser lícita.²⁰³⁶ Esta construção não é desconhecida do direito interno (supra Cap. 3), nem dos próprios API.²⁰³⁷

Em alguma medida, é isso que explica que, no DIE, alguma doutrina e jurisprudência apliquem genericamente a fórmula indemnizatória do tratado tanto a expropriações lícitas como a expropriações ilícitas.²⁰³⁸

²⁰³² Permanent Court of International Justice, Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity), 13.07.1928, p. 47.

²⁰³³ Supra Cap. 4.

²⁰³⁴ Destacamos os acórdãos Aminoil, Ad-Hoc-Award, Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL), 24.03.1982, disponível em <https://www.trans-lex.org/261900>, Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad Hoc Arbitration, Award, 12.04.1977, disponível <https://www.trans-lex.org/261400>, Southern Pacific Properties e Compañía del Desarrollo de Santa Elena.

²⁰³⁵ Opinião Dissidente da Professora Brigitte Stern no acórdão Quiborax ¶10-17.

²⁰³⁶ Este ponto é extensamente desenvolvido por Marboe 2017 (¶3.36-3.51), que conclui que «if a State does not pay any compensation and *does not even provide for a procedure for the payment of compensation*, it violates its treaty obligations» – o itálico é nosso.

²⁰³⁷ Eg. artigo 4, c), do API Portugal-Venezuela, onde se prevê que as medidas (expropriatórias) «sejam acompanhadas de disposições que garantam o pagamento de uma indemnização imediata, adequada e efetiva».

²⁰³⁸ É a posição de Montt 2010, p. 285 [«The effects of lawful and unlawful expropriation are the same (...). The key question – whether a compensable expropriation has really occurred at all – not only comes prior to any consideration of those requirements, but exhausts essentially all relevant discussions concerning the application of the expropriation clause»]. Tampouco as *Guidelines on the treatment of Foreign Investment* do Banco Mundial efetuam tal distinção (World Bank 2002, ¶39 ss.). Nanteuil 2017, p. 361, Crawford 2012, pp. 624-625 e Dolzer & Schreuer 2012, p. 99 ss. qualificam como ilícita a expropriação que viole alguma das condições de validade decorrentes dos API, geradora de responsabilidade internacional do Estado e acarretando o pagamento de uma indemnização de montante superior ao que seria devido em caso de expropriação lícita. Mitigadamente, Sornarajah 2018, p. 482 [«(...) the taking of foreign property will be lawful only if such taking was for a public purpose, accompanied by due process and is not discriminatory. There is a duty in international law to pay compensation for the taking of alien property. Non-payment affects legality. *But the stage at which the illegality occurs is when the compensation that is decided on is grossly inadequate*»] – o itálico é nosso; e Marboe 2017, ¶3.46 (p. 57 ss.), admitindo que o não pagamento de uma indemnização torna a

3.1.2. Expropriação lícita e ilícita no DIE

Os API não dispõem *abertamente* sobre as consequências da violação das regras primárias (cláusula expropriatória, FET ou outro standard). Levanta-se o problema de saber se deles se poderá extrair um regime especial de responsabilidade internacional (*lex specialis*),²⁰³⁹ em particular no que respeita às expropriações, ou se, na falta de disposição especial, as violações do API geram as consequências previstas no costume internacional em matéria de responsabilidade internacional do Estado por facto ilícito, codificado no PARIE.²⁰⁴⁰ Na primeira hipótese, a violação das regras primárias rege-se por regras secundárias especiais (mesmo que se chegue à conclusão que essas regras são as que valem para a indemnização da expropriação lícita); na segunda, rege-se pelas regras secundárias costumeiras. O ponto releva também no que respeita à invocação de outras regras do PARIE, como a *force majeure*, o Estado de necessidade, contramedidas ou culpa do lesado.²⁰⁴¹ A resposta à questão depende da interpretação das disposições da convenção internacional em causa.²⁰⁴²

Na arbitragem do investimento deteta-se, nesta matéria, uma oscilação importante. A jurisprudência, conhecendo ou desconhecendo a distinção entre expropriação lícita e ilícita, nem sempre lhe atribuiu relevo em matéria de standard de indemnização, em linha, aliás, com algumas posições doutrinárias já abordadas em nota.²⁰⁴³ Tanto as expropriações lícitas como as ilícitas são “indemnizadas” nos termos previstos no API. Aliás, os próprios investidores não retiram da ilicitude da

expropriação ilícita, *mas recusando qualificar como ilícita a expropriação em que o montante de compensação seja objeto de litígio.*

²⁰³⁹ Douglas 2012, p. 185; Ole Voss 2011, p. 96 ss. (o Autor defende a aplicação subsidiária do PARIE às relações de responsabilidade internacional com base em API). Outros exemplos são o regime da OMC, o regime estabelecido pelos acordos de Algiers (Tribunal Irão-Estados- Unidos) ou o regime da CEDH.

²⁰⁴⁰ Cox 2019 (¶11.15); Sabahi 2011, p. 99; Di Stefano 2020, p. 96 ss.

²⁰⁴¹ ILC 2008, p. 99 (Comentário n.º 3 ao artigo 55); Paparinskis 2013a, p. 629. A doutrina admite a aplicação do PARIE fora do contexto interestadual, concebendo, portanto, que a prática de um ato ilícito (em violação de uma regra primária de direito internacional) e o dever de indemnizar que daí resulta são aplicáveis às relações investidor-Estado [Cox 2019 (¶11.06); Paparinskis 2013a, p. 637]. A aplicação da Parte II do PARIE a este tipo de relações é, contudo, mais controversa, como se verá infra.

²⁰⁴² Crawford 2002, p. 880.

²⁰⁴³ Ratner 2017, pp. 15-17 enumera exaustivamente essa jurisprudência, distinguindo três grupos de casos: grupo 1 (compensação baseada na fórmula do tratado, sem cuidar da distinção entre expropriação lícita e ilícita); grupo 2 (distinção entre expropriação lícita e ilícita, sem consequências ao nível do *quantum*); e grupo 3 (distinção entre expropriação lícita e ilícita, com mobilização da fórmula do tratado por circunstâncias factuais especiais). A evolução da jurisprudência é também tratada por Sabahi 2011, p. 96 ss.

expropriação consequências práticas ao nível da indemnização e pedem indemnizações coincidentes com o standard indemnizatório das expropriações lícitas.²⁰⁴⁴

Outros tribunais arbitrais reconhecem abertamente que o standard indemnizatório previsto no API não vale nem para as expropriações ilícitas nem para outras violações do tratado (eg. FET).²⁰⁴⁵ Desta linha jurisprudencial resulta que o API não contém um standard indemnizatório de atos ilícitos internacionais, e que as expropriações ilícitas obedecem ao princípio da *reparação total* dos danos, enunciado no acórdão Fábrica de Chorzów e no PARIE, cujos critérios se aplicam, assim, de forma *residual*.²⁰⁴⁶

i) Standard de compensação

O princípio da reparação total do prejuízo sofrido implica, como se disse, a reposição da situação hipotética, representando a compensação *a diferença entre a situação atual e a situação em que o investidor se encontraria se o ato ilícito não tivesse sido praticado*.

A ideia de reparação total tem consequências.²⁰⁴⁷ Associa-se-lhe, por um lado, um *limite superior*, porquanto a compensação tem como teto o “prejuízo efetivamente sofrido” pelo investidor – obrigando à dedução de montantes eventualmente poupados ou ganhos em razão do ato ilícito – e não cobre “danos punitivos” (“punitive” ou “exemplary” damages).²⁰⁴⁸ Associa-se-lhe um *limite inferior*, por outro, porquanto a “compensação” devida ao investidor terá de coincidir, pelo menos, com a “fórmula do tratado”, aplicável às expropriações lícitas. De facto, não faria sentido que, em virtude do funcionamento das normas do PARIE, o Estado de acolhimento fosse “premiado”

²⁰⁴⁴ Marboe 2006.

²⁰⁴⁵ De forma evidente, a partir do acórdão ADC ¶476, seguido dos acórdãos Yukos ¶1765, e Quiborax ¶255, 326. Antes, nos acórdãos SD Myers, Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic, Ad Hoc Arbitration, Award, 12.04.1977, disponível <https://www.trans-lex.org/261400> (acesso em 02.05.2020), Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, 31.05.1990, ¶171, Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran, Award no. 309-129-3, 07.07.1987, disponível em <https://jusmundi.com/> (acesso em 02.05.2020), os tribunais arbitrais já haviam admitido a importância da distinção para efeitos do standard indemnizatório. Sobre estes precedentes, Arangio-Ruiz 1989; Cox 2019 (¶12.28 ss.).

²⁰⁴⁶ Eg. Quiborax ¶325-330.

²⁰⁴⁷ Eg. artigo 8.39 CETA.

²⁰⁴⁸ Teinver ¶1089; Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/05/15, Award, 01.06.2009, ¶545.

com o dever de pagar uma *quantia inferior* àquela que seria devida em caso de ato lícito.²⁰⁴⁹

Nos sistemas de *civil law*, a reparação total está geralmente associada à cobertura dos danos emergentes (*damnum emergens*) e dos lucros cessantes (*lucrum cessans*).²⁰⁵⁰ Esta é uma distinção desatualizada, segundo alguma doutrina, na medida em que certos métodos de avaliação do valor do bem ou do investimento já têm em conta a sua capacidade de gerar receita no futuro (eg. discount cash flow). Portanto, se ao valor do bem assim calculado se adicionar uma compensação pela perda de lucros, isto é, pelas quantias que não chegaram a ser auferidas em virtude do ato ilícito, corre-se o risco de “sobrecompensação” ou de “double-counting”.²⁰⁵¹

É possível reduzir o montante da compensação devida ao investidor através das regras do PARIE (causalidade, culpa do lesado ou *contributory fault*, princípio da proporcionalidade),²⁰⁵²⁻²⁰⁵³ mas da operatividade destas regras – o que no contexto do nosso estudo é de primordial relevância – não pode derivar um *resultado de não pagamento*. Sublinha lucidamente Ratner: «if a tribunal has determined that an act is an expropriation, *the Treaty provisions on compensation do not provide for the interpretative space to say that payment includes non-payment*». ²⁰⁵⁴

²⁰⁴⁹ Marboe 2017 [«(...) the amount of compensation after a legal expropriation should represent the lower limit of the award»].

²⁰⁵⁰ Gotanda 2004.

²⁰⁵¹ O problema é tratado na doutrina por Marboe 2006, p. 746 ss., dando como exemplos os acórdãos *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia* ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31.03.1986, e *Himpurna California Energy Ltd. v PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara*, UNCITRAL Ad Hoc-Award, 04.05.1999. Na jurisprudência, cf. a Opinião Dissidente da Professora Brigitte Stern no acórdão *Quiborax* ¶42. Quadros 1998, pp. 434-437, sublinha que é preciso distinguir as “expectativas de negócio futuro”, que são contabilizadas como integrando o valor de mercado do bem (tanto para efeitos de uma expropriação lícita como para efeitos de uma expropriação ilícita), dos lucros cessantes, *que só integram o quantum compensatório em caso de expropriação ilícita*, e que correspondem «a lucros que a sociedade obteria se continuasse na titularidade do bem ou direito expropriado e que, agora, vão para o património do expropriante, tendo, todavia, de, para entrarem no cômputo da indemnização, apresentar algum grau de certeza e não podem ser especulativos».

²⁰⁵² Não confundir: (i) standard de compensação (que coincide com a reparação integral dos danos), (ii) critérios de diminuição da compensação, (iii) e circunstâncias que afastam a ilicitude do ato (eg. *force majeure*, estado de necessidade). Sobre este ponto, Paporinkis 2016, p. 484 ss.

²⁰⁵³ Não esquecer, como recorda Schuppli 2018, p. 187, que a equidade (*Billigkeitsgrundsatz*) é um princípio geral de direito reconhecido pelas nações civilizadas para efeitos do artigo 38 do ETIJ, e que, como tal, deve orientar o cálculo da indemnização mesmo que o API não lhe dirija uma referência explícita.

²⁰⁵⁴ Ratner 2017, p. 44. O Autor sugere um sistema diferenciado («different violations, different remedies»), isto é, uma *lex specialis* que capte as nuances das várias modalidades de expropriação em violação do API. Dito de outro modo, o Autor rejeita tanto a solução anterior a 2006 (tratamento indiferenciado de expropriações lícitas e ilícitas), como a solução posterior a 2006 (reparação total de danos em caso de expropriação ilícita). Deve distinguir-se, portanto, em termos de standard compensatório, a situação de não pagamento – puro e simples – de qualquer indemnização da situação de pagamento de uma indemnização insuficiente ou em que exista uma discordância de boa-fé (“bona fide disagreement”) relativamente ao montante desta (eg. aquando da renegociação de um contrato de

ii) Data da avaliação

Segundo o acórdão Yukos, o risco de depreciação do investimento (desde a data da expropriação até à data do acórdão) não corre por conta dos investidores. Estes, por seu turno, devem beneficiar da situação oposta, isto é, dos benefícios resultantes do aumento do valor do investimento desde a data da expropriação (situação menos comum). Ou seja, a data da avaliação do valor do investimento é aquela que lhes for mais favorável.²⁰⁵⁵

Esta posição não é unanimemente aceite, como demonstra a Opinião Dissidente da Professora Brigitte Stern no acórdão Quiborax, que considera a solução “viciada” em benefício dos investidores, e equivalente ao pagamento de *danos punitivos*, repudiados no regime de responsabilidade internacional do Estado.²⁰⁵⁶⁻²⁰⁵⁷

3.1.3. As consequências da ilicitude: restituição ou compensação?

O artigo 34 do PARIE prevê três formas de reparação integral do prejuízo: restituição, compensação e satisfação.²⁰⁵⁸ Apesar de a compensação ser a forma de reparação mais utilizada no direito internacional público,²⁰⁵⁹ o PARIE evidencia preferência pela restituição em espécie ou por equivalente (eg. restituição do bem ilicitamente expropriado, restituição dos montantes ilicitamente liquidados e cobrados a

concessão de um serviço público ou de um contrato de partilha de produção). Inexistirá uma discordância de boa-fé se, como no acórdão Conoco Philips Petrozuata B.V v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case no. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, 03.09.2013, ¶401, a renegociação dos contratos de associação para a exploração e produção de petróleo assentar em métodos de avaliação inadequados e afastados do justo valor de mercado do investimento. Essa discordância poderá ser qualificada pelo tribunal como uma expropriação ilícita ou como uma violação do standard FET, mas gerará, em qualquer dos casos, responsabilidade internacional. Sobre as exigências do princípio da boa fé na renegociação de contratos de partilha de produção, Berger 2003, p. 1365.

²⁰⁵⁵ Veja-se a argumentação do Tribunal, no ¶1768: «If the asset could be returned to the investor on the date where a decision is rendered, but its value had decreased since the expropriation, the investor would be entitled to the difference in value, the reason being that in the absence of the expropriation *the investor could have sold the asset at an earlier date at its previous higher value*. The same analysis must also apply where the asset cannot be returned, allowing the investor to claim compensation in the amount of the asset’s higher value» – o itálico é nosso. Cf., adicionalmente, o acórdão Conoco Philips ¶343.

²⁰⁵⁶ ILC 2008 (comentário n.º 4 ao artigo 36). Sobre os danos punitivos no direito internacional, Gray 1987.

²⁰⁵⁷ Opinião Dissidente da Professora Brigitte Stern no acórdão Quirobax ¶56.

²⁰⁵⁸ Para a completa eliminação de todas as consequências do ato ilícito, pode ser necessário combinar várias formas de reparação.

²⁰⁵⁹ ILC 2008, p. 99 (Comentário n.º 2 ao artigo 36). Na doutrina, Gray 1987, p. 13, realçando que «the disadvantages of restitutio in integrum as a remedy in international law are considerable and explain the rarity of its award, its refusal in certain cases, and the preference of claimants for the remedy of damages. Legal restitution raises the problem of the relationship between international and municipal law, and the effect of the judgment of an international arbitral tribunal in a municipal legal system».

título de imposto ou contribuição financeira).²⁰⁶⁰ Admite-se, contudo, nas hipóteses em que a restituição do bem ou do seu equivalente não seja suficiente para eliminar as consequências da ilicitude, o pagamento de uma compensação que inclua outros prejuízos, tais como lucros cessantes, montantes despendidos com advogados ou outras despesas resultantes do fim antecipado da relação de investimento.

A hierarquia ou preferência entre as formas de reparação ou de proteção jurídica dos investidores separa os API, não só do direito da UE, como também no costume internacional codificado no PARIE. A arbitragem do investimento revela, na verdade, *uma hierarquia de sentido oposto*.²⁰⁶¹ Que razões explicam essa diferença? Serão válidas? São vários os argumentos aduzidos.

Em primeiro lugar, avança-se que os tribunais ICSID – e, por maioria de razão, os demais²⁰⁶² – não têm base legal para decretar outras formas de reparação para além da compensação. Com efeito, o artigo 54.1 da Convenção ICSID dispõe que cada Estado «assegurarà a execução no seu território *das obrigações pecuniárias* impostas por essa sentença». ²⁰⁶³ As únicas obrigações não pecuniárias que o Tribunal ICSID pode decretar são as constantes do artigo 47 (medidas cautelares).²⁰⁶⁴

Em segundo lugar, a restituição – ao impor a reposição da situação anterior à comissão do ato ilícito (*statu quo ante*) – implica a prática de atos de autoridade, sejam eles da função jurisdicional, administrativa ou legislativa (eg. anulação de atos de liquidação, reposição de benefícios fiscais, repristinação de regimes jurídicos), que

²⁰⁶⁰ ILC 2008, p. 96 (Comentário n.º 3 ao artigo 35); Crawford 2012, p. 570 [«(...) At the same time, in many situations it may be clear that a remedy which accommodates the internal competence of governments while giving redress to those adversely affected is to be preferred»].

²⁰⁶¹ Os novos API-UE, em linha com o artigo 1135 NAFTA e com os modelos API dos Estados-Unidos e do Canadá, contêm regras sobre formas de reparação (artigos 3.53 do API UE-Vietname; artigo 8.39 do CETA; artigo 3.18 do API UE-Singapura), admitindo a atribuição de uma compensação financeira (*monetary damages*) ou a restituição da propriedade ou do seu equivalente em espécie. Sobre este ponto, Parecer 1/17 ¶144 [«(...) há que salientar que, embora o tribunal do CETA não possa, como resulta do termo “apenas” que figura no artigo 8.39, n.º 1, deste acordo e da letra do n.º 4 deste artigo, anular a medida contestada ou exigir que o direito interno da Parte em causa dê cumprimento ao CETA, nem aplicar uma sanção à Parte demandada, pode, em contrapartida, quando constate que essa medida viola uma das disposições do Capítulo oito, secções C ou D, do CETA, condenar a parte demandada, nos termos do disposto na alínea a) do referido artigo 8.39, n.º 1, a pagar ao investidor demandante um montante destinado a compensar os danos por ele sofridos em razão da referida violação, incluindo os juros eventualmente aplicáveis»].

²⁰⁶² “Por maioria de razão” visto que, como referimos na Introdução, as regras da Convenção ICSID são as únicas regras de arbitragem consagradas em convenção internacional (Sornarajah 2018).

²⁰⁶³ O itálico é nosso.

²⁰⁶⁴ Neste sentido, Douglas 2010, pp. 829-830. Outra hipótese seria argumentar que os tribunais arbitrais constituídos ao abrigo da Convenção ICSID podem ordenar a restituição em espécie do investimento, mas a sentença não goza, nesse segmento, do regime do artigo 54 da Convenção ICSID (Sabahi 2011, p. 65).

podem entrar em conflito com regras ou princípios constitucionais.²⁰⁶⁵ É certo que o artigo 32 do PARIE esclarece que um Estado não pode invocar o seu direito interno como justificação para a violação das suas obrigações internacionais. Dependendo das circunstâncias do caso, a questão pode “subir de alçada” e envolver o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, como demonstraram os casos Texaco e BP Exploration, que mencionámos no Cap. 5.²⁰⁶⁶

A isto acresce que a compensação é a forma de reparação preferida pelos investidores e que estes mais vezes integram nos respetivos pedidos. «The victim of an internationally wrongful act is, under normal circumstances, entitled to elect compensation rather than restitution in kind, to forgo claims to satisfaction, or indeed to focus on cessation and future performance rather than seeking reparation at all», explica Crawford.²⁰⁶⁷ *Os árbitros não devem atribuir mais do que é pedido*, como recordam Wälde & Sabahi.²⁰⁶⁸ De facto, uma sentença ICSID, cuja execução pode ser ensaiada em qualquer Estado-parte dessa Convenção, permite aos investidores fazer *bypass* aos canais jurisdicionais nacionais, como vimos no Cap. 1, e com ele subtrair-se a discussões constitucionais indesejadas.²⁰⁶⁹

Esta tríade de argumentos conhece séria oposição. Kuijper et al. lembram que a margem de manobra dos Estados também é constrangida por pretensões

²⁰⁶⁵ Neste sentido, LG ¶87; Occidental ¶79; Teinver ¶1098. Admitindo a reparação sob a forma de restituição, *Micula v. Romania*, ICSID Case no. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 28.09.2008, ¶166-168. Sobre a reparação na CEDH, *Costa* 2012, pp. 763-774; *Quadros* 1998, pp. 454-489. De acordo com o artigo 41, «se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário».

Quando a violação resulte de um ato normativo incompatível com a CEDH, o Estado-parte tem o dever de eliminar o ato lesivo, dever esse que, atento o efeito de *res interpretata* das decisões do TEDH, recai sobre os demais Estado que conservem disposições normativas semelhantes.

²⁰⁶⁶ *Supra* Cap. 5. É conveniente recordar, nesta fase, que a restituição pode ser material ou jurídica (Gray 1987, p. 13). A primeira implica a devolução do bem ou bens ilicitamente expropriados ou do seu equivalente em dinheiro. A segunda implica a prática, pelo Estado de acolhimento, de um ato secundário de eliminação do ato ilícito. O PARIE afasta a restituição em dois cenários: nas hipóteses de impossibilidade material de restituição (eg. destruição do bem expropriado, alienação do bem a um terceiro); nas hipóteses em que a restituição consubstancia uma consequência totalmente desproporcionada (para o Estado infrator). Esclarecem, além do mais, que a invocação bem-sucedida da impossibilidade de restituição não pode fundar-se apenas em empecilhos jurídicos ou de facto, «even though the responsible state may have to make special efforts to overcome these». O que pode significar, aparentemente, que não bastará ao Estado lesante invocar a necessidade de respeitar o princípio do primado do direito da União, ou as regras e princípios consagrados nas respetivas constituições.

²⁰⁶⁷ Crawford 2000, p. 18.

²⁰⁶⁸ Wälde & Sabahi 2008, p. 1058.

²⁰⁶⁹ Na verdade, sobre o Estado infrator impende a obrigação de cessação e de não repetição do ato ilícito (artigo 30 PARIE). Como explica Tavares 2015, p. 67 (nota n.º 33), a obrigação de cessação só se coloca nas situações em que o facto ilícito estadual tenha caráter contínuo, «pois só nessas é que a violação da norma internacional se verifica ainda no momento da invocação da responsabilidade» (eg. manutenção em vigor de uma lei que contraria uma obrigação internacional).

compensatórias. Para um país com poucos recursos, a tutela jurídica primária (anulação do ato) pode ser preferível ao pagamento de indemnizações ou compensações. Não é certo, por outro lado, que a compensação seja a forma de reparação privilegiada pelos investidores, já que estes preferirão, por vezes, *manter o investimento* no Estado de acolhimento, obtendo a invalidação do ato normativo que os prejudicou. Sistemicamente, a opção por uma tutela secundária, ao permitir que os Estados de acolhimento “paguem pela saída da relação de investimento”, contribui em menor medida para o fim dos API, que é garantir um ambiente regulatório estável e a promoção do *rule of law*.²⁰⁷⁰

Hindelang avança ainda que não há razão para desvios relativamente ao regime geral de formas de reparação previsto nos artigos 35 e ss. do PARIE, que confere primazia à restituição. O artigo 33.2 do PARIE (que contém uma regra “sem prejuízo de”) não tem por objeto os direitos conferidos pelos API aos investidores.²⁰⁷¹ O artigo 33.1 do PARIE estatui que o regime das formas de reparação (Parte II) vale para as relações jurídicas de responsabilidade estabelecidas entre Estados ou entre Estados e a comunidade internacional no seu todo, confirmando o n.º 2 que os regimes cujas normas primárias confirmam direitos “diretamente em benefício” de entes não estaduais podem dispor de um leque próprio de normas secundárias naquela matéria.²⁰⁷² É o caso – explica o Comentário – das convenções de direitos humanos e dos API.²⁰⁷³

Ora, a tese de Hindelang é a de que os “verdadeiros titulares” (*holders*) dos direitos conferidos pelos API *não são os investidores, mas sim os Estados*, faltando, portanto, base legal para um desvio relativamente às regras gerais sobre reparação. Ou seja, se as normas primárias dos API não conferem aos investidores direitos individuais (por outras palavras, se os investidores atuam através de delegação dos Estados), não há razão para desvios às regras sobre reparação previstas na Parte II e pensadas para as relações interestaduais. Vale, em síntese, o n.º 1 do artigo 33 e não o n.º 2.²⁰⁷⁴

²⁰⁷⁰ Kuijper et al. 2014, p. 94; Basener 2017, p. 485.

²⁰⁷¹ Hindelang 2011b, p. 13. O artigo 33 PARIE – cuja epígrafe é “Scope of international obligations set out in this part” (na Parte II) – dispõe, no n.º 1, o seguinte: «The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach»; já no n.º 2 pode ler-se o seguinte: «This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State».

²⁰⁷² Paparinskis 2013a, p. 635.

²⁰⁷³ ILC 2008 (Comentário n.º 4 ao artigo 33).

²⁰⁷⁴ Paparinskis 2013a, p. 636 [«(...) investor-state arbitration is not an invocation of state responsibility by the beneficiary of the particular primary rule but a delegated and modified exercise of diplomatic

O diferendo já foi tratado no Cap. 1, onde expusemos as diferenças entre a teoria direta, a teoria intermédia e a teoria derivada dos direitos dos investidores.²⁰⁷⁵ Propendemos a rejeitar a teoria derivada, pelas suas implicações não nos parecerem em linha com o *objeto e fim dos API*, atentas as diferenças relativamente a outros regimes de direito internacional (eg. OMC). Temos dúvidas de que os Estados possam pôr e dispor dos API (terminando-os com efeitos imediatos, inclusivamente sobre os processos de arbitragem pendentes), sem atenção à circunstância de o cálculo do risco do investimento (e conseqüente custo do capital investido) poder ter variado em função do direito de resolver os litígios com os Estados de acolhimento através da arbitragem.²⁰⁷⁶

3.1.4. A emergência financeira e a crise argentina

No direito internacional, o estado de necessidade previsto no artigo 25 do PARIE²⁰⁷⁷ – sem cuidar da questão de saber se um tal preceito se limita a codificar o costume internacional nesta matéria²⁰⁷⁸ – é uma circunstância suscetível de afastar a ilicitude da atuação do Estado, com paralelo, no domínio dos tratados, no artigo 62 da CVDT (alteração fundamental das circunstâncias).²⁰⁷⁹ O normativo permite, assim, a um Estado subtrair-se ao cumprimento de uma obrigação internacional quando (entre outros requisitos) essa subtração seja o “único meio” para salvaguardar um “interesse

protection. If that is the case, Article 33(2) would not be relevant because the rights would not accrue to the investor at all, but only to the home state. The interstate rules on responsibility laid out in Part Two of the 2001 ILC Articles would be delegated and apply directly (...»]; Hindelang 2011b [para o Autor, a teoria derivada corresponde a um *rule of law sem direitos*, ou seja, a um regime internacional (o DIE) de fomento e disciplina da boa governança, em que os Estados de origem dos investidores mantêm o controlo sobre o principal instrumento do sistema – o direito de ação dos investidores].

²⁰⁷⁵ Supra Cap. 1. A importância de uma opção nesta matéria tende a acentuar-se à medida que os Estados tentam “retomar” o controlo sobre o DIE, em especial através da previsão de interpretações vinculativas por Comitês intergovernamentais, ou de acordos de cessação de vigência de API, que podem “limitar” os direitos conferidos aos investidores. Sobre este ponto, Bücheler 2015, p. 165; Basener 2017, p. 330; Paparinskis 2013, p. 621 ss.

²⁰⁷⁶ International Court of Justice, LaGrand Case (Germany v. United States of America), Judgment of 27.06.2001, ¶¶76-77 (a propósito do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e Consulares, o Tribunal Internacional de Justiça considerou, com base na clareza do dispositivo em causa, que os direitos aí referidos eram direitos dos indivíduos – não dos Estados). As nossas reticências relativamente à possibilidade de os Estados “porem e disporem” dos API não contradizem o aplauso, que veiculámos no Cap. 5, relativamente a um acordo político (entre os Estados-membros) de cessação dos API. As nossas objeções prendem-se com os efeitos do acordo sobre as arbitragens pendentes.

²⁰⁷⁷ Outros regimes de direito internacional contêm as suas próprias regras sobre a situação de necessidade/exceção (eg. artigo XXI do GATT, as cláusulas de necessidade dos API), regras essas que não são iguais às do artigo 25. Sobre este ponto, Binder 2012, p. 910.

²⁰⁷⁸ Kurtz 2010, p. 335.

²⁰⁷⁹ Segundo Giegerich 2012, p. 1103, o artigo 62 CVDT é *lex specialis* relativamente à defesa por necessidade constante do artigo 25 PARIE.

essencial do Estado”, afetado por um “perigo grave e iminente”;²⁰⁸⁰ e o Estado não tenha contribuído para a situação de necessidade.

Obviamente que qualquer análise de uma situação de emergência financeira minimamente em linha com o caráter excecional do artigo 25 do PARIE se prestaria a algumas afirmações controversas.²⁰⁸¹⁻²⁰⁸²

Foram, por isso, muitas as críticas dirigidas às arbitragens de crise argentina quanto a este ponto.²⁰⁸³ Uma dessas críticas prende-se com a aplicação das regras do artigo 25 a um diferendo entre um investidor e um Estado.²⁰⁸⁴ A nossa conclusão é a de que, tal como interpretadas pela maioria dos tribunais arbitrais e no Comentário ao PARIE, o estado de necessidade “generalista” do artigo 25 não tem *efeito útil* em situações de emergência económico-financeira, ou seja, não permitirá afastar a *ilicitude* da atuação do Estado.²⁰⁸⁵ Como lembra o Tribunal no acórdão Continental Casualty, um Estado é sempre o “responsável último” pela sua política económica.²⁰⁸⁶

²⁰⁸⁰ ILC 2008, p. 80 (comentário n.º 1 ao artigo 25 PARIE).

²⁰⁸¹ Esse caráter excecional é sublinhado pela ILC 2008, Comentário Geral n.º 14.

²⁰⁸² Referimo-nos à apreciação dos tribunais arbitrais sobre a gravidade da crise, sobre se haveria “outros meios” para responder à situação de emergência, e sobre se Argentina havia contribuído para essa situação de emergência.

²⁰⁸³ Trata-se de um tema amplamente tratado na doutrina, e que, atenta a evolução do DIE – reforço do direito de regular, tratamento das técnicas de desfragmentação do direito internacional, mobilização do princípio da proporcionalidade, mobilização de cláusulas de exceção contidas nos API – temos dúvidas que se volte a colocar *em termos próximos*. Em síntese, foram três os principais pontos destacados pela doutrina: (i) a aplicação do artigo 25 PARIE a litígios investidor-Estado; (ii) a sujeição das cláusulas de ordem pública ou de necessidade (*non-precluded measures*) contidas nos API às mesmas condições do estado de necessidade no costume internacional (eg. acórdão Enron ¶334); (iii) o caráter dispositivo (*self-judging*) das condições de “necessidade”. Remetemos, a este propósito, para as observações feitas em trabalho anterior (Vicente 2015).

²⁰⁸⁴ Schill & Tvede 2015 [discutindo um acórdão do BvFG, 2 BvM 1/03-2/06, 08.05.2007, onde o Tribunal concluiu que o artigo 25 só se aplica às relações governadas pelo direito internacional (litígios entre Estados) e não confere direitos suscetíveis de invocação num tribunal nacional ao abrigo do artigo 25 da GG. A decisão conta com um voto de vencido da Juíza Lübbe-Wolff]; e Messineo 2015, p. 491.

²⁰⁸⁵ Sem prejuízo de interpretações mais “constitucionais” como as seguidas nos acórdãos LG ¶262, e Continental Casualty ¶222-235.

²⁰⁸⁶ Continental Casualty ¶235. A questão releva no plano internacional, mormente ao nível da responsabilidade das organizações internacionais e dos respetivos membros. No acórdão Electrabel, a propósito da cessação antecipada de um contrato de aquisição de eletricidade por um período de 15 anos – que a Comissão concluíra tratar-se de um auxílio de Estado proibido – o tribunal arbitral aplicou analogicamente o artigo 6 PARIE (situações em que um Estado é colocado à disposição de outro, agindo em benefício e sob autoridade deste) para concluir que não houvera violação do standard FET. Com efeito, seria “absurdo” se a Hungria fosse responsabilizada por fazer exatamente aquilo que uma organização internacional lhe impunha que fizesse (sem margem de apreciação). Kulick 2014, p. 280, em comentário ao acórdão, argumenta que, a ser assim, *a parte demandada deveria ter sido a UE e não a Hungria*. Delgado Casteleiro 2018, pp. 209-214, a propósito da atuação das instituições da UE no quadro do MEE, cogita a aplicação dos artigos 16 e 18 PARIE, reconduzindo a participação da Comissão Europeia – ou dos Estados da zona euro – a uma situação de “ajuda e assistência” a um Estado (a Grécia), ou mesmo de coação sobre outro Estado (o Chipre). Recorde-se que os artigos 16 a 18 se integram no Cap. IV do PARIE, cuja epígrafe é “Responsibility of a State in connection with the act of another State”; os PARIO preveem disposições equivalentes nos artigos 14 a 16. Para o Autor, contudo, se é verdade que a Comissão subordinou a assistência financeira à implementação da reestruturação da dívida, não é

A força normativa dos standards substantivos de proteção não é diluída pelo contexto de crise económico-financeira. Sem prejuízo do que se disse supra sobre a diligência do investidor e o risco de país (Cap. 5), a proteção oferecida pelos API está desenhada precisamente *para valer em contexto de crise*, por a tentação de afetar os investidores estrangeiros ser aí mais elevada.²⁰⁸⁷

Naturalmente, o tribunal arbitral tem consciência que a crise abre a porta a medidas económico-financeiras (eg. recapitalização de bancos, reestruturação da dívida, políticas de ajustamento macroeconómico, revogação de políticas de incentivação) com custos-benefícios dificilmente antecipáveis. No acórdão Marfin, sobre a recapitalização do segundo maior banco do Chipre,²⁰⁸⁸ o tribunal sublinhou não ter competência para julgar decisões políticas difíceis, «particularly where those decisions involved an assessment and weighing of multiple conflicting interests and were made based on continuously developing threats to the safety and soundness of the financial system». Muito concretamente, o tribunal não apreciará a proporcionalidade em sentido estrito da medida, uma vez que isso implica o apuramento das suas *vantagens comparativas* relativamente a outras.

Contudo, os tribunais não abdicam de escrutinar a racionalidade da motivação das medidas de reação à crise, especialmente quando estejam em causa medidas orçamentais (de redução de despesa ou de aumento de receita) que exprimem uma opção política de seleção de categorias de investidores em detrimento dos contribuintes. Assim, por ex., no acórdão Antin Infrastructure, o tribunal lembra que o *deficit* tarifário não foi causado pela incentivação das centrais fotovoltaicas. Por conseguinte, não obstante a gravidade do problema e do contexto espanhóis, a opção de selecionar os produtores de energia renovável, inspirada numa perceção de que foram estes que “deram causa” ao problema do *deficit*, não resiste a um escrutínio de racionalidade.²⁰⁸⁹

possível demonstrar que a introdução retroativa de uma cláusula de ação coletiva integrava a condicionalidade. O que é ainda mais relevante, o Autor sublinha que a assistência financeira permitiu à Grécia “suavizar” o *haircut*, pelo que na ausência daquele programa, os portadores de títulos estariam numa situação *ainda pior*.

²⁰⁸⁷ Kläger 2011, p. 248. Na jurisprudência, Enron ¶231.

²⁰⁸⁸ Marfin ¶867-870. Em termos sucintos, o diferendo opôs o segundo maior banco cipriota – o Marfin Popular Bank ou Laiki, que contava com um investimento grego (minoritário) – ao Chipre, em virtude de medidas de administração forçada (como condição da recapitalização do banco), ordenadas pelo regulador do setor bancário, e que culminaram na resolução ou saneamento do banco após à conclusão do memorando de entendimento. O contexto da tomada de decisão era, como se refere na decisão, muito difícil.

²⁰⁸⁹ Antin Infrastructure ¶571. Para uma análise semelhante, mas com resultados opostos, Jürgen Wirtgen ¶440 ss.

Em síntese, desde o momento revolucionário que constituíram os casos da crise argentina, a importação das categorias do “interesse público”, do “direito de regular” e do efeito “moderador” da proporcionalidade tornam mais difícil um cenário em que o artigo 25 do PARIE – e com ele um grau zero de deferência para com as opções do Estado de acolhimento – volte a operar.

Contudo, na eventualidade de a aplicação do artigo 25 do PARIE no contexto de um diferendo investidor-Estado se colocar novamente, o Estado de acolhimento dificilmente logrará, por essa via, afastar a ilicitude das medidas de emergência económico-financeira.

3.2. Os regimes de responsabilidade da UE e os API

A perceção geral da doutrina é a de que o regime de responsabilidade aplicável aos API é um regime “menos limitado” que o regime da responsabilidade extracontratual da UE e dos Estados-membros por violação do direito da UE.²⁰⁹⁰ Não se trata de uma afirmação *bagatelar*. Para Van Harten, com exceção do regime previsto nos API, a doutrina Francovich-Brasserie du Pêcheur representa, porventura, a tentativa “mais ambiciosa” de aplicação de um regime convencional de responsabilidade do Estado num plano de integração económica.²⁰⁹¹ O regime do DIE supera, portanto, a ambição de integração económica inerente aos regimes da UE, ou seja, tanto a responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da UE, como a responsabilidade extracontratual da União por atos das suas instituições.²⁰⁹²

As diferenças relativamente aos regimes de responsabilidade do direito da UE são evidentes. A partir do momento em que se instituiu o princípio do paralelismo necessário, a responsabilidade da UE por atos das suas instituições e a responsabilidade dos Estados-membros por violação do direito da UE acham-se sujeitas aos mesmos requisitos: ilicitude, dano e nexó de causalidade. A ilicitude exige a demonstração de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objeto conferir direitos aos particulares.²⁰⁹³ Portanto, no direito da UE, nem todos os atos (normativos) inválidos geram responsabilidade.²⁰⁹⁴

²⁰⁹⁰ Van Harten 2007, pp. 101-109; Marboe 2010, p. 409.

²⁰⁹¹ Van Harten 2007, p. 104 – o itálico é nosso.

²⁰⁹² Supra Cap. 3.

²⁰⁹³ Supra Cap. 3.

²⁰⁹⁴ Thouvenin 2010, p. 868.

A esta *dissociação entre invalidade e responsabilidade* corresponde uma dissociação adjetiva, já apontada, entre os mecanismos processuais que asseguram a proteção jurídica primária (efeito direto, recurso de anulação, reenvio prejudicial) e os mecanismos processuais que asseguram a proteção jurídica secundária (ação de responsabilidade).²⁰⁹⁵ Tanto no direito interno como no direito da UE, a eliminação do ato ilegal tem *preferência* sobre a reparação dos danos.²⁰⁹⁶

No regime dos API, a questão já foi mais clara do que é hoje. A associação do FET ao princípio da boa-fé, sugerida por vários acórdãos, traduz-se, no plano dos atos normativos, em deveres de consistência, de diligência e de proteção das legítimas expectativas. A má-fé do Estado é um indicador seguro – *ainda que desnecessário* – de uma violação do FET.²⁰⁹⁷ Por conseguinte, uma atuação reveladora de má-fé de um Estado ou de uma Organização Internacional no plano do API constituirá indiscutivelmente uma violação suficientemente caracterizada de uma norma no plano do direito da UE.²⁰⁹⁸

Contudo, no estado atual no DIE, detetam-se violações do FET – em especial por frustração das legítimas expectativas dos investidores (eg. casos espanhóis e italianos) – que não reentrariam no conceito de violação suficientemente caracterizada (no limite, nem sequer seriam *inválidas*), e, por conseguinte, não gerariam dever de indemnizar. Acreditamos que os novos API, pelo conteúdo que atribuem ao FET e pela sinergia com os modelos norte-americano e canadiano, possam atenuar estas diferenças.

No plano da cláusula expropriatória, as diferenças são mais mitigadas. Com efeito, a evolução do standard, como evidencia o estudo de Schuppli, vai no sentido de reservar a figura da expropriação regulatória para situações reveladoras da *intenção de expropriar*, isto é, situações de expropriações encapotadas ou de má-fé.²⁰⁹⁹ Logo, neste cenário, acreditamos que *algumas hipóteses de expropriação regulatória no DIE consubstanciem uma violação suficientemente caracterizada* do artigo 17 da CDFUE.

²⁰⁹⁵ Marboe 2010, p. 409.

²⁰⁹⁶ Basener 2017, p. 484; Kleinheisterkamp 2014, p. 460 [«(...) The CJEU has clearly recognized that ‘it is a general principle common to the legal systems of the Member States that the injured party must show reasonable diligence in limiting the extent of the loss or damage, or risk having to bear the loss or damage himself. The rule is therefore that a European investor is under an obligation first to attempt to obtain the annulment of the illegal Member State or Union act that affects its investment before being able to recover the losses suffered»].

²⁰⁹⁷ Sipiorski 2017, p. 182 [«(...) The Tribunals have considered bad faith as one extreme and FET as someone along the spectrum of that behavior»]. Na jurisprudência, eg. Crystallex ¶544.

²⁰⁹⁸ Seria o caso, no plano normativo, uma lei que discriminasse certos investidores, ainda que indiretamente, como sucedeu no acórdão UP.

²⁰⁹⁹ Schuppli 2018.

Porém, como vimos, a cláusula expropriatória não afasta expropriações regulatórias *acidentais*, ou seja, não afasta que o processo de qualificação possa basear-se nos efeitos da medida, *isolada ou conjugadamente* com a razoabilidade das opções estaduais (referimo-nos às teorias dos *sole effects* e dos *police powers*). A ser assim, ao apuramento – no plano do DIE – de uma expropriação regulatória, com as consequências compensatórias já identificadas, não se segue necessariamente, no plano do direito da União, uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objeto conferir direitos aos particulares.

3.3. A União, os tratados internacionais e o poder de não cumprir

É bem conhecida a jurisprudência do TJUE sobre a rejeição do efeito direto das normas dos acordos da OMC e das decisões do ORL,²¹⁰⁰ em especial o seu sentido, os seus fundamentos e as suas exceções. O ponto é da maior importância para o DIE, já que os novos API celebrados pela UE retiram abertamente efeito direto às suas disposições. Por outro lado, foi no quadro de uma ação de responsabilidade extracontratual da União por danos causados pelo não cumprimento de uma decisão do ORL-OMC que o Tribunal de Justiça, em contraste com o Tribunal Geral e com as conclusões do AG Maduro, rejeitou a existência de um princípio de responsabilidade objetiva no direito da UE. Qualquer exercício sobre a assimetria de proteção dos investidores contra a alteração normativa tem de ter em conta estes aspetos.

A configuração da União como uma ordem jurídica autónoma implica que ela responda a duas questões com as quais, tradicionalmente, qualquer ordem constitucional se confronta: a de saber, por um lado, qual a posição do direito internacional (*ius cogens*, geral e convencional) na hierarquia das fontes,²¹⁰¹ e a de saber, por outro, qual o modo de receção do direito internacional na ordem interna (transformação, receção

²¹⁰⁰ Relativamente aos acordos OMC, os acórdãos Portugal v. Conselho, processo C-149/96, 23.11.1999, ¶27, Biret International ¶61, e FIAMM ¶111. Relativamente às regras GATT 1947, cf. o acórdão International Fruit ¶27.

²¹⁰¹ A resposta à primeira questão resulta de uma leitura conjugada dos artigos 216.2 e 218.11 do TFUE. Destarte, as disposições de um tratado internacional devem respeitar o direito primário da União, mas são obrigatórias para as instituições da União e dos Estados-membros. Situam-se, portanto, algures entre o direito primário e o direito derivado da União, independentemente da fonte de direito internacional de que promanam (eg. acórdãos Opel Austria v. Conselho da União Europeia, processo T-115/94, de 15.07.1998; e Racke GmbH & Co v. Mainz, processo C-162/96, 16.06.1998). Na doutrina, eg. Holdgaard 2006, p. 266; Schütze 2012, p. 109; Quadros 2018, p. 484.

automática ou receção semi-plena).²¹⁰² Como vimos no Cap. 6, à medida que a União intensifica a afirmação da autonomia da sua ordem jurídica, recrudescer, no plano *internacional* (relações com terceiros), um debate paralelo àquele que a União trava há várias décadas com os tribunais constitucionais dos Estados-membros.²¹⁰³ Este é um debate sobre identidade constitucional.²¹⁰⁴

Ora, as escolhas que se façam naqueles dois domínios influenciam o nível de controlo do poder legislativo sobre os tratados internacionais concluídos (pelo menos) pelo executivo, bem como a análise *ex ante* do respeito por regras constitucionais jurídico-materiais e jurídico-organizatórias. Predeterminam, em síntese, *o nível de preservação da identidade constitucional de um Estado*.²¹⁰⁵

Ao tornarem-se parte da ordem jurídica da União, os tratados internacionais valem como direito da União nos Estados-membros, beneficiando do *status* de que este goza na ordem interna (princípios do efeito direto e do primado).²¹⁰⁶ Por sua vez, os Estados-membros, ao garantirem o respeito pelos compromissos decorrentes de um acordo concluído pelas instituições da União, cumprem, na ordem jurídica europeia,

²¹⁰² Sobre as diferenças entre as várias técnicas de receção, Moura Ramos 1982, p. 110 ss. A resposta à segunda consta de vários acórdãos, quando aí se diz que as disposições dos acordos internacionais fazem parte integrante, a partir da entrada em vigor destes, da ordem jurídica da União (eg. Demirel, processo 12/86, 30.09.1987), o que aponta para um sistema de receção automática ou de não transformação do direito internacional. Como explica Schütze 2012, p. 109, «the European Court of Justice has, early on, chosen a monist road». A receção automática não substitui a necessidade de adotar atos de implementação do acordo internacional, quando este não tenha efeito direto ou quando seja necessário clarificar a interação entre o novo acordo e o direito derivado anterior (Hix 2013, p. 41; Schütze 2012, p. 110; Quadros 2018, p. 480 ss.).

²¹⁰³ De forma certa, Ziegler 2016, p. 668 [«Regardless of how much the European integration process is considered to be under threat today, there would in any case be good reasons to reconsider the aggressive formalistic constitutional paradigm which at present seems to simply copy (and perhaps take to new extremes) states' historical approaches to international law in an unimaginative way (...)»].

²¹⁰⁴ Estas questões não se confundem com o debate entre monismo e dualismo, como é reconhecido na doutrina (Medeiros 2015, pp. 267-269; Moura Ramos 1982, p. 116).

²¹⁰⁵ Martines 2014, p. 134.

²¹⁰⁶ A questão de saber se o tratado é parte integrante da ordem jurídica é prévia à do efeito direto. Não está excluído que um tratado possa ser parte integrante do direito da União, mesmo que esta não o tenha concluído (não seja uma das partes contratantes). Foi o que sucedeu com o GATT-1947, segundo o acórdão *International Fruit* ¶7. Como se lê neste aresto, «para que a incompatibilidade de um acto comunitário com uma disposição de direito internacional possa afectar a validade deste ato, a Comunidade deve, antes de mais, estar vinculada por esta disposição». Vários elementos comprovam que os Estados-membros não quiseram desvincular-se das obrigações do GATT-1947 quando concluíram o Tratado CEE. Além disso, o facto de a pauta aduaneira e a política comercial se terem convertido (gradualmente) em matérias de competência exclusiva da União evidencia que «ao conferir estas competências à Comunidade, os Estados-membros manifestavam a sua vontade de a vincular às obrigações contraídas por força do Acordo Geral». A questão surgiu igualmente no acórdão *Kadi*, processo T-315/01, 21.09.2005, ¶242, argumentando o Tribunal Geral que a Comunidade assumira competências anteriormente exercidas pelos Estados-membros no domínio da Carta das Nações Unidas, e que, como tal, as disposições deste tratado vinculavam a Comunidade. Esta posição não vingou, porém, em sede de recurso. Na doutrina, Holdgaard 2006, p. 283; Hilmy 2014, p. 182 ss.

uma obrigação não só para com os Estados terceiros, como também para com a UE, que assumiu a responsabilidade pela boa execução do acordo.²¹⁰⁷

3.3.1. O efeito direto no direito da União

Apesar da confusão terminológica – que o próprio TJUE fomentou²¹⁰⁸ – é sabido que o efeito direto não se confunde com a aplicabilidade direta dos tratados, nem, para alguns, com a aplicabilidade imediata.²¹⁰⁹

A aplicabilidade direta é a característica das disposições internacionais que valem na ordem interna logo que obriguem o Estado na ordem internacional.²¹¹⁰ Distinta é a questão de saber quais os efeitos das disposições dos tratados uma vez incorporados na ordem jurídica do Estado (ou da União). Este é o problema do efeito direto.

No direito constitucional, o artigo 18.1 da CRP, ao dispor que «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis», não está, como é bom de ver, a tratar da questão da incorporação dessas normas constitucionais na ordem interna. Por isso, a “aplicabilidade direta” dos direitos, liberdades e garantias consiste na capacidade de estes serem parâmetro de validade e de interpretação do direito interno infraconstitucional (efeito de exclusão decorrente do princípio da constitucionalidade), por um lado, e na capacidade de o aplicador do direito, através de uma atividade interpretativo-concretizadora, aplicar os preceitos constitucionais *em vez de* ou, quando possível, *na ausência de* normas

²¹⁰⁷ Acórdãos Kupfberg, processo C-104/81, 26.10.1982, ¶11-14; e Demirel, processo 12/86, 30.09.1987, ¶11.

²¹⁰⁸ O TJUE emprega recorrentemente o conceito de aplicabilidade direta para se referir a uma situação de efeito direto.

²¹⁰⁹ Entre nós, Chantal Ribeiro 2001, p. 942, distinguindo entre aplicabilidade direta («o direito internacional vigora no Direito interno dispensando qualquer formalidade e mesmo a simples receção»), aplicabilidade imediata («o Direito Internacional, vigente na ordem jurídica interna, está apto a produzir todos os efeitos em relação ao Estado e aos seus cidadãos, criando direitos ou estabelecendo obrigações, sem que seja necessário a adoção de medidas de execução pelas autoridades competentes (estaduais ou internacionais») e efeito direto («susceptibilidade de um particular poder invocar a norma internacional perante os tribunais internacionais com vista a defender um direito que esta lhe concede ou a afastar o direito nacional contrário»), mas sublinhando que, na prática, os conceitos se confundem. Galvão Teles 1967, p. 85 (nota n.º 85) explica, a propósito da distinção entre aplicabilidade direta e exequibilidade imediata, que «pode dar-se o caso, com efeito, de, ou por conterem simples normas de princípio, ou por suporem condições ainda não criadas, certas convenções não serem imediatamente exequíveis. Não deixarão, por isso, no entanto, de poder valer na ordem estadual» (tratados *non self-executing*).

²¹¹⁰ Moura Ramos 1982, p. 113.

infraconstitucionais que os regulamentem (efeito de desaplicação-substituição), por outro.²¹¹¹

No direito da União, o efeito direto – decisão constitucional da União exteriorizada no acórdão Van Gend en Loos²¹¹² – é uma forma de disseminação, pelos cidadãos, da tarefa de vigiar o respeito pelos Tratados (TUE e TFUE), traduzindo-se na possibilidade de aqueles invocarem os direitos que o direito da União lhes confere perante os órgãos jurisdicionais nacionais, de modo a afastar o direito nacional contrário.

O Tribunal de Justiça submete o efeito direto dos tratados internacionais da UE a duas condições, expostas, entre outros, no acórdão Demirel. Decisivo é, pois, que o acordo *no seu todo, atento o seu objeto e a sua natureza* (i), estabeleça uma *obrigação clara e suficientemente determinada* (ii), isto é, uma obrigação que não esteja subordinada, na sua execução ou nos seus efeitos, à intervenção de qualquer ato posterior.²¹¹³ A “origem internacional” do tratado é, portanto, decisiva.²¹¹⁴

Este é o teste que permite perceber se as normas de um tratado internacional da UE podem ser invocadas por um particular perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Vale, naturalmente, na medida em que as partes não hajam determinado, no próprio tratado, os efeitos a atribuir às suas disposições.²¹¹⁵ Porém, deverá tal critério condicionar a capacidade de as disposições de um tratado (eg. num recurso de anulação ou numa ação de responsabilidade extracontratual) servirem de parâmetro de controlo ou de critério de ilicitude objetiva da atuação das instituições da União ou das

²¹¹¹ Vieira de Andrade 2019, pp. 189-196 (a ressalva é dirigida aos direitos, liberdades e garantias que, gozando de aplicabilidade direta, não têm exequibilidade imediata, pois aí o efeito de substituição dos preceitos constitucionais não opera plenamente).

²¹¹² Van Gend en Loos [«Daqui deve concluir-se que a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, a favor da qual os Estados limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos, e cujos sujeitos são não só os Estados-membros, mas também os seus nacionais. Por conseguinte, o direito comunitário, independente da legislação dos Estados-membros, tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica (...)»].

²¹¹³ Demirel ¶14.

²¹¹⁴ Gáspár-Szilagyi 2015, p. 352; Fontaine Campos 2011, p. 623.

²¹¹⁵ Kupferberg ¶17. Referimo-nos a uma decisão adotada por consenso, como, por ex., a que consta do artigo 30.6 CETA. Essa decisão não se confunde, portanto, com o último considerando da Decisão 94/800/CE, 22.12.1994, segundo o qual «o acordo que institui a OMC e os seus anexos não pode ser invocado diretamente nos Tribunais da Comunidade e dos Estados-membros». O AG Saggio, nas Conclusões sobre o processo Portugal v. Conselho, processo C-149/96, apresentadas em 25.02.1999, questiona os efeitos desta estratégia à luz do direito internacional, uma vez que a interpretação do acordo feita unilateralmente no quadro do processo interno de prestação de consentimento não pode – fora do mecanismo das reservas ou das declarações interpretativas – limitar os efeitos do próprio acordo. Já o AG Alber, nas Conclusões sobre o processo Biret International, apresentadas em 15.05.2003 ¶100, argumenta que a declaração unilateral constante da Decisão 94/800 suscita dúvidas mesmo a nível do direito da União, por poder colidir com normas de direito primário.

autoridades nacionais (efeito de exclusão)?²¹¹⁶ Por outras palavras, o que se pergunta é se os requisitos de que o TJUE faz depender o efeito direto das disposições dos tratados devem ser transpostos para situações em que não está em causa a invocação de direitos pelos particulares.

A *intermitência* da resposta do Tribunal de Justiça a esta questão é alvo de críticas na doutrina.²¹¹⁷ Argumenta-se, com efeito, que os requisitos de que o TJUE faz depender o efeito direto das disposições dos tratados não deveriam ser transpostos para situações funcionalmente distintas. Dito de outro modo, aqueles requisitos aplicar-se-iam a situações em que está em causa a invocação, pelos cidadãos, dos direitos que um tratado lhes confere, de modo a afastar o direito nacional ou o direito da União contrário (efeito de desaplicação-substituição), mas já não a situações que pressuponham a fiscalização da legalidade de uma atuação da União (ou dos Estados-membros) à luz do de um tratado internacional (efeito de exclusão).

Os API têm semelhanças com vários regimes internacionais. A questão da analogia correta no DIE alimenta, aliás, diversas discussões doutrinárias (Cap. 2), ora no sentido de aproximar o DIE do direito internacional dos Direitos Humanos, ora no sentido de sublinhar os pontos de contacto com o direito internacional económico.²¹¹⁸ As transformações promovidas nos API aproximam a relação DUE-DIE do modo como o direito da UE se relaciona com o direito da OMC. Contudo, será mais difícil à União, na sua relação com o DIE, exercer *o seu poder de não cumprir*. É o que se evidenciará já de seguida.

3.3.2. A recusa de efeito direto ao direito da OMC: lugar paralelo?

²¹¹⁶ Gáspár-Szilágyi 2015, p. 346. O Autor distingue um “primacy model”, onde o direito internacional pode atuar como parâmetro de validade independentemente de se verificarem os requisitos do efeito direto (em sentido estrito), que só são exigidos quando se pretende produzir efeito de substituição (invocação, pelos particulares, de um direito conferido por um acordo internacional com o propósito de afastar o direito da UE ou o direito interno); e o “triggel model”, para o qual os requisitos do efeito direto são sempre necessários, independentemente de, no caso concreto, se pretender que o direito internacional produza efeito de substituição. Hix 2013, p. 8 (nota n.º 8) dá conta da distinção, sugerida pela doutrina, entre um efeito direto em sentido objetivo ou amplo (possibilidade de os tratados internacionais que integrem a ordem jurídica da União valerem como parâmetro de controlo da atuação desta) e efeito direto subjetivo ou em sentido estrito (capacidade de os tratados conferirem direitos aos particulares suscetíveis de invocação nos tribunais nacionais).

²¹¹⁷Sobre essa intermitência, comparar os acórdãos Intertanko ¶45, e IATA, processo C-344/04, 10.01.2006, por um lado, e Biotech, processo C-377/98, 09.10.2001, Étang de Berre, processo C-239/03, 07.10.2004, e Vereniging Milieudefensie, processo T-396/09, 14.06.2012, por outro. Na doutrina Gáspár-Szilágyi 2015, pp. 357-358.

²¹¹⁸ Sobre esta discussão, Paporinskis 2017, p. 43.

O tratamento constitucional oferecido pelo direito da UE aos acordos OMC pauta-se por uma tripla proposição. Apesar de serem parte integrante da ordem jurídica da UE, nem os acordos OMC nem as decisões do ORL figuram, em princípio, entre as normas tomadas em conta pelo TJUE na fiscalização dos atos das instituições da União, ao abrigo do artigo 340 TFUE (i);²¹¹⁹ as disposições desses acordos (e as decisões do ORL) não são suscetíveis de criar direitos a favor dos particulares, que estes possam invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais (ii); a sua eventual violação não é, portanto, suscetível de desencadear a responsabilidade extracontratual da União por atos das suas instituições (iii).²¹²⁰ Por outras palavras, as regras OMC não produzem, *via de regra*, nem efeito de desaplicação-substituição, nem efeito de exclusão.²¹²¹

Para além das exceções referidas em nota, o princípio da não invocabilidade do direito da OMC não obsta a que os atos de direito derivado da União, bem como os atos nacionais de implementação do acordo internacional, devam ser interpretados em conformidade com o direito da OMC. Fica aberta, igualmente, a via da condenação do Estado-membro por incumprimento do direito da União (artigo 258 TFUE), do qual são parte integrante, como referimos, os acordos OMC.²¹²²

Os argumentos e contra-argumentos desta discussão interessam-nos particularmente.²¹²³ A não invocabilidade dos acordos OMC e das decisões do ORL explica-se pela necessidade de preservar a margem de liberdade política que a economia, o espírito e os termos dos acordos OMC deixam às partes contratantes.²¹²⁴ *Em que é que isso consiste?* Consiste, por um lado, na liberdade de suportar as medidas de retaliação determinadas pelo ORL e, por outro, na liberdade de negociar, mesmo

²¹¹⁹ Nenhuma distinção deve ser feita entre os acordos OMC e as decisões do ORL, pelo menos para efeitos de invocabilidade (FIAMM ¶126).

²¹²⁰ FIAMM ¶111; Biret International ¶61. Só assim não será, de acordo com jurisprudência estabilizada, no caso de a União ter decidido dar execução a uma obrigação determinada assumida no quadro da OMC, ou de o ato da União remeter, de modo expresso, para disposições precisas dos acordos OMC. Nestas duas hipóteses, compete ao juiz comunitário fiscalizar a legalidade do ato da União à luz das regras OMC (acórdãos Fediol, processo 70/87, de 22.06.1987, e Nakajima, processo C-69/89, de 07.05.1991). O AG Maduro, nas Conclusões sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008, dá conta dos fundamentos destas exceções. A ideia é a de que quando a UE dá a conhecer que pretende cumprir o direito da OMC, abdica voluntariamente da margem de manobra na aplicação das regras da OMC. Sobre as exceções, Hix 2013, pp. 79-82.

²¹²¹ Van Parys, processo C-277/02, 01.03.2005; Portugal v. Conselho, e Cordis, processo C-442/99, 27.09.2001.

²¹²² AG Maduro, Conclusões sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶38-40. Explica o AG que «inexistência de um acto comunitário contrário ao direito da OMC revela a vontade das instituições de o cumprirem. Por conseguinte, um Estado-Membro não pode, unilateralmente, subtrair-se às obrigações dele decorrentes» (¶40); Fontaine Campos 2011, pp. 626-627.

²¹²³ Sobre esses argumentos, entre nós, Fontaine Campos 2011, pp. 621 ss.

²¹²⁴ Em sentido crítico, Gáspár-Szilágyi 2015, p. 358.

findo o prazo definido pelo ORL, uma solução que não passe pela eliminação da medida considerada incompatível.²¹²⁵ A invocabilidade dos acordos contraria ainda o princípio da reciprocidade, fragilizando a margem negocial da UE relativamente aos parceiros comerciais que rejeitam o efeito direto dos acordos OMC.²¹²⁶

É possível contra-argumentar, numa crítica semelhante à que vale para acordos internacionais fora do quadro da OMC, que as condições do efeito direto (efeito de desaplicação-substituição) não deveriam valer para as ações de responsabilidade extracontratual da União.²¹²⁷ Com efeito, o constrangimento imposto à liberdade política por uma ação de responsabilidade extracontratual da União, ou não existe,²¹²⁸ ou é perfeitamente tolerável, à luz do dever das instituições da União de conformarem a sua atuação com a decisão do ORL.²¹²⁹

Ora, o Tribunal de Justiça entende que o estreitamento da liberdade política (“margem de manobra”) da UE na implementação da decisão do ORL existe tanto nas situações em que há anulação do ato da UE (tutela primária) como nas situações em que, não havendo anulação, existe declaração de ilicitude no contexto de uma ação de responsabilidade extracontratual da UE (tutela secundária). De facto, também na segunda hipótese, em nome do princípio da *União de direito*, caberia à instituição prevaricadora «adotar as medidas necessárias para sanar a ilegalidade declarada».²¹³⁰

Esse estreitamento adviria, adicionalmente, das implicações financeiras da ação de responsabilidade, que já tratámos supra. O receio de multiplicação de pretensões

²¹²⁵ Steinbach 2009, p. 1054 (discute-se, na doutrina, se esta possibilidade efetivamente existe). No acórdão Van Parys ¶51, o Tribunal esclareceu que o termo do prazo previsto no ORL para assegurar a aplicação da decisão não implica que a União tenha esgotado a liberdade política oferecida pelo sistema para encontrar uma solução compatível com os acordos OMC.

²¹²⁶ FIAMM ¶119. Contra este argumento, cf. o acórdão Kupferberg ¶18, lembrando que os Estados partes de um acordo internacional se comprometem a executá-lo de boa-fé, e que o facto de as disposições de um tratado beneficiarem de efeito direto num ordenamento e noutro não, não lesa o princípio da reciprocidade. Sobre a contradição entre os acórdãos FIAMM e Kupferberg, Bronckers 2004, p. 445. Contrariando a valência do argumento da reciprocidade, Jackson 2004, p. 121.

²¹²⁷ Esta foi, em síntese, a posição do AG Saggio, nas Conclusões sobre o processo Portugal v. Conselho, apresentadas em 25.02.1999 ¶20.

²¹²⁸ Só existe constrangimento se existir liberdade política, como se compreende. Para o AG Alber, nas suas Conclusões sobre o processo Biret International, apresentadas em 15.05.2003 ¶93, as instituições da União continuam a determinar o modo como asseguram a compatibilidade do direito da União com o direito da OMC. Não há, por essa razão, entorse à liberdade política das instituições da União.

²¹²⁹ Steinbach 2009, p. 1056; Bronckers & Goelen 2012, p. 406.

²¹³⁰ FIAMM ¶122-124. Foi esta a posição do AG Maduro, nas Conclusões sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶48-49. Ou seja, mesmo quando a declaração de ilicitude ocorra no contexto de uma ação de responsabilidade e não de um recurso de anulação, os órgãos políticos da União não podem deixar perdurar aquela ilegalidade, «sob pena da violação do princípio de uma comunidade de direito». Destarte, também nestas hipóteses a UE ficará impedida de procurar uma solução negociada. O AG Maduro contraria, assim, posição do AG Alber nas Conclusões sobre o processo Biret International, apresentadas em 15.05.2003 ¶94, que coloca a ênfase na distinção entre o recurso de anulação e a ação de responsabilidade. Concordamos com o AG Maduro.

indemnizatórias – em potência, tantas quanto o n.º de afetados pelo ato ilícito – forçaria ou aceleraria a reação dos órgãos políticos da União.²¹³¹ O sistema abre a porta a uma aplicação seletiva do direito internacional,²¹³² escancarando as diferenças relativamente à proteção oferecida pelo DIE.

Assim, se no direito da OMC o desalinho relativamente a uma decisão do ORL não tem, *no plano interno*, consequências financeiras, no DIE a UE só pode manter o ato ilícito (desconforme com o API) *se pagar*.²¹³³ Atentas as *qualidades constitucionais* que associámos ao DIE, de pouco servirá invocar os diferentes planos em que operam os dois regimes de responsabilidade (no plano da UE e no plano internacional). Na verdade, o DIE goza de um sistema de tutela especial que lhe permite *fazer as vezes* de um regime interno de responsabilidade do Estado por ato da função político-legislativa. A racionalidade de reciprocidade, de liberdade política e de negociação do cumprimento ficam comprometidas *a partir do momento em que o não cumprimento deixa de ter subjacente um cálculo político-económico para se converter num “título executivo” acionável em qualquer Estado-parte da Convenção ICSID*.²¹³⁴ Esta diferença foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça no Parecer 1/17.²¹³⁵

A última objeção à posição do Tribunal de Justiça prende-se com a situação dos “innocent bystanders” (operadores sacrificados). Os operadores “sacrificados” são operadores económicos que suportam os prejuízos causados pelas medidas de retaliação (eg. sanções aduaneiras) adotadas por um Estado terceiro na sequência da não implementação, pela União, de uma decisão do ORL, num setor económico diverso

²¹³¹ AG Maduro, Conclusões sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶50. Na doutrina, Steinbach 2009, p. 1051, 1058. O Autor destaca a eventual contradição com os acórdãos Francovich-Brasserie du Pêcheur, em especial a circunstância de o TJUE não ter mostrado as mesmas cautelas relativamente às finanças dos Estados-membros implicados nesses casos. Essa contradição, segundo o Autor, viola o princípio do paralelismo necessário, alicerçado na convicção de que «the protection of rights which individuals derive from Community law cannot vary depending on whether a national authority or a Community authority is responsible for the damage».

²¹³² Martines 2014, p. 145.

²¹³³ Kuijper et al. 2014, p. 150.

²¹³⁴ Conclusões do AG Alber sobre o processo Biret International, apresentadas em 15.05.2003 ¶88, relativamente ao cumprimento das decisões do ORL: «O facto de a não execução das recomendações ou decisões do ORL poder constituir uma opção de política comercial decorre, em última análise, da impossibilidade de serem aplicadas coercivamente. Só podem ser reforçadas através de medidas clássicas de retaliação. Isto reflete o seu caráter de direito internacional público. Em princípio, o direito internacional não conhece medidas de coação».

²¹³⁵ Parecer 1/17 ¶146 [«(...) A este respeito, importa observar que a competência, consagrada no artigo 8.39, n.º 1, alínea a), do CETA, dos tribunais previstos para concederem uma indemnização a um investidor privado é um aspeto do regime RLIE (Resolução de litígios investidor-Estado) instaurado por esse acordo que o distingue do sistema, em vigor na Organização Mundial de Comércio (OMC), de resolução de litígios entre as partes contratantes na OMC, uma vez que este sistema se baseia parcialmente em negociações entre essas partes contratantes e contém várias opções para executar as sentenças»].

daquele cuja incompatibilidade com o direito da OMC foi apurada. No acórdão FIAMM, a incompatibilidade detetara-se no setor das bananas, mas a retaliação ocorreu no setor dos acumuladores estacionários e estojos para óculos.²¹³⁶

Estes operadores não beneficiam da ação de responsabilidade extracontratual da União por ato ilícito, dada a não verificação da condição da ilicitude. Contudo, dependendo da situação concreta (eg. empresas que exportam quase toda a sua produção para um determinado país), alguma doutrina argumenta que há afetação do núcleo essencial do direito de livre iniciativa económica, reconhecido no artigo 16 da CDFUE.²¹³⁷ No DIE, uma medida estadual que tenha por efeito a exclusão de uma empresa de um setor de negócios pode constituir uma expropriação regulatória, como demonstrou o acórdão UP (supra Cap. 5).

Considerações de justiça e de tutela jurisdicional efetiva justificam a adesão do AG Maduro, nas conclusões do acórdão FIAMM, a um princípio de responsabilidade objetiva por atos lícitos no direito da União.²¹³⁸ O facto de apenas espanhóis e franceses (e portugueses, acrescentaríamos) reconhecerem a responsabilidade por atos lícitos não afasta decisivamente o reconhecimento de um princípio geral comum aos direitos dos Estados, se essa for uma solução «adaptada às necessidades e particularidades da ordem jurídica comunitária».²¹³⁹

Tratar-se-ia, na verdade, de uma responsabilidade objetiva – *independentemente de culpa* – e não de uma responsabilidade por ato lícito. Esta precisão procura esclarecer que este princípio de responsabilidade abrangeria tanto as situações ditas “clássicas” ligadas à teoria do sacrifício especial e à igualdade perante os encargos públicos (supra Cap. 3), como *atos ilícitos que não ascendam a uma violação suficientemente caracterizada*.²¹⁴⁰ O AG Maduro sugere, portanto, um princípio de responsabilidade objetiva próximo do *modelo espanhol*, onde – vimo-lo no Cap. 3 – a responsabilidade pelos “lícitos legislativos” foi pensada (também) como *alternativa* à declaração de

²¹³⁶ FIAMM ¶24. A situação do acórdão FIAMM não coincide com a do acórdão Biret International. Neste último, o dano foi causado pela suspensão da importação de carne de bovino prevista na Diretiva; no primeiro, o dano resultou (também) das medidas de retaliação impostas pelos Estados- Unidos em face do não cumprimento, pela União, de uma decisão do ORL. Trata-se de uma questão relevante para efeitos de nexo de causalidade, tratada nas Conclusões do AG Maduro sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶72.

²¹³⁷ Bronckers & Goelen 2012, p. 409.

²¹³⁸ Conclusões do AG Maduro sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶58. Adicionalmente, como sublinham Bronckers & Goelen 2012, p. 408, um princípio com este recorte tornaria o legislador mais cauteloso e mais prudente na adoção das suas políticas.

²¹³⁹ Conclusões do AG Maduro sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶55.

²¹⁴⁰ Conclusões do AG Maduro sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶65.

inconstitucionalidade de leis não formalmente expropriatórias (artigo 32.3 LSP), inclusivamente de leis restritivas do direito de propriedade que não preveem uma indemnização e não tenham sido declaradas inconstitucionais.

Os requisitos da anormalidade e da especialidade do prejuízo assegurariam que as implicações financeiras da responsabilidade se cifram em limites aceitáveis.²¹⁴¹

O Tribunal de Justiça rejeitou que, no seu estado atual,²¹⁴² exista um regime de responsabilidade da União por ato normativo «numa situação em que a eventual desconformidade desse comportamento com os acordos OMC não pode ser invocada perante o juiz comunitário».

As situações alegadamente visadas por um regime de responsabilidade objetivo já estão acauteladas pelo regime de responsabilidade extracontratual por *ato ilícito*.²¹⁴³ Num recurso de anulação, a indemnização opera enquanto elemento a ter em conta no apuramento da *validade* de uma restrição do direito de propriedade, em termos semelhantes aos do artigo 1-P1. Numa ação de responsabilidade extracontratual, a compensação é devida pela UE aos particulares caso se conclua que a restrição ao direito de propriedade, sendo excessiva e intolerável, constitui um ato inválido e, consequentemente, um comportamento ilícito para efeitos de responsabilidade (desde que ascenda a uma violação suficientemente caracterizada).²¹⁴⁴

²¹⁴¹ Conclusões do AG Maduro sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶78. Num regime de responsabilidade assente na igualdade perante os encargos públicos, o dano só será especial «se afetar unicamente um pequeno número de indivíduos»; será anormal se ultrapassar os riscos económicos inerentes ao setor em causa.

²¹⁴² Tenha-se em atenção que falamos de um acórdão de 2008. O recurso interposto do acórdão Chrysostomides dará ao Tribunal de Justiça nova oportunidade para se pronunciar sobre a viabilidade de uma responsabilidade objetiva no “estado atual” do direito da União.

²¹⁴³ FIAMM ¶184.

²¹⁴⁴ Chrysostomides ¶279. A propósito da medida de resolução do Banco Laiki, adotada pelo Banco Central do Chipre, e das garantias dos particulares afetados por essa medida, o Tribunal Geral disse o seguinte: «mesmo admitindo que a necessidade de qualquer restrição do direito de propriedade estar prevista na lei exige que o processo de indemnização pela perda resultante dessa restrição também esteja, se for caso disso, previsto na lei, resulta do n.º 26, ponto 1, da lei de 22 de março de 2013 (Lei cipriota onde se prevê o saneamento de estabelecimentos de crédito) que qualquer parte que se considere indevidamente lesada no seu direito de propriedade por medidas de resolução *conserva o direito de pedir nos tribunais nacionais competentes para ser indemnizada*. O n.º 26, n.ºs 2 e 3, dessa lei precisa que, se a parte afetada considerar que a sua posição financeira se deteriorou significativamente face àquela em que se encontraria se não tivesse sido tomada qualquer medida de resolução e se o Banco em causa tivesse sido diretamente liquidado, *pode exigir uma indemnização unicamente pelas perdas sofridas sem prejudicar a operação concluída nem qualquer ato ou medida adotado com base nessa lei*» (os itálicos são nossos). A primeira disposição legal invocada assegura, no entender do Tribunal Geral, a validade da restrição do direito de propriedade, ao reconhecer ao particular o direito de obter uma indemnização pelos prejuízos sofridos. A previsão de indemnização é, como vimos, um elemento que permite nivelar ou equilibrar a ablação patrimonial sofrida pelo particular, assegurando o cumprimento do disposto no artigo 1-P1 à CEDH. Neste segmento, o Tribunal Geral admite que a previsão de indemnização se basta com a ressalva, pela lei que restringe, do direito a pedir uma indemnização nos tribunais nacionais. A segunda, na impossibilidade de assegurar a tutela jurídica primária (cf. artigo 85 da Diretiva 2014/59/UE e o artigo

A posição adotada pelo Tribunal Geral – e que também está presente no acórdão proferido em sede de recurso pelo Tribunal de Justiça – foi a de que o prejuízo não seria anormal porque as medidas de retaliação (sanções aduaneiras) integram o “risco comercial normal” de que um operador prudente e avisado (dedicado à exportação) deveria estar consciente e contra o qual se deveria ter precavido.²¹⁴⁵ No fundo, o exportador de estojos para óculos não poderia ignorar a possibilidade de retaliação dos Estados- Unidos após o não cumprimento, por parte da UE, de uma decisão do ORL no setor das bananas.

Este é um raciocínio despidoroso. Como explica o AG, não existe qualquer ligação entre a atuação geradora do dano e o setor económico visado pela retaliação.²¹⁴⁶ Tampouco nos parece que os agentes económicos envolvidos, sendo a União uma “União de direito”, tenham de se precaver contra a invocação, pela União, das suas “razões de Estado” (“community *raison d'état*”, na formulação de Cassese).²¹⁴⁷ Essas razões até podem existir, mas não se nos afigura que devam ter relevo jurídico no apuramento do carácter *anormal* do prejuízo dos operadores. Por outras palavras, *os operadores económicos não têm de prever as atuações ilícitas das instituições da União.*

III. CONCLUSÕES – CAPÍTULO 7

O presente Capítulo procurou dissecar a anatomia da “constituição” reforçada que vimos assacando ao sistema da arbitragem dos tratados. Em nosso entender, o reforço da proteção contra a alteração normativa advém de institutos (regras e princípios) com *dimensões mais precativas*, isto é, com uma estrutura e um modo de funcionamento diferentes, que se concretizam, para o investidor, numa proteção mais

145-N, 4 do RGICSF), garante aos credores afetados o direito de obter uma indemnização equivalente ao montante das perdas sofridas.

²¹⁴⁵ FIAMM ¶186 [«(...) Por conseguinte, um acto normativo cuja aplicação conduz a restrições ao direito de propriedade e ao livre exercício de uma actividade profissional, susceptíveis de pôr em causa de forma desmedida e intolerável a própria substância dos referidos direitos, eventualmente por não ter previsto precisamente uma indemnização adequada para evitar ou corrigir o referido prejuízo, pode implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade»].

²¹⁴⁶ Conclusões do AG Maduro sobre o processo FIAMM, apresentadas em 20.02.2008 ¶82-83. Em sentido idêntico ao do AG, Bronckers & Goelen 2012, p. 408.

²¹⁴⁷ Cassese 2018, p. 223.

automática e menos dependente de considerações associadas ao interesse público dos Estados de acolhimento.²¹⁴⁸

Este ponto é particularmente visível nos institutos da responsabilidade, concretamente nos regimes de responsabilidade do direito da União – que, por força do princípio do paralelismo, se acham sujeitos aos mesmos pressupostos – e no regime da responsabilidade internacional em caso de violação do API. Uma comparação deste tipo seria, normalmente, desprovida de utilidade, *já que os regimes em causa operam em planos distintos*. Todavia, o que se passa é que a sentença que declara a responsabilidade internacional do Estado de acolhimento, por violação do API, é também uma *sentença arbitral*, que poderá ser executada nos termos da Convenção de Nova Iorque e da Convenção ICSID.

O potencial de constrangimento ou de inibição da liberdade de conformação do legislador torna-se, por esta razão, *suscetível de comparação*. Assim sendo, não há como não notar que os pressupostos da responsabilidade por violação do API podem igualmente revelar-se mais vantajosos para o investidor. Com efeito, a responsabilidade internacional do Estado por ato ilícito – regime aplicável à violação do API pelo Estado de acolhimento – tem carácter unitário e invariável, ou seja, depende do preenchimento de um elemento objetivo (comportamento violador de uma norma primária de direito internacional) e de um elemento subjetivo (imputação desse comportamento ao Estado de acolhimento). A maior ou menor dificuldade de preenchimento deste duplo pressuposto depende das regras internacionais primárias.

Contudo, as diferenças apuradas entre o nível “interno” e os standards substantivos de proteção do investimento contra a alteração normativa tornam mais provável que se verifique uma situação de “ilicitude objetiva” no DIE. Além disso, não se exigindo no DIE que o desrespeito pela obrigação internacional se traduza numa violação “suficientemente caracterizada”, aquele desrespeito implicará *automaticamente*, para o Estado de acolhimento, o pagamento de uma compensação fixada de acordo com o standard de reparação integral dos prejuízos causados. Esse *quantum* pode ser reduzido, mas não pode ser aniquilado.

A última secção procurou evidenciar as diferenças entre o regime de responsabilidade por violação dos API e outros regimes de responsabilidade

²¹⁴⁸ Chrysostomides ¶114. Os demandantes, sem o dizerem expressamente, alegam que foram alvo de uma “creeping expropriation”, nos termos que vimos no Cap. 5.

internacional em que a atividade da União possa ser escrutinada. A União terá maior dificuldade em fazer valer, no DIE, as suas “razões de Estado”, leia-se, o filtro político-constitucional à eficácia dos tratados, *a menos que* – e parece ser essa a sua estratégia – “*predetermine*”, *por via de interpretações vinculativas, o sentido dos standards substantivos de proteção*, obstando, destarte, a que se concretize (e que se apure) uma situação de ilicitude à luz dos novos API .

CONCLUSÕES GERAIS

1. A proposição de que a arbitragem dos tratados constitui uma “constituição” reforçada (em sentido figurado) pressupõe que seja possível demonstrar um acréscimo *marginal* de proteção conferido aos direitos patrimoniais do investidor estrangeiro por oposição ao nível interno, integrado pelos três vértices do “triângulo” europeu.

1.1. O reforço advém, em nosso entender, do tratamento das legítimas expectativas do investidor estrangeiro, em especial das expectativas geradas por ato normativo – *maxime*, legislativo. A diferença é particularmente relevante no que respeita ao direito da União e prende-se, em primeiro lugar, com o *modo como é distribuída a responsabilidade pela realização de investimentos imprudentes*. Ao contrário do que sucede no DUE por banda da aplicação do critério do operador prudente e avisado (critério de que está dependente o apuramento de uma situação de confiança legítima), no DIE, o risco da realização de investimentos imprudentes e especulativos nem sempre corre por conta do investidor, admitindo-se uma violação do standard FET mesmo em situações em que os investidores não tenham dado mostras de completa prudência profissional (*due diligence*).

1.2. O reforço sente-se ainda nos deveres jurídico-públicos de indemnizar em caso de ablação dos bens e direitos patrimoniais de que é composto o investimento. O DIE divide as interferências (normativas) no investimento estrangeiro em dois tipos – expropriação e regulação – e associa o dever jurídico-público de indemnizar (enquanto mecanismo de reposição da igualdade perante os encargos públicos) *exclusivamente à primeira*. Daqui não advém, *à partida*, nenhum “reforço” de proteção, porquanto uma medida que não consubstancie uma *privação substancial do investimento*, não sendo expropriatória, não está associada a um dever de indemnizar.

A questão, se assim posta, está, todavia, *mal colocada*. Na verdade, uma medida que não neutralize o investimento – e que seja remetida, por conseguinte, para o domínio da regulação – pode consubstanciar *uma violação do standard FET*, que não requer, como se viu, que o investimento tenha perdido a sua viabilidade produtiva. A responsabilidade internacional efetiva-se desde que haja violação de uma obrigação internacional imputável ao Estado de acolhimento nos termos do direito internacional. Nesta hipótese, o ato ilícito do Estado de acolhimento deverá ser compensado de acordo

com o costume internacional (cobrindo danos emergentes e lucros cessantes), *sem as limitações inerentes ao conceito de violação suficientemente caracterizada*.

Verifica-se, além disso, que o conceito de expropriação regulatória no DIE tem uma configuração mais abrangente (privações parciais, privações temporárias). Destarte, uma medida normativa que se revele – ainda que *acidental* ou *não intencionalmente*²¹⁴⁹ – expropriatória, ou é lícita, caso em que deve ser indenizada nos termos do tratado (fórmula Hull), ou é ilícita, caso em que o *quantum* indemnizatório não deverá ser inferior ao justo valor de mercado. Esse *quantum* pode ser reduzido (eg. através do instituto da culpa do lesado), mas não pode ser aniquilado. Uma vez mais, não se exige, *como elemento qualificador da ilicitude, uma violação suficientemente caracterizada*.

No plano “interno”, a nota distintiva resulta da admissão de interferências restritivas do direito de propriedade não expropriatórias, mas indenizáveis. Destarte, *o pagamento de uma indemnização não se acha ligado à natureza expropriatória ou regulatória da medida normativa*.

As interferências restritivas dos direitos patrimoniais são aquelas que impõem aos particulares um sacrifício anormal. Esse sacrifício será excessivo ou desproporcionado (implicando a invalidade da interferência) caso não possa ser reequilibrado pelo interesse público prosseguido ou a lei restritiva não preveja o pagamento de uma indemnização.

No direito português, embora com nuances, admite-se que a indemnização “salvífica” (da constitucionalidade da interferência) possa ser obtida *sucedaneamente (a posteriori)*, através da figura da indemnização pelo sacrifício ou de procedimentos previstos na própria lei ablativa (supra Cap. 3). Aqui, é possível alguma flexibilização do standard indemnizatório, *que não é o valor de mercado do bem afetado, mas a compensação do sacrifício anormal e especial do requerente*.²¹⁵⁰ Este entendimento não é refutado pelo direito da União, como asseverou o acórdão Chrysostomides.

²¹⁴⁹ Pensamos, em linha com a jurisprudência mais recente, que o processo de qualificação caminha (e deve caminhar) noutra direção. Esse desenvolvimento não está ainda estabilizado, o que justifica o aposto.

²¹⁵⁰ Não se trata, como se viu no Cap. 3, de um entendimento unânime na doutrina portuguesa. Obviamente que a posição que melhor se adapta ao sistema da arbitragem dos tratados será uma leitura que reconduza ao artigo 62.2 CRP todos os atos ablativos análogos à expropriação e requisição, subordinando a sua validade ao *acompanhamento* de uma indemnização nos termos da fórmula do tratado (fórmula Hull). Essa leitura pode ser transposta para situações puramente “internas” (ou seja, situações que não incidam sobre um investimento estrangeiro) seja através do artigo 16.1 CRP (na parte, claro está, em que as posições jurídicas reconhecidas pelo DIE assumam “fundamentalidade” material), seja através do princípio da harmonia entre o direito interno e o direito internacional, seja através do direito dos

2. Uma das questões que levantámos na Introdução foi a de saber se a “constituição” reforçada em benefício do investimento estrangeiro, cuja anatomia fomos desbravando ao longo dos capítulos precedentes, teria como consequência uma constituição “enfraquecida” *ao nível de tudo o resto*. Questionámo-nos, portanto, se àquele reforço não corresponderia, afinal, uma *inibição excessiva do direito de regular*, ou seja, do *poder do legislador de concretizar a dimensão “holística” da constituição através da realização do interesse geral e da definição de interesses públicos primários e secundários numa comunidade política*.

Com efeito, o facto de a arbitragem dos tratados *estar aí* e de as decisões arbitrais dela resultantes serem executadas nos tribunais dos Estados que aderiram aos respetivos pressupostos *não é condição suficiente da validade do sistema*. Essa realidade – ainda que com “qualidades constitucionais”, isto é, *com capacidade para constranger a atividade legislativa em termos semelhantes aos de uma constituição* – nada diz sobre a respetiva legitimidade ao nível do direito constitucional, do direito da UE ou do direito público global.²¹⁵¹

A decisão soberana de aderir a um determinado complexo normativo internacional não é autossuficiente e tem de ser escrutinada. Aliás, a discussão em torno do *deficit* constitucional do DIE (em geral) e da compatibilidade do CETA com o direito da União ou com as Constituições alemã e francesa só a esta luz pode ser compreendida.

2.1. Ora, da perspetiva do direito constitucional português, um dos aspetos controvertidos prende-se com a obrigação (internacional) de reconhecimento automático de sentenças ICSID e conseqüente *impossibilidade de invocação oficiosa, pelos tribunais portugueses incumbidos desse processo, da exceção de ordem pública internacional do Estado português*.

A nossa compreensão sobre o problema parte do pressuposto de que a Convenção ICSID, ao contrário de outros regulamentos de arbitragem, é uma

cidadãos portugueses à não discriminação por confronto com estrangeiros. Esse é o entendimento há muito preconizado por Quadros 1998, p. 553 ss.

²¹⁵¹ «As an exercise of public authority, investment arbitration calls for sufficient legitimization. Does the consent of the host state in the international investment agreement as an exercise of sovereign power really suffice or are further safeguards needed to meet this requirement?». A pergunta é de Witte 2018, que, aliás, no texto intitulado «Interactions between International Investment Law and Constitutional Law: Promoting the dialogue. A European perspective on judicial cooperation and deference», levanta outras questões igualmente pertinentes, como, por ex., esta: «Can society legitimately be expected to accept conflicting decisions on essentially the same issue, be it due to parallel adjudication of the same measure or differing interpretations of constitutional provisions?».

convenção internacional especificamente dirigida à resolução de diferendos investidor-Estado e, enquanto tal, *dotada de características institucionais diferenciadas* (eg. importância do precedente, democratização do processo arbitral, mobilização de normas de direito internacional público, interpretação segundo os cânones do direito internacional público).²¹⁵²

O reconhecimento automático de sentenças ICSID, o constrangimento à soberania do Estado português (entendida a ordem pública internacional como uma manifestação defensiva dessa soberania) e à organização do processo judicial de acordo com certos princípios fundamentais *são, da nossa perspectiva, compensados por essa maior institucionalização*. Já não, contudo, quando daquela obrigação internacional resulte o dever, para o Estado português, de reconhecimento automático de sentenças ICSID não publicadas, isto é, *quando os tribunais portugueses sejam chamados a ser o braço coercivo de decisões jurisdicionais cujo conteúdo não pode ser escrutinado pela comunidade*. Estas hipóteses são raras, já que uma das características da arbitragem dos tratados de investimento e da arbitragem ICSID, por oposição à arbitragem comercial, é a transparência *de facto* (e, atentas as transformações mais recentes, também *de jure*) do processo arbitral, mas não as excluímos.

2.2. Genericamente – leia-se, independentemente das características particulares da arbitragem ICSID – é possível identificar outras questões de constitucionalidade envolvendo o complexo normativo da arbitragem dos tratados. O melindre radica, em nosso entender, *na conjugação das dimensões adjetiva e substantiva do sistema*, concretamente, na falta (ou aparente falta) de imparcialidade e independência dos árbitros e na possibilidade de estes escrutinarem a atividade de direito público – inclusivamente, a atividade legislativa – do Estado de acolhimento à luz de normas mais “agressivas” do ponto de vista da afetação do direito de regular.

Aqui, o nosso juízo tem em consideração a *excepcional tolerância* que a Constituição vem demonstrando para com a arbitragem em geral e para com a arbitragem administrativa em particular. As semelhanças entre esta última e a arbitragem dos tratados, mormente ao nível das relações jurídicas e das características das normas de controlo, viabilizam a analogia funcional. Por isso, *apesar de não*

²¹⁵² Ponto sublinhado por Jubran-Ballan 2018, p. 57 ss., que considera que o sistema ICSID é uma manifestação de “judicialização” da arbitragem, entendida esta enquanto «a shift from the contractual, post-oriented, ad hoc dispute settlement mechanism to a normative, future-oriented law-making, characterized by a broader normative perspective».

impugnarmos a continuidade do sistema, temos por assente que a Constituição não admite que atuações soberanas do Estado português sejam analisadas em sentenças arbitrais não públicas. Trata-se, uma vez mais, de uma situação que tem tanto de rara quanto de inadmissível à luz do princípio democrático, da independência nacional e do imperativo de que Portugal não se vincule a sistemas jurisdicionais não organizados em torno das exigências do processo equitativo.

Temos dúvidas de que a constitucionalidade dos API de que Portugal faça parte (ou de que venha a fazer parte) esteja dependente da transição do atual modelo de resolução de litígios (cláusula ISDS) para um sistema jurisdicional permanente (eg. SJI), ou seja, para um sistema que assegure a aleatoriedade da formação de decisores incumbidos da resolução de cada diferendo.

2.3. Do ponto de vista do direito da UE, levantava-se, desde logo, a questão da compatibilidade dos API entre Estados-membros com o direito primário. O acórdão Achmea veio esclarecer que a inclusão de uma cláusula ISDS nesse tipo de acordos contrariava a autonomia da ordem jurídica da União.

Essa contradição esteia-se fundamentalmente em dois argumentos. Os tribunais arbitrais instituídos com base em API intra-União não pertencem à jurisdição dos Estados-membros e, como tal, *não poderão efetuar reenvio prejudicial. A arbitragem dos tratados não se confunde com a arbitragem comercial, e, por conseguinte, o diálogo jurisdicional (inexistente durante o processo arbitral) não poderá ser “retomado” nas fases de anulação ou de reconhecimento da sentença arbitral, na eventualidade de estas terem lugar nos tribunais dos Estados-membros.* O tipo de controlo – *residual ou marginal* – viabilizado pela invocação da exceção de ordem pública na arbitragem comercial não é transponível para a arbitragem dos tratados. Dito de outro modo, *o Tribunal de Justiça não aceita que os Estados-membros criem um mecanismo alternativo de resolução de diferendos investidor-Estado (intra-União), nos termos do qual o controlo estadual sobre a arbitragem – e, indiretamente, o controlo da União através do reenvio prejudicial – fique confinado à invocação da exceção de ordem pública.*

Já no que respeita aos API com Estados terceiros, a UE adotou uma série de estratégias no sentido de evitar potenciais objeções do Tribunal de Justiça e de preservar a autonomia da ordem jurídica da União. Excluiu, em primeiro lugar, o direito da União do direito aplicável à disputa, obviando a que o Tribunal instituído ao abrigo do API

fosse chamado a efetuar um exercício hermenêutico incidente sobre o direito da União. Em segundo lugar, avançou para um modelo “híbrido” de resolução de disputas, que procura manter a aparelhagem jurídico-financeira da arbitragem (Convenção ICSID, Convenção de Nova Iorque), mas que, no quadro de um sistema jurisdicional permanente, se *caracteriza pela aleatoriedade da formação de decisores incumbida de apreciar cada um dos diferendos investidor-Estado*.

O Tribunal de Justiça veio esclarecer, a propósito dos API com Estados terceiros, que a autonomia da ordem jurídica da União (no plano internacional) tem uma dimensão que vai para lá da preservação da confiança mútua entre Estados-membros (e entre estes e a União) e da reserva ao Tribunal de Justiça da “última palavra” sobre a aplicação e interpretação do direito da União. *À semelhança do que já resultara do acórdão Kadi, o Parecer 1/17 confirmou que a autonomia da ordem jurídica da União ostenta também uma dimensão substantiva,²¹⁵³ que in casu assenta na preservação das escolhas democraticamente realizadas no interior da União.²¹⁵⁴*

Manifestámos o nosso receio quanto ao modelo de “interesses públicos como trunfos” (*gold standard*) que o Tribunal de Justiça parece ratificar. A ser assim, o sistema não conseguirá oferecer proteção contra situações de arbítrio legislativo nem “compensar” as situações em que a União se desvia do princípio da “União de direito”.²¹⁵⁵

3. Não é nossa ambição negar os defeitos do sistema da arbitragem dos tratados, seja na sua configuração “tradicional” (arbitragem investidor-Estado com base numa cláusula de arbitragem contida num API), seja na sua configuração renovada (Tribunal multilateral de investimento ou SJI).

Contudo, tendo em conta as debilidades detetadas no nível interno, pensamos ser possível enunciar as virtudes terapêuticas da arbitragem dos tratados, ou seja, um esquema que enuncie os *principais contributos do sistema no que respeita às normas de controlo (e profilaticamente, às normas de ação dirigidas ao legislador) da alteração*

²¹⁵³ Contartese 2017, p. 1638.

²¹⁵⁴ Parecer 1/17 ¶153 [«(...) Resulta do exposto que, nestas condições, *o tribunal CETA não é competente para reconhecer a incompatibilidade, com o CETA, do nível de proteção de um interesse público fixado pelas medidas da União (...) e para condenar a União, com esse fundamento, no pagamento de uma indemnização*»] – o itálico é nosso.

²¹⁵⁵ Em sentido idêntico, Wilske 2018, pp. 341-342 [«(...) Gefährlich wird es dann, wenn versucht wird, mit einem solchen “right to regulate” auch grundrechtliche oder menschenrechtliche Rechtspositionen von Investoren wieder auszuhebeln. Hier geht die Diskussion oftmals bis hart an den vorkonstitutionellen Grundsatz “The king can do no wrong”, den man ideengeschichtlich schon lange überwunden glaubte»].

normativa com impacto sobre o investimento estrangeiro. Por contributos entendemos apenas os institutos e métodos que permitiriam um *acréscimo legítimo de proteção* relativamente ao nível “interno” (função de compensação).²¹⁵⁶

3.1. Como explica Ratner – «the political economy of investment law has shifted from one focused on investor protection – in particular, northern investment in the south – to one with greater attention to host state prerogatives (policy space), respect for human rights and duties on (and not merely rights for) business entities». Sem ir ao ponto de considerar que o standard FET constitui uma técnica de *desfragmentação do direito internacional* (Kläger),²¹⁵⁷ a concretização das disposições dos API através do acervo da arbitragem aponta para um *conceito de reserva internacional de bem ou de “nuisance” internacional*, que pode ser útil na identificação, dentro da atividade legislativa com impacto sobre o investidor estrangeiro, *de interesses públicos com relevância internacional*.

Trata-se de um ponto já explorado por alguma doutrina no que respeita às teorias sobre o processo de qualificação de uma medida como expropriatória e,²¹⁵⁸ genericamente, por Kulick, para quem os interesses públicos relevantes em matéria de investimento estrangeiro só podem ser internacionais ou, mais precisamente, *globais*.²¹⁵⁹

O acesso aos interesses públicos com relevância internacional no âmbito do investimento estrangeiro é feito através do costume internacional e dos API, e dentro destes, das cláusulas sobre expropriação,²¹⁶⁰ das disposições interpretativas do direito de regular,²¹⁶¹ e das cláusulas de necessidade (formuladas em moldes semelhantes ao artigo XX do GATT).²¹⁶²

²¹⁵⁶ Admitindo essa função de compensação, Classen 2014, p. 618.

²¹⁵⁷ Supra Cap. 5, onde enunciámos a tese de Kläger.

²¹⁵⁸ Supra Cap. 5.

²¹⁵⁹ Kulick 2012, p. 153 – o itálico é nosso.

²¹⁶⁰ Cf. o anexo B do modelo norte-americano; o anexo B.13 do modelo canadiano; o anexo 11-B.5 do FTA Coreia do Sul-Austrália.

²¹⁶¹ Paradigmaticamente, o ponto 2 do Instrumento Interpretativo Conjunto, onde se lê que «o CETA preserva a capacidade de a UE e os seus Estados-membros e o Canadá adotarem e aplicarem as suas próprias disposições legislativas e regulamentares aplicáveis à atividade económica do interesse público, de alcançarem objetivos legítimos de política pública, tais como a proteção a promoção da saúde pública, os serviços sociais, a educação pública, a segurança, o ambiente, a moral pública, a proteção social ou dos consumidores, a proteção da vida privada e dos dados pessoais, bem como a promoção e a proteção da diversidade cultural».

²¹⁶² As cláusulas de exceção ou de necessidade afastam a violação das obrigações (ou de algumas obrigações) primárias inscritas no API (eg. artigo 28.3.2 CETA ou o artigo 32.2 do USMCA, artigo 20(8) do API COMESA; artigo 17 do API da ASEAN; artigo 25 do modelo BIT da SADC). Sobre este ponto, Sykes 2015, pp. 396-323; Binder 2012, pp. 909-934; Vandeveldt 2013, pp. 449-459.

Trata-se de listas não taxativas, mas que permitem orientar o intérprete na *identificação das situações prototípicas de direito de regular* (eg. acórdãos Philip Morris ou Chemtura), por um lado, e, por outro, *de situações suspeitas* (eg. alterações normativas eleitoralistas ou protecionistas), que podem requerer uma averiguação mais exaustiva das “verdadeiras intenções do legislador”.²¹⁶³ Obviamente que, entre umas e outras, a qualificação pode revelar-se intrincada. Pense-se, por ex., em medidas financeiras dirigidas a um grupo de investidores (eg. setor bancário, renováveis, nuclear), ou em medidas em que o interesse público invocado não é a real motivação do Estado de acolhimento (eg. medidas eleitoralistas produzidas “sob a capa” de saúde pública ou ambiental; medidas alegadamente “financeiras” que visam compensar uma situação controvertida de injustiça a que um grupo de investidores terá dado causa).

3.2. *As situações suspeitas que impliquem uma privação substancial do investimento podem consubstanciar uma expropriação regulatória.* Como vimos no Cap. 5, a privação substancial exige que o investidor tenha de suspender a sua atividade ou que passe a operar em termos não lucrativos (a curto-médio prazo).

Para a teoria dos sole effects, a equivalência relativamente à expropriação direta baseia-se exclusivamente nos efeitos (dimensão subtrativa), de onde resulta a possibilidade de expropriações acidentais.²¹⁶⁴ A jurisprudência mais recente evidencia, todavia, preferência por uma equivalência estreada, não só nos efeitos da medida, mas na intenção de expropriar. Alinhamo-nos com esta jurisprudência, considerando que as expropriações regulatórias são, portanto, *medidas “normativas” que neutralizam o valor ou o uso do investimento e das quais resulta, por via hermenêutica, a intenção do Estado de acolhimento de produzir o resultado subtrativo.*

A consideração dos efeitos da medida normativa percebe-se no quadro da influência do direito constitucional norte-americano, onde, a par da cláusula expropriatória (“takings clause”), inscrita na 5.^a emenda à Constituição federal, não existem normas *robustas* de controlo da atividade legislativa com impacto sobre os

²¹⁶³ Medeiros & Pereira da Silva 2017, p. 281.

²¹⁶⁴ Convém recordar que estas situações, se protagonizadas pelo legislador, seriam qualificadas como leis restritivas não expropriatórias (eventualmente) carentes de indemnização, ou na formulação alemã, como determinações do conteúdo do direito de propriedade que implicam o dever de indemnizar.

direitos dos particulares.²¹⁶⁵A cláusula expropriatória consubstancia, neste contexto, uma *garantia genérica contra leis injustas*.

Contudo, no domínio do DIE, existe uma norma de “economic due process” – o standard FET – que se mostra capaz de abranger todas as situações em que o Estado de acolhimento leva a cabo privações não intencionais do investimento (ou outras compressões menores), *reservando para a cláusula expropriatória as privações intencionais*. As expropriações regulatórias – porque efetuadas pela via legislativa – só excecionalmente serão detetadas. Elas correspondem, no fundo, a situações em que o Estado de acolhimento pretende contornar o dever jurídico-público de indemnizar através da mobilização da forma político-legislativa. É o caso, por ex., da previsão retrospectiva de requisitos para operar num determinado setor económico, requisitos esses que só (ou preferencialmente) por investidores domésticos podem ser preenchidos; de providências concretas adotadas sob a forma de lei ou de decreto-lei (eg. modificação ou cessação de contratos administrativos, interferências legislativas em processos judiciais em curso), ou de medidas normativas que têm como propósito expulsar um investidor ou grupo de investidores de um determinado setor de negócios.

O Estado de acolhimento deve ter em atenção que *a expropriação regulatória será sempre uma expropriação ilícita do ponto de vista do direito internacional*, acarretando, portanto, a reparação integral dos prejuízos causados ao investidor estrangeiro, nos termos analisados no Cap. 7.

3.3. *As situações prototípicas de direito de regular são válidas à luz do API a menos que desrespeitem uma “promessa legislativa”*. Estas são situações em que o Estado de acolhimento induziu (através da atividade legislativa) a atividade de investimento para, num segundo momento, alterar substancialmente as condições essenciais em que esse investimento foi realizado (paradigma regulatório), sem recurso a regimes transitórios ou paliativos financeiros. O nexos de causalidade entre o quadro normativo e os investimentos realizados implica uma análise dos elementos histórico (trabalhos preparatórios) e racional-teleológico (em termos que permitam abranger outros elementos dadores de contexto ao regime jurídico).

A alteração normativa não tem, nestes casos, efeitos meramente acidentais ou colaterais sobre a relação jurídica de investimento. Tampouco tem de afetar a sua

²¹⁶⁵ Krotoszynski 2001, p. 725 [«(...) The Takings Clause is thus transformed from a specific requirement to compensate persons when government expropriates property for a public purpose *into a generalized guarantee against the enactment of fundamentally unfair or unjust laws* (...)»] – o itálico é nosso.

viabilidade produtiva. Ou seja, este conceito mostra-se capaz de sancionar alterações normativas que não comprometem a capacidade de o investimento continuar a ser lucrativo, uma vez que o que está em causa é, precisamente, a exigência de um comportamento *honesto e leal* da parte do Estado de acolhimento em termos que permitam *preservar a equação financeira da relação de investimento*.²¹⁶⁶

A verificação destes pressupostos positivos e negativos gera uma *presunção quase inilidível de excesso regulatório*, isto é, uma presunção de que o tratamento oferecido ao investidor (sem outro paliativo) é injusto e iníquo, e de que, portanto, não pode justificar-se no quadro dos interesses públicos internacionalmente filtrados que o motivam.

Obviamente, um Estado não pode, *em homenagem às suas promessas*, ser colocado numa situação em que se veja obrigado a fechar escolas e universidades ou negligenciar os seus serviços públicos em termos que comprometam a ordem pública.²¹⁶⁷ Confirma-se que há, portanto, *limites aos sacrifícios que podem ser impostos a um povo tendo em vista a preservação de uma política*.

Tanto o direito interno como o direito internacional contêm, todavia, instrumentos de preservação desses limites. O primeiro através da figura do interesse público de excecional relevo, que opera tanto ao nível da declaração de inconstitucionalidade (artigo 282.4 CRP), como no campo da responsabilidade civil por ato da função legislativa (artigo 15.6 RRCEE).²¹⁶⁸ O segundo através de disposições que afastam a violação dos API caso as medidas sejam *necessárias* para assegurar interesses essenciais – as chamadas cláusulas de exceção – e, no domínio da responsabilidade internacional, através da invocação do estado de necessidade,²¹⁶⁹ do instituto da alteração superveniente das circunstâncias,²¹⁷⁰ ou da graduação, na fixação do *quantum* compensatório, de considerações de equidade e de culpa do lesado.

²¹⁶⁶ CEF Energia ¶245; Novenergia II ¶688. Em sentido próximo, RREEF ¶42-43.

²¹⁶⁷ Sykes 2015, p. 309.

²¹⁶⁸ Otero 2018.

²¹⁶⁹ Sobre a diferença entre estas cláusulas e a defesa por necessidade constante do artigo 25 dos PARIE, Paddeu 2018.

²¹⁷⁰ Giegerich 2012, pp. 1080 (anotação ao artigo 62).

BIBLIOGRAFIA

Abner, M. (2014). Qui a le droit de négocier les accords internationaux? – Clarification de la jurisprudence AETR. *Revue des affaires européennes*, 3, 641-647.

AJIL Contemporary Practice of the United States (2019). United States continues to block New Appellate Body members for the World Trade Organization, risking the collapse of the Appellate process. *American Journal of International Law*, 113(4), 822-831.

Akehurst, M. (1981). The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities. *British Yearbook of International Law*, 52(1), 29-51.

Alberton, G. (2006). Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire: de la contradiction à la conciliation?. *Revue française de droit administratif*, 5, 2155-2162.

Alberton, G. (2014). Le législateur peut-il rester irresponsable? Une loi inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle ne peut être que fautive. *Actualité Juridique Droit Administratif*, 41, 2350-2359.

Alexander, G. (2014). Property's Ends: The Publicness of Private Law Values. *Iowa Law Review*, 99, 1257-1296.

Alexander, G. (2015). The public use requirement and the character of consequentialist reasoning. In B. Hoops & E. Marais & H. Mostert & J. Sluysmans & L. Verstappen (Eds.), *Rethinking Expropriation Law II: Context, Criteria, and Consequences of Expropriation* (pp. 113-135). The Hague: eleven.

Allan, T. R. (2011). Judicial deference and judicial review: legal doctrine and legal theory. *Law Quarterly Review*, 127, 96-117.

Allen, T. (2005). *Property and the Human Rights Act 1998*. Oxford: Hart Publishing.

Allen, T. (2007). Compensation for Property under the European Convention on Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, 28, 287-335.

Allen, T. (2010). Liberalism, social-democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights. *International & Comparative Law Quarterly*, 59, 1055-1078.

Almeida Ribeiro, G. (2014). O constitucionalismo dos princípios. In G. Almeida Ribeiro & L. Pereira Coutinho (Org.), *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos* (pp. 71-103). Coimbra: Almedina.

Alonso García, M. (2002). La reciente jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador frente a daños derivados de leyes inconstitucionales. *Revista de Administración Pública*, 157, 215-240.

AlQurashi, Z. (2007). Indirect Expropriation in the Field of Petroleum. *The Journal of World Investment & Trade*, 5, 897-926.

Alvarez Garcia, V. (1996). *El concepto de necesidad en derecho publico*. Madrid: Civitas.

Alvaréz Vélez (2018). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Valencia: tirant lo blanch.

- Alvarez Zarate, J. (2018). Legitimacy Concerns of the Proposed Multilateral Investment Court: Is Democracy Possible?. *Boston College Law Review*, 59, 2765-2790.
- Alvarez, G. (2018). Redefining the Relationship between the Energy Charter Treaty and the Treaty of Functioning of the European Union: From a Normative conflict to policy tension. *ICSID Review*, 33(2), 560-581.
- Alvarez, J. (2011). The return of the State. *Minnesota Journal of International Law*, 20(2), 223-264.
- Alvarez, J. (2016). Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the new gold standard?. *Victoria University Wellington Law Review*, 47, 503-544.
- Alvarez, J. (2018). The Human right of property. *University of Miami Law Review*, 71, 580-705.
- Alves Correia, F. (1989). *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina.
- Alves Correia, F. (2010). *Manual de Direito do Urbanismo – Volume 2*. Coimbra: Almedina.
- Alves Correia, F. (2013). A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho – Volume 1* (pp. 207-238). Coimbra: Coimbra Editora.
- Alves Correia, F. (2019). *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina.
- Alvik, I. (2011). *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*. London: Hart Publishing.
- Amado Gomes, C. (2010). O livro das ilusões: a responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de dezembro. In C. Amado Gomes & T. Serrão (Coord.), *Direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas* (pp. 187-215). Lisboa: ICJP.
- Amado Gomes, C. (2012). A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas da jurisprudência. In P. Otero, M. Rebelo de Sousa & F. Quadros (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Volume 4* (pp. 151-182). Coimbra: Almedina.
- Amaral, M. L. (1998). *Responsabilidade do Estado Legislador e Dever de Legislar*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Amaral, M. L. (2000). Dever de legislar e dever de indemnizar. A propósito do caso Aquaparque do Restelo. *Themis*, 1(2), 67-98.
- Amaral, M. L. (2002). Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica. *Anuário Português de Direito Constitucional*, 11-22.
- Amaral, M. L. (2010). *A forma da República*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Amaral, M. L. (2012). A proteção da confiança. In C. Amado Gomes (Org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público* (pp. 21-30). Lisboa: ICJP.
- Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection*. Oxford: Oxford University Press.

- Andrina, S. (2017). Towards a Future Investment Treaty: Lessons from Indirect Expropriation Cases due to Measures to Protect the Environmental and Public Health. *European Business Law Review*, 245-269.
- Angelet, N. (2011). Fair and Equitable Treatment. Max Planck Encyclopedias of International Law. Disponível em <https://opil.ouplaw.com/> (acesso em 02.05.2020).
- Antonini, L. (1996). Il ridimensionamento del sistema pensionistico, ovvero: fra “fatti ostinati” e argomenti “deboli”, il principio del montante attuariale dei contributi come possibile controlimite (concorrente). *Giurisprudenza Costituzionale*, 41(6), 3721-3737.
- Arangio-Ruiz, G. (1989). Second report on State responsibility. Disponível em <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> (acesso em 02.05.2020).
- Arato, J. (2014). The Margin of Appreciation in International Investment Law. *Virginia Journal of International Law*, 54(3), 545-578.
- Arato, J. (2019). The private law critique of International Investment Law. *American Journal of International Law*, 113, 1-53.
- Aroso de Almeida, M. (2008). A responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15.º do novo regime introduzido pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. *Julgar*, 5, 39-50.
- Aroso de Almeida, M. (2011). Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos. In J. Miranda (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume 2* (pp. 811-846). Coimbra: Almedina.
- Aroso de Almeida, M. (2018). Arbitragem de direito administrativo: que lições retirar do CPTA?. In C. Amado Gomes & R. Pedro (Coord.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos* (pp. 13-21). Lisboa: AAFDL.
- Aroso de Almeida, M. (2019). Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 4, 5-14.
- Aroso de Almeida, M. (2020). *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina.
- Auvret, P. (1985). La notion de droit acquis en droit administratif français. *Revue du droit public*, 1, 53-101.
- Azeredo Lopes, J. A. (2003). *Entre solidão e intervencionismo. Direito de autodeterminação dos povos e reações de Estados terceiros*. Porto: Publicações Universidade Católica.
- Babayev, R. (2016). Private autonomy at Union Level: on article 16 CFREU and free movement rights. *Common Market Law Review*, 53, 979-1006.
- Bacelar Gouveia, J. (2020). *Estado de exceção no direito constitucional – Uma perspetiva do construtivismo democrático*. Coimbra: Almedina.
- Bacigulapo Saggese, M. (2002). Límites constitucionales a la inovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado. *Documentación Administrativa*, 263-264, 105-135.

- Bailleul, D. (2010). La règle Nul ne peut invoquer sa propre turpitude en droit administratif. *Revue du droit public*, 5, 1235-1272.
- Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional rights and their limitation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barausova, V. (2018). Slovak Republic v. Achmea from a Public International Law Perspective: is State consent to arbitrate under intra-EU BITS still valid?. *European Investment Law and Arbitration Review*, 3, 129-153.
- Barker, P. (2017). Legitimate regulatory interests. Case law and developments in IIA practice. In A. Kulick (Ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (pp. 3-29). Cambridge: Cambridge University Press.
- Barnard, C. (2019). *The Substantive Law of the EU. The four freedoms*. Oxford: Oxford University Press.
- Barrero Rodríguez, C. (2002). El respecto a los derechos adquiridos. *Documentación Administrativa*, 263-264, 137-179.
- Barrocas, M. P. (2014). A ordem pública na arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, 35-139.
- Basener, N. (2017). *Investment Protection in the European Union. Considering EU law in investment arbitrations arising from intra-EU and extra-EU bilateral investment agreements*. Baden-Baden: Nomos.
- Bastianon, S. (2012). *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè.
- Bastos, F. L. (1997). *Os acordos mistos no direito comunitário*. Lisboa: SPB Editores.
- Battini, S. (2017). Il “caso Micula”. Diritto amministrativo e entanglement globale, Simposio: Il caso Micula. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 325-341.
- Becker, F. (2007). Market regulation and the right to property in the European Economic Constitution. *Yearbook of European Law*, 26, 255-296.
- Been, V. & Beauvais, J. (2003). The global fifth amendment? NAFTA's investment protections and the misguided quest for an international regulatory takings doctrine. *New York University Law Review*, 78, 30-143.
- Bell, J. (2016). The Doctrine of legitimate expectations: power-constraining or right-conferring legal standard?. *Public Law*, 437-455.
- Ben Hamida, W. (2015). Investment Treaties and democratic transition: Does investment law authorize not to honor contracts concluded with undemocratic regimes?. In S. Schill, C. Tams & R. Hofmann (Eds), *International Investment Law and Development. Bridging the gap* (pp. 309-329). Cheltenham: Elgar.
- Benadusi, L. (1966). Attività di finanziamento pubblico. Aspetti costituzionali ed amministrativi. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, 890-957.
- Benvenisti, E. (2016). Democracy captured: the Mega-Regional Agreements and the future of global public law. *Constellations*, 23(1), 58-70.

- Benyon, F. (2010). *Direct Investment, National Champions and EU Treaty Freedoms: From Maastricht to London*, London: Hart Publishing.
- Berger, K. P. (2003), Renegotiation and Adaption of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 1347-1380.
- Berner, K. P. (2016). Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A plea for an interpretative U-turn. In S. Hindelang & M. Krajewski (2016), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified* (pp. 177-203). Oxford: Oxford University Press.
- Besch, M. (2015). Typical questions arising within negotiations – Chapter 3: State Contracts and the relevance of investment contract arbitration. In M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (Eds.), *International Investment Law* (pp. 93-152). Oxford: Hart Publishing.
- Bifulco, R. (1999). *La responsabilità dello stato per atti legislativi*. Milano: CEDAM.
- Bílková, V. (2014). The Standard of Equivalent Protection as a Standard of Review. In L. Gruszczynski and W. Werner (Eds.), *Deference in International Courts and Tribunals* (pp. 272-288). Oxford: Oxford University Press.
- Binder, C. (2012). Stability and Change in Times of Fragmentation: The Limits of Pacta Sunt Servanda Revisited. *Leiden Journal of International Law*, 25, 909-934.
- Bindi, E. (2007). Diritti Quesiti (I). *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1-3.
- Bindschedler, R. (1956). La protection de la propriété privé en droit international public. *Recueil des Cours (Hague Academy of International Law)*, 90, 174-306.
- Blais, L. (1996). Takings, statutes and the common law: considering inherent limitations on title. *Southern California Law Review*, 70(1), 1-62.
- Blanc-Fily, C. (2015). La notion conventionnelle d'espérance légitime: convergences et divergences entre appréhensions prétoriennes nationale et européenne. *Revue française de droit administratif*, 526-539.
- Blanchard, S. (2014). Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic. *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 314-323.
- Blanco de Moraes, C. (2000). Segurança jurídica e justiça constitucional. *Revista da FDUL*, 41(2), 619-630.
- Blanco de Moraes, C. (2010). A sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional Português. In J. Miranda (Org.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia – Volume 1* (pp. 221-255). Coimbra. Coimbra Editora.
- Blandfort, F. (2020). *Investitionsschutz im Mehrebenensystem*. Baden-Baden: Nomos.
- Bonelli, M. (2018). The Taricco Saga and the consolidation of judicial dialogue in the European Union. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(3), 357-373.

- Bonnitcha, J., Poulsen, N. & Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*. Oxford: Oxford University Press.
- Bontempi, V. (2017). Illecito costituzionale e responsabilità dello Stato: verso un regime oggettivo?. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 1083-1105.
- Borde, D. (1982). The french nationalizations. *American Bar Association Journal*, 68, 422-427.
- Botelho, C. S. (2012). O Tribunal de Estrasburgo, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais nacionais: perigo de um “Triângulo das Bermudas?” – A complexa interação multinível entre as Instâncias Jurisdicionais de Proteção de Direitos Fundamentais. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier – Volume 3* (pp. 119-148). Coimbra: Almedina.
- Botelho, C. S. (2015). *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina.
- Bousquet, F. (2007). La responsabilité de l’État du fait des dispositions constitutionnelles. *Revue du droit public*, 4, 937-958.
- Boute, A. (2012a). The quest for regulatory stability in the EU energy market: an analysis through the prism of legal certainty. *European Law Review*, 37(6), 675-692.
- Boute, A. (2012b). Case C-264/09, Commission v. Slovakia, Judgment of the Court (First Chamber) of 15 september 2011. *Common Market Law Review*, 49, 1179-1196.
- Brabandere, E. (2012). Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law. In T. Gazzini & E. De Brabandere (Eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations* (pp. 245-288). Leiden: Martinus Nijhoff.
- Brabandere, E. (2017). States’ reassertion of control over International Investment Law. (Re)Defining “Fair and Equitable Treatment” and “Indirect expropriation”. In A. Kulick (Ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (pp. 285-308). Cambridge: Cambridge University Press.
- Brabandere, E. (2018). (Re)calibration, standard-setting and the shaping of investment law and arbitration. *Boston College Law Review*, 59, 2607-2634.
- Bradlow, A. (2018). Human Rights Impact Litigation in ISDS: A Proposal for Enabling Private Parties to Bring Human Rights Claims Through Investor-State Dispute Settlement Mechanisms. *The Yale Journal of International Law*, 43(2), 355-390.
- Bronckers, M. (2004). The Effect of the WTO in European Court Litigation. *Texas International Law Journal*, 40, 443-448.
- Bronckers, M. & Goelen, S. (2012). Financial Liability of the EU for Violations of WTO Law: A Legislative Proposal Benefiting ‘Innocent Bystanders’. *Legal Issues of Economic Integration*, 39(4), 399-418.
- Bronfmann, K. (2006). Fair and Equitable Treatment: an evolving standard. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 10, 609-680.

- Brower, C. & Blanchard, S. (2014). What's in a meme? The truth about investor-state arbitration: why it need not, and must not, be repossessed by States. *Columbia Journal of Transnational Law*, 52, 689-779.
- Brown, A. (2017). A theory of legitimate expectations. *The Journal of Political Philosophy*, 25(4), 435-460.
- Brownlie, I. (1980). Legal status of natural resources in international law (some aspects). *Académie de droit international de La Haye. Recueil des Cours*, 162, 245-318.
- Broyelle, C. (2006). L'arrêt Coopérative Ax'ion et la banalisation de la responsabilité de l'État législateur. *Revue du droit public*, 5, 1427-1440.
- Broyelle, C. (2009). Confiance légitime et responsabilité publique. *Revue du droit public*, 2, 321-350.
- Bücheler, G. (2015). *Proportionality in investor-state arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Bungenberg, M. (2011). The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics. In M. Bungenberg, S. Hindelang & J. Griebel (Eds.), *European Yearbook of International Economic Law – Special Issue: International Investment Law and EU law* (pp. 29-42). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Bungenberg, M. & Reinisch, A. (2018). Von bilateralen Schieds-und Investitionsgerichten zum multilateralen Investitionsgerichtshof. Optionen für Institutionalisierung der Investor-Staat-Streitbeilegung. Baden-Baden: Nomos.
- Bungenberg, M. & Titi, C. (2019). CETA Opinion – Setting Conditions for the Future of ISDS. EJIL:Talk! – Blog of the European Journal of International Law. Disponível em <https://www.ejiltalk.org/ceta-opinion-setting-conditions-for-the-future-of-isds/> (acesso em 02.05.2020).
- Burgstaller, M. (2009). European Law and Investment Treaties. *Journal of International Arbitration*, 26(2), 197-200.
- Burgstaller, M. (2010). European Law Challenges to investment arbitration. In M. Waibel, A. Kaushal, K. Liz Chung & C. Balchin (Org.), *The Backlash against investment arbitration: Perceptions and realities* (pp. 455-482). London: Wolters Kluwer.
- Burgstaller, M. & Zarowna, A. (2018). The growing importance of Investment Arbitration in relation to tax measures in the energy and natural resources sectors. *The Turkish Commercial Law Review*, 28, 287-335.
- Burke-White, W. (2008). The Argentine financial crisis: state liability under BITs and the legitimacy of the ICSID system. *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, 3, 199-234.
- Burke-White, W. & Von Staden, A. (2010). Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations. *Yale Journal of International Law*, 35, 283-346.
- Byrne, K. (2000). Regulatory Expropriation and State intent. *Canadian Yearbook of International Law*, 38, 89-120.
- Cabral de Moncada, L. (2018). *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.

- Cadilha, C. F. (2011) *Regime da Responsabilidade Civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cadilha, C. F. (2017). Reserva de jurisdição estadual e limites à arbitragem administrativa. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 10, 96-124.
- Cadilha, C. F. (2018). Implementação de uma segunda instância arbitral?. In C. Amado Gomes & R. Pedro (Coord.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos* (pp. 83-97). Lisboa: AAFDL.
- Calmes, S. (2001). *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz.
- Cameron, P. (2009). Stability in Contract in the International Energy Industry. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27(3), pp. 305-332.
- Cameron, P. (2014). In search of investment stability. In K. Talus (Ed.), *Research Handbook on International Energy Law* (pp. 124-148). Cheltenham: Elgar.
- Canas, V. (2012). A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios). In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Volume 3* (pp. 811-893). Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, M. (2008). O Princípio do Nível Mais Elevado de Proteção em Matéria de Direitos Fundamentais. Disponível em <https://infoeuropa.eu/rocid.pt/registo/000047387/> (acesso em 02.05.2020).
- Caponi, R. (2011). Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti. *Giurisprudenza Costituzionale*, 56 (5), 3753-3777.
- Caramelo, A. S. (2011). Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. *Revista do Ministério Público*, 126, 155-198.
- Caramelo, A. S. (2016). *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei da Arbitragem Voluntária*. Coimbra: Almedina.
- Caramelo, A. S. (2017). *Direito da Arbitragem. Ensaios*. Coimbra: Almedina.
- Caranta, R. (1997). Learning from our neighbours: Public Law Remedies. Homogenization from Bottom Up. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, 220-248.
- Caranta, R. (2017). Les fondements de la responsabilité des pouvoirs publics en droit italien. In A. Antoine & T. Olson (Dir.), *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé* (pp. 85-100). Paris: Société de législation comparée.
- Cardoso da Costa, J. M. (2001). A jurisprudência constitucional portuguesa em matéria administrativa. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (pp. 177-213). Coimbra: Coimbra Editora.
- Cardoso da Costa, J. M. (2016). Constituição portuguesa e direito de União Europeia (quatro apontamentos). In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 2* (pp. 5-15). Coimbra: Almedina.

- Cardoso da Costa, J. M. (2019). O princípio constitucional da não retroatividade dos impostos e a jurisprudência constitucional. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Sousa Ribeiro – Volume 1* (pp. 131-173). Coimbra: Almedina.
- Carducci, G. (2018). A State's Capacity and the EU's Competence to Conclude a Treaty, Invalidate, Terminate – and “Preclude” in Achmea – a Treaty or BIT of Member States, a State's Consent to be Bound by a Treaty or to Arbitration, under the Law of Treaties and EU Law, and the CJEU's Decisions on EUSFTA and Achmea. Their Roles and Interactions in Treaty and Investment Arbitration. *ICSID Review*, 33(2), 582-619.
- Cardwell, P. J & French, D. (2011). The European Union as a global investment partner: Law, policy and rhetoric in the attainment of development assistance and market liberalization?. In C. Brown & K. Miles (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (pp. 201-222). Cambridge: Cambridge University Press.
- Carmona, M. (2012). Liberdade positiva e liberdade negativa. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Volume 2* (pp. 511-540). Coimbra: Almedina.
- Carmona, M. (2018). Sobre a autonomia da responsabilidade civil da administração pública. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (Coord.), *O regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas* (pp. 135-195). Lisboa: AAFDL.
- Carnevale, P. (2001). Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del “tributo” pagato dal legislatore-interprete “in materia tributaria” al principio di salvaguardia dell'interpretazione “plausibile”. *Giurisprudenza Italiana*, 12, 2415-2425.
- Carnevale, P. (2002). Più ombre che luci su di un tentativo de rendere maggiormente affidabile lo scrutinio delle legge sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento. *Giurisprudenza Costituzionale*, 3666-3681.
- Caro de Sousa, P. (2014). Quest for the holy grail – Is a unified approach to the market freedom and European Citizenship justified?. *European Law Journal*, 20(4), 499-519.
- Carpano, E. (2018). La Charte, une constitution de la liberté économique des entreprises?. *Revue des affaires européennes*, 2, 225-240.
- Carvalho, A. C., Pinto Monteiro, A. P., Brito, D. P., Coimbra, J. D., Caldeira, M., Pedro, R. & Serrão, T. (2019). *Arbitragem Administrativa: Uma proposta*. Coimbra: Almedina.
- Casalta Nabais, J. (2005). Investimento estrangeiro e contratos fiscais. In *Por um Estado Fiscal suportável – Volume 1* (pp. 407-432). Coimbra: Almedina.
- Casalta Nabais, J. (2019). Notas a respeito das leis interpretativas e impostos retroativos. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Sousa Ribeiro – Volume 2* (pp. 633-657). Coimbra: Almedina.
- Cassese, S. (2017). The constitutional traditions common to the Member States of the European Union. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 939-948.
- Cassese, S. (2018). *A World Government?*. Sevilla: Global Law Press.

- Castillo Blanco, F. (1998). *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Castro, C. (2019). A Declaração Universal dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Sousa Ribeiro – Volume 1* (pp. 39-60). Coimbra: Almedina.
- Caupers, J. (2013). *Introdução ao Direito Administrativo*. Lisboa: Âncora Editora.
- Cazala, J. (2009). La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage internationale. *Revue Internationale de Droit Économique*, 5-32.
- Cazala, J. (2017). La défiance étatique à l'égard de l'arbitrage investisseur-État exprimée dans quelques projets et instruments conventionnels récents. *Journal du droit international*, 82-97.
- Cerda-Guzman, C. (2012). De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fiat des lois. *Revue française de droit administratif*, 38-45.
- Chantal Ribeiro, M. (2001). O direito internacional, o direito comunitário e a nossa constituição – que rumo?. In *Comemoração dos 5 anos da FDUP* (pp. 939-963). Coimbra: Coimbra Editora.
- Chen, R. (2015). A contractual approach to investor-state regulatory disputes. *Yale Journal of International Law*, 40(2), 295-335.
- Chesterman, S. (2008). An international rule of law?. *American Journal of Comparative Law*, 56, 331-365.
- Christie, G. C. (1982). What Constitutes a Taking of Property Under International Law?. *British Yearbook of International Law*, 38, 307-338.
- Classen, C. D. (2014). Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 16, 611-630.
- Classen, C. D. (2018). Autonomie des Unionsrechts als Festungsring? – Anmerkung zum Urteil des EuGH (GK) v. 6.3.2018, Rs. C-284/16 (Slowakische Republik/Achmea BV). *Europarecht*, 3, 361-371.
- Clayton, R. (2003). Legitimate expectations, policy and the principle of consistency. *Cambridge Law Journal*, 62 (1), 93-105.
- Clough, D. (2005). Regulatory Expropriations and Competition under NAFTA. *The Journal of World Investment & Trade*, 6, 553-584.
- Coale, M. (2002). Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions. *Denver Journal of International Law & Policy*, 30(2), 217-237.
- Cobrerros Mendazona, E. (2015). La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, 196, 11-59.

- Cobrerros Mendazona, E. (2016). La pertenencia a la Union Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial. *Revista de Administración Pública*, 200, 315-339.
- Cogolati, S., Hamid, L. & Vanstappen, N. (2016). Global Public Goods and Democracy in International Legal Scholarship. *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, 5, 4-30.
- Cohen-Elya, M. & Porat, I. (2011). Proportionality and the culture of justification. *American Journal of Comparative Law*, 59, 463-490.
- Cohn, M. (2010). Legal transplant chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom. *American Journal of Comparative Law*, 58, 583-630.
- Colacino, N. (2012). «Nuove proprietà» e beni comuni nel diritto internazionale ed europeo. Roma: Edizioni Nuova Cultura.
- Contartese, C. (2017). The autonomy of the EU legal order in the ECJ's external relations case law: from the "essential" to the "specific characteristics" of the Union and back again. *Common Market Law Review*, 54, 1627-1672.
- Contartese, C. & Andenas, M. (2019). EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea. *Common Market Law Review*, 56, 157-192.
- Conti, R. (2012). *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei – Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*. Roma: Aracne Editrice.
- Coop, G. (2009). Energy Charter Treaty and the European Union: is conflict inevitable?. *Journal of Energy & Natural Resources*, 27, 404-419.
- Cortés Martín, J. M. (2012). The responsibility of Members due to wrongful acts of international organizations. *Chinese Journal of International Law*, 12, 679-721.
- Cotula, L. (2010). Pushing the boundaries vs. Striking a Balance: the scope and interpretation of stabilization clauses in light of the Duke v. Peru Award. *The Journal of World Investment & Trade*, 11, 27-43.
- Cotula, L. (2015). Property in a shrinking planet: fault lines in international human rights and investment law. *International Journal of Law in context*, 2(2), 113-134.
- Cotula, L. (2017). Democracy and international investment law. *Leiden Journal of International Law*, 30, 351-382.
- Covi, A. (2014). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Baustein des europäischen Investitionsschutzrechts*. Baden-Baden: Nomos.
- Cox, J. (2019). *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Craig, P. (1996). Substantive legitimate expectations in Domestic and Community Law. *Cambridge Law Journal*, 55 (2), 289-312.

- Craig, P. (2012). *EU Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press.²¹⁷¹
- Craig, P. (2015). Judicial Review and Anxious scrutiny: Foundations, Evolution and Application. *Public Law*, 60-78.
- Craig, P. & Schonberg, S. (2000). Substantive Legitimate Expectations after Coughlan. *Public Law*, 684-701.
- Craighead, H. (2013). Is the rule of law now the sovereign principle?. In R. Rawlings, P. Leyland & A. Young, *Sovereignty and the law* (pp. 89-97). Oxford: Oxford University Press.
- Crawford, J. (2002). The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect. *American Journal of International Law*, 96, 874-890.
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.²¹⁷²
- Crook, J. (2019). Dual hats and arbitration diversity: goals in tension. *American Journal of International Law Unbound*, 113, 284-289.
- Cullborg, J. D. (2017). Place of Arbitration in the Proposed “Investment Court” Scenario: An Overlooked Issue?. Kluwer Arbitration Blog. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/> (acesso em 02.05.2020).
- Cutler, C. (2018). The judicialization of private transnational power and authority. *Indiana Journal of Transnational Studies*, 25(1), 61-95.
- D’Alberti, M. (2013). Poteri Regolatori tra pubblico e privato. *Diritto Amministrativo*, 4, 607-626.
- D’Alterio, E. (2011). From judicial comity to legal comity: a judicial solution to global disorder?. *International Journal of Constitutional Law*, 9(2), 394-424.
- D’Oliveira Martins, M. (2016). O princípio do primado do direito internacional. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 1* (pp. 249-327). Coimbra: Almedina.
- Daniele, L. (1998). La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell’ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1, 53-77.
- Davitti, D. (2012). On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law: The Alternative Narrative of Due Diligence. *Human Rights Law Review*, 12(3), 421-453.
- Dawson, M. (2015). The legal and political accountability structure of post-crisis EU economic governance. *Journal of Common Market Studies*, 53(5), 976-993.
- De Brabandere, E. (2018). (Re)Calibration, Standard-setting and the shaping of investment law and arbitration. *Boston College Law Review*, 59(8), 2607-2634.

²¹⁷¹ Por falha nossa, não conseguimos aceder à edição mais recente (2018).

²¹⁷² Por falha nossa, não conseguimos aceder à edição mais recente (2019).

- De Búrca, G. (1993). The principle of proportionality and its application in EC Law. *Yearbook of European Law*, 13, 105-150.
- De Búrca, G. (2010). The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi. *Harvard International Law Journal*, 51(1), 1-49.
- De Vries, H. & Hoeniger, B. H. (1950). Post-Liberation Nationalizations in France. *Columbia Law Review*, 50, 629-656.
- Dekastros, M. (2013). Portfolio investment: reconceptualising the notion of investment under ICSID Convention. *The Journal of World Investment & Trade*, 14, 286-319.
- Delaume, G. (1981). State contracts and transnational arbitration. *American Journal of International Law*, 75, 784-819.
- Delgado Casteleiro, A. (2016). *The international responsibility of the European Union*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Derepas, L. (2007). La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux. *Revue française de droit administratif*, 361-371.
- Desierto, D. (2015). The international mandate for development: Building compliant investment within the state's development decision-making processes. In S. Schill, C. Tams & R. Hofmann (Eds), *International Investment Law and Development. Bridging the Gap* (pp. 333-368). Cheltenham: Elgar.
- Desta, D. (2015). Sovereignty over natural resources and international investment law: the elusive search for equilibrium. In S. Schill, C. Tams & R. Hofmann (Eds), *International Investment Law and Development. Bridging the gap* (pp. 223-255). Cheltenham: Elgar.
- Deutsch, U. (2005). Expropriation without compensation – the European Court of Human Rights sanctions German legislation expropriating the Heirs of “New Farmers”. *German Law Journal*, 6(10), 1367-1380.
- Di Plinio, G. (2009). *Diritto Pubblico dell'economia*. Milano: Giuffrè.
- Dias Garcia, M. G. (2010). A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 13(1), 305-321.
- Diehl, A. (2012). *The Core Standard of International Investment Law: Fair and Equitable Treatment*. London: Kluwer Law International.
- Diethelm, F. (2019). ISDS- Regeln im CETA zwischen der EU und Kanada: Aspekte der Weiterentwicklung gegenüber früheren ISDS- Regelungen. *SchiedsVZ - German Arbitration Journal*, 17(6), 309-320.
- Díez-Hochleitner, J. (2017). La nueva política comercial de la Unión Europea desborda el marco de sus competencias. Comentarios preliminares al dictamen 2/15 del TJUE. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 403-429.

- Dimitropoulos, G. (2016). Constructing the independence of international investment arbitrators: past, present and future. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 36(2), 371-434.
- Diogo, J. F. (2018). Resolução de litígios de investimento internacional no CETA: uma resposta aos críticos?. In F. Pereira Coutinho, L. Feteira & R. Santos (Coord.), *OMC 2.0: o CETA como novo paradigma do direito internacional económico?* (pp. 159-185). Lisboa: FDUL/CEDIS.
- Disant, M. (2011). La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle. *Revue française de droit administratif*, 1181-1197.
- Djajic, S. & Djudic, P. (2012). Creeping expropriation – in search for a more comprehensive approach. *Yearbook of International Arbitration*, 2, 239-276.
- Doblhoff-Dier, R. & Kusmierczyk, S. (2011). Present and Future Relations between the ECJ and the ECtHR. *Vienna Journal of International Constitutional Law*, 7, 349-367.
- Dolzer, R. (1981). New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property. *American Journal of International Law*, 75, 553-589.
- Dolzer, R. (1986). Indirect expropriation of alien property. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1(1), 41-65.
- Dolzer, R. & Bloch, F. (2003). Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?. *International Law FORUM du droit international*, 5, 155–165.
- Dolzer, R. & Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Douglas, Z. (2003). The hybrid foundations of investment treaty arbitration. *The British Yearbook of International Law*, 74(1), 151-289.
- Douglas, Z. (2010). The ICSID Regime of State Responsibility. In J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (Eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 815-842). Oxford: Oxford University Press.
- Drucker, A. (1961), Compensation Treaties between Communist States. *International & Comparative Law Quarterly*, 10, 238-254.
- Drzemczewski, A. (1980). The sui generis nature of the European Convention on Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 29(1), 54-63.
- Duarte, M. L. (1993). A acção de indemnização por responsabilidade extracontratual da Comunidade Económica Europeia – Âmbito, natureza e condições de acesso dos particulares. *Revista da Ordem dos Advogados*, 53, 85-111.
- Duarte, M. L. (1994). *A cidadania da União e a responsabilidade dos Estados por violação do direito comunitário*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.
- Duarte, M. L. (1997). *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-membros*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.
- Duarte, M. L. (2006). *União Europeia e Direitos Fundamentais*. Lisboa: AAFDL.

- Duarte, M. L. (2012). União Europeia e proteção dos Direitos Fundamentais – Uma Justiça constitucional triangular. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho* – Volume 3 (pp. 291-316). Coimbra: Coimbra Editora.
- Duarte, T. (2008). O reconhecimento e a execução de sentenças ICSID/CIRDI: Portugal à espera da primeira vez. In *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* – Volume 2 (pp. 767-802).
- Duarte, T. (2011). O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID). In J. Miranda (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* – Volume 4 (pp. 546-568). Coimbra: Coimbra Editora.
- Duarte, T. (2012). Arbitragem ICSID e desenvolvimento económico dos Estados. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* – Volume 1 (pp. 269-295). Coimbra: Coimbra Editora.
- Duarte, T. (2015). A (não) anulação da sentença SGS v. Paraguai e a anulação da sentença Occidental Petroleum v. Equador: qual será a *trendsetter*?. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 8, 125-149.
- Dubin, L. (2018). RSE et Droit des investissements, les premises d'une rencontre. *Revue générale de droit international public*, 4, 867-890.
- Dubois, L. (1996). La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté. *Revue française de droit administratif*, 12(3), 583-595.
- Dubuisson, F. (2011). Article 59 – Termination and suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later Treaty. In O. Corten & P. Klein (Eds.), *The Vienna Convention on the Law of the Treaties* -Volume 2 (pp. 1325-1347). Oxford: Oxford University Press.
- Dupont, C. & Schultz, T. (2016). Towards a new heuristic model: Investment arbitration as political system. *Journal of International Dispute Settlement*, 7, 3-30.
- Eagle, S. J. (2014). Penn Central and its reluctant muftis. *Baylor Law Review*, 66, 1-64.
- Eckes, C. (2012). Protecting Supremacy from external influences: a precondition for a European Constitutional order?. *European Law Journal*, 18(2), 230-250.
- Eeckout, P. (2011). *EU External Relations Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Eeckout, P. (2015). Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue: autonomy or autarky?. *Fordham International Law Journal*, 38, 955-992.
- Eilmansberger, T. (2009). Bilateral Investment Treaties and EU Law. *Common Market Law Review*, 46, 383-429.
- Emberland, M. (2006). *The fundamental rights of companies*. Oxford: Oxford University Press.

- Emiliou, N. (1996). *The principle of proportionality in European Law. A comparative analysis*. London: Kluwer International Law.
- Endresen, C. (2017). Taxation and the European Convention for the Protection of Human Rights: Substantive issues. *Intertax*, 45(8-9), 508-526.
- Epidendio, T. E. (2019). Comments. The Grand Chamber on confiscation without conviction: “Beyond confiscation of property, the war of the Courts”, the interpretation of judgments and the rights of legal persons. *Italian Journal of Public Law*, 11(1), 434-452.
- Ergec, R. (2011). Taxation and property rights under the European Convention on Human Rights. *Intertax*, 39(1), 2-11.
- Escarcena, S. (2008). Indirect Expropriation in International Law. PhD – The University of Edinburgh. Disponível em <https://era.ed.ac.uk/handle/1842/24852?show=full> (acesso em 02.05.2020).
- Escarcena, S. (2012). Interferences with property under European Human Rights Law. *Florida Journal of International Law*, 24, 513-544.
- Esteve Pardo, J. (2015), La administración garante. Una aproximación. *Revista de Administración Pública*, 197, 11-39.
- Éveillard, G. (2007). *Les dispositions transitoires en droit public français*. Paris: Dalloz.
- Éveillard, G. (2016). Sécurité juridique et droit transitoire. *Revue du droit public*, 3, 741-764.
- Fabbrini, F. & Sajó, A. (2019). The dangers of constitutional identity. *European Law Journal*, 25, 457-473.
- Faggiani, V. (2018). El diálogo jurisdiccional tras la sentencia del TJUE M.A.S. y M.B.: entre estándar europeo de protección y tendencias centripetas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 60, 639-676.
- Fanou, M., & Tzevelekos, V. (2018). The shared territory of the ECHR and international investment law. In Y. Radi (Ed.), *Research Handbook on Human Rights and Investment* (pp. 93–136). Cheltenham: Elgar.
- Farber, D. (2002). Rights as Signals. *Journal of Legal Studies*, 31, 83-98.
- Faruque, A. (2006). Validity and Efficacy of Stabilisation clauses. Legal Protection vs. Functional Value. *Journal of International Arbitration*, 23(4), 317-336.
- Favre, A. (2011). Cent ans de droit administratif: de la gestion des biens de police à celles des risques environnementaux. *Revue de droit suisse*, 130 (2), 277-279.
- Fellmeth, A. (2020). *Introduction to International Business Transactions*. Cheltenham: Elgar.
- Ferrari, S. (2016). Les critères d’identification de la situation protégée de l’imprévisibilité de la règle de droit. *Revue du droit public*, 3, 867-873.
- Ferreira, R. N. (2015). A “judicialização” do sistema de ISDS no TTIP. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 8, 111-123.

- Fidalgo Freitas, T. & Brás, A. (2018). Artigo 15 – Responsabilidade no exercício da função político-legislativa. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (Coord.), *O regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas* (pp. 823-883). Lisboa: AAFDL.
- Fietta, S. (2006). Expropriation and the Fair and Equitable Standard. The developing role of investors' expectations in international investment arbitration. *Journal of International Arbitration*, 23(5), 375-399.
- Fietta, S. (2006). The “Legitimate Expectations” Principle under article 1105 NAFTA. *Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*. *The Journal of World Investment & Trade*, 7, 423-432.
- Fisch, J. (1997). Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach. *Harvard Law Review*, 110, 1055-1123.
- Fonseca, G. (2014). A responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos e a indemnização pelo sacrifício. *Scientia Iuridica*, 63 (334), 43-54.
- Fontaine Campos, M. (2011). O controlo da concessão de ajudas públicas na União Europeia e na Organização Mundial do Comércio – Fundamentos, regimes e resolução de desconformidades. *Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do grau de doutor em Direito – Ciências Jurídico-Comunitárias*.
- Fontaine Campos, M. (2018). O princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia. In S. Pais (Coord.), *Os princípios fundamentais de direito da União Europeia* (pp. 179-219). Coimbra: Almedina.
- Fortier, L. Y & Drymer, S. (2005). Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor. *Asian Pacific Law Review*, 13, 79-110.
- Franck, S. (2005). The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions. *Fordham Law Review*, 73, 1521-1625.
- Franck, S. (2014). Conflating Politics and Development: Examining Investment Treaty Arbitration Outcomes. *Vanderbilt Journal of International Law*, 55(1), 13-71.
- Franck, S. (2019). *Arbitration costs: Myths and realities in investment treaty arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Freitas do Amaral, D. & Medeiros, R. (2000). Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas – o caso Aquaparque. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 41, 299-383.
- Freitas do Amaral, D. & Piçarra, N. (2009). O Tratado de Lisboa e o Princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade. *Revista de Direito Público*, 1, 9-56.
- Gahdoun, P. (2016). L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel. *Revue du droit public*, 1, 149-184.
- Gaillard, E. & Bermann, G. A. (2017). *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Leiden: Martinus Nijhoff.

- Gaillard, E. (2019a). El Espíritu de la Convención de Nueva York. *Revista del Club Español del Arbitraje*, 34, 9-17.
- Gaillard, E. (2019b). Règlement des différends relatifs aux investissements. Arbitrage international. Traité sur la Charte de l'énergie. Investissement. Note. *Journal du droit international*, 1, 845-853.
- Galán Vioque, R. (2001). De la teoría a la realidad de la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, 155, 285-329.
- Galán Vioque, R. (2015). A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador. *Documentacion Administrativa*, 2. Disponível em <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10273> (acesso em 02.05.2020).
- Galetta, D. (2008). Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore. *Foro Amministrativo – TAR*, 7(6), 1899-1925.
- Galletti, G. M. (2015). How reasonable may the private investor be assumed to be? *Corsica Ferries France. Common Market Law Review*, 52, 1095-1110.
- Gallus, N. (2011). The influence of the Host State's Level of development on International Investment Treaty Standards. *The Journal of World Investment & Trade*, 6, 711-729.
- Galvão Teles, M. (1967). *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa: condições, termos e limites*. Lisboa: Ministério das Finanças.
- Galvão Teles, M. (2006). Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular, sobre o artigo 8.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento – Volume 2* (pp. 295-331). Coimbra: Coimbra Editora.
- Galvão Teles, M. (2013). A independência e imparcialidade dos Árbitros como imposição constitucional. In *Escritos Jurídicos – Volume 1* (pp. 605-641). Coimbra: Almedina.
- Galvão Teles, M. (2013). Recurso para Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais. In *Escritos Jurídicos – Volume 1* (pp. 579-603). Coimbra: Almedina.
- García de Enterría, E. (2007). *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en derecho español*. Madrid: Civitas.
- García Luengo, J. (2002). *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- Garrido Falla, F. (1989). Sobre la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de Administración Pública*, 118, 35-56.
- Gáspár-Szilágyi, S. (2015). The 'Primacy' and 'Direct Effect' of EU International Agreements. *European Public Law*, 21(2), 343-370.

Gáspár-Szilágyi, S. & Usynin, M. (2019). The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment (Chapter 2). *European Investment Law and Arbitration Review*, 4(1), 29-65.

Gautier-Melleray, M. & Delile, J. (2017). La responsabilité extracontractuelle en droit de l'Union européenne. In A. Antoine & T. Olson (Dir.), *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé* (pp. 149-169). Paris: Société de législation comparée.

Geradin, D. (2015). The External relations of the European Union and its member states. Lessons from recent developments in the economic sphere. In C. Chinkin & F. Baetens (Eds.), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility – Essays in honor of James Crawford* (pp. 406-420). Cambridge: Cambridge University Press.

Gerards, J. (2014). The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of shared responsibility. In J. Gerards & J. Fleuren (Ed.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law* (pp. 13-93). Cambridge: Intersentia.

Giegerich, T. (2012). Article 59 – Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty. In O Dorr & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention of the Law of Treaties. A commentary* (pp. 1011-1020). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.

Giegerich, T. (2012). Article 62 – Fundamental change of circumstances. In O Dorr & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention of the Law of Treaties. A commentary* (pp. 1067-1104). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.

Giest, A. (2017). Interpreting public interest provisions in international investment treaties. *Chicago Journal of International Law*, 18(1), 321-336.

Gigante, M. (2008). *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*. Milano: Giuffrè Editore.

Gigante, M. (2009). Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'Albero e del Ramo. *Diritto e Società*, 3-4, 403-443.

Ginsburg, R. (2013). Political risk insurance and bilateral investment treaties: making the connection. *The Journal of World Investment & Trade*, 14, 943-977.

Giorgetti, C. (2014). Who decides who decides in international investment arbitration?. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 35, 431-486.

Glinski, C. (2015). Regulatory Expropriation under German Constitutional Law and in International Investment Law – The Case of Vattenfall. In B. Hoops, E. Marais, H. Mostert, J. Sluysmans & L. Verstappen (Eds.), *Rethinking Expropriation Law II: Context, Criteria, and Consequences of Expropriation* (pp. 193-218). The Hague: Eleven.

Godt, C. (2017a). Regulatory property rights – a challenge to property theory. In C. Godt (Ed.), *Regulatory Property Rights* (pp. 158-195). Leiden: Martinus Nijhoff.

- Godt, C. (2017b). Regulatory Property Rights: New Insights from Private Property Theory for the Takings Doctrine, *European Property Law Journal*, 6(2), 158-195.
- Gohin, O. (1998). La responsabilité de l'État en tant que législateur, *Revue internationale de droit comparé*, 50(2), 595-610.
- Gomes Canotilho, J. J. (1974). *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina.
- Gomes Canotilho, J. J. (1999). Anotação ao Acórdão n.º 24/98. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3887-3888, 89-96.
- Gomes Canotilho, J. J. (1999). *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva.
- Gomes Canotilho, J. J. (2007). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- Gomes Canotilho, J. J. (2013). Para um enquadramento constitucional das garantias de proteção judicial no direito público (breves notas). *Scientia Iuridica*, 42(332), 325-374.
- Gomes Canotilho, J. J. & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume 1*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gomes Canotilho, J. J. & Moreira, V. (2010). *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume 2*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gonçalves, P. C. (2010). Estado de garantia e mercado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 7, 97-128.
- Gonçalves, P. C. (2013). Administração pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais. In *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo* (pp. 777-801). Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, P. C. (2013). *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*. Coimbra: Cedipre.
- Gonçalves, P. C. (2020). *Manual de Direito administrativo – Volume 1*. Coimbra: Almedina.
- González-Varas Ibáñez, S. (1999). Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de La Ley 30/1992. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 104, 633-641.
- Gorjão-Henriques, M. (2012). União Europeia e proteção dos Direitos Fundamentais – Uma Justiça constitucional triangular. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho – Volume 3* (pp. 317-371). Coimbra: Almedina.
- Gotanda, J. (2004). Recovering Lost Profits in International Disputes. *Georgetown Journal of International Law*, 36, 61-112.
- Govaere, I. (2010). Beware of the Trojan Horse: Dispute Settlement in (Mixed) Agreements and the Autonomy of the EU Legal Order. In C. Hillion & P. Koutrakos, *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World* (pp. 187-207). London: Hart Publishing.

- Govaere, I. (2015). Setting the international scene: EU external competence and procedures post-Lisbon revisited in the light of the ECJ Opinion 1/13. *Common Market Law Review*, 52, 1277-1308.
- Grasmann, G. (1989). La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande: règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public. *Revue internationale de droit comparé*, 48(4), 1017-1024.
- Gray, C. D. (1987). *Judicial remedies in international law*. Oxford: Oxford.
- Graziadei, M. & Caria, R. (2017). Constitutional Traditions Common to the Member States in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its finest. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4, 949-971.
- Grierson, J. (2019). The Court of Justice of the European Union and International Arbitration. *Belgian Review of Arbitration*, 2, pp. 309-330.
- Grigera Naón, H. (2003). Les contrats d'État: quelques réflexions. *Revue de l'arbitrage*, 3, 667-690.
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present and Future*. Oxford: Oxford University Press.
- Guerra Martins, A. M. (2016). O Parecer n.º 2/13 do Tribunal de Justiça relativo à compatibilidade do projeto de acordo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Uma primeira análise crítica. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 1* (pp. 97-129). Coimbra: Almedina.
- Guichard, R. (1996). *Da relevância jurídica do conhecimento no direito civil*. Porto: Universidade Católica Editora.
- Gutbrod, M., Hindelang, S. & Kim, Y. (2009). Protection against Indirect Expropriation under National and International Legal Systems. *Göttingen Journal of International Law*, 1(2), 291-327.
- Hachez, N. (2013). What elements of the rule of law can be put to use at international level?. *Revue Belge de Droit International*, 47, 307-324.
- Hainbach, P. (2018). The CJEU's Opinion 2/15 and the Future of EU Investment Policy and law-making. *Legal Issues of Economic Integration*, 45(2), 199-210.
- Halberstam, D. (2015). Opinion 2/13 – “Its the autonomy, stupid!”. A modest defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and the way forward. *German Law Journal*, 16(1), 105-146.
- Harbo, T. (2010). The function of the proportionality principle in EU Law. *European Law Journal*, 16, 158-185.
- Harlow, C. (1976). Fault liability in french and english public law. *Modern Law Review*, 39, 516-541.
- Harlow, C. (1996). Francovich and the problem of the disobedient state. *European Law Journal*, 2(3), 199-225.
- Haverbeke, D., Callaerts, R. & Vandorpe, W. (2017). Arbitration in the EU energy sector: recent developments and case law. *European Energy and Environmental Law Review*, 154-171.
- Hefti, T. (1989). *La protection de la propriété étrangère en droit international public*. Zürich: Schulthess.

- Heiskanen, V. (2003). The Contribution of the Iran-United States Claims Tribunal to the Development of the Doctrine of Indirect Expropriation. *International Law FORUM du droit international*, 5, 176-187.
- Helfer, L. (2008). The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, 49(1), 11-52.
- Henckels, C. (2012). Revisiting Proportionality Analysis in Investor-State Arbitration. *Journal of International Economic Law*, 15(1), 223.
- Henckels, C. (2015). *Proportionality and deference in investment-state arbitration*. Cambridge: Cambridge.
- Henckels, C. (2016). Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP. *Journal of International Economic Law*, 19(1), 27.
- Hepburn, J. (2017). *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Hermitte, M. (1984). Spéculateurs et technocrates. De la non-rétroactivité des lois à la confiance légitime. *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 455-463.
- Hespanha, A. M. (2013). A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. In J. Bacelar Gouveia & N. Piçarra (Org.), *A crise e o Direito* (pp. 21-120). Coimbra: Almedina.
- Higgins, R. (1982). The Taking of property by the State: recent developments in international law, *Académie de droit international de La Haye. Recueil des Cours*, 176, 272-392.
- Hilmy, P. (2014). The international human rights regime and supranational regional organizations: the challenge of the EU. *Michigan Journal of International Law*, 36, 179-218.
- Hindelang, S. (2004). Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate – The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited. *The Journal of World Investment & Trade*, 5, 789-809.
- Hindelang, S. (2011a). Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen. Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin WHI – Paper 01/11. Disponível online em <https://www.steffenhindelang.de/> (acesso em 02.05.2020).
- Hindelang, S. (2011b). Restitution and compensation – Reconstructing the relationship in investment treaty law. WHI – Paper 02/11 Humboldt-Universität zu Berlin. Disponível em <https://www.steffenhindelang.de/> (acesso em 05.02.2020).
- Hindelang, S. (2015). Repellent forces: the CJEU and Investor-State Dispute Settlement. *Archiv des Völkerrechts*, 53, 68-89.
- Hindelang, S. (2018). The limited immediate effects of CJEU’s Achmea Judgment. *Verfassungsblog. On matters constitutional*. Disponível em <https://verfassungsblog.de/the-limited-immediate-effects-of-cjeus-achmea-judgement/> (acesso em 02.05.2020).

- Hindelang, S. & Hagemeyer, T. (2017). In Pursuit of an International Investment Court. Recently Negotiated Investment Chapters in EU Comprehensive Free Trade Agreements in Comparative Perspective. Directorate General for External Policies – European Parliament. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/> (acesso em 02.05.2020).
- Hindelang, S. & Maydell, N. (2011). The EU's Common Investment Policy – Connecting the dots. In M. Bungenberg, J. Griebel & S. Hindelang (Eds.), *European Yearbook of International Economic Law – Special Issue: International Investment Law and EU law* (pp. 1-27). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Hins, W. (2014). The freedom to conduct a business and the right to receive information for free: Sky Österreich. *Common Market Law Review*, 51, 665-678.
- Hirsch, M. (2018). Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause. *The Journal of World Investment & Trade*, 12, 783-806.
- Hirschl, R. (2014). The origins of the new constitutionalism: lessons from the old constitutionalism. In S. Gill & A. C. Cutler (Eds.), *New Constitutionalism and World Order* (pp. 95-107). Cambridge: Cambridge University Press.
- Hix, J. (2013). Indirect Effect of International Agreements: Consistent Interpretation and other Forms of Judicial Accommodation of WTO Law by the EU Courts and the US Courts. *Jean Monnet Working Paper 03/13*. Disponível em www.JeanMonnetProgram.org (acesso em 02.05.2020).
- Hobe, S. & Griebel, J. (2010). New Protectionism – How Binding are International Economic Legal Obligations during a Global Economic Crisis. *Göttingen Journal of International Law*, 2, 423-435.
- Hoffmeister, F. (2010). Litigating against the European Union and Its Member States – Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?. *The European Journal of International Law*, 21(3), 723-747.
- Hoffmeister, F. (2012). The European Union and the Peaceful Settlement of International Disputes. *Chinese Journal of International Law*, 11, 77-105.
- Hofmann, H. & Pantazatou, C. (2017). La transformation de la constitution économique européenne. In J. Auby & P. Idou (dir.), *Le gouvernement économique européen* (pp. 101-130). Bruxelles: Bruylant.
- Holdgaard, R. (2006). Principles of Reception of International Law in Community Law. *Yearbook of European Law*, 25(1), 263-314.
- Hölken, C. (2017). *Systemische Integration von Investitionsschutzabkommen* (Studien zum Internationalen Investitionsrecht). Baden-Baden: Nomos.
- Holterhus, T. (2018). The history of the rule of law. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 21, 430-466.
- Hoops, B. (2015). More Safeguards instead of a Ban of Economic Development Takings: The Kelo Case from a German Perspective. In B. Hoops & E. Marais & H. Mostert & J. Sluysmans & L. Verstappen (Eds.), *Rethinking Expropriation Law II: Context, Criteria, and Consequences of Expropriation* (pp. 137-186). The Hague: Eleven.

- Hostiou, R. (2007). La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 70, 386-395.
- Huaqun, Z. (2014). Balance, sustainable development, and integration: innovative path for BIT practice. *Journal of International Economic Law*, 17, 299-332.
- Humphreys, S. (2010). *Theatre of the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hurd, I. (2015). The international rule of law and the domestic analogy. *Global Constitutionalism*, 4(3), 365-395.
- International Law Commission (2001). Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Disponível em https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (acesso em 02.05.2020).
- Jackson, J. H. (2004). International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”. *American Journal of International Law*, 98, 109-125.
- Jacob, M. & Schill, S. (2015). Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method. In M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (Eds.), *International Investment Law* (pp. 700-763). London: Bloomsbury T&T Clark.
- Jacobs, B. (2015). A perplexing paradox: “de-statification” of investor-state dispute settlement?. *Emory International Law Review*, 30, 17-49.
- Jiménez García, F. (2002). *Los comportamientos recíprocos en derecho internacional*. Madrid: Editorial Dilex.
- Joerges, C. (2014). Europe's economic constitution in crisis and the emergence of a new constitutional constellation. In J. Erik Fossum & A. J. Ménéndez (Org.), *The European Union in crisis or the European Union as crisis?* (pp. 279-334). ARENA Report No 2/2014. Disponível <https://www.sv.uio.no> (acesso em 02.05.2020).
- Joerges, C. & Kreuder-Sonnen, C. (2017). European studies and the European crisis: legal and political science between critique and complacency. *European Law Journal*, 23(1-2), 118-139.
- Johansen, S. (2015). The reinterpretation of TFEU article 344 in Opinion 2/13 and its potential consequences. *German Law Journal*, 16(1), 169-178.
- Jubran-Ballan, S. (2018). How Institutions Matter: On the Judicial Reasoning of Investment Treaty Arbitration Awards. *Houston Journal of International Law*, 41(1), 57-105.
- Júdice, J. M. (2016). Confidencialidade e transparência em arbitragem de Direito Público. In *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 2* (pp. 87-103). Coimbra: Almedina.
- Júdice, J. M. & Duarte, T. (2012). A anulação de sentenças ICSID: corrigir as sentenças ou corrigir as tendências?. In S. F. Lemes & I. Balbino (Coord.), *A arbitragem – Temas contemporâneos* (pp. 328-357). São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil.
- Juratowitch, J. (2008). *Retroactivity and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing.

- Kaeckenbeeck, G. (1937). Protection des droits acquis. *Académie de droit international de La Haye. Recueil des Cours*, 59, 317-420.
- Kamto, M. (2003). La notion de contrat d'État: une contribution au débat. *Revue de l'Arbitrage*, 3, 719-751.
- Kantor, M. (2006). Fair and Equitable Treatment: echoes of FDR's court packing plan in the international law approach towards regulatory expropriation. *The Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 5, 231-256.
- Kaufmann-Kohler, G. & Potestà, M. (2016). Can the Mauritius Convention serve as a model for the realm of investor-state arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appellate mechanism?. CIDS – Geneva Center for International Dispute Settlement. Disponível em https://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf (acesso 15.02.2020).
- Kavanagh, A. (2010). Defending deference in public law and constitutional theory. *Law Quarterly Review*, 126, 222-250.
- Kendra, T. & Kozyreff, L. (2013). The future of investment protection in Europe – the EU takes control. *Yearbook on International Arbitration*, 3, 239-260.
- Kent, A. & Harrington, A. (2011). The plea of necessity under customary international law: a critical review in light of the Argentine cases. In C. Brown & K. Miles (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and arbitration* (pp. 246-270). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kessedjian, C. & Vanhonnaeker, L. (2017). Les différends entre les investisseurs et États hôtes par un tribunal arbitral permanent. L'exemple du CETA. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2, 633-657.
- Kidane, W. L. (2017). *The Culture of International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Kilpatrick, C. (2015). On the Rule of Law and economic emergency: the degradation of basic legal values in Europe's bailouts. *Oxford Journal of Legal Studies*, 35(2), 325-353.
- King, J. (2007). The justiciability of resource allocation. *Modern Law Review*, 70(2), 197-204.
- King, J. (2008). Institutional approaches to judicial restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(3), 409-441.
- Kingsbury, B. & Schill, S. (2009). Investor-State arbitration as governance: Fair and Equitable Treatment, proportionality and the emerging global administrative law. New York University School of Law – Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper no. 09-46. Disponível em <https://www.iilj.org/publications> (acesso em 02.05.2020).
- Kläger, R. (2011). *"Fair and Equitable Treatment" in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kläger, R. (2016). Revising Treatment Standards – Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development. In S. Hindelang & M. Krajewski (Eds.), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified* (pp. 65-80). Oxford: Oxford University Press.

- Kleimann, D. & Kübek, G. (2018). The signing, provisional application, and conclusion of Trade and Investment Agreements in the EU: The Case of CETA and Opinion 2/15. *Legal Issues of Economic Integration*, 45(1), 13-46.
- Klein, N. (2012). Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right?. *Göttingen Journal of International Law*, 4(1), 199-215.
- Kleiner, C. (2019). Hellenische Republik c/ Leo Kuhn. Note. *Journal du droit international*, 2857-2867.
- Kleinheisterkamp, J. (2014). Financial Responsibility in European International Investment Policy. *International & Comparative Law Quarterly*, 63(2), 449-476.
- Kleinheisterkamp, J. (2015). Investment Treaty Law and the Fear for Sovereignty: Transnational Challenges and Solutions. *The Modern Law Review*, 78(5), 793-825.
- Kleinlein, T. (2011). Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law. *German Law Journal*, 12(5), 1141-1174.
- Knahr, C. (2011). The new rules on participation of non-disputing parties in ICSID arbitration: Blessing or course?. In C. Brown & K. Miles (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Arbitration* (pp. 319-338). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kolb, R. (2006). Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith). *Netherlands International Law Review*, 53(1), 1-36.
- Korenica, F. & Doli, D. (2017). The CJEU likes to blame loudly and to applaud quietly: the correspondent mechanism in the light of Opinion 2/13. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(1), 86-107.
- Korzum, V. (2017). The right to regulate in Investor-State arbitration: slicing and dicing regulatory carve-outs. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 50, 355-414.
- Koskenniemi, M. (2007). Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Disponível em https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf. (acesso em 02.05.2020).
- Koskenniemi, M. & Leino, P. (2002). Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, 15, 553-579.
- Koutrakos, P. (2019). The autonomy of EU law and international investment arbitration. *Nordic Journal of Interanational Law*, 41-64.
- Krajewski, M. (2010). External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy. *Common Market Law Review*, 42, 111,
- Krajewski, M. (2014). Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective. Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Disponível em <https://bilaterals.org/IMG/pdf/-23.pdf> (acesso em 15.02.2020).

- Krajewski, M. (2019). Ist CETA der “Golden Standard“? EuGH hält CETA-Gericht für unionsrechtskonform. Verfassungsblog. On matters constitutional. Disponível em <https://verfassungsblog.de/ist-ceta-der-golden-standard-eugh-haelt-ceta-gericht-fuer-unionsrechtskonform/> (acesso em 02.05.2020).
- Krenc, F. & B. Renault (2013). Les limites du droit de propriété et l’expropriation. In D. Renders (Ed.), *L’expropriation pour cause d’utilité publique* (pp. 15-63). Paris: Bruylant.
- Krenn, C. (2015). Autonomy and effectiveness as common concerns: a path to EU accession after Opinion 2/13. *German Law Journal*, 16(1), 147-168.
- Kreuder-Sonnen, C. (2016). Beyond Integration Theory: the (anti-)constitutional dimension of European Crisis Governance. *Journal of Common Market Studies*, 54(6), 1350-1366.
- Krever, T. (2011). The legal turn in late development theory: The Rule of Law and the World Bank’s development model. *Harvard International Law Journal*, 52(1), 288-319.
- Kriebaum, U. (2007a). Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. *The Journal of World Investment & Trade*, 8, 717-744.
- Kriebaum, U. (2007b). Partial Expropriation. *Journal of World Investment & Trade*, 8, 69-84.
- Kriebaum, U. (2009). Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State arbitration?. In P. Dupuy, E. Petersmann, F. Francioni (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (pp. 219-245). Oxford: Oxford University Press.
- Kriebaum, U. (2011). The relevance of economic and political conditions for protection under Investment Treaties. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 10, 2011, pp. 383-404.
- Kriebaum, U. (2014). FET and expropriation in the (invisible) EU model BIT. *Journal of World Investment & Trade*, 15, 454-483.
- Kriebaum, U. (2015), Expropriation. In M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (Eds.), *International Investment Law* (pp. 959-1030), Oxford: Hart Publishing.
- Kriebaum, U. & Schreuer, C. (2007). The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law. Disponível em <https://www.univie.ac.at/> (acesso em 09.02.2020).
- Krotoszynski, R. J. (2001). Expropriatory intent: defining the proper boundaries of substantive due process and the takings clause. *North Carolina Law Review*, 80, 713-772.
- Kruger, T. (2016). The quest for legal certainty in international civil cases. *Académie de droit international de La Haye. Recueil des Cours*, 380, 281-444.
- Krygier, M. (2012). Rule of Law. In M. Rosenfeld & A. Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 233-249). Oxford: Oxford University Press.
- Kuijper, P. J., Pernice, I., Hindelang, S., Schwarz, M., Reuling, M. (2014). Investor-State Dispute Settlement (ISDS) provisions in the EU’s international investment agreements – Volume 2, Studies.

Directorate General for External Policies – European Parliament. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/> (acesso em 02.05.2020).

Kulick, A. (2012). *Global Public Interest in International Investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kulick, A. (2014). Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary. *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 273-284.

Kulick, A. (2016). About the order of cart and horse, among other things: estoppel in the jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals. *European Journal of International Law*, 27 (1), 107-128.

Kulick, A. (2017). Reassertion of control: an introduction. In A. Kulick (Ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (pp. 3-29). Cambridge: Cambridge University Press.

Kumm, M. (2013). The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law. *Journal of Global Legal Studies*, 20, 605-628.

Kumm, M. (2015). An empire of capital? Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege?. *ESIL Reflections*, 4(3). Disponível em <https://esil-sedi.eu/fr> (acesso em 15.02.2020).

Kurtz, J. (2010). Adjudging the exceptional at international investment law: security, public order and financial crisis. *International & Comparative Law Quarterly*, 59, 325-371.

Laazouzi, M. (2017). L'exécution des sentence arbitrales ad hoc rendues sur le fondement d'un traité de protection des investissements. *Revue générale de droit international public*, 121, 799-816.

Laguna de Paz, J. (2019). La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196, 31-68.

Laitos, J. (1997). Legislative Retroactivity. *Washington University Journal of Urban & Contemporary Law*, 52, 81-159.

Lanceiro, R. T. (2018). Necessidade da arbitragem e arbitragem necessária – uma análise à luz da jurisprudência constitucional. In C. Amado Gomes & R. Pedro (Coord.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos* (pp. 45-81). Lisboa: AAFDL.

Lang, R. (2008). Unlocking the First Protocol: Protection of property and the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Journal*, 29(6-12), 205-215.

Larik, J. (2017). Prêt-à ratifier: the CETA Decision of the French Conseil constitutionnel. *European Constitutional Law Review*, 13, 759-777.

Lavranos, N. (2006). The Mox Plant judgment of the ECJ: how exclusive is the jurisdiction of the ECJ?. *European Environmental Law Review*, 291-296.

Lavranos, N. (2010). Protecting European Law. *European Foreign Affairs Review*, 15, 268-271.

- Lazowski, A. & Wessel, R. A. (2015). When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR. *German Law Journal*, 16(1), 179-212.
- Lebeck, C. (2006). Rights in transitions: the European Court of Human Rights' judgment in Jahn and others v. Germany. *The King's College Law Journal*, 17, 359-365.
- Leben, C. (2003). L'évolution de la notion de contrat d'État. *Revue de l'Arbitrage*, 3, 629-646.
- Lehavi, A. (2017). Globalizing property law: an institutional analysis. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 50, 1173-1221.
- Lehavi, A. & Licht, A. (2010). BITs and pieces of property. *The Yale Journal of International Law*, 36, 115-166.
- Leitjen, I. (2013). Social Security as a Human Rights issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the development of property protection and non-discrimination under the ECHR. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 73, 177-208.
- Lemaire, S. (2006). Treaty claims et contract claims: la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'État. *Revue de l'Arbitrage*, 2, 353-399.
- Lenk, H. (2016). An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: a discussion of the free trade agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada. *European Papers*, 1(2), 665-677.
- Lenk, H. (2017). Investment Arbitration under EU investment agreements: is there a role for an autonomous EU legal order?. *European Business Law Review*, 135-162.
- Lenk, H. (2019). The EU Investment Court System: a viable reform initiative?. School of Business, Economics and Law at University of Gothenburg. Disponível em <https://pure.au.dk/> (acesso em 15.02.2020).
- Lequesne-Roth, C. (2016). Le contentieux des dettes souveraines. *Revue belge de droit international*, 2, 513-541.
- Levesque, C. 2003. Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international. *Revue générale de droit international public*, 33(1), 39-92.
- Lichova, M. (2008). European exceptionalism in International Law. *The European Journal of International Law*, 19(3), 463-490.
- Lima Pinheiro, L. (2008). A arbitragem CIRDI e o Regime dos contratos de Estado. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 1, 77-105.
- Lima Pinheiro, L. (2018). Tendências de desenvolvimento no reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque. *Revista da Ordem dos Advogados*, 78(1-2), 213-229.
- Lima Pinheiro, L. (2019). A ordem pública internacional: hoje. *Revista de Direito Civil*, 4(1), 47-57.

- Lock, T. (2009). The European Court of Justice: What are the Limits of Its Exclusive Jurisdiction. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 16, 291-314.
- Lock, T. (2010). Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 10 (3), 529-545.
- Lock, T. (2011). Walking on a tightrope: the draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order. *Common Market Law Review*, 48, 1025-1054.
- Lock, T. (2015a). *The European Court of Justice and International Courts*. Oxford: Oxford University Press.
- Lock, T. (2015b). The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?. *European Constitutional Law Review*, 11, 239-273.
- López Escudero, M. (2015). La nueva gobernanza económica de la Unión Europea: una auténtica Unión Económica en formación?. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 361-433.
- López-Rodríguez, A. & Navarro, P. (2016). Investment arbitration and EU Law in the aftermath of renewable energy cuts in Spain. *European Energy and Environmental Law Review*, 2-10.
- Loureiro, J. C. (1995). *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares: (Algumas Considerações)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Luciani, M. (2006). Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico. *Giurisprudenza Costituzionale*, 4, 1643-1668.
- Luciani, M. (2007). Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica. *Giurisprudenza Italiana*, 4, 1825-1840.
- Luciani, M. (2014). L'éclipse de la sécurité juridique. *Revue française de droit constitutionnel*, 4, 991-997.
- Luther, J. (1997). Ragionevolezza (delle leggi). In *Digesto discipline pubblicistiche* – 12 (pp. 341-362). Torino: Utet.
- Macchia, M. (2017). Il “caso Micula”. Il labirinto amministrativo tra discrezionalità e regole. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 343-353.
- Machado, J. (2015). A responsabilidade dos Estados-membros da União Europeia por atos e omissões do Poder Judicial. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 144(3991), 246-290.
- Machado, J. (2018). *Direito da União Europeia*. Coimbra: Gestlegal.
- Machado, J. (2019). *Direito Internacional*. Coimbra: Gestlegal.
- Machado, J. G. (2017). A Medida de Resolução do “BES” e a confiança dos depositantes: um caso de hoje, uma lição para o futuro. *Revista de Direito das Sociedades*, 9(2), 429-480.

- Machete, P. (2010). O Princípio da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 7, 475-487.
- Machete, P. (2012). Constitucionalismo liberal e globalização – a legitimação democrática do poder público na “constelação pós-nacional”. In P. Otero, M. Rebelo de Sousa & F. Quadros (Org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda – Volume 3* (pp. 333-351). Lisboa: UCP.
- Machete, P. (2013). Artigo 16.º (Indemnização pelo sacrifício). In R. Medeiros (Org.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas* (pp. 53-88). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Macieirinha, T. (2014). O direito de propriedade na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *O Direito*, 146(1), 71-104.
- Magnus, U. (2016). The liability of public authorities in Germany. In K. Oliphant (Org.), *The liability of public authorities in comparative perspective* (pp. 177-194). Cambridge: Intersentia.
- Mangas Martín, A. (2015). El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 13-42.
- Marboe, I. (2006). Compensation and Damages in International Law – The Limits of Fair Market Value. *Journal of World Investment & Trade*, 7, 723-759.
- Marboe, I. (2010). State Responsibility and Comparative State Liability for Administrative and Legislative Harm to Economic Interests. In B. Kingsbury & S. Schill (Eds.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (pp. 377-411). Oxford: Oxford University Press.
- Marboe, I. (2017). *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Marmor, A. (2018). Authority of International Courts Scope, Power, and Legitimacy. In K. Alter, L. Helfer & M. R. Madsen (Eds.), *International Court Authority* (pp. 374-381). Oxford: Oxford University Press.
- Martín Rodríguez, P. (2016). A missing piece of European emergency law: legal certainty and individuals’ expectations in the EU response to crisis. *European Constitutional Law Review*, 12, 265-293.
- Martin, M. (2013). *WTO Dispute Settlement Understanding and Development*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Martines, F. (2014). Direct effect of International Agreements of the European Union. *The European Journal of International Law*, 25(1), 129-147.
- Martins, L. L. (2014). *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*. Coimbra: Almedina.
- Martucci, F. (2016). L’imprévisibilité du droit de l’Union. *Revue du Droit Public*, 3, 827-846.
- Masaracchia, A. (2007). Insegnamento in scuole “di montagna” e tutela dell’affidamento ingenerato: un nuovo arretramento della giurisprudenza costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 52(1), 93-103.

- Mathieu, B. (1987). *Les “validations” législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*. Paris: Economica.
- Matsumoto, F. (2018). Le lancement de la négociation d’une Convention instituant une cour multilatérale d’investissement: l’avenir indéterminé d’un projet européen déterminant. *Revue générale de droit international public*, 4, 893-930.
- Matucci, G. (2009). *Tutela dell’affidamento e disposizioni transitorie*. CEDAM: Padova.
- Maxwell, D. (2016). Disputed property rights: article 1 Protocol no. 1 of the European Convention on Human Rights and the Land Reform (Scotland) Act 2016, *European Law Review*, 41(6), 900-924.
- Mayer, P. (1986). La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière de contrats d’État. *Journal du droit international*, 113, 5-78.
- McCarthy, F. (2017). Protection of Property and the European Convention on Human Rights, *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, 6, 299-328.
- McLachlan, C. (2019). The assault on international adjudication and the limits of withdrawal. *International & Comparative Law Quarterly*, 68, 499-537.
- McLachlan, C., Shore, L. & Weiniger, M. (2017). *International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Medeiros, R. (1990). Relações entre normas constantes de convenções internacionais e normas legislativas na Constituição de 1976. *O Direito*, 335-377.
- Medeiros, R. (1992). *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*. Almedina: Coimbra.
- Medeiros, R. (1999). *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Medeiros, R. (2015). *A constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Medeiros, R. (2017). Anotação ao artigo 22.º. In J. Miranda & R. Medeiros (Org.), *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 1* (pp. 342-354). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Medeiros, R. (2017). Anotação ao artigo 62.º. In J. Miranda & R. Medeiros (Org.), *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 1* (pp. 896-924). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Medeiros, R. (2018). Anotação ao artigo 83.º. In J. Miranda & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 2* (pp. 63-75). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Medeiros, R. (2018). Anotação ao artigo 87.º. In J. Miranda & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 2* (pp. 116-117). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Medeiros, R. (2019). Arbitragem administrativa e Constituição. In J. Vasconcelos (Coord.), *Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda* (pp. 447-463). Coimbra: Almedina.

- Medeiros, R. & Pereira da Silva, J. (2017). Anotação ao artigo 18.º. In J. Miranda & R. Medeiros (Org.), *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 1* (pp. 229-296). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Melo Egídio, M. (2016). A revogação de actos administrativos inválidos constitutivos de direitos e as mutações do princípio da legalidade da administração no quadro do surgimento de um direito administrativo europeu. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 2* (pp. 361-375). Coimbra: Almedina.
- Menezes Cordeiro, A. (1984). *Da boa fé no direito civil – Volume 2*. Coimbra: Almedina.
- Merusi, F. (2001). Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’ “alternanza”. Giuffrè Editore: Milano.
- Mesquita, M. J. (2009). *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- Mesquita, M. J. (2013). O incumprimento estadual e responsabilidade do Estado: Breve apontamento sobre o acórdão do Tribunal Geral de 29 de março de 2011 e o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em homenagem a Gomes Canotilho – Volume 1* (pp. 511-527). Coimbra: Coimbra Editora.
- Mesquita, M. J. (2017). *Introdução ao Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- Messina, G. (2013). Stato economico d’eccezione e teoria della governance: ovvero la fine della politica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 107, 99-148.
- Messineo, F. (2015). The invocation of Member State Responsibility before National and International Courts. *International Organizations Law Review*, 12, 484-501.
- Methymaki, E. & Tzanakopoulos, A. (2017). Master of puppets? Reassertion of control through Joint Investment Treaty Interpretation. In A. Kulick (Ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (pp. 155-181). Cambridge: Cambridge University Press.
- Meyer-Ladewig, J. & von Raumer, S. (2017). Artikel 1 Schutz des Eigentums. In J. Meyer-Ladewig, J., M. Nettesheim & S. von Raumer (Hrsg.), *EMRK - Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar* (pp. 735-760). Baden-Baden: Nomos.
- Michaels, R. & Pauwelyn, J. (2011). Conflict of norms or conflict of laws: different techniques in the fragmentation of public international law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22, 349-376.
- Miles, K. (2014). *The origins of international investment law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Millet, F. (2010). Le dialogue des juges à l’épreuve de la QPC. *Revue du droit public*, 6, 1746-1750.
- Miranda, J. (1998). Ainda sobre a propriedade da farmácia. *Scientia Iuridica*, 47(274-276), 237-265.
- Miranda, J. (2010). O artigo 8.º da Constituição e o Direito Internacional. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral* (pp. 415-458). Coimbra: Almedina.

- Miranda, J. (2017a). Anotação ao artigo 16.º. In J. Miranda & R. Medeiros (Eds.), *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 1* (pp. 214-222). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Anotada.
- Miranda, J. (2017a). Anotação ao artigo 7.º. In J. Miranda & R. Medeiros (Eds.), *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 1* (pp. 214-222). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Anotada.
- Miranda, J. (2017a). Anotação ao artigo 8.º. In J. Miranda & R. Medeiros (Eds.), *Constituição Portuguesa Anotada – Volume 1* (pp. 214-222). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Anotada.
- Miranda, J. (2017b). *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- Miranda, J. (2020). *Curso de Direito Constitucional – Volume 2*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Miron, S. (2014). The last bite of the BITs. *European Law Journal*, 20(3), 332-345.
- Modugno, F. (2007) *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Möller, K. (2012). Proportionality: challenging the critics. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 709-731.
- Monebhurrin, N. (2015). Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela. Enshrining Legitimate expectations as a general Principle of International Law. *Journal of International Arbitration*, 32(5), 551-562.
- Moneke, E. (2020). The Quest for Transparency in Investor-State Arbitration: Are the Transparency Rules and the Mauritius Convention Effective Instruments of Reform?. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation & Dispute Management*, 86(2), 157-186.
- Moniz Lopes, P. (2011). *Princípio da boa fé e decisão administrativa*. Coimbra: Almedina.
- Moniz Lopes, P. (2012). Ponderação na revogação de atos administrativos inválidos. In M. Rebelo de Sousa (Coord.). In P. Otero, M. Rebelo de Sousa & F. Quadros (Org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda – Volume 4* (pp. 769-796). Coimbra: Coimbra Editora.
- Montanari, L. (1999). La disciplina delle “quote latte” tra tutela del legittimo affidamento ed esigenze della politica agricola comune. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 786-796.
- Montebault, B. (2003). La Stabilisation des Contrats d’État à travers l’exemple des contrats pétroliers – Le retour des dieux sur l’Olympe. *International Business Law Journal*, 6, 2003, 593-643.
- Montt, S. (2009). *State liability in Investment Treaty Arbitration*, Oxford: Hart Publishing.
- Moraes, H. & Hees, F. (2018). Breaking the BIT mold: Brazil’s pioneering approach to investment agreements. *American Journal of International Law Unbound*, 112, 197-201.
- Moreira, J. I. (2015). O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública. *O Direito*, 147(1), 187-204.
- Moreira, V. (2013). Constitucionalismo supranacional – A União Europeia depois do Tratado de Lisboa. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Volume 2* (pp. 503-539). Coimbra: Coimbra Editora.

- Moreira, V. (2015). A CRP e a União Europeia. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos* (pp. 869-926). Coimbra: Almedina.
- Moreira, V. (2016). Tribunais arbitrais e direito de acesso à justiça: uma perspetiva constitucional. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 9, 123-151.
- Morris, D. (2015). The regulatory state and the duty of consistency. In S. Lalani & R. Polanco (Eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (pp. 49-68). Leiden: Martinus Nijhoff.
- Mostafa, B. (2008). The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law. *Australian International Law Journal*, 15, 267-296.
- Mota de Campos, J., Mota de Campos, J. L., Pinto Pereira, A. (2014). *Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Mota, P. I. (2014). Preferential Trade Agreements and the Multilateral Trade System. *Boletim de Ciências Económicas*, 57, 2419-2453.
- Moules, R. (2011). *Environmental Judicial Review*. Hart Publishing: Oxford.
- Moura Ramos, R. M. (1981). *Direito Internacional Público. Sumários desenvolvidos e indicações bibliográficas referentes à matéria preleccionada nas aulas teóricas*. Porto: Universidade Católica.
- Moura Ramos, R. M. (1982). *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Sua posição face ao ordenamento jurídico*. Coimbra.
- Moura Ramos, R. M. (1991). *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Moura Ramos, R. M. (1998). L'ordre public international en droit portugais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 74, 45-62.
- Moura Ramos, R. M. (2008). Constituição europeia e constituição da República Portuguesa. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 137(3949), 239-248.
- Moura Ramos, R. M. (2013a). Arbitragem estrangeira e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no novo direito português da arbitragem. In *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo* (pp. 839-859). Coimbra: Almedina.
- Moura Ramos, R. M. (2013b). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a proteção dos direitos fundamentais. In *Estudos de Direito da União Europeia* (pp. 65-94). Coimbra: Coimbra Editora.
- Moura Ramos, R. M. (2013c). A reforma institucional e a Constituição Europeia. In *Estudos de Direito da União Europeia* (pp. 105-112). Coimbra: Coimbra Editora.
- Moura Vicente (2012). Artigo 56 – Anotação. In A. Ribeiro Mendes, D. Moura Vicente, J. Miguel Júdice, J. Robin de Andrade, P. Metello de Nápoles & P. Siza Vieira, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (pp. 104-107). Coimbra: Almedina.

- Moura Vicente, D. (2006). Direito aplicável aos contratos públicos internacionais. In J. Miranda (Org.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento – Volume 1* (pp. 289-311). Lisboa: FDUL.
- Moura Vicente, D. (2015). Convenção de arbitragem: problemas atuais. *O Direito*, 147(2), 303-320.
- Moura Vicente, D. (2016). Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores na perspetiva Europeia: desenvolvimentos recentes. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 1* (pp. 331-349). Coimbra: Almedina.
- Muchlinski, P. (2006). Caveat Investor? The Relevance of the conduct of the investor under the Fair and Equitable treatment standard. *International & Comparative Law Quarterly*, 55, 527-558.
- Muñoz Machado, S. (2019). Regulación y confianza legítima. *Revista de Administración Pública*, 188, 141-172.
- Munzer, S. (1982). A theory of retroactive legislation. *Texas Law Review*, 61(3), 425-480.
- Nanteuil, A. (2017). *Droit international de l'investissements*. Pedone: Paris.
- Nanteuil, A. (2017). Les mécanismes permanents de règlement des différends, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement?. *Journal du Droit International*, 55-80.
- Nanteuil, A. (2020). *International Investment Law*. Cheltenham: Elgar.
- Naômé, C. (1993). La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. *Rivista di Diritto Europeo*, 223-258.
- Napolitano, G. (2014). Diritto Amministrativo e processo economico. *Diritto Amministrativo*, 4, 695-724.
- Nathanson, R. A. (2016). The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support Systems as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Case Analysis. *Iowa Law Review*, 98, 863-904.
- Neframi, E. (2016). La compétence de l'Union européenne pour conclure un accord international, *Revue du Droit Public*, 6, 1639-1662.
- Neframi, E. (2019). Article 216(1) TFEU and the Union's shared external competence in the light of mixity: Germany v. Council (COTIF). *Common Market Law Review*, 56, 489-520.
- Neto, D. L. (2018). A jurisdição arbitral administrativa. In AAFDL (Coord.), *Estudos jurídicos em comemoração do centenário da AAFDL: contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios – Volume 1* (pp. 61-85). Lisboa: AAFDL Editora.
- Neto, L. (2014). O princípio da proteção da confiança em tempo de crise. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1, 233-264.
- Neuhaus, J. E. (2015). The Enforceability of Legislative Stabilization Clauses (Chapter 19). In D. Caron, S. Schill, A. C. Smutny, E. Triantafyllou (Eds.), *Practising Virtue* (pp. 318-329). Oxford: Oxford University Press.

- Neves, P. D. (2018). Decisão arbitral, legalidade objetiva e interesse público. In C. Amado Gomes & R. Pedro (Coord.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos* (pp. 99-132). Lisboa: AAFDL.
- Ngugi, J. (2007). Promissory estoppel: the life history of an ideal transplant. *University of Richmond Law Review*, 41, 425-497.
- Nicol, D. (2010). *The constitutional protection of capitalism*, Oxford: Hart Publishing.
- Nikièma, S. *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*. Paris: Puf.
- Nivard, C. (2012). Le régime du droit de propriété. *Revue Française de droit administratif*, 632-635.
- Nogueira de Brito, M. (2007). *A Justificação da Propriedade Privada numa democracia constitucional*. Coimbra: Almedina.
- Nogueira de Brito, M. (2012). Sobre a distinção entre direito público e direito privado – II. In P. Otero, M. Rebelo de Sousa & F. Quadros (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Volume 4* (pp. 375-402). Coimbra: Coimbra Editora.
- Nogueira de Brito, M. & Robin de Andrade, J. (2014). A tutela constitucional da posição do inquilino: entre o direito constitucional de propriedade privada e o direito à habitação. *Justiça Administrativa*, 108, 54-68.
- Nouvel, Y. (2002), Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux. *Revue Générale de droit international public*, 1, 80-102.
- Nouvel, Y. (2003). L'indemnisation d'une expropriation indirecte. *International Law FORUM du droit international*, 5, 198-204.
- Nouvel, Y. (2018). Traité bilatérale d'investissement – Droit de l'Union Européenne – Autonomie du droit de l'Union – Compatibilité des TBI intraeuropéens au droit de l'Union. Note. *Journal du Droit International*, 3, 903-924.
- Novitz, T. (2012). Labour rights and property rights: implications for (and beyond) redundancy payments and pensions?. *Industrial Law Journal*, 41, 136-165.
- Odendahl, K. (2012). Article 30 – Application of successive treaties relating to the same subject matter. In O Dorr & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention of the Law of Treaties. A commentary* (pp. 505-518). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Odermatt, J. (2014). The EU's accession to the European Convention on Human Rights: an international law perspective. *N. Y. U. Journal of International Law & Policy*, 1, 59-120.
- Ole Voss, J. (2011). *The impact of investment treaties on contracts between Host States and Foreign Investors*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Oliveira, F. P. (2004). O direito de edificar: dado ou simplesmente admitido pelo Plano?. *Cadernos de Justiça Administrativa*, 43, 49-57.

- Oliveira, H. (2010). Jurisprudência comunitária e regime jurídico da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas – influência, omissão e desconformidade. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/645-963.pdf> (acesso em 02.05.2020).
- Oliver, P. (2015). Companies and their Fundamental Rights: a comparative perspective. *International & Comparative Law Quarterly*, 64, 661-696.
- Olynik, S. (2012). A Balanced Approach to Distinguishing Between Legitimate Regulation and Indirect Expropriation in Investor–State Arbitration. *International Trade & Business Law Review*, 15, 254-296.
- Orakhelashvili, A. (2011). Article 30 – Application of successive treaties relating to the same subject matter. In O. Corten & P. Klein (ed.), *The Vienna Convention on the Law of the Treaties – Volume 1* (pp. 765-800). Oxford: Oxford University Press.
- Orlandini, J. (2015). Le vent de Strasbourg souffle sur le domaine public maritime. *Revue du droit public*, 3, 621-639.
- Ortino, F. (2017). Investment Treaties, sustainable development and reasonableness review: a case against strict proportionality balancing. *Leiden Journal of International Law*, 30, 71-90.
- Ortino, F. (2018). The obligation of regulatory stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How far have we come?. *Journal of International Economic Law*, 21, 848-850.
- Ostrove, M. (2016). La clause relative à l'expropriation. L'imbrication du concept d'attentes légitimes dans la notion d'expropriation indirecte. *Revue Generale de Droit International Public*, 119(1), 197-213.
- Otero, P. (1990). Declaração Universal dos Direitos do Homem e constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais. *O Direito*, 3-4, pp. 603-619.
- Otero, P. (1995). *O poder de substituição em Direito Administrativo – Volume 2*, Lisboa: Lex-Edições Jurídicas.
- Otero, P. (2007). *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina.
- Otero, P. (2018). Direito fundamental à responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira: esboço de uma metódica ponderativa de restrição. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (Coord.), *O regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas* (pp. 23-34). Lisboa: AAFDL.
- Oum Oum, J. F. (2013). Le fait illicite non fautif, fondement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles. *Revue française de droit administratif*, 627-636.
- Paasivirta, E. (1989). Internationalization and Stabilization of contracts versus State sovereignty. *British Yearbook of International Law*, 60, 315-350.
- Pace, A. (1997). *Potere costituente, rigidità costituzionale e autovincoli legislativi*. CEDAM: Padova.
- Pacheco de Amorim, J. (2014). *Direito administrativo da economia*. Coimbra: Almedina.
- Paddeu, F. (2018). *Justification and excuse in international law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Padelletti, M. (2000). Il caso Beyeler di fronte alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. *Rivista di diritto internazionale*, 781-801.
- Padelletti, M. (2003). *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Milano: Giuffré.
- Pagano, F. (2014). Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali. *Diritto Pubblico*, 2, 583-627.
- Pagano, F. (2017). Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore (osservazioni a margine di Corte costituzionale n. 108 del 2016. *Rivista Associazione Italiana dei costituzionalisti*. Disponibile em <https://www.rivistaaic.it/> (accesso em 02.05.2020).
- Paine, J. (2019). Investment Protection Standards as Global Constitutional Law. Disponibile em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455940 (accesso em 02.05.2020).
- Palmer, A. & Sampford, C. (1994). Retrospective legislation in Australia: looking back at the 1980s. *Federal Law Review*, 22, 217-277.
- Palombella, G. (2012). Global Law and the Law on the Globe. Layers, Legalities and the Rule of law principle. *Italian Journal of Public Law*, 4, 61-65.
- Palombino, F. (2012). *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*. Bologna: Il Mulino.
- Panizzon, M. (2006). *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*. Oxford: Hart Publishing.
- Paparinskis, M. (2013a). Investment Treaty Arbitration and the (new) law of State responsibility. *The European Journal of International Law*, 24(2), 617-647.
- Paparinskis, M. (2013b). *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford: Oxford University Press.
- Paparinskis, M. (2015). Good faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law. In A. Mitchell, M. Sornarajah & T. Voon (Eds.), *Good Faith and International Economic Law* (pp. 143-172). Oxford: Oxford University Press.
- Paparinskis, M. (2017). Masters and Guardians of International Investment Law: How to play the game of reassertion. In A. Kulick (Ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (pp. 30-52). Cambridge: Cambridge University Press.
- Papier, H. & Shirvani, F. (2019). GG Art. 14. In Maunz & Dürig (Eds.), *Grundgesetz Kommentar*. Munich: Beck.
- Pardini, La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles. Italie. *Revue française de droit administratif*, 434-443.
- Pascual Vives, F. (2016). El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y Construction Investments c. España (Fondo). *Revista Española de Derecho Internacional*, 68(2), 369-377.

- Pasquinelli, C. (2009). La responsabilità dello Stato-legislatore tra illecito “comunitario” e illecito “costituzionale”. Prime riflessi. *Rivista di Diritto Civile*, 171-199.
- Passinhas, S. (2019). Propriedade e personalidade à luz do artigo 62 CRP. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro – Volume 2* (pp. 269-306). Coimbra: Almedina.
- Patrão, A. (2008). *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*. Coimbra: Almedina.
- Patrão, A. & Canotilho, M. (2019). A admissibilidade dos recursos de constitucionalidade de normas de Regulamentos da União Europeia. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Sousa Ribeiro – Volume 1* (pp. 11-38). Coimbra: Almedina.
- Pauliat, H. (1995). Le droit de propriété devant le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne des droits de l’Homme. *Revue du droit public*, 6, 1445-1494.
- Paulsson, J. (2010). Cultural differences in Advocacy in International Arbitration. In D. Bishop & E. Kehoe (Eds.), *The art of advocacy in international arbitration* (pp. 15-21). New York: Juris.
- Paulsson, J. (2013). *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Paulsson, J. (2015). The power of States to make meaningful promises to foreigners. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 341-352.
- Paulus, A. & Nölscher, P. (2018). Eigentum und Investitionsschutz nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg. In M. Ludwigs & O. Remien (Org.), *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU* (pp. 133-168). Baden-Baden: Nomos.
- Pauwels, M. (2013). Retroactive Tax legislation in view of article 1 First Protocol ECHR. *EC Tax Review*, 6, 268-281.
- Pedro, R. (2018). Questões relativas à institucionalização da arbitragem administrativa: um puzzle em construção, um palimpsesto or something different?. In C. Amado Gomes & R. Pedro (Eds.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos* (pp. 23-43). Lisboa: AAFDL.
- Pedro, R. (2019). Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. In *Estudos sobre Arbitragem (em especial, de direito público)* (pp. 97-124), Lisboa: AAFDL.
- Pennicino, S. (2012). *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*. Roma: Maggioli Editore.
- Pereira Coutinho, F. (2013). *Os Tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia – O caso português*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pereira Coutinho, F. (2016). Os tribunais arbitrais tributários e o reenvio prejudicial. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 1* (pp. 485-509). Coimbra: Almedina.
- Pereira da Silva, J. (2003). *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

- Pereira da Silva, J. (2013). Artigo 15.º. In R. Medeiros (Org.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas* (pp. 379-423). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Pereira da Silva, J. (2018). *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Pereira, R. A. (2015). A constituição de servidão administrativa como “determinação do conteúdo e limites da propriedade. *Cadernos de Justiça Administrativa*, 111, 53-65.
- Perera, S. (2012). Equity-Based Decision-Making and the Fair and Equitable Treatment Standard: Lessons from the Argentine Investment Disputes – Part I. *The Journal of World Investment & Trade*, 13, 210-255.
- Perkams, M. (2010). The concept of indirect expropriation in comparative public law – searching for light in the dark (Chapter 4). In B. Kingsbury & S. Schill (Eds.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (pp. 107-150). Oxford: Oxford University Press.
- Pervou, I. (2016). Human Rights in times of crisis: the greek cases before the ECtHR, or the polarisation of a democratic society. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5(1), 591-619.
- Peters, A. (2006). The constitutionalisation of the European Union – without the constitutional treaty. In S. P. Riekman & W. Wessels (Eds.), *The making of a European Constitution* (pp. 35-67). Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Peters, A. (2009). Membership in the global constitutional community. In J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein (2009). *The constitutionalization of international law* (pp. 153-262). Oxford: Oxford University Press.
- Peters, A. (2017). The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization. *International Journal of Constitutional Law*, 15(3), 671-704.
- Petersmann, E. U. (2018). *Multilevel constitutionalism for multilevel of public goods. Methodology Problems in International Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Pez, T. (2013). *Le risque dans les contrats administratifs*. Paris: LGDJ.
- Pfersmann, O. (2000). Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand. *Révue française de droit administratif*, 16, 235-245.
- Piçarra, N. (1987). A separação de poderes na Constituição de 76. In J. Miranda (Org.), *Nos dez anos da Constituição* (pp. 145-174). Lisboa: Imprensa Nacional.
- Piçarra, N. (1990). A reserva de administração. *O Direito*, 3-4, 572-592.
- Pichel, P. & Vicente, M. (2019). The importance of (not) being a tax. Energy taxes and contributions under international investment arbitration and the portuguese constitution. Paper apresentado no *American Society of Comparative Law 2019 Annual Meeting*, University of Missouri, 18.10.2019.
- Picherack, J. R. (2008). The expanding scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have recent Tribunals gone too far. *The Journal of World Investment & Trade*, 9, 255-291.

- Pinchis, M. (2014). The ancestry of “equitable treatment” in trade. Lessons from the League of Nations during the inter-war period. *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 13-72.
- Pinelli, C. (2019). Conditionality and economic constitutionalism in the Eurozone, *Italian Journal of Public Law*, 11(1), 22-42.
- Pinon, S. (2016). Les visages cachés du constitutionnalisme global. *Revue française de droit constitutionnel*, 108, 927-938.
- Pinto Leite, A. (2016). Papel das instituições de arbitragem na construção da jurisprudência arbitral – a procura das melhores práticas. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 1* (pp. 245-264). Coimbra: Almedina.
- Pinto Monteiro, A. P. (2009). Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional. *Themis*, 9(16), 185-223.
- Pinto Monteiro, A. P. (2013). Da ordem pública no processo arbitral. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Lebre de Freitas – Volume 2* (pp. 589-673). Coimbra: Coimbra Editora.
- Pinto, A. L. (2016). As restrições ao direito de propriedade não expressamente previstas na Constituição. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – Volume 1* (pp. 13-57). Coimbra: Almedina.
- Platania, L. (2008). Legge-provvedimento autoapplicativa, violazione del giudicato costituzionale e responsabilità del legislatore (riflessioni a margine delle Sentt. nn. 250 e 405 del 2008). *Rivista di diritto pubblico*, 162, 5109-5136.
- Plessix, B. (2016). Sécurité juridique et confiance légitime. *Revue du droit public*, 3, 799-814.
- Ponthoreau, M. (2018). Un regard disciplinaire sur les rapports entre droit de l’Union Européenne et droits constitutionnels des États membres. *Revue de l’Union Européenne*, 622, 563-569.
- Popelier, P. (2000). Legal certainty and principles of proper law making. *European Journal of Legal Reform*, 2, 321-342.
- Popelier, P. (2006). Legitimate expectations and the law maker in the case law of the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 1, 10-24.
- Popelier, P. (2008). Constitutional tort liability and the prudent legislature. *Legisprudence*, 5(1), 69-94.
- Popelier, P. & Van de Heyning, C. (2013). Procedural rationality: giving teeth to the proportionality analysis. *European Constitutional Law Review*, 9, 230-262.
- Portuese, A. (2013). Principle of Proportionality as Principle of Economic Efficiency. *European Law Journal*, 19, 612-635.
- Potestà, M. (2012). Legitimate expectations in investment treaty law: understanding the roots and the limits of a controversial concept. Society of International Economic Law (SIEL) Third Biennial Global Conference, Singapore, 12-14 July 2012. Disponível em <https://lk-k.com/wp-content/uploads/potesta-legitimate-expectations-inv.-treaty-law-2013.pdf> (acesso em 02.05.2020).

- Potts, J. (2011). Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, reliance and internationalization. *Virginia Journal of International Law*, 51, 1028-1035.
- Poulain, B. (2009). Développements récents du droit communautaire des investissements internationaux. *Révue générale de droit international public*, 4, 873-895.
- Price, D. M. (2000). Chapter 11 – Private Party vs. Government, Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve. *Canada US Law Journal*, 26, 107-114.
- Prosser, T. (2010). *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- Pugiotto, A. (2017). Il principio d'irretroattività preso sul serio. *Quaderni costituzionali*, 37 (2), 449-470.
- Puig, S. (2019). International Indigenous Economic Law. *UC Davis Law Review*, 52, 1243-1316.
- Puig, S. & Shaffer, G. (2018). Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law. *American Journal of International Law*, 112(3), 361-409.
- Puissochet, J. & Legal, H. (2001). Le principe de sécurité juridique. Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 11. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/> (acesso em 02.05.2020).
- Quadros, F. (1998). *A proteção da propriedade privada no Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina.
- Quadros, F. (2012). A difícil adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda – Volume 5* (pp. 87-99). Coimbra: Coimbra Editora.
- Quadros, F. (2018). *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- Quadros, I. (2016). A propriedade privada e as liberdades do mercado interno. In M. Rebelo de Sousa & E. Vera-Cruz Pinto (Coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros – Volume 1* (pp. 545-565). Coimbra: Almedina.
- Quintana López, T. (1994). La responsabilidad patrimonial por la aplicación de normas con rango de ley declaradas inconstitucionales. *Revista de Administración Pública*, 135, 103-147.
- Qureshi, A. (2008). An Appellate System in International Investment Arbitration?. In P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Disponível em www.oxfordhandbooks.com (acesso em 02.05.2020).
- Qureshi, A. & Ziegler, A. (2019). *International Economic Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Rachovitsa, A. (2017). The principle of systemic integration in human rights law. *International & Comparative Law Quarterly*, 66, 557-588.
- Racine, J. & Siirainen, F. (2018). *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz.
- Radi, Y. (2012). Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: a perspective from within the international investment law toolbox. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 37, 1107-1185.

- Radi, Y. (2015). International investment law and development: a history of two concepts. In S. Schill, C. Tams & R. Hofmann (Eds), *International Investment Law and Development. Bridging the Gap* (pp. 333-368). Cheltenham: Elgar.
- Raimbault, P. (2010). *Recherche Sur La Sécurité Juridique En Droit Administratif Français*. Paris: LGDJ.
- Raitio, J. (2003). *The Principle of Legal Certainty in EC Law*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Ranchordás, S. (2014). *Constitutional sunsets and experimental legislation*. Cheltenham: Elgar.
- Ranchordás, S. (2015). The international rule of law time after time: Temporary institutions between change and continuity. *Netherlands Yearbook of International Law*, 45, 67-91.
- Rangel, P. C. (2012). Arbitragem e Constituição: um novo lugar e um novo fundamento. In J. Machado, J. C. Loureiro & F. Alves Correia (Org.), *Estudos em homenagem a ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – Volume 2* (pp. 637-656). Coimbra: Coimbra Editora.
- Ranjan, P. & Anand, P. (2016). The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: a critical deconstruction. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 38, 1-54.
- Rasmussen, M. (2013). Rewriting the History of European Public Law: the new contribution of historians. *American University International Law Review*, 28, 1187-1221.
- Ratner, S. (2008). Regulatory Takings in institutional context: beyond the fear of fragmented international law. *American Journal of International Law*, 102, 475-528.
- Ratner, S. (2017). Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction. *American Journal of International Law*, 111, 7-56.
- Rauchegger, C. (2018). National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S. Case C-42/17, M.A.S and M.B., Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 5 December 2017. *Common Market Law Review*, 55, 1521-1548.
- Rebello de Sousa, M. (1989). As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados*, 49(2), 369-463.
- Rebello de Sousa, M. & Salgado de Matos, A. (2010a). *Direito administrativo geral – Introdução e princípios fundamentais – Volume 1*. Lisboa: D. Quixote.
- Rebello de Sousa, M. & Salgado de Matos, A. (2010b). *Direito administrativo geral – Atividade administrativa – Volume 3*. Lisboa: D. Quixote.
- Reich, C. (1964). The New Property. *The Yale Law Journal*, 73(5), 733-787.
- Reinisch, A. (2007). Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina. *Journal of World Investment & Trade*, 8, 191-214.

- Reinisch, A. (2012). Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations. *Legal Issues of Economic Integration*, 39(2), 157-178.
- Reinisch, A. (2013). The EU on the investment path – Quo vadis Europe? The future of EU BITs and other investment agreements. *Santa Clara Journal of International Law*, 12, 111-157.
- Reinisch, A. (2016). Will the EU's proposal concerning an Investment Court System for CETA and TTIP lead to enforceable awards? – The limits of modifying the ICSID Convention and the nature of Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*, 19, 761-786.
- Reinisch, A. & Malintoppi, L. (2012). Methods of adjudication. In P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Disponível em www.oxfordhandbooks.com (acesso em 02.05.2020).
- Reis Novais, J. (2019). *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Reisman, W. M. (2015). Canute confronts the tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law. *ICSID Review*, 30(3), 616-634.
- Reisman, W. M., & Sloane, R. D. (2004). Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation. *British Yearbook of International Law*, 74(1), 115–150.
- Rennert, K. (2016). The Protection of Legitimate Expectations under German Administrative Law. Paper given on the occasion of the seminar on the protection of legitimate expectations of the Association of Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union (ACA-Europe) on 21 April 2016 in Vilnius, Lithuania. Disponível em https://www.bverwg.de/medien/pdf/rede_20160421_vilnius_rennert_en.pdf (acesso em 02.05.2020).
- Ress, G. (2004). The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order. *Texas International Law Journal*, 40, 359-382.
- Reuelta Pérez, I. (2019). Estándar del inversor prudente y confianza legítima. *Revista de Administración Pública*, 208, 403-430.
- Reynolds, P. (2011). Legitimate expectations and the protection of trust in Public Officials. *Public Law*, 330-352.
- Ribeiro Mendes, A. (20). A arbitragem na jurisprudência do Tribunal Constitucional. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 7, pp. 123-160.
- Richer, L. (2019). *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ.
- Rigano, F. (1993). La leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2223-2232.
- Rigaux, A., Simon, D., Spanoudis, J. & Weemaels, E. (2011). Article 41 – Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only. In O. Corten & P. Klein (ed.), *The Vienna Convention on the Law of the Treaties – Volume 2* (pp. 987-1008). Oxford: Oxford University Press.

- Ristik, J. (2015). Right to property: from Magna Carta to the European Convention on Human Rights. *SEEU Review*, 11(1), 145-158.
- Rittner, F. & Dreher, M. (2017). *Europäisches und deutsches wirtschaftsrecht. Eine systematische Darstellung*. München: Muller.
- Rivers, J. (2006). Proportionality and variable intensity of review. *Cambridge Law Journal*, 65(1), 174-207.
- Robert-Cuendet, S. (2010). *Droit de l'investisseur étranger et protection de l'environnement*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Roberts, A. (2011). Comparative International Law – The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, 60, 57-92.
- Roberts, A. (2013). Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system. *American Journal of International Law*, 107, 45-94.
- Roberts, A. (2014). State-to-State Investment Treaty Arbitration: a hybrid theory of interdependent rights and shared interpretative authority, *Harvard International Law Journal*, 55, 1-70.
- Roberts, A. (2015). Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights. *Harvard International Law Journal*, 56, 353-417.
- Roberts, A. (2018). Incremental, systemic and paradigmatic reform of investor-state arbitration. *American Journal of International Law*, 112(3), 410-432.
- Roberts, A. & St. John, T. (2020). UNCITRAL and ISDS Reform: Plausible Folk Theories. EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. Disponível em <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-plausible-folk-theories/> (acesso em 02.05.2020).
- Robin de Andrade, J. (2012). Artigo 46 – Anotação. In A. Ribeiro Mendes, D. Moura Vicente, J. Miguel Júdice, J. Robin de Andrade, P. Metello de Nápoles & P. Siza Vieira, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada* (pp. 90-96). Coimbra: Almedina.
- Rodríguez Bajón, S. (2012). El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. *Revista de Administración Pública*, 188, 189-205.
- Rodrik, D. (2006). Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform. *Journal of Economic Literature*, 44, 973-987.
- Rosenfeld, M. (2001). The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, 74, 1307-1352.
- Ruffert, M. (2000). The protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights. *German Yearbook of International Law*, 43, 116-148.

- Ruffert, M. (2017). The EMU in the ECJ: A New Dimension of Dispute Resolution in the Process of European Integration. In L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta (Eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis* (pp. 335-352). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Saavedra Pinto, C. (2012). *O facto do príncipe e os contratos administrativos. Reflexão sobre o instituto do facto do príncipe e a tutela do cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo*. Coimbra: Almedina.
- Sabahi, B. (2011). *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration. Principles and practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Saccucci, Y. (2014). La réception de la notion de bien, au sens de l'article 1 du premier Protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme, par le juge administratif. *Revue du droit public*, 6, 1591-1606.
- Sackman, J. (2012). *Transparenz im völkerrechtlichen Investitionsschiedsverfahren: Gewährleistungen der ICSID-Konvention, der UNCITRAL-Schiedsregeln sowie völker und unionsrechtliche Maßgaben*. Baden-Baden: Nomos.
- Sadeleer, N. (2018). Les tribunaux d'investissement mis sur la salette au nom de l'autonomie du droit de l'Union. *Revue des affaires européennes*, 1, 117-127.
- Salacuse, J. (2017). Of handcuffs and signals: Investment Treaties and capital flows to developing countries. *Harvard International Law Journal*, 58, 127-176.
- Salah, M. (2012). *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international: mythe ou réalité?*. Paris: LGDJ.
- Salah, M. (2019). Le droit à l'épreuve des nouvelles régulations de l'économie globale. *Journal du droit international*, 4, 1057-1101.
- Salembier, J. P. (2003). Understanding retroactivity: When the Past just ain't what it used to be. *Hong Kong Law Journal*, 33, 99-138.
- Sales, P. (2006). Property and Human Rights: Protection, Expansion and disruption. *Judicial Review*, 11, 141-147.
- Sales, P. & Steyn, K. (2004). Legitimate expectations in english public law. *Public Law*, 564-593.
- Salomon, M. (2013). From NIEO to now and the unfinishable story of economic justice. *International & Comparative Law Quarterly*, 62, 31-54.
- Salvia, M. de (2001). La nozione di sicurezza giuridica nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. *Rivista internazionale dei diritto dell'uomo*, 717-729.
- Sanders, A. B. (2010). Of all things made in America why are we exporting the Penn Central test?. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 30, 339-381.
- Santaella Quintero, H. (2019). *La propiedad privada constitucional: una teoría*. Madrid: Marcial Pons.

- Santos, A. C., Gonçalves, M. E. & Leitão Marques, M. M. (2016). *Direito Económico*. Coimbra: Almedina.
- Santulli, C. (2001). Les droits acquis. *Revue française de droit administratif*, 17 (1), 87-92.
- Sanz Rubiales, I. (2000). El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 4(7), 91-122.
- Sardinha, E. (2018). Party-Appointed Arbitrators no more. The EU-Led Investment Tribunal System as an (imperfect?) response to certain legitimacy concerns in investor-State arbitration. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 17, 117-134.
- Sattorova, M. (2012). Return to the local remedies rule in European BITs? Power (Inequalities), Dispute Settlement, and Change in Investment Treaty Law. *Legal Issues of Economic Integration*, 39(2), 223–248.
- Sattorova, M. (2017). Reassertion of control and contracting parties' domestic law responses to investment treaty arbitration. In A. Kulick (Ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime* (pp. 53-80). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schaffer, G. (2012). International law and global public goods in a Legal Pluralist World. *European Journal of International Law*, 23(3), 669-693.
- Schemmer, E. C. (2008). Investment, Investor, Nationality, and Shareholders. In P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Disponível em www.oxfordhandbooks.com (acesso em 02.05.2020).
- Scheu, J. (2017). *Systematische Berücksichtigung von Menschenrechten in Investitionsschiedsverfahren*. Baden-Baden: Nomos.
- Schill, S. (2009). Enabling private ordering: Function, scope and effect of umbrella clauses in International investment treaties. *Michigan Journal of International Law*, 18, 75-84.
- Schill, S. (2010). Crafting the International Economic Order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the Role of the Arbitrator. *Leiden Journal of International Law*, 23, 401-430.
- Schill, S. (2011a). Enhancing International Investment Law legitimacy: conceptual and methodological foundations of a New Public Law Approach. *Virginia Journal of International Law*, 52, 57-102.
- Schill, S. (2011b). System-building in investment-treaty arbitration and lawmaking. *German Law Journal*, 12(5), 1084-1110.
- Schill, S. (2015a). Reforming Investor-State dispute settlement (ISDS): conceptual framework and options for the way forward. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum. Disponível em <http://e15initiative.org/> (acesso em 02.05.2020).
- Schill, S. (2015b). The German debate on International Investment Law. *The Journal of World Investment & Trade*, 16(1), 1-9.

- Schill, S. (2016). Conceptions of legitimacy in international arbitration. In D. Caron, S. Schill, A. C. Smutny, E. Triantafylou (Eds.), *Practising Virtue* (pp. 106-124). Oxford: Oxford University Press.
- Schill, S. (2018). Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht? Eine rechtsvergleichende Analyse im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht am Beispiel des EU-Freihandelsabkommens mit Kanada (CETA). *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 78(1), 33-92.
- Schill, S. & Djanic, V. (2018). Internationales Investitionsschutzrecht und Gemeinwohlinteressen, *Der Staat*, 57, 563-600.
- Schill, S. & Tvede, K. (2015). Mainstreaming Investment Treaty Jurisprudence. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 14, 94-129.
- Schlemmer, E. C. (2008). Investment, Investor, Nationality, and Shareholders. In P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook on International Investment Law*. Disponível em www.oxfordhandbooks.com (acesso em 02.05.2020).
- Schneider, J. (2002). Seguridad jurídica y protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán. *Documentación Administrativa*, 263-264, 249-279.
- Schneiderman, D. (2008). *Constitutionalizing Economic Globalization – Investment rules and democracy's promise*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schneiderman, D. (2014). How to govern differently: neoliberalism, new constitutionalism and international investment law. In S. Gill & A. C. Cutler (Eds.), *New Constitutionalism and World Order* (pp. 165-178). Cambridge: Cambridge University Press.
- Schneiderman, D. (2017). International Investment Law's Unending Legitimation Project. *Loyola University Chicago Law Journal*, 49, 229-269.
- Schneiderman, D. (2018). Against Constitutional Excess: Tocquevillian Reflections on International Investment Law. *University of Chicago Law Review*, 85, 585-608.
- Schönberg, S. (2000). *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2005). Fair and Equitable Treatment in Investment Practice. *The Journal of World Investment & Trade*, 6(3), 357-386.
- Schreuer, C. (2008). Consent to arbitration. In P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Disponível em www.oxfordhandbooks.com (acesso em 02.05.2020).
- Schrijver, N. (2009). *Sovereignty over natural resources*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schubert, F. & Cossalter, P. (2019). La responsabilité du fait des lois. *Revue française de droit administratif*, 3, 404-420.
- Schuppli, A. (2018). *Staatliches Regulierungsinteresse im Investitionsschutzrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes vor indirekten Enteignung*. Baden-Baden: Nomos.

- Schütze, R. (2018). *European Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schwartz, M. (1999). A critical analysis of retroactive economic legislation: a proposal for due process revitalization in the economic area. *Seton Hall Constitutional Law Journal*, 9, 935-991.
- Schwarze, J. (2009). *Droit Administratif Européen*. Bruxelles: Bruylant.
- Schwebel, S. (2016). The proposal of the European Commission for Investment protection and an Investment Court System. Disponível em <http://isdsblog.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/05/THEPROPOSALSOFTHEEUROPEANCOMMISSION.pdf> (acesso em 02.05.2020).
- Schwöbel, C. (2012). The appeal of the project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. *German Law Journal*, 13(1), 1-22.
- Seatzu, F. (2002). L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: alcune considerazioni in margine alle sentenze nei casi Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera Srl. *Rivista di diritto internazionale*, 292-317.
- Serkin, C. (2009). Existing uses and the limits of land use regulations. *New York University Law Review*, 84, 1222-1291.
- Sermet, L. (1998). *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le Droit de propriété. Dossier sur les Droits de L'Homme n.º 11*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe.
- Sérvulo Correia, J. M. (2001). Da sede do regime de responsabilidade objectiva por danos causados por normas emitidas no desempenho da função administrativa. *Revista da Ordem dos Advogados*, 61, 1313-1348.
- Sérvulo Correia, J. M. (2010). A resolução dos litígios sobre investimento estrangeiro em direito arbitral comparado. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque* (pp. 821-841). Coimbra: Coimbra Editora.
- Shan, W. & Zhang, S. (2011). The Treaty of Lisbon: Halfway toward a Common Commercial Policy. *The European Journal of International Law*, 21(4), 1049-1073.
- Sharpston, E. (1991). European Community Law and the doctrine of legitimate expectations: how legitimate, and for whom?. *Northwest Journal of International Law & Business*, 11, 87-103.
- Shemberg, A. (2009). Stabilization clauses and Human Rights – A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/502401468157193496/Stabilization-clauses-and-human-rights>. (acesso em 02.05.2020).
- Shinar, A. (2019). The ideologies of global constitutionalism. *Global Constitutionalism*, 8(1), 12-28.
- Sigron, M. (2014). *Legitimate expectations under article 1 of Protocol no. 1 to the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Intersentia.

- Simões, F. D. (2017). Case Note. Charanne and Construction Investments v. Spain: Legitimate expectations and investments in renewable energy. *Review of European Community & International Environmental Law*, 26(2), 174-180.
- Simon, S. (2018). Rechtskulturelle Differenzen in Europe. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 143, 597-622.
- Sipiorski, E. (2018). *Good faith in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford.
- Slaughter, A. (1993). Judicial Globalization. *Virginia Journal of International Law*, 40, 1103-1124.
- Slaughter, A. (2005). *A new world order*. Oxford-Princeton: Princeton University Press.
- Smutny, A. C. (2015). Compensation Due in the Event of an Unlawful Expropriation. The ‘Simple Scheme’ Presented by Chorzów Factory and Its Relevance to Investment Treaty Disputes. In D. Caron, S. Schill, A. C. Smutny, E. Triantafyllou (Eds.), *Practising Virtue* (pp. 626-641). Oxford: Oxford University Press.
- Soares, M. & Soares, S. (2013). Do reenvio prejudicial pelos tribunais arbitrais em matéria tributária. In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier – Volume 2* (pp. 251-268). Coimbra: Almedina.
- Soares, R. E. (1978). *Direito administrativo – Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*. Coimbra.
- Soares, R. E. (1986). O conceito ocidental de Constituição. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3743-3744, 36-39 e 69-73.
- Sohn, L. B & Baxter, R. R. (1961). Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens I. *American Journal of International Law*, 55, 545-547.
- Sohn, L. B & Baxter, R. R. (1961). Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens. *American Journal of International Law*, 55, 548-584.
- Sornarajah, M. (2018). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sousa Ribeiro, J. (2009). O direito de propriedade na Jurisprudencia do Tribunal Constitucional Português, *XI Conferencia Trilateral 8-10 de octubre 2009 Lisboa*. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/33/ponencia%20portugal%202009.pdf>. (acesso em 02.05.2020).
- Spears, B. (2011). Making way for the public interest in international investment agreements. In C. Brown & K. Miles (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and arbitration* (pp. 271-297). Cambridge: Cambridge University Press.
- Sprankling, J. (2014). The global right to property. *Columbia Journal of Transnational Law*, 52(2), 464-505.

- Stanley, J. (2001). Keeping big brother out of our backyard: regulatory takings as defined in International Law and compared to American Fifth Amendment jurisprudence. *Emory International Law Review*, 15, 349-389.
- Stefano, C. (2020). *Attribution in International Law and Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Steinbach, A. (2009). EC Liability for non-compliance with decisions of the WTO DSB: The Lack of Judicial Protection Persists. *Journal of World Trade*, 1047-1069.
- Steininger, S. 2018. What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration. *Leiden Journal of International Law*, 31, 33-58.
- Stifter, L. & Reinisch, A. (2016). Expropriation in the light of the UNCTAD Investment Policy Framework for Sustainable Development. In S. Hindelang & M. Krajewski (2016), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified* (pp. 81-96). Oxford: Oxford University Press.
- Stöbener de Mora, P. & Wernicke, S. (2019). Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel – Das CETA-Gutachten des EuGH. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23, 970-977.
- Stoll, P. & Holterhus, T. P. (2016). The ‘Generalization’ of International Investment Law in Constitutional Perspective. In S. Hindelang & M. Krajewski (2016), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified* (pp. 339-356). Oxford: Oxford University Press.
- Stoll, P. (2018). International Investment Law and the rule of law. *Göttingen Journal of International Law*, 9(1), 267-292.
- Stone, J. (2012). Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of Investment. *Leiden Journal of International Law*, 25, 77-107.
- Stone, J. (2016). Agreeing to Disagree: The Primacy Debate Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. *Minnesota Journal of International Law*, 25, 127-165.
- Sullivan, E. & Power, K. (2014). The “parcel as a whole in context” – Shifting the benefits and the burdens of economic life or not. *Touro Law Review*, 30, 431-453.
- Supapa, R. (2017). Burlington Resources, Inc v Republic of Ecuador: Enforcing Economic Stability Guarantees through an Umbrella Mechanism: ‘Caveat Upstream Petroleum Investor’?. *ICSID Review*, 32(2), 275-286.
- Suse, A. & Wouters, J. (2017). Exploring the boundaries of provisional application: The EU’s Mixed Trade and Investment Agreements. *Journal of World Trade*, 53(3), 395-416.
- Sweet, A. S. & Griesel, F. (2017). *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
- Sweet, C., Chung, M. & Saltzman, A. (2017). Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor–State Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 8, 579-609.

- Sykes, A. O. (2015). Economic “Necessity” in International Law. *American Journal of International Law*, 109(2), 296-323.
- Sykes, A. O. (2019). The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design. *American Journal of International Law*, 113(3), 482–534.
- Tan, C. (2015). Reviving the emperor’s old clothes: the good governance agenda, development and international investment law. In S. Schill, C. Tams & R. Hofmann (Eds.) *International Investment Law and Development. Bridging the Gap* (pp. 149-155). Cheltenham: Elgar.
- Tavares da Silva, S. (2010). *Um novo Direito Administrativo?*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Tavares da Silva, S. (2012). O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio da proporcionalidade. *Boletim da Faculdade de Direito*, 88(2), 639-678.
- Tavares da Silva, S. (2014). *Os Direitos Fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Tavares da Silva, S. (2015a). *Direito Fiscal. Teoria Geral*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Tavares da Silva, S. (2015b). Os novos desafios do setor eléctrico no contexto da sustentabilidade. In I. González-Ríos (Dir.), *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los Servicios en Red* (pp. 25-49). Madrid: Dykinson, S.L.
- Tavares, M. I. (2015). *Guerra e responsabilidade. A intervenção militar no Iraque em 2003*. Porto: Universidade Católica Editora.
- Teixeira, R. G. (2018). Arbitragem de investimento, soberania dos Estados e interesse público: críticas e respostas no CETA. In F. Pereira Coutinho, L. Feteira & R. Santos (Coord.), *OMC 2.0: o CETA como novo paradigma do direito internacional económico?* (pp. 203-221). Lisboa: FDUL/CEDIS.
- Teixeira, R. N. (2018). A “judicialização” do sistema de ISDS no TTIP. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, 8, 111-124.
- Temple Lang, J. (1989). The constitutional principles governing Community legislation. *Northern Ireland Legal Quartely*, 40, 227-249.
- Temple Lang, J. (2000). Legal certainty and legitimate expectations as General Principles of Law. In U. Bernitz & J. Nergelius (Eds.), *General Principles of European Community Law* (pp. 163-184). The Hague: Kluwer International Law.
- Tesaurò, G. (2012). *Diritto dell'Unione Europea*. Padova: Cedam.
- Thomas, R. (2000). *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Oxford: Hart Publishing.
- Thouvenin, J. (2012). Responsibility in the context of the European Legal Order (Chapter 55). In J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (Eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 861-875), Oxford: Oxford University Press.

- Tienhaara, K. (2011). Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. In C. Brown & K. Miles (Eds.), *Evolution in Investment Treaty Arbitration* (pp. 606-627). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tietje, C. (2008). The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, 78. Disponível em <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/altbestand/Heft78.pdf> (acesso em 02.05.2020).
- Tietje, C., Sipiorski, E., Töpfer, G. (2012). Responsibility in investor-state-arbitration in the EU. *Directorate General for External Policies – European Parliament*. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2012/457126/EXPO-INTA_ET\(2012\)457126_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2012/457126/EXPO-INTA_ET(2012)457126_EN.pdf) (acesso em 02.05.2020).
- Tischler, S. (2014). A new approach to shareholder standing before the European Court of Human Rights. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 25, 259-287.
- Tissot, S. (2001). La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission. *Revue Trimestrielle de droit européen*, 37(1), 93-121.
- Titi, C. (2013). The arbitrator as a lawmaker: jurisgenerative processes in investment arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 14, 829-851.
- Titi, C. (2015). Are investment tribunals adjudicating political disputes?. *Journal of International Arbitration*, 32(3), 261-288.
- Tocqueville, A. (1835). De la démocratie en Amérique II. Disponível online em http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_tome1.html (acesso em 02.05.2020).
- Tóth, G. A. (2017). Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism. In M. Adams, A. Meuwese & E. H. Ballin (Eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging idealism and realism* (pp. 386-416). Cambridge: Cambridge University Press.
- Trimarchi-Banfi, F. (2013). Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento. *Diritto amministrativo*, 21(1/2), 15-51.
- Tsakyrakis, S. (2009). Proportionality: An assault on human rights?. *International Journal of Constitutional Law*, 7, 468-493.
- Tsetoura, A. (2013). Property protection as a limit to deteriorating social security protection. *European Journal of Social Security*, 15(1), 55-78.
- Tudor, I. (2008). *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Law of Foreign Investment*. Oxford: Oxford University Press.
- Turatsinze, E. (2015). The pursuit of clarity, Precision and Unambiguity in Drafting Retrospective Legislation. *European Journal of Law Reform*, 15 (3), 205-236.
- Tushnet, M. (2008). The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, 49(4), 985-1006.

- Tushnet, M. (2016). Varieties of constitutionalism (Editorial). *International Journal of Constitutional Law*, 14(1), 1.
- Tushnet, M. (2019). The globalisation of constitutional law as a weakly neo-liberal project. *Global Constitutionalism*, 8(1), 29-39.
- Tzevelekos, V. (2010). The Use of Article 31(3)(C) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology – Between Evolution and Systemic Integration. *Michigan Journal of International Law*, 31, 621-690.
- Urbina, F. J. (2014). Is it really that easy? A Critique of Proportionality and Balancing as reasoning. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 27, 167-192.
- Urueña, R. (2016). Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration. *Law & Contemporary Problems*, 79, 99-121.
- Vadi, V. (2011). When cultures collide: foreign direct investment, natural resources and indigenous heritage in international investment law. *Columbia Human Rights Law Review*, 42, 797-889.
- Vadi, V. (2015). *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*. Cheltenham: Elgar.
- Valembois, A. (2005). *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*. Paris: LGDJ.
- Valle, J. (2018). Artigo 16 – Indemnização pelo sacrifício. In C. Amado Gomes, R. Pedro & T. Serrão (Coord.), *O regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas* (pp. 885-915). Lisboa: AAFDL.
- Van Drooghenbroeck, S. (2000). The concept of “possessions” within the meaning of Article 1 of the First Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *The European Legal Forum*, 7(1), 437-496.
- Van Gerven, W. (1994). Non-contractual liability of Member States, Community institutions and individuals for breaches of community law with a view to a common for Europe. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 6-40.
- Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Harten, G. (2013). *Sovereign Choices and Sovereign Constraints. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Harten, G. & Loughlin, M. (2006). Investment Treaty Arbitration as a species of global administrative law. *The European Journal of International Law*, 17(1), 121-150.
- Van Meerbeeck, J. (2016). The principle of legal certainty in the case law of the European Court of Justice: from certainty to trust. *European Law Review*, 41, 275-288.

- Van Vooren, B. & Wessel, R. A. (2014). *EU External Relations Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vandeveldel, K. (1988). The Bilateral Investment Treaty Program of the United States. *Cornell International Law Journal*, 21(2), 201-276.
- Vandeveldel, K. (2005). A brief history of International Investment Agreements. *UC Davis Journal of International Law & Policy*, 12, 157-193.
- Vandeveldel, K. (2010a). A unified theory of Fair and Equitable Treatment. *International Law and Politics*, 43, 43-106.
- Vandeveldel, K. (2010b). *Bilateral Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press.
- Vandeveldel, K. (2013). Rebalancing through exceptions. *Lewis & Clark Law Review*, 17, 449-459.
- Vasciannie, S. (1999). The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice. *British Yearbook of International Law*, 70(1), 99-164.
- Vaz, M. A. (1994). *Direito Económico. A ordem económica portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Vaz, M. A. (1995). *A responsabilidade civil do Estado. Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional*. Porto: Universidade Católica.
- Vezzani, S. (2016). L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del Parere 2/13 della Corte di Giustizia. *Rivista di diritto internazionale*, 1, 69-116.
- Vicente, M. (2012). *A quebra da legalidade material na atividade normativa de regulação económica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Vicente, M. (2015). Proteção das legítimas expectativas e prossecução do interesse público: as dificuldades de harmonização no contexto dos acordos de investimento intra e extracomunitários. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos – Volume 1* (pp. 1189-1217). Coimbra: Almedina.
- Vicente, M. (2019a) A expropriação regulatória na arbitragem do investimento: intenção ou extensão? Comentário ao acórdão UP and CD Holding Internationale v. Hungary. *Católica Law Review*, 1, 183-198.
- Vicente, M. (2019b). E se o Governo governa mal? Obviamente, legisla-se!. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Sousa Ribeiro – Volume 1* (pp. 235-263). Almedina: Coimbra.
- Vicente, M. (2020). O princípio da proteção da confiança no direito público francês: os “irredutíveis gauleses” resistem?. In R. Lobo Xavier, R. Carvalho, M. Fontaine, C. Botelho, I. Folhadela, A. Ribeiro & P. Coutinho (Org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Afonso Vaz*. Porto: Universidade Católica Editora (no prelo).
- Vidal, L. (2005). *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*. Bruxelles: Bruylant.
- Vieira de Andrade, J. C. (1984). Declaração Universal dos Direitos do Homem. *Pólis*, pp. 11-12.

- Vieira de Andrade, J. C. (1987). Autonomia regulamentar e reserva de lei – Algumas reflexões acerca da admissibilidade de regulamentos das autarquias locais em matéria de direitos, liberdades e garantias. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró* – Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (pp. 1-14). Coimbra: Coimbra Editora.
- Vieira de Andrade, J. C. (2010). *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Vieira de Andrade, J. C. (2011). A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D – Estado de Direito, Estado Fiscal e Estado Social. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 140(3969), 345-363.
- Vieira de Andrade, J. C. (2013). A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3980, 286-300.
- Vieira de Andrade, J. C. (2019). *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.
- Viñuales, J. (2012). *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Violante, T. (2016). A arbitragem tributária e o recurso de constitucionalidade. *Revista do Ministério Público*, 145, 101-152.
- Von Papp, C. (2013). Clash of “autonomous legal orders”: Can EU member state Courts bridge the jurisdictional divide between investment tribunals and the ECJ? – A plea for Direct referral from investment tribunals to the ECJ. *Common Market Law Review*, 50, 1039-1082.
- Von Walter, A. (2015). Chapter 3: State Contracts and the Relevance of Investment Contract Arbitration. In M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch (Eds.), *International Investment Law* (pp. 80-92). London: Bloomsbury T&T Clark.
- Voon, T. (2017). Consolidating International Investment Law: the mega-regionals as a pathway towards multilateral rules. *World Trade Review*, 17(1), 33-63.
- Vranes, E. (2006). The definition of “norm conflict” in International Law and Legal Theory. *European Journal of International Law*, 17(2), 395-418.
- Waibel, M. (2007). Opening Pandora’s box: sovereign bonds in international arbitration. *American Journal of International Law*, 101, 711-759.
- Wälde, T. & Kolo, A. (2001). Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, 50(4), 811-848.
- Wälde, T. & Ndi, G. (1996). Stabilizing International Investment commitments: International Law v. Contract interpretation. *Texas International Law Journal*, 31, 215-268.
- Wälde, T. & Sabahi, B. (2008). Compensation, damages and valuation. In Ed. P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Disponível em www.oxfordhandbooks.com (acesso em 02.05.2020).

- Waldron, J. (2006). The rule of international law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 30(1), 15-30.
- Waldron, J. (2008). The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*, 43(1), 1-61.
- Waldron, J. (2011). Are sovereigns entitled to the Benefit of the International Rule of Law?. *European Journal of International Law*, 22(2), 315-343.
- Waldron, J. (2013). Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? *The Yale Law Journal*, 123, 1692-1730.
- Walker, N. (2009). Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate. *LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series*. Disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/> (acesso a 02.05.2015).
- Wardhaugh, B. (2015). Development, property and International Investment: The Double-edged sword of Human Rights. In T. Xu & J. Allain (Eds.), *Property and Human Rights in a global context* (pp. 175-196). Oxford: Hart Publishing.
- Washburn, R. (1996). Reasonable investment-backed expectations as a factor in defining property interests. *Washington University Journal of Urban & Contemporary Law*, 49, 63-96.
- Wehland, H. (2009). Intra-EU investment agreements and arbitration: is European Community Law an obstacle?. *International & Comparative Law Quarterly*, 58(2), 297-320.
- Weiler, A. (1993). Has Due Process struck out? The judicial rubberstamping of retroactive economic laws. *Duke Law Journal*, 42, 1069-1140.
- Weiler, J. (2015). European Hypocrisy: TTIP and ISDS. EJIL talk. Disponível em <https://www.ejiltalk.org/european-hypocrisy-ttip-and-isds/> (acesso em 15.02.2020).
- Weiler, T. (2001). A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection. *Hastings International & Comparative Law Review*, 24, 173-188.
- Weiler, T. (2005). Methanex Corp. v. U.S.A.: Turning the Page on NAFTA Chapter Eleven. *The Journal of World Investment & Trade*, 6, 903-921.
- Weiler, T. (2013), *The Interpretation of International Investment Law: Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context (International Litigation in Practice)*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Weiner, A. (2003). Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes. *International Law FORUM du droit international*, 5, 166-175.
- Welsh, A. (2019). Interpretation, revision and annulment of the award (27). In J. Fouret, R. Gerbay & G. M. Alvarez (Eds.), *ICSID Convention, regulations and rules: a practical commentary* (pp. 1270-1304). Cheltenham: Elgar.
- Wemaere, M., C. Streck & Chagas, T. (2009). Legal ownership and nature of Kyoto Units and EU allowances. In D. Freestone & C. Streck (Eds.), *Legal aspects of carbon trading* (pp. 35-58). Oxford: Oxford University Press.

- Wendt, R. (2018). GG Art. 14 Eigentum, Erbrecht und Enteignung. In M. Sachs (org.), *Grundgesetz Kommentar*. München: Beck.
- Westad, O. A. (2018). *The cold war – A world history*. London: Penguin.
- Weston, B. (1982). “Constructive Takings” under International Law: A Modest Foray into the Problem of “Creeping Expropriation”. *Virginia Journal of International Law*, 16(1), 104-175.
- Wicks, E., Rainey, R. & Ovey, C. (2017). *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Wiedmann, T. (2018). Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Staaten als unionsrechtswidriges Relikt? Die Antworten des EuGH in den Urteilen vom 6. März 2018, Achmea und SEGRO. In M. Ludwigs & O. Remien (Org.), *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU* (pp. 225-236). Baden-Baden: Nomos.
- Wilske, S. (2018). Investitionsschiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit: Die andere Seite der Medaille – Einige unbequeme Wahrheiten?. In M. Ludwigs & O. Remien (Org.), *Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU* (pp. 331-344). Baden-Baden: Nomos.
- Withes, A. (2010). Investor-State arbitration: can the fair and equitable treatment clause consider international Human Rights obligations?. *Leiden Journal of International Law*, 23, 241-256.
- Witte, I. (2018). Interactions between International Investment Law and Constitutional Law: promoting the dialogue. A European perspective on Judicial Cooperation and Deference, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 21(1), 467-574.
- Woehrling, J. (2007). L’obligation d’édicter des mesures transitoires comme instrument de la protection des situations juridiques constituées. *Revue du droit public*, 1, 285-317.
- Wolkewitz, M. (2016). Transparency and Independence of Arbitrators in Investment Arbitration: Rule of Law Implications. *European Investment Law & Arbitration Review*, 1, 288-304.
- Wollenschläger, F. (2014). Article 17 – Right to Property. In S. Peers, T. Hervey & J. Kenner & A. Ward (Eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A commentary* (pp. 469-487). Oxford: Hart Publishing.
- Wollenschläger, F. (2017). Fundamental Rights Regimes in the European Union: Contouring their Spheres. Europe and Asia. In Nakanishi (Ed.), *Contemporary Issues in Human Rights Law* (pp. 23-49). Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- Wongkaew, T. (2015). The transplantation of legitimate expectations in Investment Treaty Arbitration. In S. Lalani & R. Polanco (Eds.), *The Role of the State in Investor-State Arbitration* (pp. 69-102). Leiden: Martinus Nijhoff.
- Woolcock, S. (2010). The Treaty of Lisbon and the European Union as an actor in international trade. *ECIPE working paper no. 1/2010*. Disponível em <http://www.ecipe.org/> (acesso em 02.05.2015).
- Wouters, J. & e Duquet, S. (2014). Reasonableness as a standard of judicial review: comparative European and international perspectives. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 51-54,

- Xu, T. & Gong, W. (2016). Communal Property in International Human Rights Instruments: implications for de facto expropriation. In T. Xu & J. Allain (Eds.), *Property and Human Rights in a global context* (pp. 225-246). Oxford: Hart Publishing.
- Yackee, J. (2008). Do we really need BITs? Toward a return to contract in international investment law. *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, 3, 121-146.
- Yackee, J. (2013). Political risk and international investment law. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 24, 477-500.
- Yannakopoulos, C. (1997). *La notion de droits acquis en droit administratif français*. Paris: LGDJ.
- Yernault, D. (2012). *L'État et la propriété. Le droit public économique par son histoire (1830-2012)*. Bruxelles: Bruylant.
- Yernault, D. (2013). Expropriation déguisée, impôt et droit de propriété: l'affaire Yukos, un épisode de la guerre des oligarques russes devant la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 94, 378-404;
- Yescombe, E. (2013). *Principles of Project Finance*. San Diego: Elsevier.
- Zarra, G. (2018). The issue of incoherence in investment treaty arbitration: is there need for a systemic reform?. *Chinese Journal of International Law*, 17, 137-185.
- Zemke, R. (2016). The right to Property and Bank Nationalizations. *Chicago Journal of International Law*, 16(2), 613-615.
- Zhu, Y. (2017). Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and reconciliation. *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 91-119.
- Ziegler, K. S. (2009). Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 9(2), 288-305.
- Ziegler, K. S. (2016). Searching for the Legitimacy of the European Court of Human Rights: The Neglected Role of 'Democratic Society'. *Global Constitutionalism*, 5(1), 16-47.
- Ziegler, P. & Trigo, A. (2019). O direito de regular do Estado e o padrão do tratamento justo e equitativo sob o Tratado da Carta da Energia: As lições do Reino de Espanha. *e-pública (Revista Eletrónica de Direito Público)*, 6(2), 136-167.
- Zysset, A. (2016). Searching for the legitimacy of the European Court of Human Rights: the neglected role of democratic society, *Global Constitutionalism* 5(1), 16-47.

OUTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Comissão Europeia (2014). Comunicação sobre Orientações relativas a auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020 [2014/C 200/01]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0628%2801%29>.

Comissão Europeia (2019). Anexo da Proposta de Decisão do Conselho relativa à posição a adotar, em nome da União Europeia, no âmbito do Comité de Serviços e Investimento criado ao abrigo do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro, no que respeita à adoção de um código de conduta para os membros do tribunal e da instância de recurso e os mediadores [COM(2019) 459 final]. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cdd0bdce-ec0d-11e9-9c4e-01aa75ed71a1.0016.02/DOC_2&format=PDF

Comissão Europeia (2019). Proposta de Decisão do Conselho relativamente à adoção de uma decisão que define as questões administrativas e organizacionais relativas ao funcionamento da instância de recurso [COM(2019) 457 final]. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/PT/COM-2019-457-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>

Conselho da União Europeia (2016). Decisão (UE) 2017/38 do Conselho, de 28 de outubro de 2016, relativa à aplicação provisória do Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017D0038&from=PT>

Consultative Council of European Judges, Council of Europe (2010). Magna Carta of Judges (Fundamental Principles). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0628\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0628(01)&from=PT).

Council of the European Union (2018). Draft Council conclusions on the negotiation and conclusion of EU trade agreements. https://bilaterals.org/IMG/pdf/draft_council_conclusions_on_the_negotiation_and_conclusion_of_eu_trade_agreements.pdf.

Council of the European Union (2018). Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>.

European Commission (2010). Towards a Comprehensive European International Investment Policy [COM (2010) 343]. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDE>.

European Commission (2015a). Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

European Commission (2015b). Trade for all – Towards a more responsible trade and investment policy. https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf.

European Commission (2018). Protection of intra-EU Investment [COM(2018) 547 final]. <https://eur-lex.europa.eu/>.

European Union (2019). Submission of the European Union and its Member States to UNCITRAL Working Group III. Establishing a standing mechanism for the settlement of international investment disputes. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157631.pdf.

German Magistrates Association (2015). Opinion on the establishment of an investment tribunal in TTIP – the proposal from the European Commission on 16.09.2015 and 11.12.2015. <https://subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf>

ICSID (2020). The ICSID Caseload – Statistics, issue 2020-1. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202020-1%20Edition-ENG.pdf>.

ICSID Secretariat (2004). Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>.

ICSID Secretariat & UNCITRAL Secretariat (2020). Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf.

International Monetary Fund (1997). World Development Report 1997: the state in a changing world. Oxford. <http://documents.worldbank.org/>.

International Monetary Fund (2014). BPM6 Compilation Guide. Companion Document to the Sixth Edition of the Balance of Payments and International Investment Position Manual. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2014/pdf/guide.pdf>.

Lago, I. M. y, Cohen, B. H., Martin, R., Lago, I. M. y, Takagi, S., & Takebe, M. (2004). The IMF and Argentina, 1991-2001. Washington, D.C.: International Monetary Fund. <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/eng/pdf/report.pdf>.

OECD (2008). OECD benchmark definition of foreign direct investment. Paris. <https://www.oecd.org/investment/fdibenchmarkdefinition.htm>.

The Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Company (2003). *BTC Human Rights Undertaking*.

<https://subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf>.

UNCITRAL, Working Group III (2017), 34th session - Possible reform of investor-State dispute settlement. Note by the Secretariat [A/CN.9/WG.III/WP.142].

https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state.

UNCITRAL, Working Group III (2018). Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Ensuring independence and impartiality on the part of arbitrators and decision makers in ISDS. Note by the Secretariat [A/CN.9/WG.III/WP.151]. <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.151>.

UNCTAD (2012). Expropriation: Unctad series on issues in international investment agreements II. New York: United Nations. <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=958>.

UNCTAD (2013). Fair and Equitable Treatment - A Sequel Unctad Series on Issues in International Investment Agreements II. https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

UNCTAD (2020). World Investment Report 2020. International production beyond the pandemic. New York: United Nations. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2020_en.pdf.

World Bank (1992). Legal Framework for the treatment of foreign investment – Volume 2. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. <http://documents.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf>.

World Bank (2019). Retention and Expansion of Foreign Direct Investment. Political Risk and Policy Responses. Summary of Research Findings and Policy Implications. <http://documents.worldbank.org/>.

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

*Tribunal Constitucional*²¹⁷³

Acórdão n.º 66/91, Processo n.º 237/89, 1.ª secção, 09.04.1981 [Relator: Conselheiro Tavares da Costa].

Acórdão n.º 11/83, Processo n.º 94/83, Plenário, 12.10.1983 [Relator: Conselheiro Martins da Fonseca].

Acórdão n.º 32/87, Processo n.º 30/85, 2.ª Secção, 28.01.1987 [Relator: Conselheiro Cardoso da Costa].

Acórdão n.º 413/87, Processo n.º 103/87, 2.ª Secção, 21.10.1987 [Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida].

Acórdão n.º 39/88, Processo n.º 136/85, Plenário, 09.02.1988 [Relator: Conselheiro Messias Bento].

Acórdão n.º 287/90, Processo n.º 309/88, 2.ª Secção, 30.10.1990 [Relator: Conselheiro Sousa Ribeiro].

Acórdão n.º 303/90, Processo n.º 129/89, Plenário, 21.11.1990 [Relator: Conselheiro Bravo Serra].

Acórdão n.º 371/91, Processo n.º 398/91, Plenário, 10.10.1991 [Relator: Conselheiro António Vitorino].

Acórdão n.º 52/92, Processo n.º 10/89, Plenário, 05.02.1992 [Relator: Conselheira Assunção Esteves].

Acórdão n.º 107/92, Processo n.º 285/90, 2.ª Secção, 19.03.1992 [Relator: Conselheiro Messias Bento].

Acórdão n.º 274/92, Processo n.º 104/91, 2.ª Secção, 14.04.1992 [Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida].

Acórdão n.º 257/92, Processo n.º 60/90, 1.ª Secção, 13.07.1992 [Relator: Conselheiro Monteiro Diniz].

Acórdão n.º 285/92, Processo n.º 383/92, Plenário, 22.07.1992 [Relator: Conselheiro António Vitorino].

Acórdão n.º 473/92, Processo n.º 298/90, Plenário, 10.12.1992 [Relator: Conselheiro Tavares Costa].

Acórdão n.º 262/93, Processo n.º 167/90, 1.ª Secção, 30.03.1993 [Relator: Conselheira Assunção Esteves].

Acórdão n.º 594/93, Processo n.º 397/92, 1.ª Secção, 28.10.1993 [Relator: Conselheiro Monteiro Diniz].

Acórdão n.º 494/94, Processo n.º 163/93, 2.ª Secção, 12.07.1994 [Relator: Conselheiro Messias Bento].

Acórdão n.º 52/95, Processo n.º 831/13, 1.ª Secção, 02.02.1995 [Relator: Conselheira Assunção Esteves].

Acórdão n.º 452/95, Processo n.º 417/91, Plenário, 06.07.1995 [Relator: Conselheiro Alves Correia].

Acórdão n.º 866/96, Processo n.º 3/94, Plenário, 04.07.1996 [Relator: Conselheiro Monteiro Diniz].

Acórdão n.º 1/97, Processo n.º 845/96, Plenário, 08.01.1997 [Relator: Conselheira Fernanda Palma].

²¹⁷³ Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional podem ser consultados online em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. Os acórdãos estão listados por ordem cronológica (do mais antigo para o mais recente).

Acórdão n.º 24/98, Processo n.º 621/97, Plenário, 22.01.1998 [Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca].

Acórdão n.º 237/98, Processo n.º 056/95, 2.ª Secção, 04.03.1998 [Relator: Conselheiro Alves Correia].

Acórdão n.º 262/98, Processo n.º 140/95, 2.ª Secção, 05.03.1998 [Relator: Conselheiro Alves Correia].

Acórdão n.º 444/08, Processo n.º 160/98, 2.ª Secção, 23.06.1998 [Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca].

Acórdão n.º 559/98, Processo n.º 284/97, 2.ª Secção, 27.10.1998 [Relator: Conselheiro Messias Bento].

Acórdão n.º 194/89, Processo n.º 824/97, 2.ª Secção, 23.03.1999 [Relator: Conselheira Fernanda Palma].

Acórdão n.º 329/99, Processo n.º 492/98, Plenário, 02.06.1999 [Relator: Conselheiro Messias Bento].

Acórdão n.º 517/99, Processo n.º 61/95, Plenário, 22.09.1999 [Relator: Conselheiro Messias Bento].

Acórdão n.º 205/00, Processo n.º 390/96, 2.ª Secção, 04.04.2000 [Relator: Conselheira Maria dos Prazeres Beleza].

Acórdão n.º 187/01, Processo n.º 120/95, Plenário, 02.05.2001 [Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto].

Acórdão n.º 304/01, Processo n.º 592/00, 1.ª Secção, 27.06.2001 [Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida].

Acórdão n.º 541/01, Processo n.º 336/01, 1.ª Secção, 05.12.2001 [Relator: Conselheiro Artur Maurício].

Acórdão n.º 535/01, Processo n.º 142/01, 2.ª Secção, 05.12.2001 [Relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca].

Acórdão n.º 491/02, Processo n.º 310/99, Plenário, 26.11.2002 [Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto].

Acórdão n.º 99/04, Processo n.º 355/03, 1.ª Secção, 11.02.2004 [Relator: Conselheiro Moura Ramos].

Acórdão n.º 41/07, Processo n.º 923/06, 2.ª Secção, 23.01.2007 [Relator: Conselheiro Mário Torres].

Acórdão n.º 181/07, Processo n.º 343/05, 2.ª Secção, 08.03.2007 [Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto].

Acórdão n.º 228/08, Processo n.º 384/07, 3.ª Secção, 21.04.2008 [Relator: Conselheiro Vítor Gomes].

Acórdão n.º 311/08, Processo n.º 753/07, 2.ª Secção, 30.05.2008 [Relator: Conselheiro Joaquim Sousa Ribeiro].

Acórdão n.º 128/09, Processo n.º 772/07, 3.ª Secção, 12.03.2009 [Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral].

Acórdão n.º 188/09, Processo n.º 505/08, Plenário, 22.04.2009 [Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha].

Acórdão n.º 421/09, Processo n.º 667/09, Plenário, 13.08.2009 [Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral].

Acórdão n.º 85/10, Processo n.º 653/09, 1.ª Secção, 03.03.2010 [Relator: Conselheiro Gil Galvão].

Acórdão n.º 154/10, Processo n.º 177/09, 20.04.2010 [Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral].

Acórdão n.º 399/10, Processo n.º 523/10, Plenário, 27.10.2010 [Relator: Conselheira Ana Guerra Martins].

Acórdão n.º 18/11, Processo n.º 204/10, 3.ª Secção, 12.01.2011 [Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha].

Acórdão n.º 396/11, Processo n.º 72/11, Plenário, 21.09.2011 [Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro].

Acórdão n.º 135/12, Processo n.º 772/11, 2.ª Secção, 07.03.2012 [Relator: Conselheiro João Cura Mariano].

Acórdão n.º 176/12, Processo n.º 645/11, 2.ª Secção, 28.03.2012 [Relator: Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro].

Acórdão n.º 310/12, Processo n.º 150/12, 2.ª Secção, 20.06.2012 [Relator: João Cura Mariano].

Acórdão n.º 617/12, Processo n.º 150/12, Plenário, 19.12.2012 [Relator: Conselheiro João Cura Mariano].

Acórdão n.º 2/13, Processo n.º 478/12, 3.ª Secção, 09.01.2013 [Relator: Conselheira Maria José Rangel de Mesquita].

Acórdão n.º 230/13, Processo n.º 279/13, Plenário, 24.04.2013 [Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha].

Acórdão n.º 355/13, Processo n.º 917/12, 1.ª Secção, 27.06.2013 [Relator: Conselheiro José Cunha Barbosa].

Acórdão n.º 474/13, Processo n.º 754/13, 29.08.2013 [Relator: Conselheiro Fernando Vaz Ventura].

Acórdão n.º 602/13, Processo n.º 531/12, Plenário, 20.09.2013 [Relator: Conselheiro Pedro Machete].

Acórdão n.º 781/13, Processo n.º 916/13, Plenário, 20.11.2013 [Relator: Conselheiro José Cunha Barbosa].

Acórdão n.º 862/13, Processo n.º 1260/13, Plenário, 19.12.2013 [Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro].

Acórdão n.º 42/14, Processo n.º 564/12, 2.ª Secção, 09.01.2014 [Relator: Conselheiro Fernando Vaz Ventura].

Acórdão n.º 202/14, Processo n.º 851/11, 1.ª Secção, 03.03.2014 [Relator: Conselheira Maria João Antunes].

Acórdão n.º 294/14, Processo n.º 1203/13, 2.ª Secção, 26.03.2014 [Relator: Conselheiro Pedro Machete].

Acórdão n.º 413/14, Processo n.º 14/14, Plenário, 30.05.2014 [Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha].

Acórdão n.º 480/14, Processo n.º 113/12, 1.ª Secção, 25.06.2014 [Relator: Conselheira Maria Lúcia Amaral].

Acórdão n.º 575/14, Processo n.º 819/14, Plenário, 14.08.2014 [Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha].

Acórdão n.º 847/14, Processo n.º 537/14, 1.ª Secção, 03.12.2014 [Relator: Conselheira Maria de Fátima Mata-Mouros].

Acórdão n.º 851/14, Processo n.º 1326/13, 1.ª Secção, 10.12.2014 [Relator: Conselheiro José Cunha Barbosa].

Acórdão n.º 326/15, Processo n.º 718/14, 1.ª Secção, 26.03.2015 [Relator: Conselheiro João Pedro Caupers].

Acórdão n.º 216/15, Processo n.º 207/13, 2.ª Secção, 08.04.2015 [Relator: Conselheiro Ana Guerra Martins].

Acórdão n.º 3/16, Processo n.º 74/15, Plenário, 13.01.2016 [Relator: Conselheiro João Pedro Caupers].

Acórdão n.º 171/17, Processo n.º 550/16, 05.04.2017 [Relator: Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro].

Acórdão n.º 395/17, Processo n.º 751/17, 3.ª Secção, 12.07.2017 [Relator: Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro].

Acórdão n.º 644/17, Processo n.º 519/17, Conferência, 04.10.2017 [Relator: Conselheiro Pedro Machete].

Acórdão n.º 828/17, Processo n.º 545/15, 2.ª Secção, 13.12.2017 [Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro].

Acórdão n.º 92/18, Processo n.º 449/17, 2.ª Secção, 20.02.2018 [Relator: Conselheira Catarina Sarmiento e Castro].

Acórdão n.º 3/16, Processo n.º 74/15, 2.ª Secção, 20.02.2018 [Relator: Conselheiro João Pedro Caupers].

Acórdão n.º 242/18, Processo n.º 598/17, Plenário, 08.05.2018 [Relator: Conselheiro Pedro Machete].

Acórdão n.º 309/18, Processo n.º 486/15, 3.ª Secção, 07.06.2018 [Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro].

Acórdão n.º 309/18, Processo n.º 486/15, 3.ª Secção, 07.06.2018 [Relator: Lino Rodrigues Ribeiro].

Acórdão n.º 328/18, Processo n.º 555/17, 1.ª Secção, 27.06.2018 [Relator: Conselheiro Teles Pereira].

Acórdão n.º 80/19, Processo n.º 366/18, 3.ª Secção, 05.02.2019 [Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro].

Acórdão n.º 134/19, Processo n.º 716/18, Plenário, 27.02.2019 [Relator: Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro].

Acórdão n.º 399/19, Processo n.º 914/18, 1.ª Secção, 04.07.2019 [Relator: Conselheiro Cláudio Monteiro].

Acórdão n.º 464/19, Processo n.º 26/18, Plenário, 18.09.2019 [Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro].

Acórdão n.º 205/14, Processo n.º 636/13, 1.ª Secção, 03.03.2014 [Relator: Conselheiro José Cunha Barbosa].

Acórdão n.º 60/20, Processo n.º 1444/17, 1.ª Secção, 04.02.2020 [Relator: Conselheiro Maria de Fátima Mata-Mouros].

*Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*²¹⁷⁴

- A.D. v. The Netherlands, application no. 21962/93, Second Chamber, 11.01.1994.
- Agosi v. The United Kingdom, application no. 9118/80, Court (Chamber), Judgment, 24.10.1986.
- Agrati et Autres c. Italie, Requêtes nos. 43549/08, 6107/09 et 5087/09, Deuxième Section, Arrêt, 07.06.2011.
- Agrotexim v. Greece, application 14807/89, Court (Chamber), Judgment, 24.10.1995.
- Air Canada v. The United Kingdom, application no. 18465/91, Court (Chamber), Judgment, 05.05.1995.
- Althoff and Others v. Germany, application no. 5631/05, Fifth Section, Judgment, 08.12.2012.
- Amato Gauci v. Malta, application no. 47045/06, Fourth Section, Judgment, 15.09.2009.
- Andonoski v. The former Yugoslav Republic of Macedonia, application no. 16225/08, First Section, Judgment, 17.09.2015.
- Andrejeva v. Latvia, application no. 55707/00, Grand Chamber, Judgment, 18.02.2009.
- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, application no. 73049/01, Grand Chamber, Judgment, 11.01.2007.
- Anthony Aquilina, application no. 3851/12, Fifth Section, Judgment, 11.12.2014.
- Aon Conseil et Courtage S.A and another v. France, application no. 70160/01, First Section, Judgment, 25.01.2007.
- Arnaud et autres c. France, requêtes nos. 36918/11, 36963/11, 36967/11, 36969/11, 36970/11 et 36971/11, Cinquième Section, Arrêt, 15.04.2015.
- Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S and others v. Italy, application nos. 48357/07, 52677/07, 52687/07 and 52701/07, Second Section, Judgment, 24.06.2014.
- B. K. M. Lojistik Tasimacilik Ticaret Limited Sirketi v. Slovenia, application no. 42079/12, Fourth Section, Judgment, 17.01.2017.
- B. v. The United Kingdom, application no. 36571/06, Fourth Section, Judgment, 14.05.2012.
- Bäck v. Finland, application no. 37598/97, Fourth Section, Judgment, 20.07.2004.
- Balan v. Moldova, application no. 19247/03, Fourth Section, Judgment, 29.01.2008.
- Banér c. Suède, Requête n.º 11763/85, Décision du 9 mars 1989 sur la recevabilité de la requête, 09.03.1989.
- Basarba Ood v. Bulgaria, application no. 77660/01, Fifth Section, Judgment, 07.01.2010.
- Behrami and Behrami v. France, application no. 71412/01, Grand Chamber, Decision as to Admissibility, 02.05.2007.

²¹⁷⁴ Os acórdãos do TEDH podem ser consultados em <https://hudoc.echr.coe.int/>. Os acórdãos estão listados por ordem alfabética.

Beires Côte-Real c. Portugal, requête n.º 48225/08, Deuxième Section, Arrêt, 11.01.2012.

Bélané Nagy v. Hungary, application no. 53080/13, Grand Chamber, Judgment, 13.12.2016.

Bélané Nagy v. Hungary, application no. 53080/13, Second Section, Judgment, 10.02.2015.

Bellizzi v. Malta, application no. 46575/09, Third Section, Judgment, 21.06.2011.

Beyeler v. Italy, application no. 33202/96, Grand Chamber, Judgment, 05.01.2000.

Bimer v. Moldova, application no. 15084/03, Fourth Section, Judgment, 10.07.2007.

Bittó and others v. Slovakia, application no. 30255/09, Third Section, Judgment, 28.01.2014.

Bosphorus c. Irlande, requête n.º 45036/98, Grande Chambre, Arrêt, 30.06.2005.

Broniowski v. Poland, application no. 31443/96, Grand Chamber, Judgment, 22.06.2004.

Brosset-Triboulet and Others v. France, application no. 34078/02, Grand Chamber, Judgment, 29.03.2010.

Brumarescu v. Romania, application no. 28342/95, Grand Chamber, Judgment, 28.10.1999.

Bucziewicz v. Poland, application no. 10446/03, Fourth Section, Judgment, 26.02.2008.

Budchenko v. Ukraine, application no. 38677/06, Fifth Section, Judgment, 24.07.2014.

Bulgakova v. Russia, application no. 69524/01, First Section, Judgment, 18.01.2007.

Bulves A.D v. Bulgarie, application no. 3991/03, Fifth Section, Judgment, 22.04.2009.

Capital Bank AD v. Bulgarie, application no. 49429/99, First Section, Judgment, 24.11.2005.

Carbonara and Ventura v. Italy, application no. 24638/94, Second Section, Judgment, 30.05.2000.

Cazacu v. Moldova, application no. 40117/02, Fourth Section, Judgment, 23.10.2007.

Centro Europa 7 S.R.L and Di Stefano v. Italy, application no. 38433/09, Grand Chamber, Judgment, 07.06.2012.

Chagnon et Fournier c. France, requêtes nos. 44174/06 et 44190/06, Cinquième Section, Arrêt, 15.07.2010.

Chassagnou et autres c. France, Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Grande Chambre, Arrêt, 29.04.1999.

Da Conceição Mateus v. Portugal, applications no. 62235/12 and 57725/12, Second Section, Decision, 08.10.2013.

Da Silva Carvalho Rico v. Portugal, application no. 13341/14, First Section, Decision, 01.09.2015.

Dangeville v. France, application no. 36677/97, Second Section, Judgment, 16.04.2002.

Dementyev v. Russia, application no. 3244/04, First Section, Judgment, 06.11.2008.

Depalle v. France, application no. 34044/02, Grand Chamber, Judgment, 29.03.2010.

Di Marco c. Italie, requête no. 32521/05, Deuxième Section, Arrêt, 10.01.2012.

Draon v. France, application no. 1513/03, Grand Chamber, Grand Chamber, Judgment (Merits and just satisfaction), 06.10.2005.

Erkner and Hofauer v. Austria, application no. 9616/81, Court (Chamber), Judgment (Just satisfaction), 29.07.1987.

Fabris v. France, application no. 16574/08, Grand Chamber, Judgment, 07.02.13.

Ferrazzini c. Italie, requête n.° 44759/98, Grande Chambre, Arrêt, 12.07.2001.

Fokas v. Turkey, application no. 31206/02, Third Section, Judgment. 29.12.2009.

Gáll v. Hungary, application no. 49570/11, Second Section, Judgment, 04.11.2013.

Gasus Dosier v. The Netherlands, application no. 15375/89, Court (Chamber), Judgment, 23.02.95.

Gaygusuz v. Austria, application no. 17371/90, Court (Chamber), Judgment, 16.09.1996.

Gheorghe Dima v. Romania, application no. 58472/00, Judgment, 19.04.2016.

Grainger and others v. The United Kingdom, application no. 34940/10, Fourth Section, Decision, 10.07.2012.

Gratzinger and Gratzingerova v. Czech Republic, application no. 39794/98, Grand Chamber, Decision as to the admissibility, 10.07.2002.

Gudmundsson v. Iceland, application no. 23285/94, Second Chamber, Decision, 17.01.1996.

Guiso-Gallisay v. Italy, application no. 58858/00, Grand Chamber, Judgment (Just Satisfaction), 22.12.2009.

Hamer v. Belgium, application no. 21861/03, Second Section, Judgment, 27.02.2008.

Handyside v. The United Kingdom, application no. 5493/71, Court (Plenary), Judgment, 07.12.1976.

Hatton and others v. United Kingdom, application no. 36022/97, Grand Chamber, Judgment, 08.07.2003.

Hentrich v. France, application no. 13616/88, Court (Chambre), Arrêt, 22.09.1994.

Hoogendijk v. The Netherlands, application no. 58641/00, First Section, Decision as to admissibility, 06.01.2005.

Hutten-Czapska v. Poland, application no. 35014/97, Grand Chamber, Judgment, 19.06.2006.

Ian Edgar [Liverpool] Ltd. v. the United Kingdom (dec.), application no. 37683/97, Third Section, Decision as to the admissibility, 25.01.2000.

Iatridis v. Greece, application no. 31107/96, Grand Chamber, Judgment, 25.03.1999.

Imbert de Tremiolles c. France, requêtes nos 25834/05 et 27815/05, Troisième Section, Décision sur la recevabilité, 04.01.2008.

Immobiliare Saffi v. Italy, application 22774/93, Grand Chamber, Judgment (Merits and just satisfaction), 28.07.1999.

Intersplav v. Ukraine, application no. 803/02, Former Second Section, Judgment, 23.05.2007.

Jahn and others v. Germany, applications nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, Third Section, Judgment, 30.06.2005.

James and others v. The United Kingdom, application no. 8793/79, Court (Plenary), Judgment, 21.02.1986.

Jokela v. Finland, application no. 28856/98, Fourth Section, Judgment, 21.08.2002.

Joubert c. France, requête no. 30345/05, Fifth Section, Judgment, 23.07.2009.

Kehaya and Others v. Bulgaria, applications nos. 47797/99 and 68698/01, First Section, Judgment, 12.01.2006.

Kjartan Ásmundsson v. Iceland, application no. 60669/00, Second Section, Judgment, 30.03.2005.

Klein v. Austria, application no. 57028/00, First Section, Judgment, 03.03.2011.

Könyv-Tár Kft. and Others v. Hungary, application no. 21623/13, Fourth Section, Judgment, 16.10.2018.

Kopechy v. Slovakia, application no. 44912/98, Grand Chamber, Judgment, 28.09.2004.

Kotov v. Russia, application no. 54522/00, Grand Chamber, Judgment, 03.04.2012.

Koua Poirrez v. France, application no. 40892/98, Second Section, Judgment, 30.09.2003.

Koufaki and Adedy v. Greece, applications nos. 57665/12 and 57657/12, First Section, Judgment, 07.05.2013.

Kozacioglu v. Turkey, application no. 2334/03, Grand Chamber, Judgment, 19.02.2009.

Lakicevic and others v. Montenegro and Serbia, application nos. 27458/06, 37205/06, 37207/06 and 33604/07, Fourth Section, Judgment, 13.03.2012.

Lallement c. France, requête n.º 46044/99, Third section, Judgment (Merits and Just satisfaction) 11.04.2002.

Lay Lay Company Limited v. Malta, application no. 30633/11, Fourth Section, Judgment (Merits and Just satisfaction), 23.07.2013.

Lekic v. Slovenia, application no. 36480/07, Grand Chamber, Judgment (Merits and Just satisfaction), 14.02.2017.

Lelas v. Croatia, application no. 55555/08, First Section, Judgment, 20.05.2010.

Lenzing AG v. The United Kingdom, First Chamber, As to the admissibility of application no. 39025/97, 09.09.1998.

Les Saints Monastères c. Grèce, requête n.º 13092/87, 13984/88, Cour (Chambre), Arrêt, 09.12.1994.

Lindheim and others v. Norway, applications nos. 13221/08 and 2139/10, Fourth Section, Judgment (Merits and Just satisfaction), 12.06.2012.

Lithgow and others v. The United Kingdom, applications nos. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Court (Plenary), Judgment, 08.07.1986.

Loizidou v. Turkey, application no. 15318/89, Grand Chamber, Judgment (Merits), 18.12.1996.

Maggio and Others v. Italy, application no. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 and 56001/08, Second Section, Judgment (Merits and just satisfaction), 31.05.2011.

Mamatas et autres c. Grèce, requêtes nos. 63066/14, 64297/14, 66106/14, Première Section, Arrêt, 21.07.2017.

Matos e Silva, Lda. and others v. Portugal, application no. 15777/89, Court (Chamber), Judgment, 16.09.1996.

Mellacher v. Austria, applications nos. 10522/83, 11011/84 and 11070/84, Court (Plenary), Judgment (Merits), 19.12.1989.

Michaud c. France, application no. 12323/11, Cinquième Section, Arrêt, 06.03.2013.

Moskal v. Poland, application no. 10373/05, Fourth Section, Judgment, 15.09.2009.

MSS v. Belgium and Greece, application no. 30696/09, Grand Chamber, Judgment, 21.01.2011.

N.K.M v. Hungary, application no. 66529/11, Second Section, Judgment, 04.11.2013.

National & Provincial Building Society v. The United Kingdom, application no. 66529/11, Court (Chamber), Judgment (Merits and Just satisfaction), 23.10.1997.

O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ireland v. Ireland, application no. 44460/16, Fifth Section, Judgment, 07.06.2018.

Oao Neftyanaya Kompanya Yukos v. Russia, application no. 14902/04, First Section, Judgment, 20.09.2011.

Oao Neftyanaya Kompanya Yukos v. Russia, application no. 14902/04, Judgment (Just Satisfaction), 31.07.2014.

Öneryildiz v. Turkey, application no. 48939/99, Grand Chamber, Judgment, 30.11.2004

Papachelas v. Greece, application no. 31423/96, Grand Chamber, Judgment, 25.03.1999.

Papamichalopoulos and Others v. Greece, application no. 14556/89, Court (Chamber), Judgment (Merits), 24.06.1993.

Petar Matas v. Croatia, application no. 40581/12, Second Section, Judgment, 04.10.2016.

Posti and Rahko v. Finland, application no. 27824/95, Fourth Section, Judgment (Merits and just satisfaction), 24.09.2002.

Pressos Compania Naviera S.A and others v. Belgium, application no. 17849/91, Court (Chamber), Judgment, 20.11.1995.

Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, application no. 42527/98, Grand Chamber, Judgment, 12.07.2001.

Raimondo v. Italy, application no. 12954/87, Court (Chamber), Judgment, 22.02.1984.

Rasmussen v. Poland, application no. 38886/05, Fourth Section, Judgment, 28.04.2009.

Richardson v. The United Kingdom, application no. 26252/08, Fourth Section, Decision, 10.04.2012.

Richardson v. The United Kingdom, application no. 26252/08, Fourth Section, Decision, 10.04.2012.

Serkov v. Ukraine, application no. 39766/05, Fifth Section, Judgment, 07.07.2011.

Smith Kline v. The Netherlands, application no. 12633/87, Decision as to the admissibility, 12.12.1986.

Smokovitis and others v. application no. 46356/99, First section, Judgment, 11.04.2002.

Sporrong & Lönnroth v. Sweden, application no. 7151/75 and 7152/75, Court (Plenary), Judgment, 23.09.1982.

Statileo v. Croatia, application no. 12027/10, First Section, Judgment, 10.07.2014.

Stec and others v. The United Kingdom, applications nos. 65731/01 and 65900/01, Grand Chamber, Decision as to the admissibility, 12.04.2006.

Stefanetti and others v. Italy, applications nos. 21838/10, 21849/10, 21852/10, Second Section, Judgment (Merits), 15.04.2014.

Stran Greek Refineries and Stratis Andreatis v. Greece, application no. 13427/87, Court (Chamber), Judgment, 09.12.1994.

Stretch v. The United Kingdom, application no. 44277/98, Fourth Section, Judgment, 24.06.2003.

Tarakhel v. Switzerland, application no. 29217/12, Grand Chamber, Judgment, 04.11.2014.

The Former King of Greece v. Greece, application no. 25701/94, Grand Chamber, Judgment, 23.11.2000.

TIPP 14 AG v. Germany, application no. 21252/09, Fifth Section, 27.11.2012.

Valico Srl. v. Italy, application no. 70074/01, Fourth Section, 21.03.2006.

Valkov and others v. Bulgaria, applications nos. 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 and 2041/05, Fourth Section, Judgment, 25.10.2011.

Vassilios Athanasiou v. Greece, application no. 50973/08, Première Section, Arrêt, 21.12.2001.

Velosa Barreto v. Portugal, application no. 18072/91, Court (Chamber), Judgment, 21.11.1995.

Vistins and Perepjolkins v. Latvia, application no. 71243/01, Grand Chamber, Judgment, 25.10.2012.

Vontas and Others v. Greece, application no. 43588/06, First Section, Judgment, 05.02.2009.

Werra Naturstein Gmbh & Co Kg v. Germany, application no. 32377/12, Fifth Section, Judgment, 19.01.2017.

Zwierzynski v. Poland, application no. 34049/96, First Section, Judgment, 19.06.2001.

*Arbitragem*²¹⁷⁵

9RenHoldings v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/15, Award, 31.05.2019.

A11Y Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case no. UNCT/15/1, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Jurisdiction, 09.02.2017.

Ablacat and others v. The Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 04.08.2011.

Accession Mezzanine v. Hungary, ICSID Case no. ARB/12/3, Award, 17.04.2015.

Achmea v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 07.12.2012.

ADC v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award of the Tribunal, 02.10.2006.

Adel A. Hamadi v. Sultanate of Oman, ICSID Case no. ARB/11/33, Award, 03.11.2015.

ADF Group v. United States, ICSID Case no. ARB (AF)/00/1, Award, 09.01.2003.

AES Summit v. Republic of Hungary, ICSID Case no. ARB/07/22, Award, 23.09.2010.

Alpha v. Ukraine, ICSID Case no. ARB/07/16, Award, 08.11.2010.

Ambiente Ufficio v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 08.02.2013.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, 31.05.1990.

Ampal-American Israel Corporation v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss, 21.02.2017.

Anglia Auto v. The Czech Republic, Arbitration case V 2014/181, SCC Arbitration Rules, Award, 10.03.2017.

Antaris Solar v. Czech Republic, PCA Case no. 2014-01, Award, 02.05.2018.

Antin Infrastructures v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, 15.06.2018.

Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case no. ARB/11/23, Award, 08.04.2013.

Azurix v. The Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 01.09.2009.

B-Mex v. United Mexican States, ICSID Case no. ARB(AF)/16/3, Request for Arbitration, 15.06.2016.

Bayindir v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case no. ARB/03/29, Award, 27.08.2009.

²¹⁷⁵ Os acórdãos relativos à arbitragem dos tratados podem ser consultados em <https://www.italaw.com/>. Os acórdãos estão listados por ordem alfabética.

BayWare Renewable Energy v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/16, Decisions on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 02.12.2019.

Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo, 30.11.2017.

Belenergia v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 06.08.2019.

Belokon v. The Kyrgyz Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 24.10.2014.

BG v. Argentine Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 24.12.2007.

Bilcon v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction and Liability, 17.03.2015.

Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania, ICSID Case no. ARB/05/22, Award, 24.07.2008.

Blusun S.A v. Italian Republic, ICSID Case no. ARB/14/3, Award, 27.12.2016.

Bogdanov v. Moldova, SCC Arbitration V (091/2012), Final Award, 16.04.2013.

Burlington Resources v. Ecuador, ICSID Case no. ARB/08/5, Decision on Liability, 14.12.2012.

Cargill v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI n.º ARB (AF)/05/2, Laudo, 18.09.2009.

CEF Energia v. The Italian Republic, SCC Arbitration V (2015/158), Award, 16.01.2019.

Cervin Investissements S.A v. República de Costa Rica, Caso CIADI n.º ARB/13/2, Laudo, 07.03.2017.

Charanne v. El Reino de España, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Laudo Final, 21.01.2016.

Chemtura Corporation v. The Government of Canada, Ad Hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 02.08.2010.

CME v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13.09.2013.

CMS v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment of the Argentine Republic, 25.09.2007.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A v. Argentine Republic, ICSID case no. ARB/97/3, Award, 20.08.2007.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. The Republic of Costa Rica, ICSID Case no. ARB/96/1, Award, 17.02.2000.

Conoco Philips Petrozuata B.V v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case no. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits, 03.09.2013.

Continental Casualty v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 05.09.2008.

Crystallex v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case no. ARB(AF)/11/2, Award, 04.04.2016.

CJOB v. The Republic of Slovakia, ICSID Case no. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24.05.1999.

Cube Infrastructure Fund v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 15.02.2019.

Deutsche Bank v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case no. ARB/09/02, Award, 31.10.2012.

Duke Energy v. Republic of Ecuador, ICSID Case no. ARB/04/19, Award, 18.08.2008.

EDF v. Romania, ICSID Case no. ARB/05/13, Award, 08.10.2009.

Eiser Infrastructure v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 04.05.2017.

El Paso v. La República Argentina, Caso CIADI no. ARB/03/15, Laudo, 31.10.2011.

Electrabel v. Hungary, ICSID case no. ARB/07/19, Award, 25.11.2015.

Eli Lilly v. Government of Canada, Case no. UNCT/14/2, Final Award, 16.03.2017.

Emmis International Holding BV v. Hungary, ICSID Case no. ARB/12/2, Award, 16.04.2014.

EnCana c. La República de Ecuador, CNUDMI, Caso no. UN 3481, Laudo Arbitral, 03.02.2006.

Enkev Beheer B.V. v. The Republic of Poland, PCA Case no. 2013-01, UNCITRAL Arbitration Rules, 29.04.2014.

Enron v. Republic of Argentina, ICSID Case no. ARB/01/3, Award, 22.05.2007.

EURAM v. The Slovak Republic, PCA Case no. 2010-17, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction, 22.10.2012.

Eureko B.V v. Republic of Poland, Ad hoc Arbitration, Partial Award, 19.05.2005.

Eureko v. The Slovak Republic, PCA Case No. 2008-13, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction, Arbitrability and suspension, 26.10.2010.

Fedax v. The Republic of Venezuela, ICSID Case no. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 11.07.1997.

Feldman v. Mexico, ICSID Case no. ARB(AF)/99/1, Award, 16.12.2002.

Foresti v. Republic of South Africa, ICSID Case no. ARB(AF)/07/1, Award, 04.08.2010.

Frontier Petroleum v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 12.11.2010.

GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 15.11.2004.

Generation Ukraine v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16.09.2003.

Glamis Gold v. United States of America, UNCITRAL Rules of Arbitration, Award, 08.06.2010.

Greentech Energy Systems v. The Italian Republic, SCC Arbitration V (2015/095), Final Award, 23.12.2018.

Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia, Arbitration pursuant to Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investments among Members States of the Organisation of the Islamic Conference, Final Award, 15.12.2014.

Hulley Enterprises v. The Russia Federation, PCA Case No. AA 226, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 18.07.2014.

International Thunderbird v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, 26.01.2006.

Investmart v. Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 26.06.2009.

Ioannis Kardossopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 e ARB/07/15, 03.03.2010.

Isolux Infrastructure v. Reino de España, Arbitraje SCC V2013/153, Laudo, 12.07.2016.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28.03.2011.

Joy Mining v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 06.08.2004.

Jürgen Wirtgen v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-3, Final Award, 11.10.2017.

Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award, 03.03.2010.

Lahoud c. La Republique Démocratique du Congo, Affaire CIRDI n.º ARB/10/4, Sentence, 07.02.2014.

LG v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, Decision on Liability, 03.10.2006.

Luigiterzo Bosca v. The Republic of Lithuania, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case no. 2011-05, Award, 17.05.2013.

Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case no. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17.05.2007.

Malaysian Historical Salvors, ICSID Case no. ARB/05/10, Decision on the application for annulment, 16.04.2009.

Mamidoil v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award, 30.05.2015.

Marfin Investment v. Republic of Cyprus, ICSID no. ARB/13/27, Award, 26.07.2018.

Masdar Solar v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/14/1, Award, 16.05.2018.

Merrill & Ring Forestry v. The Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 31.03.2010.

Mesa Power v. Government of Canada, PCA Case No. 2012-17, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 24.03.2016.

Metal-Tech v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case no. ARB/10/3, Award, 04.10.2013.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case no. ARB(AF)/97/1, Award, 30.08.2000.

Metalpar v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/03/5, 06.06.2008.

Methanex v. United States of America, UNCITRAL, Partial Award, 07.08.2002.

Micula v. Romania, ICSID Case no. ARB/05/20, Award, 11.12.2013.

Micula v. Romania, ICSID Case no. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 28.09.2008.

Middle East Cement v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/99/6, Award, 12.04.2002.

Mobil Investments v. Government of Canada, ICSID Case no. ARB(AF)/07/4, 22.05.2012.

Mondev International v. United States, ICSID Case no. ARB (AF)/99/2, Award, 11.10.2002.

MTD Equity v. Republic of Chile, ICSID Case no. ARB/01/7, Award, 05.05.2004.

Murphy Exploration v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award, 10.02.2017.

Murphy Exploration v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Final Award, 06.05.2016.

National Grid v. Argentine Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 03.11.2008.

NextEra Energy v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/14/11, Award, 31.05.2019.

Novenergia II v. The Kingdom of Spain, SCC Arbitration (2015/063), Final Arbitral Award, 15.02.2018.

Nykomb Synergetics v. Latvia, SCC, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award, 16.12.2003.

Occidental v. Republic of Ecuador, UNCITRAL, London Court of International Arbitration Administered Case no. UN 3467, Final Award, 01.07.2004.

Olguín v. República del Paraguay, CIRDI Caso no. ARB/98/5, Laudo, 26.07.2001.

Olin v. State of Libya ICC Case no. 20355/MCP, Final Award, 04.04.2016.

Oostergetel v. Slovak Republic, UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Jurisdiction, 30.04.2010.

OperaFund v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/15/36, Award, 06.09.2019.

Pantechniki v. The Republic of Albania, ICSID Case no. ARB/07/21, Award, 30.07.2009.

Parkerings v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11.09.2002.

Philip Morris v. Australia, PCA case no. 2012-12, Award on Jurisdiction and admissibility, 17.12.2015.

Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case no. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, 02.07.2013.

Philip Morris v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case no. ARB/10/7, Award, 08.07.2016.

PL Holdings v. Poland, Arbitration No.: V 2014/163, SCC Arbitration Rules, Partial Award, 28.06.2017.

Plama Consortium v. Republic of Bulgaria, ICSID Case no. ARB/03/24, Award, 27.08.2008.

Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL Rules of Arbitration, Interim Award, 26.06.2000.

Postová Banka v. The Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 09.04.2015.

PSEG v. Republic of Turkey, ICSID Case no. ARB/02/5, Award, 19.01.2007.

PV v. Kingdom of Spain, PCA Case No. 2012-14, UNCITRAL Arbitration Rules, 28.02.2020.

Quiborax S.A Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Award, 16.09.2015.

Renée Rose Levy v. República del Peru, ICSID Case no. ARB/10/17, 26.02.2016.

Romak S.A v. Uzbequistão, PCA Case no. AA280, Award, 26.11.2009.

RREEF Infrastructures v. Kingdom of Spain, ICSID Case no. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the principles of quantum, 30.11.2018.

Rumeli Telekom v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case no. ARB/05/16, Award, 29.07.2008.

S.D Myers v. Government of Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13.11.2000.

Salini Costruttori v. Kingdom of Morocco, ICSID case no. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16.07.2001.

Saluka v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Partial Award, 17.03.2006.

SD Myers Inc. v. Canada, UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13.11.2000.

Sempra v. Republic of Argentina, ICSID Case no. ARB/02/16, Award, 28.09.2007.

Sergei Paushok v. The Government of Mongolia, UNCITRAL Arbitration Rules, Award on Jurisdiction and Liability, 28.04.2011.

Société Civile Immobilière de Gaëta v. République de Guinée, Affaire CIRDI no. ARB/12/36, Sentence, 21.12.2015.

Southern Pacific Properties (Middle East) v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/84/3, Award on the merits, 20.05.1992.

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 07.12.2011.

Suez Vivendi v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30.07.2010.

Tecnicas Medioambientales (TECMED) v. The United Mexican States, Case no. ARB(AF)/00/2, Award, 29.05.2003.

Teco Guatemala v. The Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/17, Award, 09.12.2013.

Teinver v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction and Separate Opinion of Dr. Kamal Hossain, 21.12.2012.

Teinver v. The Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/09/1, Award, 21.07.2017.

Telenor Mobile v. The Republic of Hungary, ICSID Case no. ARB/04/15, Award, 13.09.2006.

Theodoros Adamakopoulos, Ilektra Adamantidou, Vasileios Adamopoulos and others v. Republic of Cyprus, ICSID Case no. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction, 07.02.2020.

Tokio Tokelès v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26.07.2007.

Total v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/04/1, Decision on Liability, 27.12.2010.

Toto Costruzioni Generali v. Republic of Lebanon, ICSID Case no. ARB/07/12, Award, 07.06.2012.

UAB *E Energija* v. Republic of Latvia, ICSID Case no. ARB/12/33, Award, 22.12.2017.

Ulysseas v. La Republica de Ecuador, Reglamento de Arbitraje CDNUMI de 1976, Laudo Definitivo, 12.06.2012.

Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case no. ARB/08/1, ARB/09/20, Award, 16.05.2012

United Utilities (Tallinn) v. Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21.06.2019.

UP and CD Holding Internationale v. Hungary, ICSID Case no. ARB/13/35, Award, 09.10.2018.

Valores Mundiales v. Republica Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI no. ARB/13/11, Laudo, 25.07.2017.

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case no. ARB/09/6, Award through settlement, 11.03.2011.

Vattenfall v. Federal Republic of Germany, ICSID Case no. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31.12.2018.

Víctor Pey Casado v. La República de Chile, Caso CIADI no. ARB/98/2, 08.05.2008.

Vigotop v. Hungary, ICSID Case No. ARB/11/22, Award, 01.10.14.

Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case no. ARB/05/15, Award, 01.06.2009.

Waste Management v. United Mexican States, ICSID Case no. ARB(AF)/00/3, Award, 30.04.2004.

Windstream v. The Government of Canada, 2010 UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 27.09.2016.

World Duty Free Company v. Republic of Kenya, ICSID Case no. ARB/00/7, Award, 04.10.2006 (decisão não pública).

Yukos Universal v. The Russian Federation, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case no. AA227, Final Award, 18.07.2014.

*Tribunal de Justiça da União Europeia*²¹⁷⁶

A.K, processos conjuntos C-585/18, C-624/18 e C-625/18, 19.11.2019.

A2A SpA, processo C-89/14, 03.09.2015.

Accorinti, processo T-79/13, 07.10.2015.

Achmea, processo C-284/16, 06.03.2018.

ADEDY, processo T-25/11, 27.12.2012.

Affish, processo C-183/95, 17.07.1997.

Agrargenossenschaft Neuzelle eG, processo C-545/11, 14.03.2013.

Agraz, processo C-243/05, 09.11.2006.

Agricola Tabacchi Bonavicina, processo C-402/98, 06.07.2000.

AJD Tuna, processo C-221/09, 17.03.2011.

Alcoa, processo T-177/10, 16.10.2014.

Alemanha v. Conselho (COTIF), processo C-600/14, 05.12.2017.

Alpharma, processo T-70/99, 11.09.2002.

Amylum, processo 108/81, 30.09.1982.

Anafe, processo C-606/10, 14.06.2012.

Artegodan, processo C-221/10 P, 19.04.2012.

Ascendi Beiras Litoral, processo C-377/13, 12.06.2014

ASM Brescia, processo C-347/06, 17.07.2008.

Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas, processo C-64/16, 27.02.2018.

Asturcom Telecomunicaciones, processo C-40/08, 06.10.2009

Atlanta, processo C-465/93, 09.11.1995.

Barraux, processo T-177/95, 11.12.1996.

Bayerische HNL, processos apensos 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, 25.05.1978.

Beamglow, processo T-383/00, 14.12.2005.

Berlington Hungary, processo C-98/14, 11.06.2015.

Biotech, processo C-377/98, 09.10.2001.

Biovelac, processo 59/83, 06.12.1984.

²¹⁷⁶ Os acórdãos do TJUE podem ser consultados em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/. Os acórdãos estão listados por ordem alfabética.

Biret International SA c. Conselho da União Europeia, processo T-174/00, 11.01.2002.

Booker Aquaculture, processos apensos C-20/00 e C-64/00, 10.07.2003.

Brasserie du Pêcheur, processos apensos C-46/93 e C-48/93, 05.03.1993.

British Steel, processo T-243/94, 24.10.1997.

Bureau National Interprofessionnel du Cognac, processos apensos C-4/10 & C-27/10, 21.02.2011.

Campo Ebro, processo T-472/93, 21.02.1995.

Centeno Mediavilla, processo C-443/07, 22.12.2008

Centeno Mediavilla, processo T-58/05, 11.07.2007.

Chomel, processo T-123/89, 27.03.1990.

Citymo, processo T-271/04, 08.05.2007.

CNTA, processo 74/74, 14.05.1975.

Comissão c. Conselho, processo C-114/12, 04.09.2014.

Comissão c. Conselho, processo C-137/12, 27.07.2013.

Comissão Europeia c. República Portuguesa, processo C-171/08, 08.07.2010.

Comissão Europeia v. República da Polónia, processo C-192/18, 05.11.2019.

Comissão v. Eslováquia, processo C-264/09, 15.09.2011.

Comissão v. Finlândia, processo C-118/07, 19.11.2009.

Comissão v. Hungria, processo C-286/12, 06.11. 2012.

Comissão v. Reino da Suécia, processo C-249/06, 03.03.2009.

Comissão v. República da Áustria, processo C-205/06, 03.03.2009.

Cordis, processo T-18/99, 20.03.2001.

Crispoltoni, processo C-368/89, 11.07.1991.

DEB, processo C-279/09, 22.12.2010.

Delacre, processo C-350/88, 14.02.1990.

Demirel, processo 12/86, 30.09.1987.

Di Lenardo, processos apensos C-37/02 e C-38/02, 15.07.2004.

Dieckmann, processo T-155/99, 23.10.2001.

Diversint e Iberlacta, processos apensos C-260/91 e C-261/91, 01.04.1993.

Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC, processo T-680/13, 13.07.2018.

Dubois, T-113/96, 29.01.1998.

Duff, processo C-63/93, 15.02.1996.

Duisburg, processo 234/83, 29.01.1985.

Dürbeck, processo 112/80, 23.10.1981.

Eco Swiss, processo C-126/97, 01.06.1999.

Embassy Limousines, processo T-203/96, 17.12.1998.

Enel Maritsa Istok, processo C-107/10, 12.05.2011.

ERSA, processo C-347/03, 12.05.2005.

Espanha v. Comissão, processo C-310/04, 07.09.2006.

Étang de Berre, processo C-239/03, 07.10.2004.

Eugenia Florescu, processo C-258/14, 13.06.2017.

Europäisch-Iranische Handelsbank AG, processo C-585/13 P, 05.03.2015.

Eximo, processo 62/83, 30.05.1984.

Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), C-120/06 P and C-121/06 P, 09.09.2008.

Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), processo T-69/00, 14.12.2005.

Fahnenbrock, processos apensos C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13, 11.06.2015.

Fedesa, processo C-331/88, 13.11.1990.

Fediol, processo 70/87, 22.06.1987.

FIAMM, processo T-69/00, 14.12.2005.

Flaminio Costa v. Enel, processo C-6/64, 15.07.1964.

Forum 187, processos apensos C-182/03 e C-217/03, 22.06.2006.

Francovich, processos apensos C-6/90 e C-9/90, 11.11.1991.

Freistaat Sachsen, processo C-334/07, 11.12.2008.

Frico, processos apensos 424 e 425/85, 17.06.1987.

Gazprom, processo C-536/13, 13.05.2015.

Genentech v. Inc. v Hoechst GmbH and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH, processo C-567/14, 07.07.2016.

Grynberg, processo T-534/93, 14.07.1994.

Haegeman, processo 181/73, 30.04.1974.

Hermès, processo C-53/96, 16.06.1998.

HGA srl, processos apensos C-630/11 a C-633/11 P, 13.06.2013.

Holcim, processo T-28/03, 21.04.2005

IATA, processo C-344/04, 10.01.2006.

Innova Privat-Akademie, processo T-273/01, 19.03.2003.

International Fruit, processos apensos 21/72 a 24/72, 12.12.1972.

Intertanko, processo C-308/06, 03.06.2008.

Inzo, processo C-110/94, 29.02.1996.

Irca, processo 7/76, 07.07.1976.

Irish Farmers, processo C-22/94, 15.04.1997.

Itália v. Comissão, processo C-340/98, 14.03.2002.

JCB Service, processo C-167/04, 21.09.2006.

JK Otsa Talu OÜ, processo C-241/07, 04.06.2009.

Jorgen Andersen, processo C-303/13, 06.10.2015.

Josef Pastätter, processo C-217/89, 11.12.1992.

Kadi, processos C-402/05 P e C-415/05 P, 03.09.2008.

Kahla Thüringen Porzellan, processo C-537/08 P, 16.12.2010.

Kampffmeyer v. Comissão, processos apensos 5/66 (e outros), 14.07.1967.

Koninklijke Friesland Campina, processo C-519/07, 17.09.2009.

Konstantinos Mallis, processo C-105/15 P a C-109/15 P, 20.09.2016.

Kotnik, processo C-526/14, 19.07.2016.

Kuhn, processo C-308/17, 15.11.2018.

Kupfberg, processo C-104/81, 26.10.1982.

Kuso, processo C-614/11, 12.09.2013.

Larsy, processo C-118/2000, 28.06.2001

Ledra Advertising, processo C-8/15 P a C-10/15 P, 20.09.2016.

LM, processo C-216/18 PPU, 25.07.2018.

Loheac, processos apensos 54 a 60/76, 31.03.1977.

M.A.S., processo C-42/17, 05.12.2017.

Mackprang, processo 2/75, 27.05.1975.

Maizena, processo 5/82, 15.12.1982.

MCI, processo T-310/00, 28.09.2004.

Mehibas Dordtselaan BV, processo T-290/97, 18.01.2000.

Meiko, processo 224/82, 14.07.1983.

Mellet, processos apensos T-66/96 e T-221/97, 21.07.1998.

Melloni, processo C-399/11, 26.02.2013.

Merck Canada, processo C-555/13, 13.02.2014.

Merkur, processo 97/76, 08.06.1977.

Michael Efler, processo T-754/2014, 10.05.17.

Micula, processos T-624/15, T-694/15 e T-704/15, 18.06.2019.

Mitsui & Co. Deutschland GmbH, processo C-256/07, 19.03.2009.

Moravia Gas Storage, processo C-596/13 P, 26.03.2015.

Mostaza Claro, processo C-168/05, 26.10.2006.

Mox Plant, processo C-459/03, 30.05.2006.

Mulder, processo 120/86, 28.04.1988.

Nakajima, processo C-69/89, 07.05.1991.

Natural Health, processos apensos C-154/04 e C-155/04, 12.07.2005.

Niemann, processo C-14/01, 06.03.2003.

O'Dwyer, processos apensos T-466/93, T-469/93, T-474/93 e T-477/93, 13.07.1995.

Omega, processo C-36/02, 14.10.2004.

Opel Austria, processo T-115/95, 15.07.1998.

Patrick Barraux, processo T-177/95, 11.12.1996,

Petit Laurent, processo T-211/95, 05.02.1977.

Pfleger, processo C-390/12, 30.04.14.

Pilar Angé Serrano, processo C-496/08 P, 04.03.2010.

Pilar Angé Serrano, processo T-47/05, 18.09.2008.

Plantanol, processo C-201/08, 10.09.2009.

Pohotovost' s. r. o., processo C-76/10, 16.11.2010.

Portugal v. Conselho, processo C-149/96, 23.11.1999.

Pringle, processo C-370/12, 27.11.2012.

Racke, processo 98/78, 25.01.1979.

Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (ERSA), processo C-347/03, 12.05.2005.

Rhys Morgan, processo F-26/13, 08.07.2014.

Roquette Frères, processo 110/81, 30.09.1982.

Salumi, processos apensos 212 a 217/80, 12.11.1981.

Schenker, processo C-681/11, 18.06.2013.

Schoßstrasse, processo C-396/98, 08.06.2000.

SEGRO e Horváth, processos C-52/16 e C-113/16, 06.03.2018.

Sindicato dos Bancários do Norte, processo C-128/12, 07.03.2013.

Sindicato Nacional dos Profissionais dos Seguros, processo C-264/12, 26.06.2014.

Sison, processo T-341/07, 23.11.2011.

Sky Österreich, processo C-283/11, 22.01.13.

Società agricola fattoria alimentare, processo C-337/88, 1990.

Sofrimport, processo C-152/88, 09.01.1990.

Sotiropoulou, processo T-531/14, 03.05.2017.

Spagl, processo C-189/79, 11.12.1990.

Staple Dairy Products, processo 84/81, 19.05.1982.

Stichting "Goed Wonen", processo C-376/02, 26.04.2005.

Sudholz, processo C-17/01, 29.04.2004.

Taricco, processo C-105/14, 08.09.2015.

Tomadini, processo 84/78, 16.05.1979.

Toshiba Corporation, processo C-17/10, 14.02.2012.

Transportes Urbanos, C-118/08, 26.01.2010.

Traum EOOD, processo C-492/13, 09.10.2014.

Unifruit Hellas, processo T-489/93, 15.12.1994.

Van den Bergh, processo 265/85, 11.03.1987.

Van Gend en Loos, processo 26/62, 05.02.1963.

Van Parys, processo C-277/02, 01.03.2005

Vasiliki Balazs, processos C-401/13 a C-432/13, 22.01.2015.

Vereniging Milieudefensie, processo T-396/09, 14.06.2012.

Vereniging voor Energie, processo C-17/03, 07.06.2005.

Vincent Grogan, processo 127/80, 11.03.1982.

Von Deetzen, processo 170/86, 28.04.1988.

West Tankers, processo C-185/07, 10.02.2009.

Willy Gerekens, processo C-459/02, 15.07.2004.

Winner Wetten, processo C-409/06, 08.09.2010.