

NOVA TENDÊNCIA DA ARBITRAGEM DO INVESTIMENTO INTRA-UE

Ng Hoi In*

Advogada em Macau, Árbitro do Tribunal de Arbitragem Internacional de Zhuhai

Resumo: Um instrumento popular TBI Intra-UE, é mais utilizado no plano internacional, que visa reforçar a promoção e a proteção dos investimentos privados realizados pelos nacionais ou por empresas da nacionalidade de um dos respetivos Estados-Partes no território do outro Estado-Parte, a sua característica distintiva é a de permitir ao investidor estrangeiro optar por recorrer a um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias – arbitragem – para solucionar as disputas de investimento entre ele e o Estado anfitrião. Com a polémica levantada pelo Acórdão Achmea no tocante à (in)compatibilidade entre os TBIs intra-UE e o Direito da União, coloca-se uma questão jurídica da harmonia da arbitragem de investimento intra-UE com a autonomia do sistema jurídico da União, e levou um fim da história dos TBIs intra-EU. Neste artigo apresenta o projecto do novo acordo internacional n.º L169, relativo à cessação da vigência de tratados bilaterais de investimento entre os Estados-membros da União Europeia, que se destina a regular principalmente os processos de arbitragem pendentes iniciados entre os investidores e os Estados-membros e os seus efeitos, faz um estudo da nova abordagem da UE relativa à resolução de litígios em matéria de investimento e tenta proporcionar uma perspetiva do futuro da arbitragem de investimento intra-EU.

Palavras-chave: Arbitragem; arbitragem de investimento; tratados bilaterais; investimento intra-EU; jurisdição arbitral.

* Doutoranda em Direito, em Ciências Jurídico-Processuais, Universidade de Coimbra.

I. Introdução

Em virtude da pluralidade de reformas - designadamente na administração da justiça - e da promoção da desjudicialização da justiça em todo o mundo após a 2ª Guerra Mundial¹, o instituto da arbitragem - método heterocompositivo² de resolução de conflitos - encontra o seu (novo) desenvolvimento, em especial a *nível internacional*.

Nas últimas décadas, a arbitragem tem ganho prestígio no direito internacional e tem-se caracterizado como um mecanismo moderno e mais aconselhável de resolução de conflitos particularmente apropriado aos litígios transnacionais³ no domínio do comércio e do investimento. De facto, a arbitragem não é uma novidade, é, na verdade, muito antiga sendo utilizada pelos humanos já desde a antiguidade, mas só nos últimos anos ganhou, de novo, popularidade. A arbitragem é uma “novidade muito antiga” na sociedade contemporânea⁴.

Ao longo do século XX, a ideia da internacionalização dos mercados – resultado do processo da globalização – e o impulso das relações de negócios transnacionais que proporcionou a expansão económica – expansão do comércio

-
- 1 A construção de uma justiça de proximidade, Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 60, Out 2001, João Pedroso, p. 39.
 - 2 Expõe uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos (arbitragem), diferente dos meios autocompositivos – (mediação/conciliação), tudo em conjuntos chamados Alternative Dispute Resolution – ADR.
 - 3 De acordo com a informação atualizada de UNCTAD até 31 julho 2020, há 1,061 casos (inclusive casos pendentes, concluídos, indeferidos, processo de anulação ou revisão) de arbitragem Investidor-Estado baseada no Tratado (*treaty-based investor-state dispute settlement*), o mais antigo do caso foi entrado em 1987. A década de 1990 apareceu um rápido aumento do número de tratados bilaterais de investimento em todo o mundo, no final da década, o universo destes tratados parecia dramaticamente diferente do das décadas anteriores. O número de tratados durante a década, subindo de 385 no final da década de 1980 para 1.857 no final da década de 1990, até agora (2021), 2852 foram celebrados em todo o mundo (2298 estão em vigor).
 - 4 Em Portugal, começou a regular, sistematicamente, o procedimento arbitral no primeiro Código Processo Civil (“CPC”) de 1876, arts. 44.º a 58.º do CPC de 1876. No Brasil, a arbitragem é reconhecida pouco mais cedo do que Portugal desde os tempos da colonização portuguesa, que expressa nas Ordenações Manuelinas e Filipinas. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea, *In Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem, Dalmo de Abreu Dallari coord.* Adriana Noemi Pucci, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 101, “...Para muitos que têm escrito e falado sobre a arbitragem como novidade, será surpreendente saber que a primeira Constituição brasileira, de 1824, já tratava expressamente da arbitragem”.

e dos investimentos –, fizeram nascer o conceito de blocos económicos⁵ e fomentaram uma crescente interdependência das nações e do desenvolvimento de instituições internacionais, eg., a ONU. Simultaneamente, a rápida mudança e a inovação tecnológica no transporte e nas comunicações desde os anos 60 eliminam as barreiras de tempo e de distância (espaço) promovendo uma integração mundial e até regional – *integração europeia* –; posto isto, incentivaram uma maior livre circulação - de pessoas, matérias e ideias, originaram um fluxo de bens e capitais, e o compartilhamento de valores fez crescer uma harmonização de normas, regras e sistemas jurídicos. Esse aumento da mobilidade global internacional transformou a nossa atividade económica e mudou completamente a forma tradicional do comércio e do investimento, em particular, a nível internacional.

A complexidade da vida económica e a libertação do comércio internacional no tempo do pós-guerra expandiu os obstáculos do acesso efetivo à Justiça – a garantia de efetividade, eficácia e implementação dos direitos–, o que fez surgir uma maior insatisfação dos populares pelo sistema judicial – crise da justiça –, obrigando, assim, a procurar outros meios para a resolução dos conflitos, por contraposição ao sistema judicial tradicional.

II. O sistema da arbitragem entre Estado e investidor nos termos dos TBIs

No contexto dos investimentos transfronteiriços, os investidores estrangeiros situam-se sempre numa posição vulnerável face à interferência e ao poder soberano do Estado recetor do investimento (*host-state* / Estado anfitrião), sobretudo, perante o poder regulatório (*the right to regulate*)⁶ – o direito soberano dos Estados de regular – de realizar a nacionalização ou expropriação dos bens privados sem indemnização, ou de revogar unilateralmente as garantias concedidas aos investidores⁷. A mudança política e o tratamento discriminatório entre o

5 Eg., União Europeia - Megabloco económico com 27 Estados-membros atuais, criado por um grupo de países através do acordo multilateral, visa a aumentar as ligações económicas entre os seus membros e integra um mercado único comum e restrito para os seus membros, no qual diminui as fronteiras impostas por cada membro-país a fim de estender as suas economias, e orientar todos os seus membros pela regulamentação uniforme.

6 *The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: a Hohfeldian Approach*, Charalampos Giannakopoulos, Chapter 8, Permutations of Responsibility in International Law, Queen Mary Studies in International Law, p. 148.

7 No caso *Vattenfall c. Alemanha* (Arbitragem do ICSID, no. ARB12/12/12), uma empresa da Suécia estabelecida na República Federal da Alemanha, instaurou um processo arbitral contra

investimento local e estrangeiro sob pretexto da defesa do interesse público⁸ fragilizam, inevitavelmente, os investidores estrangeiros e os seus interesses privados, o que trava o investimento estrangeiro e causa um impacto negativo aos sistemas económicos e financeiros do Estado anfitrião.

Ora, a confiança dos investidores estrangeiros em decisões de investimento internacional depende de uma proteção maior contra as ações governamentais unilaterais do Estado anfitrião. Daí, aparecem os acordos de promoção e proteção recíproca de investimento para equilibrar os interesses dos investidores estrangeiros – interesse privado – e do Estado anfitrião – interesse público⁹ (equilíbrio entre a proteção dos investimentos e a prossecução do interesse público dos Estados).

Neste contexto, surge o instrumento popular acordo - bilateral ou multilateral - sobre investimento internacional, “Tratados Bilaterais de Investimento” (“TBIs”, em inglês *Bilateral Investment Agreements*, “BITs”), que são mais utilizados, de preferência, entre os países em desenvolvimento a partir da década de 1990¹⁰ no plano internacional¹¹, celebrados entre dois Estados-Partes que visam reforçar a promoção e a proteção dos investimentos privados realizados pelos nacionais ou por empresas da nacionalidade de um dos respetivos Estados-Partes no território

a Alemanha depois da adoção por o último de medidas regulatórias (poder regulatório) em 2011 com a intenção de limitar gradualmente, e depois interditar o uso da energia nuclear, essa mudança de política da Alemanha viola as suas obrigações para os investidores estrangeiros no âmbito do Tratado da Carta de Energia.

- 8 O contrato de investimento – a categoria dos contratos económicos - entre o Estado e o privado, apesar de não ser um contrato administrativo, é ainda um contrato em que os poderes unilaterais da Administração não deixam de estar presentes... tendo em conta o peso decisivo do interesse público envolvido, Cabral de Moncada, “O Regime Jurídico do Investimento Estrangeiro em Portugal”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 131.
- 9 Por exemplo, nos termos do no art. 6.º/1 da Lei de Investimento de Cabo Verde, Lei n.º 13/VIII/2012 de 11 de Julho, com a alteração introduzida pela D/L n.º 34/2013 de 24 de Setembro, “Aos investidores são garantidos segurança e protecção jurídica contra quaisquer medidas de requisição, nacionalização, ou expropriação directa ou indirecta da sua propriedade privada, em todos os seus aspectos jurídicos e económicos, excepto por razões de interesse público, de acordo com a Lei, e obedecendo ao princípio da não discriminação, e sujeito à pronta, completa e justa compensação...”
- 10 O primeiro TBI foi celebrado em 1959 entre a Alemanha e o Paquistão.
- 11 Também há outros acordos multilaterais internacionais, eg. Tratado de Carte de Energia (“TCE”) estabelece um quadro da cooperação transfronteiriça na indústria energética, contém procedimentos de resolução de controvérsias tanto para os Estados Partes (vis-à-vis outros Estados) (art. 27.º), quanto entre Estado e investidores de outros Estados (art. 26.º), que fizeram investimento no território do primeiro.

do outro Estado-Parte¹², no qual concede regime de reciprocidade aos investidores de um outro estado na produção e execução de projetos de investimento no seu próprio território.

A figura dos TBIs é uma forma de proteção unilateral contra o Estado anfitrião; concede aos investidores estrangeiros uma série de garantias, *inter alia*, um tratamento não discriminatório de investidores de qualquer Estado-Parte, não oferecendo um tratamento de nação mais favorecida (*most favored nation clause*, “MFN”), mas sim um tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*, “FET”¹³), a livre circulação de capital sem restrições e proteção pelo direito de indenização em caso de expropriação injustificada.

Sendo que muitos se envolvem em investimentos duradouros a longo prazo em infraestruturas ou de injeção de quantidades significativas de capital, que normalmente não permitiriam os investidores retirarem ou recuperarem os retornos de investimento num curto período de tempo no caso da extinção de um TBI. A fim de atenuar o risco que os investidores estrangeiros correrem ao investir num Estado anfitrião, a *cláusula de caducidade* (“*Sunset Clause*” ou “*Grandfathering Clause*”) é uma ferramenta de garantia típica comumente aplicada no TBI, nos termos do qual é prorrogada a proteção e a garantia aos investidores estrangeiros por um período *extra* (entre 10 e 20 anos) após a cessação da vigência do TBI, desde que os seus projetos de investimento sejam realizados antes da data da cessação. Desse modo, pode permitir a proteção e a garantia previstas no TBI que continuarão em vigor por um período adicional para que os investidores estrangeiros possam recuperar o retorno a longo prazo do seu investimento.

Uma característica distintiva dos TBIs é que permitem ao investidor estrangeiro optar por recorrer a um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias – *arbitragem* – para solucionar as disputas de investimento entre ele e o Estado anfitrião, eg., o regime de arbitragem internacional de investimento

12 Na União Europeia, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa de 2009, passou-se a atribuir a competência exclusiva à UE – art. 3.º/1 e) e 205.º/1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) para celebrar acordos internacionais com terceiros que envolvam investimento estrangeiro direto, e, no caso de estar em causa o investimento indireto – *portfolio*, TBIs nacionais, a competência é partilhada entre a UE e os Estados-membros, art. 4.º do TFUE.

13 É o padrão central da proteção internacional de investimentos (*FET standard*) que o tribunal aplica para determinar se o comportamento para um investidor for injusto e inequitativo, *The Core Standard of International Investment Protection – Fair and Equitable Treatment*, Alexandra Diehl, Wolters Kluwer Law & Business, p. 251 e ss.

- ICSID¹⁴ -, ou outros fóruns como UNCITRAL¹⁵, ICC¹⁶ etc. Os TBIs possuem uma *cláusula de arbitragem de investimento* (“*investor-State arbitration clause*”) pela qual atribui a um investidor a faculdade de escolher recorrer à arbitragem internacional no caso de o seu direito sob o TBI não ter sido cumprido, em vez de processar o Estado anfitrião na sua jurisdição nacional.

Tendo em consideração que o objetivo dos TBIs é procurar proteger principalmente os direitos dos investidores, de uma perspetiva dos TBIs, parece que a arbitragem Investidor-Estado existe somente na possibilidade de ser a parte Investidor o demandante e ser a outra parte Estado o demandado; é pouco provável um Estado anfitrião iniciar a arbitragem como demandante contra aos investidores¹⁷ e, de facto, na prática, quase todas as disputas foram instauradas pelos investidores estrangeiros contra o Estado anfitrião com base num tratado de investimento ou com as disposições de investimento (*TIPs*)¹⁸.

Pese embora a celebração dos TBIs seja feita somente entre dois Estados Contraentes, existe uma *oferta unilateral de arbitragem* para os investidores

14 Foi instituído pelo tratado multilateral de resolução de litígios relativos a investimentos entre os Estados e nacionais de outros Estados – Convenção de Washington de 1965 -, destinava-se a criar um centro arbitral imparcial e confiável de resolução de litígios sob os auspícios do Banco Mundial. ICSID (*Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes*, Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos, “CIADI”) foi estabelecido em 1965, a Convenção do ICSID estabelece as suas Regras de Conciliação ao lado das Regras da Arbitragem do ICSID, o qual oferece um regime processual mais estruturado e completo, com as suas características distintivas que podem se consubstanciar em cinco aspetos: 1. A exclusividade dos meios de resolução de litígios previstos na Convenção; 2. Um duplo consentimento do Estado Parte relativamente à resolução por arbitragem de determinado litígio, necessita da manifestação de vontade do Estado por uma outra convenção de arbitragem além de convenção ICSID acordo-quadro; 3. A lei arbitral do local de arbitragem – *Lex loci arbitri* - não aplicará no procedimento arbitral, ou seja, a arbitragem do ICSID é inteiramente independente, e deslocalizado. 4. O primado do Direito Internacional; 5. O reconhecimento automático das decisões arbitrais proferidas no âmbito do ICSID, por isto, faz se tornar um instrumento internacional da *arbitragem de investimento* mais conhecido e utilizado para a resolução das disputas de tratados de investimento, cf. Dário Moura Vicente, *obra. cit.* p. 756-758 e Alexandra Diehl, *obra cit.* p.186.
(https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Conv%20Reg%20Rules_EN_2003.pdf)

15 O Regulamento da Arbitragem de UNCITRAL é a regra mais utilizada aplicável ao procedimento da arbitragem *ad hoc* hoje em dia.

16 É a instituição arbitral mais conhecida que administra a arbitragem de disputas comerciais internacionais.

17 A igualdade de acesso à arbitragem pelo Estado anfitrião confirmado na Convenção do ICSID. (<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>)

18 Casos de arbitragem pendentes e concluídos sob o sistema UNCTAD. (<https://unctad.org/news/unctad-releases-data-over-1000-investor-state-arbitration-cases>)

de um dos Estados Contraentes, no que diz respeito aos conflitos entre um investidor estrangeiro e o Estado anfitrião, mediante a manifestação de vontade prévia irrevogável no TBI por ambas as partes Estados Contraentes, os quais se comprometem a conferir ao investidor de outra parte, *um direito potestativo*¹⁹ de escolher entre vários meios diferentes de resolução de litígio no âmbito do investimento decorrente dos TBIs, mesmo que o TBI concreto não fosse propriamente subscrito pelo investidor estrangeiro conflituante. A decisão do investidor de optar por submeter o conflito à arbitragem, inclusive simplesmente por um pedido de instauração do processo de arbitragem, manifesta, de imediato, uma *aceitação (expressa / implícita) da arbitragem oferecida* por parte do Estado Contraente e constitui uma convenção de arbitragem válida e efetiva, produzindo desde logo os seus próprios *efeitos positivo e negativo*²⁰.

III. As vantagens e características da arbitragem na resolução de litígio de investimento internacional

Na medida em que os ordenamentos jurídicos de cada país são diferentes, não surpreende que cada país tente definir os limites da sua jurisdição de forma soberana para constituir barreiras naturais aos outros Estados, a fim de que possam garantir o resguardo da ordem jurídica e proteger os interesses daquele que está em conflito²¹. Quanto ao conflito decorrente dos TBIs entre o investidor estrangeiro e o Estado anfitrião, pois é natural gerar-se facilmente uma desconfiança de recorrer à Justiça de um dos países interessados. Assim, é indispensável que tenha uma garantia, em caso de litígio com o Estado ou outra entidade pública soberana com quem o investidor estrangeiro contratou, que seja decidido por um órgão terceiro independente e imparcial, o qual deve sempre manter a sua autonomia, neutralidade e objetividade em todo o processo, não havendo nenhuma influência em especial por parte do Estado soberano, sendo preferível que não seja da nacionalidade de nenhuma das partes para não suscitar a desconfiança sobre a sua independência e imparcialidade.

Não obstante que não seja sempre admirada no plano internacional²²,

19 Arbitragem Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais, Dário Moura Vicente, pg. 763

20 Uma convenção arbitral válida produz um efeito positivo, que atribui a competência ao tribunal arbitral relativamente a um determinado litígio, por outro lado, provoca um efeito negativo, impedindo os tribunais nacionais de julgar o fundo da causa e absolvê-lo da instância.

21 Vanessa Bernardi, *op. cit.* pg. 2

22 A Convenção do ICSID permite que a publicação das decisões quando ambas as partes consentiram, na prática, quase todas as decisões do ICSID são publicadas via o relatório anual e o site do ICSID. (<https://icsid.worldbank.org/cases>)

a confidencialidade do processo arbitral e da sua decisão, é ainda uma das características marcantes do instituto da arbitragem, visto que muitas empresas grandes ou sociedades globais e internacionais preferem recorrer a este meio não judicial, particularmente no domínio do comércio e investimento, ao invés de um processo judicial ordinário procedido dentro do tribunal nacional, o qual obriga estritamente ao princípio da publicidade (eg., art. 206.º da Constituição da República Portuguesa). Todos os intervenientes vinculam-se ao dever de guardar sigilo, do início ao fim do processo, em prol de não divulgar o conflito ao público para o não ligar à imagem das empresas, ao segredo comercial, aos conhecimentos tecnológicos ou ao *know how*. Contudo, este dever não é absoluto e pode ser quebrado por razão de interesse e ordem públicos, quando o dever de transparência é imposto por normas legais²³, o que é cada vez menos considerado como um aspecto decisivo na escolha da arbitragem no plano internacional:

Acima de tudo, a equiparação²⁴ da força executiva entre as decisões arbitrais e as sentenças judiciais é inquestionável, razão para o sucesso que o método da arbitragem alcançou, sem embargo de esse princípio da equiparação ser sujeito, em geral, no contexto internacional²⁵ a um processo de revisão e confirmação das decisões arbitrais estrangeiras no foro do lugar em que se instaurou o processo, eg., no sistema do direito português, a sentença arbitral estrangeira só tem eficácia depois de ser reconhecida pelo tribunal nacional competente – Tribunal Segunda Instância - nos termos dos art. 706.º/1 e 978.º do Código de Processo Civil Português (“CPC”) e art. 55.º da Lei da Arbitragem Voluntária (“LAV”).

Perante os tratados ou as convenções internacionais, embora esteja sujeito

23 A confidencialidade não se estima nos todos regimes arbitrais, eg., ONU, esta tendência conduz as regras UNCITRAL promover a transparência e participação pública dos seus procedimentos, pela criação da convenção de *United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* (entrou em vigor a partir de 2017), com o objectivo de contribuir significativamente para a criação de um quadro jurídico harmonizado para uma resolução justa e eficiente dos litígios de investimento internacional, aumentar a transparência da arbitragem dos investimentos e a responsabilização e promover boa governação do Estado.

24 No ordenamento interno de Portugal, o princípio geral de equiparação entre as sentenças judiciais e sentenças arbitrais é consagrado no art. 705.º do CPC e LAV 42.º/7.

25 Existem em geral três possibilidade do regime de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira adotado no mundo, 1) criação de regras específicas de processo de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira; 2) aplicação das regras mesmas para as sentenças arbitrais estrangeiras e para as sentenças judiciais estrangeiras (Portugal adota este sistema, CPC706.º, 976.º/1 do CPC e LAV 55.º); 3) aplicação do mesmo processo para as sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras. cfr. Maria Cristina Pimenta Coelho, a Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitrais Estrangeiras”, Revista Jurídica, no.20, 1996, AAFDL, Lisboa, p. 50.

ao controlo da revisão e confirmação, existe a possibilidade de escolha entre vários fóruns para facilitar o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, e reduzir ao mínimo as condições a serem preenchidas para este efeito – eg. princípio do tratamento mais favorável consagrado no art. VII da Convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (de Nova Iorque) –, designadamente, no âmbito da arbitragem de investimento, a Convenção de Washington cria os seus próprios mecanismos de reconhecimento e execução das decisões arbitrais proferidas ao abrigo da Convenção, as suas decisões são finais e vinculativas para ambas as partes, reconhecidas automaticamente e exigíveis em qualquer um dos Estados Contraentes da Convenção tal qual uma sentença dos tribunais nacionais, e sem a possibilidade de intervenção ou fiscalização pelos tribunais judiciais locais, caracteriza-se por ser uma arbitragem deslocalizada e a *lex loci arbitri* não terá nenhuma influência sobre o procedimento e a decisão arbitral.

Apesar de a Convenção de Nova Iorque ser um documento universal no direito internacional da arbitragem e constituir um meio de maior sucesso no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no âmbito do comércio internacional, o regime do ICSID venceu na área da arbitragem de investimento. Em comparação com o último, a convenção de Nova Iorque é menos satisfatória quanto aos limites da aplicação do âmbito e à possibilidade de recusa da confirmação da sentença arbitral. Como referimos anteriormente, a sentença arbitral do ICSID é definitiva e exequível logo que é proferida em qualquer Estado Contraente da Convenção como uma sentença de um tribunal nacional, não estando sujeita a qualquer revisão por tribunais nacionais (art. 53.º a 55.º da Convenção de ICSID²⁶, o procedimento de reconhecimento e execução da sentença), e pode ser impugnada só se se verificarem situações bastante restritivas previstas na Convenção de ICSID mediante o seu regime autónomo (art. 52.º da Convenção de ICSID, o procedimento da anulação).

Por esta razão, facilita, em grande medida, o reconhecimento e a execução das suas decisões arbitrais, evita que as partes envolvidas neguem simplesmente a força imperativa que as sentenças arbitrais difundiam sobre elas, em especial, com a exclusão do fundamento da recusa de confirmação das decisões arbitrais, *ofensa da ordem pública*²⁷– eg. 56.º/1 b ii) da LAV e art. V.º/2 b) da Convenção

26 ICSID possui um procedimento da execução simplificado e automático.

27 De forma que minimizar a incerteza do recurso deste critério da recusa, aplica na prática o conceito da ordem pública internacional, a ofensa da ordem pública internacional não só se representa uma violação dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, mas com um grau grave, eg., violação dos direitos de defesa, art. 22.º do Código Civil Português. – cfr. Acórdão do STJ de 9.10.2003, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional Vol III, Rui Manuel Moura Ramos, Gestlegal, pg 511-514 e 580-611; A Convenção*

de Nova Iorque - que é consagrado em geral na ordem jurídica interna da maioria dos países, minimiza a presença intensa da ideia da soberania do Estado, dado que a intervenção com a reserva da ordem pública gera obviamente uma incerteza da decisão arbitral e facilmente leva a abusos por parte do juiz do Estado por motivos de natureza quer política quer económica.

A uniformização das regras arbitrais internacionais beneficia a maioria dos países e territórios com maior potencial económico do mundo que convencionaram e aderiram às várias convenções internacionais ou acordos bilaterais ou multilaterais²⁸, daí as decisões arbitrais poderem ser reconhecidas noutros territórios que subscreveram a mesma convenção, com o mesmo efeito e a mesma força executiva da sentença do tribunal nacional²⁹, o que tem a vantagem de reduzir as dificuldades e inconveniências da execução da decisão arbitral nos tribunais nacionais de um outro Estado.

No plano da comunidade europeia, com o objetivo do reforço da cooperação judiciária, no âmbito do projeto de comunitarização do direito internacional privado dentro da União, surgiu a elaboração de regras (regulamento CE) uniformes na UE com o propósito da criação de um espaço de liberdade, de justiça e de igualdade no acesso à justiça (art. 81.º/1 do TFUE). Sob o objetivo da livre circulação das decisões em matéria civil e comercial, criou o Regulamento da EU n.º 1215/2012 relativo à matéria do reconhecimento e da execução das decisões,

de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitrais Estrangeira, Maria Cristina Pimenta Coelho, Revista Jurídica no. 20, Outubro 1996, 56-67, 62-63

28 A Convenção de Nova Iorque de 1958 foi aprovada pela Assembleia da República de Portugal em 10.3.1994, por resolução da Assembleia República n.º 37/94, com a reserva de reciprocidade – só se aplicar a Convenção às sentenças proferidas noutro Estado Outorgante na base da reciprocidade -, vigora na ordem português nos termos do art. 8.º/2 da CRP, em simultâneo, Portugal reformou o seu processo de reconhecimento (Lei no. 63/2011, LAV art. 55.º) para que a sentença arbitral estrangeira adquira a natureza de título executivo, nomeadamente, as decisões proferidas pelos países subscritores da Convenção de Nova Iorque na condição de ser reconhecido pelo tribunal nacional competente. A Convenção de Nova Iorque confere aos Estados Contraentes a possibilidade de reserva de se exigir apenas que se trate de matéria comercial. Pese embora tenha um escopo mais amplo, contém mais situações para recusar à execução das decisões arbitrais do que existem sob a Convenção de Washington (ICSID).

(<https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>)

29 Existia a divergência entre as doutrinas e jurisprudências de Portugal, quanto aos países subscritores da convenção da Nova Iorque; há doutrina e jurisprudência que admitir que podiam directamente avançar a sentença arbitral estrangeira e não teria de reconhecida pelo nosso tribunal de relação nos termos dos arts. 978.º a 985.º do CPC, por exemplo, Dário Moura Vicente, de Lisboa, e o acórdão do STJ de 19.3.2009. Há outro acórdão do STJ, de 18.2.2014, entendeu que “é sempre exigível o reconhecimento judicial de qualquer decisão arbitral estrangeira, mesmo que proferida nos termos da Convenção de Nova Iorque de 1958.”

todavia, exclui o instituto da arbitragem do esquema - Considerando (12) e art. 1.º/2 d) do Regulamento n.º 1215/2012.

As características típicas do instituto da arbitragem contribuem para esta se tornar o instrumento ideal para uma forma modernidade de resolução de conflitos, em particular no âmbito do investimento internacional, sendo, assim, com êxito, um método de solucionar os litígios mais complexos perante qualquer sede de arbitragem e seja qual for o direito aplicável.

IV. Problemas discutidos no acórdão Achmea – (In)compatibilidade entre constituição de cláusulas arbitrais em tratados de investimento intra-UE e a autonomia do direito da União Europeia

A situação na UE não é diferente da do resto do mundo; a partir do fim do século XX (década de 1990), foram celebrados TBIs em grande número entre, na altura, os Estados-membros e os países em desenvolvimento que depois passaram a ser os Estados-membros.

Todavia, no caso dos TBIs celebrados entre dois Estados-membros da UE (“TBIs intra-UE”), o tema torna-se complexo e a sua discussão na Europa nunca foi pacífica ao longo dos tempos. Durante os últimos anos, as tensões aumentaram entre a UE e os seus Estados-membros, com a polémica levantada pelo acórdão *Achmea* em 2018 no tocante à *(in)compatibilidade* entre os TBIs intra-UE e o Direito da União, ou melhor dizendo, coloca-se uma questão jurídica da harmonia da arbitragem de investimento intra-UE com a autonomia do sistema jurídico da União.

Sob o enquadramento do mercado único da União Europeia, a Comissão atendeu, antes de tudo, às vantagens que eram conferidas aos investidores de alguns Estados-membros de forma recíproca, que fragmentaram o mercado interno da Europa e violaram os valores e princípios fundamentais do Direito da União – em particular, a discriminação em razão da nacionalidade (art. 18.º do TFUE) e a livre circulação de capital (art. 63.º do TFUE). É manifestamente incompatível com o espírito fundamental da UE, que um acordo bilateral ou multilateral entre dois ou mais Estados-membros estabeleça uma situação em que uma das partes se encontre numa posição mais favorável ou ofereça privilégios que não existam nos outros Estados-membros.

Para além da questão político-constitucional dos valores comuns da União, o objeto deste estudo centra-se em abordar o problema jurídico principal, a *(in)compatibilidade* entre a criação de um sistema de resolução de litígios intra-EU – arbitragem – e a *unidade da ordem jurídica da União*, em que o Tribunal de Justiça

da União Europeia (“TJUE”) pronunciou a sua posição em vários documentos³⁰, salientando que não era compatível com os Tratados da União a formação de uma jurisdição fora do sistema judicial da União.

Confrontado com a autonomização do direito comunitário no contexto da ordem jurídica globalmente considerada, foi naturalmente suscitado o problema da conciliação das duas esferas jurídicas distintas – Direito Internacional e Direito Comunitário³¹, e quando colocar a aplicação de um tratado / acordo internacional – Direito internacional – no quadro do ordenamento comunitário – Direito comunitário, um problema de *internormatividade*³² nunca fácil de se harmonizar.

Vale a pena analisarmos uma jurisprudência notável do TJUE, o caso *Achmea*³³, que fixou, definitivamente, o entendimento sobre a incompatibilidade da cláusula arbitral em TBI intra-UE com a autonomia do sistema jurídico da União, ou seja, opõe-se à possibilidade de recorrer à jurisdição voluntária (arbitragem) no conflito de investimentos transfronteiriços intra-UE. Este acórdão *Achmea*

30 Parecer n.º 1/91 do TJUE, (The EEA Agreement) 14.12.1991; Parecer n.º 1/09 do TJUE (*Agreement on the creation of a unified patent litigation system*), 8.3/2011, paragraph 74; Parecer n.º 2/13 do TJUE (*Accession of the Union to the ECHR*), 18.12.2014, paragraph. 182; Parecer n.º 1/17 do TJUE, de 30.04.2019, CETA Agreement, parágrafo 106;

31 O direito comunitário é diferente do direito da integração, apesar de o TJUE enfatizar frequentemente as diferenças entre o direito da UE e o direito internacional, não podemos negar a União Europeia é criada por uma série de tratados constitutivos entre os Estados-membros. Contraentes, derivam de força vinculante do direito internacional. Ele é composto por um conjunto de fontes comunitárias originárias e derivadas do direito com a finalidade de regulamentar as relações multilaterais existentes entre os seus integrantes. Embora a sua autónoma em relação ao Direito Internacional, as principais fontes do Direito da União são os tratados comunitários, que instituíram o bloco, trata-se *tertium genus* entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

32 Efetividade das decisões arbitrais no âmbito dos “BIT internos à União”, Suzana Tavares da Silva, p.1

33 Processo n.º C-284/16, *Achmea vs. Slovak Republic*, 06.03.2018, relativo a um pedido de decisão prejudicial foi apresentado pela República Eslovaca, um TBI foi celebrado em 1991 entre o Reino dos Países Baixos e a República Federal Checa e Eslovaca (a República Eslovaca sucedeu ao TBI em 1.1.1993 enquanto sucessora da República Federal Checa e Eslovaca e aderiu à UE em 1.5.2004), a República Eslovaca abriu o seu mercado da prestação de seguros de saúde privados aos operadores de outros países em 2004, a empresa neerlandesa *Achmea* estabeleceu um sucursal e injetou capital através da qual prestava o serviço de seguro da saúde privado. Em 25.10.2007, a República Eslovaca proibiu a distribuição de lucros obtidos a partir das atividades de seguros de saúde privados por lei. Tendo em consideração a medidas legislativas prejudicada a *Achmea*, a qual intentou uma ação arbitral contra a República Eslovaca na Frankfurt em 2008, nos termos da cláusula da arbitragem prevista no art. 8.º do TBI visado. Durante o processo, a República Eslovaca invocou a exceção da incompetência do tribunal arbitral em razão de incompatibilidade entre cláusula arbitral e o Direito da União. O Tribunal arbitral julgou improcedente a exceção e condenou a República Eslovaca a pagar a 22,1 milhões de euros à *Achmea*.

orienta, posteriormente, dois documentos significativos, i) a Declaração de 2019 sobre as consequências legais do acórdão *Achmea* e a proteção de investimento na UE e ii) o Acordo Internacional de 29 de Maio de 2020, relativo à cessação da vigência de Tratados Bilaterais de Investimento entre os Estados-membros de UE, o último dos quais colocou, finalmente, um ponto final na polémica e conduziu simbolicamente ao fim de TBI intra-UE, desvalorizando e ameaçando até certamente o desenvolvimento da arbitragem de investimento na Europa – arbitragem intra-UE.

Saliente-se no caso *Achmea*, três questões³⁴ de especial relevância, e o cerne de uma delas quanto à incompatibilidade da cláusula arbitral constante do TBI intra-UE com o Direito da União (art. 8.º, 267.º e 344.º do TFUE). No fundo, o problema central é saber se um tribunal arbitral criado segundo um acordo internacional bilateral no âmbito do investimento pode ser considerado como um “*órgão jurisdicional nacional*” na aceção do art. 267.º do TFUE, de que prossegue a finalidade de garantir a uniformidade na aplicação - e interpretação - do Direito da União e concretizar o objetivo da cooperação judiciária entre o sistema comunitário e os sistemas nacionais dos Estados-membros, através do instrumento *reenvio prejudicial - a dualidade fundamental de objetivos*³⁵.

A invenção do instrumento de reenvio prejudicial – a colaboração processual que permite um *diálogo interjurisdicional formal e exclusivo* entre tribunais membros nacionais e o TJUE - é a consequência da unidade na ordem jurídica da União, que constitui um sistema multinível que se insere nos diversos ordenamentos dos seus Estados-membros e estão ligados entre si. É, assim, a construção do Direito Comunitário – as regras e os princípios fundamentais do Direito da União, que reconhece uma série de valores comuns nos quais a União se funda, trata como uma *supreme law*, proveniente do cariz *supranacional* da autoridade europeia. Desta maneira, configura a prevalência do direito comunitário (incluindo quaisquer normas e atos do Direito da União que produzem efeitos juridicamente vinculativos e externos) sobre o direito interno ordinário - Princípio do Primado do Direito da União -, independentemente do seu lugar na hierarquia normativa do ordenamento jurídico interno, nenhuma norma ou ato nacional podem afetar a validade do direito da União, nem sequer a norma constitucional

34 Submetia três questões prejudiciais ao TJUE pelo Supremo Tribunal Federal Alemanha: 1.) a aplicabilidade do art. 344.º do TFUE aos diferendos entre os Estados-membros, 2) se o art. 267.º do TFUE se negar a cláusula de arbitragem do TIB intra-UE, 3) se se constitui uma discriminação com a violação do art. 18.º do TFUE quando afirmar nas disposições se encontrar a vantagem dos alguns Estados-membros ao recurso da arbitragem decorrente dos TBIs..

35 Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União Europeia - história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, parag 944

fundamental³⁶ se pode sobrepor à primazia do direito da União³⁷ - *Proc. n.º 11/70, Acórdão Internationale Handelsgesellschaft*.

Esse relacionamento entre o sistema comunitário e os sistemas nacionais dos Estados-membros estende-se até à competência substancial para exercer funções jurisdicionais em cada sistema – princípio da repartição da competência, e traz uma repartição da competência do controlo jurisdicional interno – tribunais judiciais nacionais - e do controlo jurisdicional comunitário – TJUE.

Cabe ao TJUE a função especializada no que respeita à garantia da uniformidade da aplicação das normas da União, como a jurisdição central no sistema jurisdicional comunitário, para assegurar o princípio da autonomia do direito da União; atribuiu-se uma *competência exclusiva* para interpretar e apreciar a validade das regras comunitárias, e para evitar os diferentes entendimentos resultantes da variedade de intenção normativa e a incerteza jurídica do sistema comunitário.

Os tribunais judiciais nacionais, assumindo um papel de tribunal comum de aplicação do direito da União, estão incumbidos de julgar em primeira instância sobre os recursos e ações introduzidos por particulares, de decidir todas as questões suscitadas para garantir a efetivação dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica comunitária (*treaty making power*) e encarregue-se de aplicar de maneira uniforme o direito da União Europeia no caso concreto.

Daí, afasta-se a possibilidade de reenvio das questões relativas ao Direito da União para uma jurisdição fora do órgão jurisdicional de um Estado-membro, eg., a jurisdição de um terceiro estado não membro³⁸ - *Proc. n.º C-100/89 e n.º C-101/89, 12.12.1990, Kaefer e Procacci*; por outro lado, mesmo que os particulares que sejam as partes do litígio, perante um tribunal nacional comum da União, não podem submeter eles próprios diretamente as questões prejudiciais ao TJUE, e só podem solicitar ao juiz do caso lhe dirigir as questões, cabendo exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais o controlo do direito comunitário – acesso à competência de decisão prejudicial.-

36 É reconhecido formalmente no. art. 8.º/4 da CRP, a doutrina portuguesa dominante considerava que o princípio do primado apenas efetuava nas normas de valor infraconstitucional, suportava uma restrição do controlo de constitucionalidade das normas de direito da União, mas sempre recorreria o mecanismo do reenvio prejudicial para o TJUE ter a oportunidade de se pronunciar o seu entendimento sobre a contenda antes de controlo constitucional.

37 *Proc. n.º 11/70, Acórdão Internationale Handelsgesellschaft*, de 17.12.1970, a possibilidade de conflito entre a obrigação de Direito Europeu e o direito fundamental protegido pela Constituição Alemã.

38 *Proc. n.º C-100/89 e n.º C-101/89, 12.12.1990, Kaefer e Procacci*, não é contestado que o tribunal *administratif de Papeete*, que fica no território da Polinésia Francesa - território ultramarino da França -, é um órgão jurisdicional francês.

Posto isto, o cerne do problema é a questão de saber se um tribunal arbitral constituído no âmbito do TBI intra-UE se pode enquadrar na conceção do órgão jurisdicional de um dos Estados-membros / nacional.

Antes de abordar o problema, não podemos deixar de estudar a definição de órgão jurisdicional nacional na aceção do art. 267.º/ TFUE, e procurar qual critério (quais elementos) jurídico, ao desenvolvimento jurisprudencial, se têm que ser preenchidos para o qualificar. Em jurisprudência anterior, nota-se que o TJUE tem analisado a delimitação do *conceito-tipo*³⁹ do órgão jurisdicional nacional, procurando construir a definição de órgão jurisdicional nacional de um modo tipológico, com suficientes semelhanças ao modelo do *tribunal de direito comum*, configurando um conjunto de características – *obrigatórias, acessórias e adicionais* –, para identificar se um determinado órgão é, ou não, o tipo de órgão jurisdicional nacional num caso concreto.

Sendo assim, várias jurisprudências atestam as seguintes características típicas para servirem de critério ao examinar o tipo de um órgão jurisdicional nacional:

Do ponto de vista do TJUE⁴⁰ - *Proc. C 102/81, Proc n.º 109/88, Proc. n.º C 102/81, TJUE n.º C393/92, n.º 22-23, Proc. n.º C 102/81, Proc n.º C 54/96* -, (1) *a jurisdição com carácter obrigatório* é a característica indispensável (*obrigatória*) para que se possa justificar a sua espécie de órgão jurisdicional nacional, as partes no conflito estão obrigadas a dirigir-se ao órgão em causa, independentemente do acordo da faculdade de poder escolher entre várias vias jurisdicionais diferentes de resolução, qualquer parte pode instaurar um processo no chamado órgão e a outra parte fica, desde logo, vinculada por esta escolha e sujeita ao procedimento posterior.

Em princípio, um órgão jurisdicional nacional não tem que ver com o título formal de um tribunal, sempre que disponha de competência substancial para exercer as funções jurisdicionais da (2) *resolução de um litígio concreto* - mesmo que não decida um litígio determinado concreto, o tribunal superior qualificado é chamado a examinar ou a pronunciar-se sobre a questão de direito e a sua pronúncia serve de referência orientadora e integra-se na parte da decisão do tribunal que julgue esse caso concreto -, tem (3) *origem legal*⁴¹ sendo que

39 As disposições dos Tratados da União não definem nem exploram a definição do órgão jurisdicional nacional, considera que a conceção do órgão jurisdicional nacional deve ser encarada como um “tipo” mas não “conceito”, a fim de ter margem de manobra para verificar a realidade conceptualizada em cada caso concreto. Sofia Oliveira Pais, cit. obr, p. 187

40 Proc. C 102/81, Nordsee Deutsche vs. Reederei Bremerhaven, a parte da decisão parágrafo 11-15.

41 Proc n.º 109/88 Handels vs. Danfoss, parágrafo 7-9, “*o Faglige Voldgiftsret (tribunal arbitral profissional) ... nos termos do artigo 22.º da Lei dinamarquesa n.º 317, de 13 de Junho de*

justifica uma determinada intervenção necessária das autoridades públicas⁴² na sua composição ou no seu funcionamento, de modo que considera o Estado-membro confia no órgão o dever de aplicação do Direito da União e ser como um papel “Estado-juiz”.

Deve funcionar (4) *de modo permanente* para julgar com (5) *independência* todos os litígios no âmbito da sua jurisdição. Ao longo de todo o processo, observa o princípio estruturante do direito processual – (6) *o contraditório*, devem as partes ter a oportunidade de se pronunciarem e de serem ouvidas relativamente a todas as questões relevantes do processo; assegura os direitos à defesa ampla no processo junto do órgão em causa, de forma a evitar uma decisão surpresa; e garante a participação efetiva das partes na formação da sua (7) *decisão final com caráter jurisdicional* – vinculativa para as partes em litígio e produz o mesmo efeito do das sentenças dos tribunais de direito comum, a fim de não prejudicar os direitos fundamentais de acesso aos tribunais e da tutela jurisdicional efetiva pelo recurso desse órgão “jurisdicional”.

Em princípio, o órgão em causa deve (8) *aplicar as normas de Direito*; mesmo que julgue de acordo com a equidade, poderia reconhecer a verificação do tipo de tribunal no âmbito do art. 267.º do TFUE, se as normas da União têm de ser aplicadas no caso⁴³.

1973...*Cabe então ao tribunal arbitral profissional dirimir o litígio em última instância.*”;

42 TJUE discutiu nos vários casos o grau de envolvimento das autoridades públicas necessário para a verificação do órgão como órgão jurisdicional nacional; Proc. n.º C61-65 *G. Vaassen-Gobbels vs. Direção do Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, considerou que o órgão tinha origem legal, seria exigível que o *Scheidsgerecht* fosse criado por ato das autoridades públicas e as mesmas nomeassem os membros do tribunal arbitral; Proc no.º 246/80, *C. Broekmeulen vs. Huisarts Registratie Commissie*, neste caso não exige todos os membros do órgão, *Commissie van Beroep Huisartsgeneeskunde* (Appeals Committee for General Medicine), eram nomeados pelas autoridades públicas (apenas três de nove membros eram nomeados por ministros do Estado-membro), nem o seu regulamento tinha sido aplicado pelas autoridades públicas, basta que o órgão exerce a sua função com a aprovação das autoridades públicas (criada por uma associação profissional de direito privado), e o seu regulamento interno do órgão só podia ser alterado com o acordo das autoridades públicas e funcionar com a colaboração das últimas, parágrafo 17; Proc. n.º 109/88, *Handels vs. Danfoss*, a Lei dinamarquesa atribui a competência ao órgão para resolver determinado tipo de litígio; Proc. n.º C 102/81, *Nordsee Deutsche vs. Reederei Bremerhaven*, (Decisão) parágrafo 11-15, 14“*the ordinary courts may be called upon to examine them either in the context of their collaboration with arbitration tribunals, in particular in order to assist them in certain procedural matters or to interpret the law applicable, or in the course of a review of an arbitration award*”.

43 TJUE n.º C393/92, n.º 22-23, *Gemeente Almelo v.s. Energiebedrijf IJsselmij NV*, “...*It follows from the principles of the primacy of Community law and of its uniform application, in conjunction with Article 5 of the Treaty, that a court of a Member State to which an appeal against an arbitration award is made pursuant to national law must, even where it gives judgment*

Poderia permitir, excepcionalmente, qualificar um órgão como tipo de órgão jurisdicional nacional, sempre que esse órgão tenha a última palavra no seu ordenamento jurídico interno para pronunciar uma decisão definitiva sobre o litígio em causa – (9) *a decisão em última instância*.

Afinal de contas, assume-se que as características e os fatores acima mencionados possam atuar como critério de referência para a qualificação do tipo de órgão jurisdicional nacional – de Estado-membro –, não exigindo necessariamente que preencha todas as características do modelo, basta que se verifique em cada caso concreto algumas características em conjunto que revelam os indícios suficientes para fundar uma ligação próxima entre as duas figuras, através de uma imagem global que permite aos órgãos em causa aproximarem-se e considerarem-se *suficientemente parecidos*⁴⁴ com o modelo de “tribunal de direito comum”.

Note-se que, nenhuma das características acima mencionadas é só por si suficiente para justificar ou rejeitar a qualificação de órgão de carácter jurisdicional nacional, todos podem funcionar como indícios de qualificação do tipo de órgão jurisdicional nacional, o que importa é que preencham um conjunto de características que se torne suficientemente idêntico com esse tipo⁴⁵. Entretanto, a falta de (5) *a sua independência* e (2) *a sua função de resolução de conflito* podem servir como *elemento negativo* de delimitação do tipo de órgão jurisdicional nacional, alongando se da qualificação quando se verificar que não assume uma postura autónoma⁴⁶, ou quando for chamado para se pronunciar com uma opinião / um parecer / uma mera recomendação não vinculativa sobre o caso concreto, ou simplesmente, ausência de lide na base do processo.

V. A jurisdição arbitral no ordenamento jurídico da União

Assim, pode permitir entrar-se numa análise sobre qual é a situação do tribunal arbitral constituído no âmbito dos TBIs intra-UE, ou seja, através de um acordo internacional bilateral entre dois Estados-membros, que é exatamente a controvérsia mais discutida na prática. Como já mencionámos, o tribunal arbitral nem sempre é uma figura que poderíamos enquadrar pacificamente no tipo de

having regard to fairness, observe the rules of Community law, in particular those relating to competition.”

44 Proc. n.º C 102/81, *Nordsee Deutsche vs. Reederei Bremerhaven*, parágrafo 10.

45 Proc n.º C 54/96, *Dorsh Consult*, parágrafo 23.

46 Assegura principalmente a imparcialidade do órgão que decide o litígio visto que as autoridades administrativas são órgãos nacionais que prosseguem os interesses públicos e satisfazem as necessidades coletivas, não se verifica a sua figura independente e autónoma.

órgão jurisdicional nacional na aceção do art. 267.º do TFUE.

Tendo em conta as várias jurisprudências do TJUE, este afasta preliminarmente os tribunais arbitrais de jurisdição com carácter voluntário⁴⁷ - *Proc. n.º C 102/81* -, “*tribunais arbitrais puros*” - “tribunais arbitrais em sentido estrito”, que são criados pela vontade das partes em litígio, as quais não estão obrigadas a se submeterem à arbitragem, nem existe qualquer intervenção das autoridades públicas na decisão de escolher a arbitragem para resolver um determinado tipo de litígio, ou na intervenção do processo que se realize perante um tribunal arbitral – do tipo de órgão jurisdicional tradicional de um Estado-membro no âmbito do Direito da União.

Porém, não significa isso que os tribunais de jurisdição arbitral não possam ser identificados desse tipo, desde que apresentem os elementos suficientes para se enquadrarem no tipo de órgão jurisdicional nacional, designadamente, seja constituído de modo permanente – *Proc. n.º 61/65*, da origem legal – *Proc. n.º C377/13* -, com a competência obrigatória – *Proc. n.º 109/88*⁴⁸, julgar de acordo com o Direito⁴⁹, de forma que se aproximem com o modelo de tribunal de direito comum.

Neste contexto, um *tribunal arbitral necessário*⁵⁰ (a jurisdição da origem legal e com a competência obrigatória – jurisdição com carácter obrigatório) poder-se-ia facilmente enquadrar no tipo de órgão de carácter jurisdicional nacional. Em Portugal, para proteger o interesse da ordem pública, alguns tipos de conflito não poderão ser seguidos pelos tribunais comuns, o que obriga às partes submeter os conflitos específicos à arbitragem⁵¹; eg., a Lei n.º 23/96 sobre o ordenamento

47 *Proc. n.º C 102/81, Nordsee Deutsche vs. Reederei Bremerhaven*, parágrafo. 11, “*um tribunal arbitral voluntário não constitui um órgão jurisdicional de um Estado-membro na aceção do art. 267.º/TFUE*”.

48 No *Proc. Danfoss*, o TJUE aceitou as questões prejudiciais levantadas pelo tribunal arbitral profissional *ad hoc*, o advogado geral do caso considerou que a exigência da permanência da jurisdição dos órgãos poderia ser reduzida quando a lei lhes confere competência para resolver um determinado litígio – apela a característica da origem legal do órgão.

49 *Proc. n.º 61/65, G. Vaassen-Göbbels vs. Direcção do Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, Parte I, p. 404-405, o *Scheidsgerecht (Tribunal Arbitral) é organismo permanente competente constituído nos termos do Reglement van het Beambtenfondsvoor het Mijnbedrijf (RBFM)*.

50 *Proc n.º C 377/13, Ascendi Beiras Litoral e Alta vs. Autoridade Tributária e Aduaneira (PT)*, 12/06/2014, paragrafa 22-34, “... *quando o contribuinte recorre ao seu diferendo à arbitragem fiscal, a jurisdição do Tribunal Arbitral Tributário tem, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011, carácter vinculativo para a autoridade tributária e aduaneira.*” (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=70C9282DA7A30A0031AEBD0F93D5BD69?text=&docid=153582&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5574849>).

51 *Proc. n.º C555/13 Merck Canada vs. Accord Healthcare Ltd*, 13/02/2014, parágrafo 22 e 25, a

jurídico de alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, um conflito desta natureza é sujeito à forma de arbitragem necessária que será desencadeada por parte do consumidor (art.º 15). Em relação às questões laborais resultantes da celebração ou revisão de convenção coletiva (art. 529.º do Código do Trabalho, a remissão aos arts. 506.º e 507.º, arts. 508.º e 509.º ou art. 510.º), estas poderiam ser dirimidas pela arbitragem obrigatória e necessária; E nos termos dos arts. 4.º e 5.º da Lei n.º 74/2013, criou um Tribunal Arbitral do Desporto, compete-lhe à competência específica e exclusiva de conhecer os litígios emergentes dos atos e omissões das federações e outras entidades desportivas e ligas profissionais, no âmbito do exercício dos correspondentes poderes de regulamentação, organização, direção e disciplina e os recursos das deliberações tomadas por órgãos disciplinares das federações desportivas ou pela Autoridade Antidopagem de Portugal em matéria de violação das normas antidopagem.

Em geral, o recurso ao mecanismo da arbitragem é de carácter voluntário, mas assenta na vontade das partes o impulsionar a sua utilização. Por regra, os tribunais arbitrais são criados por convenção de arbitragem celebrada entre as partes de uma relação jurídica. Trata-se de uma entidade constituída para julgar aquele particular litígio entre as partes e que se extingue depois de desempenhada a sua tarefa. É frequente que as partes determinem que os árbitros decidam de acordo com a equidade e não por aplicação das regras de direito vigentes.

O tribunal arbitral não é como outro tribunal judicial, não funciona permanentemente e tem como objetivo um caso particular, terminando a sua competência logo que finda o processo, o poder do tribunal nacional – tribunal de direito comum - provém da soberania do Estado, este distingue-se do poder do tribunal arbitral, que emana, diretamente, da convenção das partes; mesmo assim, em Portugal, o tribunal arbitral adquire dignidade constitucional à luz do art. 209.º/ 2, é, portanto, uma das categorias de tribunal.

Assim, podemos concluir que o mecanismo do reenvio prejudicial pode funcionar entre um tribunal de jurisdição arbitral e o TJUE, ou seja, não nega necessariamente um tribunal arbitral, constituído com base na cláusula da

competência do Tribunal Arbitral necessário... resulta da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro de 2011... com efeito, este diploma legal confere àquele tribunal uma competência obrigatória para decidir; em primeira instância, os litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos, ... deve ser considerado um órgão jurisdicional na aceção do artigo 267.º TFUE. Em 2018, o regime de arbitragem necessária da Lei n.º 62/2011 art. 2.º (arbitragem necessário) foi revogado pela DL n.º 110/2018, de 10 de Dez, deixando às partes a opção entre o recurso a arbitragem voluntária ou ao tribunal judicial competente, em virtude de acórdão no. 251/2017 do Tribunal Constitucional de Portugal, que julgou inconstitucional a norma do art. 2.º da Lei n.º 62/2011, ao estabelecer arbitragem necessário instaurado, a qual impede a parte invocar a exceção pela invalidade de patente.

arbitragem de natureza privada de quer do contrato privado quer do acordo internacional, ser reconhecido *como um órgão jurisdicional* de um dos Estados-Membro, desde que o TJUE não se afaste por burocrático o acesso ao mecanismo de reenvio prejudicial do “tribunal arbitral qualificado”.

A sentença definitiva e irrecorrível do tribunal arbitral não se poderia considerar como um limite da fiscalização do TJUE para as sentenças arbitrais a fim de garantir a sua competência exclusiva da interpretação ou aplicação do direito da União no caso concreto. Foi esse, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal Alemanha no acórdão *Achmea*, que um órgão jurisdicional nacional poderia ser chamado em fase de reconhecimento e execução da sentença arbitral, a examinar a compatibilidade dessa sentença com o direito da União, e, caso seja necessário, o tribunal nacional competente de execução poderia ainda submeter um pedido de questão prejudicial ao TJUE para este fim.

VI. Fim dos TBIs intra-UE – o projeto do novo acordo internacional L-169

Logo chegada a década de 2020, a arbitragem de investimento na UE está a atravessar uma fase de grande convulsão. Na sequência do acórdão *Achmea*, 23 Estados-membros da UE (inclusive Portugal) chegaram, enfim, oficialmente, a um Acordo relativo à cessação da vigência de tratado bilaterais de investimento entre os Estados-membros da União Europeia – n.º L169 de 29 de Maio⁵² (“acordo de cessação”), tratado multilateral esse celebrado por consentimento de 23 Estados-membros em função da cessação de todos os seus TBIs intra-UE (cerca dos 130, 10 deles com Portugal), e prevê as disposições transitórias para regular a sua extinção e os efeitos jurídicos eventuais. O acordo de cessação entrou em vigor em 29 de agosto de 2020 – n.º L281⁵³, contém 18 artigos, duas listas dos TBIs

52 Foi assinado entre 23 Estados-membros, Alemanha, Bulgária, Bélgica, Chipre, Chéquia, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, França, Grécia, Hungria, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Roménia, em 05.05.2020 nas Bruxelas. A proposta do acordo de cessação apresentada em 2019 ainda aos países Áustria, Finlândia, Suécia, Reino Unido e Irlanda do Norte.

53 13 Estados-membros fizeram a notificação e dois Estados-membros deles, a Dinamarca (6.5.2020) e Hungria (30.7.2020), o acordo de cessação entrou em vigor já a partir do início em 29/8/2020 para elas. Portugal fez a sua declaração seguinte, “... *Portugal reitera que as legítimas expectativas de proteção, geradas na vigência do quadro normativo instituído pelos referidos acordos bilaterais, devem ser merecedoras de tutela jurídica efetiva. Neste sentido, Portugal manifesta o seu firme apoio ao aprofundamento do diálogo entre a Comissão Europeia e os Estados-membros com vista a assegurar a mais ampla garantia de proteção sólida e eficaz dos investimentos na União Europeia. Para tanto, exorta a que se pondere a criação de novos ou melhores instrumentos ao abrigo do direito da União Europeia e se prossiga a avaliação*

visados nos dois anexos A e B, e dois anexos C (minuta de declaração) e D (tabela indicativa de comissão para o facilitador).

A maioria do TBIs visados já existia desde os anos 80 e 90 e o mais antigo datava de 1967⁵⁴, o acordo de cessação marca, assim, um fim da história dos TBIs intra-UE.

Em princípio, o acordo de cessação seguiu as intenções políticas assinaladas nas Declarações de 15 e 16 de Janeiro de 2019 subscritas por todos 28* Estados-membros⁵⁵, admitiram extrair, principalmente, consequências jurídicas (negativas) do acórdão *Achmea*⁵⁶ de acordo com as suas obrigações – princípio da autoridade da coisa interpretada⁵⁷ - impostas pelo Direito da União, a terminar os seus TBIs intra-UE e as suas cláusulas de caducidade constantes nos anexos A e B do acordo de cessação, comprometeram-se em retirar todos efeitos negativos de um acordo TBI intra-UE para a sua ordem jurídica provocados pelo acórdão *Achmea* a fim

dos atuais mecanismos de resolução de litígios, essenciais para garantir segurança jurídica e proteção dos interesses dos investidores.” Luxemburgo e Países Baixos também expressaram as suas opiniões sobre o acordo de cessação. (<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en>)

- 54 Acordo entre o Governo de República Francesa e o Governo da República de Malta sobre o fomento e a proteção recíprocos de investimentos, assinado a 11.8.1976 e entrado em vigor a 1.1.1978.
- 55 A Declaração de 15 de Jan de 2019 foram assinados pelo 22 Estados-membros Bélgica, Bulgária, República Tcheca, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Irlanda, Grécia, Espanha, França, Croácia, Itália, Chipre, Letónia, Lituânia, Holanda, Áustria, Polónia, Portugal, Romênia, Eslováquia e Reino Unido* (Foi um dos Estados-Membros da UE na altura, e saiu da União Europeia em 31 de Janeiro de 2020). Cinco outros Estado-membros, incluindo Finlândia, Luxemburgo, Malta, Eslovénia e Suécia, assinaram conjuntamente uma versão separada de declaração, que adotou uma opinião amplamente semelhante à da maioria, exceto no que diz respeito à TCE, a declaração separada observou que a questão de saber se a TCE contém uma cláusula da arbitragem Investidor-Estado aplicável entre os Estados-membros está atualmente a ser discutido perante um tribunal nacional de um Estado-membro e que, nesse contexto, considera que seria inapropriado expressar opiniões sobre a aplicabilidade da cláusula arbitral da TCE. O Estado-membro Hungria divulgou a sua declaração separada em 16 de janeiro de 2019 na qual afirmou que, em sua opinião, a decisão da *Achmea* aplica apenas aos TBIs intra-UE e não à nenhuma arbitragem pendente ou futura no âmbito do TCE.
- 56 O TJUE declarou que “*Os artigos 267.º e 344.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma disposição constante de um acordo internacional celebrado entre os Estados-membros, como o artigo 8.º do Acordo sobre ..., 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*”
- 57 Todas as jurisdições estão vinculadas pela posição confirmada pelo TJUE, em vista disso, todos os juizes nacionais devem aplicar o Direito da União tal como interpretado pelo TJUE. Sofia Oliveira Pais, cit. obr, p. 230

de assegurar a conformidade do quadro normativo dos Estados-membros com o direito da União.

A primeira reação da UE contra os TBIs intra-UE fora já no início em 2015 quando a comissão europeia iniciou processos de infração contra 5 Estados-membros, Áustria, Países Baixos, Roménia, Eslováquia e Suécia.

Entretanto, o acordo da cessação não é capaz resolver totalmente o problema da arbitragem de investimento intra-UE, sobretudo, a arbitragem de investimento intra-UE no âmbito do Tratado da Carta da Energia (“TCE”), nos termos do art. 26.º do TCE⁵⁸ - a resolução de diferendos entre um investidor e uma Parte Contraente no domínio do investimento energético -. Isto podia deixar de causar problemas jurídicos mais complexos, enquanto o TCE é um “*acordo misto*”⁵⁹ subscrito não apenas pelos Países Estados-membros da UE mas também pela Parte União Europeia ela própria e pelos outros Países Terceiros, ou seja, o TCE, enquanto tratado multilateral com a participação da UE, é parte integral da ordem jurídica da UE, e vincula os Estados-membros e as instituições da União (art. 216.º/2 do TFUE), por conseguinte, envolve obrigações de cada Parte Contraente (quer dos Estados-membros quer da UE) para todas as outras Partes Contraentes; é, assim, um quadro bastante diferente do que o de uma relação bilateral entre dois Estados-membros nos TBIs.

A UE não chega certamente a uma conclusão de que o art. 26.º do TCE é ou não compatível entre o direito da UE e a cláusula de arbitragem do TCE⁶⁰.

58 Até hoje existem 53 países e organizações internacionais partes contraentes, inclusive UE e a maioria dos Estados-membros da EU no TCE. Uma proposta foi apresentada em 7.5.2020 pela UE sobre a modernização do TCE, propôs a reforma do art. 26.º do TCE que se refere ao novo mecanismo de solução de controvérsias entre o investidor e o Estado através da criação de órgão permanentes - *Tribunal Multilateral de Investimentos*. Uma estrutura semelhante, o tribunal do CETA, que terá um caráter «híbrido», no sentido de que integrará não só elementos jurisdicionais de resolução de litígios mas também elementos relativos a processos de arbitragem internacional. O TJUE apresentou uma conclusão no Parecer nº 1/17, Relatório 29.1.2019, que aceita a criação de um mecanismo de resolução de litígios em matéria de investimento entre os investidores e os Estados do CETA (Canadá e UE), L 11/23 – art. 8.23 (pedido de arbitragem) – nos termos do direito da União, não prejudica a autonomia da ordem jurídica da União, uma vez que “*o poder de apreciação do tribunal do CETA não vai ao ponto de lhes permitir pôr em causa o nível de proteção de um interesse público definido pela União... e excluir toda e qualquer competência desses tribunais para porem em causa as escolhas democraticamente realizadas no interior de uma Parte em matéria, nomeadamente, do nível de proteção da ordem pública ... ou ainda dos direitos fundamentais...*” paragrafa. 147-161

59 O acordo internacional de que a União é parte encontra-se, portanto, numa espécie de *mezzanine* entre o Direito originário e o Direito derivado.

60 Processo C-155/21, um pedido de decisão prejudicial pelo Tribunal de Recurso de Svea, Suécia, relativo à se deve art. 19.º e 4.º/3 do TUE e os art. 267.º e 344.º TFUE ser interpretados no sentido de que se opõem à cláusula de arbitragem prevista no artigo 26.º do Tratado da Carta de

De facto, o mecanismo de resolução de conflitos Investidor-Estado do TCE não é totalmente idêntico ao dos TBIs: o art. 26.º/6 do TCE exige ao Tribunal constituído com base no regime TCE que decida qualquer questão em conflito ao abrigo das regras e princípios aplicáveis do direito internacional⁶¹, que pode interpretar como incluindo os Tratados da UE e outras regras do Direito Comunitário; neste sentido, pode operar uma norma como a *cláusula de desconexão implícita*, que impõe que o tribunal arbitral constituído aplique o Direito da União numa disputa intra-UE no âmbito do TCE, conclui assim que o tribunal arbitral não é competente e reconhece-se uma negação de julgar uma disputa intra-UE à arbitragem. Mas na realidade, tanto a Comissão Europeia como a maioria dos Estados-membros da UE – a afirmação da inaplicabilidade da arbitragem de investimento entre Estados-membros do TCE, nos parágrafos 4 da Declaração de 2019 –, consideram que as consequências jurídicas do acórdão *Achmea* são aplicáveis aos processos arbitrais do TCE e não se limitam aos casos do TBI.

Nem todos os TBIs dos Estados-membros Partes são regulados por acordo de cessação. Em primeiro lugar, importa salientar o âmbito aplicável do acordo de cessação, atentando à definição do *Tratado Bilateral de Investimento* que nos é dada no seu art. 1.º/1), no sentido em que o acordo de cessação é aplicável a qualquer tratado de investimento celebrado enumerado no anexo A ou B entre dois Estados-membros, assim deixando de fora o campo da aplicação dos outros TBIs celebrados em nome da UE ou entre o Estado-membro e o país terceiro⁶² / organização internacional.

O acordo de cessação destina-se a regular principalmente os processos de arbitragem iniciados entre os investidores e os Estados-membros, ao abrigo da convenção de arbitragem (arbitragem institucionalizada ou arbitragem *ad hoc*) constante nos TBIs visados. Podemos constatar que foram divididos em 3 categorias de processos de arbitragem *ratione temporis* – com base na data do acórdão *Achmea*, 6 de Março de 2018: 1. *Novos processos de arbitragem* (art. 1.º/6): são qualquer processo arbitral que tenha sido iniciado em ou após 6 de março de 2018; 2. *Processos de arbitragem concluídos* (art. 1.º/4): são aqueles processos de arbitragem em que se tenha chegado a um acordo ou tenha sido

Energia em caso de diferendo relativo a um investimento entre dois Estados-membros, o caso está pendente no TJUE.

61 A disposição é parecida com a do TBI entre o Reino dos Países Baixos e República Federal Checa e Eslovaca no acórdão *Achmea*, o seu art. 8.º/6, “o tribunal arbitral pronuncia-se ao abrigo da lei, tomando consideração designadamente... os princípios gerais do direito internacional”, contudo, não todos os TBIs intra-UE preveem uma disposição semelhante.

62 Regulamento (UE) n.º 1219/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12.12.2012, estabelece as disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-membros e os países terceiros.

proferida uma sentença definitiva antes de 6 de março de 2018, e (i) não tenha havido impugnação à decisão arbitral (eg. processo da anulação ou recurso, ou pedido da retificação) até 6 de março de 2018 e tenha sido executada devidamente antes dessa data, ou ii) a sentença tenha sido anulada ou revogada antes da entrada em vigor do acordo de cessação – 29.08.2020 (a data varia de país para país nos termos da sua data efetiva – que é definida nos termos dos arts. 2.º e 16.º: o acordo de cessação entra em vigor 30 dias consecutivos após o depósito do instrumento de ratificação, aprovação ou aceitação do acordo⁶³); e 3. *Processos de arbitragem pendentes*: processos de arbitragem na fase intermédia (art. 1.º/5), são processos de arbitragem que tenham sido iniciados antes de 6 de março de 2018 e ainda tenham ficado pendentes no dia da entrada em vigor do acordo de cessação (29.08.2020 ou a data efetiva respetiva de país para país), independentemente da fase de tramitação em que eles se encontram.

Em segundo lugar, o acordo de cessação terminará também todas as “cláusulas de caducidade” dos TBIs enumerados nos anexos A e B. As cláusulas de caducidade são as regras transitórias estabelecidas em comum nos TBIs; o seu objetivo é estender a proteção dos investimentos por um período adicional após a data da cessação do BIT. A cláusula estabelece regras precisas que disciplinarão a cessação eventual dos TBIs. Por conseguinte, é significativo para os investidores dos 23 Estados-membros que têm investimentos em curso protegidos por TBIs, uma vez que esses investimentos perderão de imediato a proteção substantiva das cláusulas de caducidade.

Assim, levanta-se a questão de saber como lidar com a regra específica - a cessação imediata - das cláusulas de caducidade em acordo com o direito internacional.

Tendo em conta a cessação dos efeitos das cláusulas de caducidade por acordo dos Estados-membros entre si próprios (acordo internacional multilateral L169 é como uma pluralidade de acordos internacionais bilaterais de cessação para os seus Estados-membros), como é óbvio, na mente dos investidores, da aplicação retroativa da decisão de *Achmea* ao seu investimento, resulta a *supressão do direito adquirido dos investidores*, podendo concluir-se que a cessação da cláusula de caducidade é inválida por ser contrária ao direito internacional⁶⁴.

63 Até a data do texto, o acordo foi ratificado por 13 países. Portugal, um dos países signatário do acordo, apresentou a sua declaração – cfr. supra nota de rodapé n.º 53. Entretanto, não ratificou ainda, e de acordo com art. 13.º, não permite os Estados-membros Partes formular uma reserva ao acordo de cessação. (<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2019049&DocLanguage=en>)

64 Com efeito, o art 70.º/1 a) e b) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (entrou em vigor a 07/03/2004 em Portugal), discute as consequências da cessação de um tratado e, prevê que a cessação de um tratado “*Não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica*

De qualquer forma, o acordo de cessação *não afeta* o resultado do processo de arbitragem concluído, ou seja, não prejudica o valor legal da decisão final ou do acordo de resolução amigável da controvérsia *nem* conduz a processos concluídos serem *reiniciados*. (art. 6.º do acordo de cessação).

No tocante aos processos de arbitragem novo e pendentes, a convenção arbitral dos TBIs visados não podem servir ou continuar a servir de base jurídica para iniciar um processo de arbitragem, ou seja, não produz efeitos jurídicos de convenção – positivo e negativo ⁶⁵; por outro lado, impõe às partes os *deveres de informar* o tribunal arbitral das consequências jurídicas do acórdão *Achmea* (art. 7.º do acordo de cessação), em que surge a inaplicabilidade da convenção de arbitragem dos TBIs visados em razão da incompatibilidade entre as cláusulas de arbitragem e o direito da União, incumbindo assim aos Estados-membros um dever de apresentar, perante o tribunal arbitral do processo, uma declaração mencionada no anexo C do acordo de cessação, das consequências jurídicas do acórdão *Achmea* que confirma as cláusulas de arbitragem são contraídas ao TFUE, assim, inaplicáveis e não poderia servir de base jurídica para desencadear um processo de arbitragem. Todavia, não resulta imediatamente a incompetência do tribunal arbitral, nos termos do *princípio de competência da competência* (*Kompetenz-kompetenz*); o tribunal arbitral visado tem competência para apreciar e decidir sobre a sua própria competência quando existir um conflito, e é quem tem a primeira palavra na decisão sobre se ele próprio é competente ou não.

No caso de o tribunal arbitral aceitar a interpretação do acórdão *Achmea*, deve declarar-se *incompetente* e não julgar desde o início – novos processos – ou não continuar a seguir – processos pendentes – o processo de arbitragem por falta de jurisdição do tribunal arbitral – *invalidade da convenção arbitral* – para conhecer o pedido deduzido no processo. Indubitavelmente, uma declaração de contrariedade entre a convenção da arbitragem do processo e o Direito da União feita por ambas as partes conflituantes conjuntamente aumenta certamente a probabilidade desse resultado.

No entanto, existem, possivelmente, casos de que os tribunais arbitrais discordam nas suas interpretações sobre a incompatibilidade da convenção de arbitragem nos TBIs intra-UE com o direito aplicável, e, assim, não garante que o tribunal arbitral termine o processo de arbitragem com base na mesma interpretação e o tribunal arbitral mantenha a sua autonomia de decidir neste assunto.

E se tiver sido proferida uma decisão no tribunal arbitral e/ou tiver sido iniciado um processo judicial, seja qual for o fundamento nos termos da *Lex loci*

das Partes criados pelo cumprimento do tratado, antes da cessação da sua vigência “

65 Cfr. supra nota de rodapé n.º 20.

arbitri, mediante o pedido de invalidação, da execução ou o seu embargo⁶⁶, impõe às partes o dever de evitar ou acabar qualquer processo judicial posterior eventual, dever ativo de solicitar a revogação ou a anulação da decisão arbitral, ou dever passivo de não pedir o reconhecer ou o executar da sentença arbitral relevante.

O fim dos TBIs visados certamente fará com que os investidores não possam mais recorrer à arbitragem para dirimir as suas contendas, no entanto, prejudicaria os seus interesses e a confiança. Nesse sentido, o acordo prevê a possibilidade de requerer as medidas transitórias – *processo de resolução*, art. 9.º/ do acordo de cessação, que facilita um diálogo entre os investidores e os Estados-membros, sem recorrer à arbitragem, para chegar uma *solução extrajudicial equitativa, legal e amigável* no litígio pelo processo da arbitragem.

O processo de resolução não se aplica a todos os processos de arbitragem identificados, somente àqueles processos de arbitragem pendentes que não estiverem a sido examinados perante um tribunal nacional (eg., a suspensão do processo judicial), pode ser solicitado por parte do investidor ou por parte do Estado anfitrião contraente, por sua iniciativa (art. 9.º/1 do acordo de cessação).

Para ativar um processo de resolução, a suspensão ou a paralisação do curso do processo principal de arbitragem pendente é a *condição da sua abertura*, através do pedido do investidor ou a solicitação pela Parte Contraente Estado e a aceitação do investidor, deduzido perante o árbitro / tribunal arbitral, para que ele possa decidir suspender a instância durante o período de tempo em ordem a remeter para um processo de resolução que as partes possam negociar e tentem chegar um acordo satisfatório para ambas⁶⁷.

66 Não se tem a opção de impugnar a sentença como nos tribunais estatais, a convenção de arbitragem afastar a apreciação do mérito da causa do conflito do poder judiciário e o apelo da revisão da decisão arbitral, porém, a decisão arbitral não dispensa o controlo nacional, mas é limitado em restritas circunstâncias ligadas basicamente à violação da ordem pública internacional do estado, ou com base nos fundamentos previstos na *Lex loc arbitri*, em Portugal só pode revestir a forma do pedido da anulação, e só é susceptível de reapreciação por meio de recurso no caso de as partes terem expressamente previsto tal possibilidade na convenção de arbitragem e desde que a causa não tenha sido decidida segundo a equidade, ou mediante composição amigável, e não pode o tribunal arbitral ele próprio rever a sentença arbitral, a não ser em caso de pedido de correção por existência de erro material, obscuridade, dúvida, contradição ou omissão.

67 Na sequência do pedido da abertura do processo de resolução apresentado pelo investidor ou Parte contraente, a outra parte deve responder ou aceitar por escrito no prazo de 2 meses. O processo de resolução inicia-se desde a resposta da parte ou na aceitação do investidor, o início do processo de resolução conta a partir da resposta da parte ou da aceitação do investidor. Começa-se o processo a partir de fase da designação do facilitador, as partes tem um prazo de 1 meses para a escolha do facilitador, as negociações entre as partes para se encontrar uma solução amigável devem ser concluído no prazo de 6 meses a contar de nomeação do facilitador, ou outro prazo prorrogado por acordo das partes, e se não for possível obtido uma resolução que as partes considerem admissível, devem propor um acordo aceitável no prazo de 1 mês, e

A conta do pedido da abertura do processo de resolução e durante a sua condução, o processo pendentes de arbitragem ou o processo judicial de reconhecimento ou execução da sentença arbitral eventual ficam *suspensos*, e mesmo que tenha sido proferida uma decisão final no processo de arbitragem mas não ainda tiver sido pedido ao tribunal judicial nacional de qualquer país para reconhecer ou compelir a parte demandada a dar cumprimento à sentença arbitral, o investidor assume *um compromisso* de dever de não pedir este fim para o processo.

A finalidade do processo de resolução é que possibilite a oportunidade de negociação às partes conflitantes, com garantia do princípio de contraditório, no qual se designa um *terceiro facilitador imparcial*⁶⁸ que possua as qualificações necessárias e um conhecimento profundo do direito da União, de nacionalidade diversa do país de origem do investidor ou em que o investimento foi realizado, e que se assume como *supervisor-gestor* do processo – com a função de assegurar que a solução e as medidas tomadas pelas partes cumpram todas as fontes jurídicas do direito da União, eg., as jurisprudências do TJUE e dos órgãos jurisdicionais nacionais, as decisões definitivas e o parecer emitidos pela Comissão Europeia sobre as questões relevantes no que concerne ao direito da União, mas não como um papel de mediador / conciliador enquanto uma posição mais ativa –. Trata-se de um processo confidencial de negociação dinâmica por meio do qual o facilitador organiza as etapas das negociações e facilita a condução do processo, de forma independente e imparcial, presta o apoio adequado às partes para que encontrem uma solução legal e cheguem um acordo mutuamente satisfatório, que agrade enfim às duas partes envolvidas.

As partes podem negociar uma solução que considerem aceitável, e esta é vinculada juridicamente desde que o investidor assume a obrigação de retirar o pedido de arbitragem ou de não iniciar um processo de arbitragem novo, e, se tiver sido proferido a decisão, promete renunciar ao seu direito de recorrer ao tribunal judicial sobre a execução da sentença. Podem chegar um acordo em que as partes renunciam a todos os direitos e créditos relacionados com o objeto TBI no processo da arbitragem, mas mantêm-se os direitos de recuperar a eventual indemnização em resultado de medidas ofensivas, entretanto, têm de considerar

dirigir às novas negociações nesse base se ocorrem durante 1 mês, após a troca recursos com o objetivo final de atingir um acordo considerável satisfatório para ambas as partes, o facilitador tem um mês para apresenta a proposta final, desde já, as partes devem decidir aceitar ou não a referida proposta final e comunicando à outra parte a sua decisão no prazo de 1 mês. – art. 9.º do acordo de cessação.

68 Se não for chegar consenso quanto à nomeação do facilitador, qualquer parte pode solicitar ao director-geral do Serviço Jurídico da Comissão Europeia a designar um membro antigo do TJUE como o facilitador do caso (art. 9.º/8 do acordo de cessação).

o conjunto do valor já pago a título da indenização no acordo de resolução para evitar uma dupla sanção à Parte Contraente Estado.

Tratam-se, todavia, de medidas transitórias – processo de resolução, enquanto meio de facilitação da resolução de conflitos; não seria possível por ele, prejudicar ou diminuir a garantia ou a possibilidade do acesso aos recursos judiciais nacionais do investidor contra a medida ofensiva da Parte Contraente Estado. Deste modo, o acordo de cessação prevê uma *prolongação dos prazos legais nacionais – do prazo da prescrição ou da caducidade* (art. 10.º/1 e 2 do acordo de cessação), ou seja, do prazo de exercício do direito de propor uma ação para reivindicar o seu direito, onde seja assegurado o direito - processual - da pretensão ao exercício do direito de ação mas não o direito em si. O efeito correspondente funciona como uma garantia do acesso ao poder jurisdicional quando a tentativa de processo de resolução frustrar, para que as partes possam aventar a possibilidade de ação judicial ainda quando tiver renunciado à arbitragem, com a intenção da garantia constitucional do princípio da inafastabilidade de jurisdição nacional.

VII. Nova abordagem da UE relativa à resolução de litígios em matéria de investimento – a criação do fenómeno Tribunal de Investimento Permanente (Investment Court System “ICS”)?

Nas últimas décadas, com o grande impulso no desenvolvimento do meio ADR, encontramos um extenso crescimento de centros arbitrais (arbitragem institucionalizada) em todo o mundo e surgem variados centros arbitrais prestigiados em diversas áreas específicas, eg., ICSID, que se dedica aos conflitos sobre investimento, e ICC que se dedica aos conflitos comerciais internacionais.

Tal como outros fóruns, como o LCIA – *London Court of International Arbitration* -, ou o PCA – *Permanent Court of Arbitration*, o Tribunal Permanente de Arbitragem foi criado pela Convenção de Haia-; embora tenha o título de tribunal, não é propriamente dito, de facto, é uma instituição arbitral com carácter permanente, funciona como arbitragem especializada cujo objetivo é principalmente organizar e administrar o procedimento arbitral e facultar o seu desenvolvimento, fornecer a consulta jurídica na fase pré-arbitragem, iniciar um processo arbitral e seleccionar os juizes da lista de árbitros reconhecidos na sua instituição, e auxiliar na constituição de um tribunal arbitral no caso concreto. Não existe uma regulamentação comum para todas as instituições arbitrais, cabe a cada entidade instaurar o seu próprio regulamento que determina como a arbitragem deve decorrer e definir as regras com base nesse regulamento – eg., regras do UNCITRAL, do ICC, do ICSID, do LCIA etc. Desde modo, causou um correspondente aumento do número de regras que regem essa atividade jurisdicional.

Face a todo o fogo contra e a favor da arbitragem de investimento, a Comissão

Europeia começou, logo depois do acórdão *Achmea* de 2018, a negociação e a consulta entre os seus Estados-membros, com vista à formação de um organismo permanente de sistema jurisdicional – o *Tribunal Multilateral* – para a resolução de litígios em matéria de investimento; pretende substituir-se o recurso habitual ao mecanismo da arbitragem sobre os litígios no âmbito dos tratados internacionais – bilaterais ou multilaterais – em termos de investimento, defendendo assim um sistema jurisdicional novo de jurisdição permanente internacional – o órgão jurisdicional supranacional – que é composto por uma equipa de juízes qualificada, *independente e imparcial*, de função *permanente*, cuja finalidade é a *dirimir os litígios*, de forma *transparente*, no âmbito dos acordos de investimento transfronteiriços em que os países concordam em confiar neste órgão, com a *possibilidade de recorrerem contra a sua decisão*. Apresentou uma nova estratégia de substituição da arbitragem de investimento na UE por um tribunal internacional permanente.

Acima de tudo, não deixa de nos suscitar algumas dúvidas sobre qual é o nível desta nova jurisdição e se se enquadra no sistema jurídico interno quer dos Estados-membros quer da UE, e quanto ao plano regional europeu, qual é a relação entre a nova jurisdição e o ordenamento jurídico da União (eg., com o Tribunal da Justiça de União Europeia) e, ainda, funcionará o Tribunal Multilateral de Investimento acima proposto como um tribunal internacional (eg., Tribunal Internacional de Justiça que pertence à ONU, ou o Tribunal Europeu de Direito Humano a nível mundial) ou somente um tribunal de investimento da União, como um órgão jurisdicional dentro da ordem jurídica comunitária, ou simplesmente, um “tribunal” – instituição – de arbitragem de investimento da União.

Como tal, tendo em consideração as características propostas pela Comissão, é óbvio que a União Europeia deseja criar um organismo jurisdicional com carácter de órgão jurisdicional nacional na aceção do art. 267.º do TFUE para a resolução de eventuais litígios em matéria de investimento inter-estatal ou internacional, que se possa integrar na ordem jurídica comunitária da União e coordene entre si, com a finalidade de assegurar a unidade do sistema jurídico da UE – sobretudo a competência especial do TJUE. Elogia uma estrutura do tribunal no sentido tradicional para a resolução de litígio em matéria de investimento, e mostra completamente a sua relutância em aceitar a arbitragem de investimento, sobretudo, a arbitragem *intra-comunitária*, não obstante a proposta de criação de um Tribunal Multilateral de Investimento a nível *internacional*.

VIII. Conclusão - perspectivas de futuro da arbitragem do investimento intra-UE

Em nosso entender, não existe uma incompatibilidade absoluta entre a jurisdição arbitral e a autonomia da ordem jurídica da UE, como já analisámos

anteriormente, não há uma necessária contradição entre as duas, e nas várias jurisprudências, a União / TJUE admitem a mesma qualificação da jurisdição arbitral, em termos da definição dos órgãos jurisdicionais nacionais dentro do sistema jurídico comunitário, embora com alguma reserva. É de sublinhar que, uma outra justiça para litígios de consumo, a resolução extrajudicial de conflitos de consumo⁶⁹ – arbitragem, já passou a institucionalização na UE enquanto instrumento legal comunitário, Diretiva 2013/11/UE – Diretiva RAL.

No âmbito do comércio internacional, a atividade negocial desenvolve-se de forma muito rápida, e, como consequência do crescimento económico, incentiva os negócios em todo o mundo e liberta cada vez mais os mercados comerciais. Neste contexto, não podemos negar que a arbitragem funciona como um meio primordial e preferencial, com as suas vantagens clássicas – *flexibilidade, autonomia, celeridade, especificidade, decisão definitiva*, para a resolução de eventuais litígios de natureza comercial ou de investimento, em especial, no âmbito dos conflitos internacionais ou transnacionais, encoraja o investimento estrangeiro e diminui a discriminação dos tribunais domésticos perante os investidores; uma vez que se verifica uma diversidade de sistemas e ordenamentos jurídicos entre os países e/ou regiões, a utilização do método tradicional da resolução judicial de conflitos não satisfaz as partes do conflito e suscita a questão das dificuldades de reconhecimento das sentenças judicial estrangeiras.

Não encontramos dificuldades de compatibilização do instrumento da arbitragem com o Direito da União Europeia. Em Portugal, o Tribunal Constitucional já afirmou, em várias jurisprudências, que considera que o tribunal arbitral voluntário é um real e verdadeiro tribunal⁷⁰ e exerce a função jurisdicional do Estado.⁷¹ Poderá, simplesmente, adotar-se uma definição de órgão jurisdicional nacional mais abrangente, que será a de englobar a jurisdição arbitral no seu quadro tipo-conceito, e a despeito da ideia de uma substituição da arbitragem de investimento na UE por um tribunal internacional permanente, poderá funcionar como um modelo de centro arbitral institucionalizado em matéria de investimento internacional, quer na forma necessária quer na forma voluntária. Desse modo, mantém os benefícios típicos inerente da estrutura da arbitragem. Ao invés de estabelecer um tribunal internacional no sentido tradicional – eg., o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos esteve no centro de uma grande

69 Em Portugal, a resolução de litígios de consumo é o resultado de uma interpenetração entre a ação transnacional da União Europeia. Para a criação dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Portugal, *foi decisiva a ação desenvolvida pela União Europeia, que incentiva e patrocina a existência de projetos-piloto nesta área.* – cit. obr João Pedroso pg. 55

70 Acórdão do TC n.º 230/86, de 12 de Setembro.

71 Acórdão do TC n.º 52/92, de 14 de Março.

polémica gerada pelas questões jurídico-políticas da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos –, forma um conselho de perícia (expertise) jurídica europeia no centro, com a função semelhante de guardião imparcial no processo de resolução previsto no acordo de cessação, de fornecer uma interpretação confiável do direito da União ao tribunal arbitral (singular / coletivo) constituído na instituição arbitral (de investimento) internacional – sob o controlo jurisdicional da União, a fim de assegurar o cumprimento das normas comunitárias e internacionais.

O facto é que, mesmo que acabe a arbitragem de investimento, ainda poderá levantar-se o mesmo problema em outros sectores especializados de arbitragem no plano comunitário, eg., arbitragem comercial internacional, arbitragem no sector marítimo e portuário, etc.

Além disso, devido à extinção dos TBIs intra-UE, a proteção intra-UE em matéria de investimento tornou-se vazia, fazendo se a condição negocial entre os Estados-membros mais fraca em comparação com a dos outros países fora da UE, cada Estado-membro pode continuar a celebrar um TBI com um terceiro país oferecendo garantias adicionais e melhores do que as protegidas no direito da União. Portanto, a proibição do recurso a TBIs intra-UE não resolve o núcleo do problema, pelo contrário, deixa os Estados-membros numa posição mais desfavorável perante países terceiros.

Afinal de contas, a única coisa de que podemos ter a certeza é que é imprescindível que a União Europeia reduza a sua burocracia institucional, e reconstrua uma estrutura nova de ordem jurídica comunitária para enfrentar os desafios da União Europeia no século XXI – *o futuro do instituto da arbitragem na União Europeia*.

Bibliografia:

- **Alexandra Diehl**, The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment / Alexandra Diehl, *Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International*, 2012, p. 181-253
- **Dominik Moskvan**, Reforming intra-EU investment protection: amid a running battle of interests / Dominik Moskvan, *Texto (visual) isbdcontent, Maastricht Journal of European and Comparative Law. Antuérpia*, Vol. 22, nº 5 (2015), p. 732-750
- **Fernando Viana**, Resolução de conflitos de consumo em linha em Portugal e na União Europeia : a plataforma europeia de resolução de conflitos em linha (RLL) / Fernando Viana, *Francisco Andrade*, Paulo

Novais, *Scientia Iuridica: Revista Trimestral Portuguesa e Brasileira*. Braga, Tomo 65, nº 341 (2016), p. 207-240

- **Joana Covelo de Abreu**, *Tribunais Nacionais e Tutela Jurisdicional Efetiva, da Cooperação à Integração Judiciária no Contencioso da União Europeia*, 2019, Almedina, p. 37-107
- **João Paulo F. Remédio Marques**, *A arbitrabilidade dos litígios e a dedução de providências cautelares por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos*, *Revista de Direito Intelectual*, Nº 1 (2014), p. 33-99
- **João Pedroso**, *A construção de uma justiça de proximidade: o caso dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo*, *Revista Crítica de Ciência Sociais*, nº 60, Outubro 2001, p. 33-60
- **José Miguel Júdice e António Pinto Monteiro**, «Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras ao abrigo da Convenção de Nova Iorque», In *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Ano III, 2010, p. 145-165
- **Manuel Braga da Cruz**, *Europeísmo, nacionalismo, regionalismo*, *Análise Social*, vol. XXVII (118-119), 1992, (4.º - 5.º), p. 827-853
- **Marco Carvalho Gonçalves**, *Competência judiciária na União Europeia / Marco Carvalho Gonçalves*, *Scientia Iuridica*, Braga, Tomo 64, nº 339 (2015), p. 417-448
- **Maria Cristina Pimenta Coelho**, “A Convenção Nova Iorque de 10 de Junho de 1958 relativa ao reconhecimento e execução de sentença arbitrais estrangeiras”, *Revista jurídica AAFDL*, nº 20, Nova Série Novembro de 1996, p. 37-71, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, editor comercial
- **Maria João Palma**, *A nova política europeia de investimento decorrente do Tratado de Lisboa: o Regulamento Grandfathering e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros / Maria João Palma*, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. VII-2015, número especial: *Arbitragem de Investimentos*, p. 83-110
- **Mário Luiz Neves de Azevedo**, *A Integração Regional, a Estratégia Europeia de desenvolvimento e algumas comparações com o Mercosul*, *Revista Latinoamericana de Educación Comparada*, Ano nº 5, 2014, p. 30-40
- **Michael Frenkel / Benedikt Walter**, *Do bilateral investment treaties attract foreign direct investment? The role of international dispute settlement provisions*, *The World Economy*. ISSN 0378-5920. Vol. 42, nº 5 (2019), p. 1316-1342

- **Rui Manuel Moura Ramos**, No sexagésimo aniversário da Convenção de Nova Iorque de 1958, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Coimbra, ISSN 1647-192X, Vol. 12, nº Esp. (2019), p. 13-19
- **Rui Manuel Moura Ramos**, As relações entre o direito da União e o direito internacional perante o Tribunal de Justiça da União Europeia: breves considerações sobre os acórdãos das instâncias jurisdicionais da União Europeia no caso Frente Polisário / Sep. de: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 96, t. 1 (2020)
- **Rui Manuel Moura Ramos**, Estudos de direito internacional privado da União Europeia, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 11-108 e 287-373
- **Rui Manuel Moura Ramos**, O novo direito português da arbitragem, Coimbra: [s.n.], 2014., Sep. de: *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. 90, t. 2 (2014), «O novo direito português da arbitragem», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 90, t. 2 (2014), p. 567-612
- **Rui Manuel Moura Ramos**, Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional, Coimbra, Coimbra Editora, 2002-2007, Vol. III, p. 467-613 e 683-691
- **Rui Manuel Moura Ramos**, A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem, Sep. de: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 88, t. 2 (2012), p. 583-604
- **Rui Manuel Moura Ramos**, A reforma do direito processual civil internacional, Sep. de: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1 de Outubro 1997, nº 3879, pp. 161-169; 1 de Novembro 1997, nº 3880, pp.191-203; 1 de Dezembro 1997, nº 3881, p. 225-239
- **Sofia Oliveira Pais**, Princípios fundamentais de direito da união europeia, uma abordagem jurisprudencial, 2013, 3.^a edição, Almedina
- **Suzana Santi Cremasco e Tiago Eler Silva**, O caráter jurisdicional da arbitragem o precedente arbitral, *Revista da faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.º 59, Jul./Dez. 2011, p. 367-404

Webgrafia:

- **Ana Maria Guerra Martins**, 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, p. 97-129
https://www.academia.edu/30160064/O_Parecer_213_do_Tribunal

- de_Justi%C3%A7a.pdf
- **Dário Moura Vicente**, Arbitragem de Investimento: A Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais, Conferência de 21 de Julho de 2011, V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial
<http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>
 - **Diogo Henrique Tomaz Afonso Alves**, Investimentos, arbitragem internacional e o Brasil
<https://www.bing.com/search?q=Investimentos%2C+arbitragem+internacional+e+o+Brasil%2C&cvid=fe82538343cc4b95a4d0a4f07c3ee621&aqs=edge..69i57.1094j0j1&pglt=2083&FORM=ANNTA1&PC=LCTS>
 - **Jorge Miranda**, A Integração Europeia e a Constituição Portuguesa, Instituto de Ciência Jurídico-Políticas do Centro de Investigação de Direito Público
<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/821-1350.pdf>
 - **Manuel Pereira Barrocas**, Crise na Arbitragem de Investimento. A Resolução de Litígios no Âmbito do CETA, 14 Março 2018
https://www.barrocas.pt/publ/Arbitragem_de_Investimento.pdf
 - **Nikos Lavranos**, Agora 5: Investment Protection, Bilateral Investment Treaties (BITS) and EU Law, ESIL Conference 2010
https://www.academia.edu/22783715/Bilateral_Investment_Treaty_BITS_and_EU_Law
 - **Suzana Tavares da Silva**, Efectividade das decisões arbitrais no âmbito dos “BIT internos à União”, Agosto de 2019
https://www.fd.uc.pt/~stavares/wp-content/uploads/2019/08/6_Efectividades-das-decis%C3%B5es-arbitrais-no-%C3%A2mbito-dos-BITs-internos-%C3%A0-Uni%C3%A3o.pdf
 - **Thiago Ferreira Almeida**, Arbitragem dos investimentos internacionais: os modelos Estado-Estado e Investidor-Estado
<https://www.migalhas.com.br/depeso/343250/arbitragem-dos-investimentos-internacionais-estado-estado-investidor>
 - **Vanessa Bernardi e Tatiana de A F R Cardoso** (orientadora), Litispendência e o Processo Civil Internacional
<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/mostraucspgga/mostrappga/paper/viewFile/3439/1021>
 - A Arbitragem no Direito da União Europeia
https://www.barrocas.com.pt/publ/A_Arbitragem_no_Direito_da_Uniao_Europeia.pdf

- World Investment Report 2020, UNCTAD
<https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2020>
- 2020 Annual Report Excellence in Investment Dispute Resolution, ICSID
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf
- 2020 QMUL-CCIAG Survey: Investors' Perceptions of ISDS, Maio 2020
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/QM-CCIAG-Survey-ISDS-2020.pdf>
- EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty
https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf
- Tratado da Carta da Energia: Situação atual entre Estados da UE • IAR
<https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/energy-charter-treaty-current-status-between-eu-states/>
- A Comissão insta os Estados-membros a pôr termo aos seus tratados bilaterais de investimento intra-UE, 18 Junho 2015
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_15_5198
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Proteção do investimento intra-EU, Bruxelas, 19.7.2018
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=PT>
- Multilateral Investment Court Overview of the reform proposals and prospects
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI\(2020\)646147_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI(2020)646147_EN.pdf)