



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Raul Rietmann de Freitas

A não atribuição de responsabilidade exclusiva à União Europeia por atos praticados por Estados-membros no âmbito de acordos de investimento estrangeiro

Florianópolis

2021

Raul Rietmann de Freitas

A não atribuição de responsabilidade exclusiva à União Europeia por atos praticados por Estados-membros no âmbito de acordos de investimento estrangeiro

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Título de Mestre em Direito

Orientadora: Profa. Dra. Aline Beltrame de Moura

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Freitas, Raul Rietmann de

A não atribuição de responsabilidade exclusiva à União Europeia por atos praticados por Estados-membros no âmbito de acordos de investimento estrangeiro / Raul Rietmann de Freitas ; orientadora, Aline Beltrame de Moura, 2021.

127 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Responsabilidade internacional da União Europeia. 3. Competência Exclusiva da União Europeia. 4. Acordos de Investimento Estrangeiro. 5. Sistema de solução de controvérsias Investidor-Estado. I. Beltrame de Moura, Aline. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Raul Rietmann de Freitas

A não atribuição de responsabilidade exclusiva à União Europeia por atos praticados por Estados-membros no âmbito de acordos de investimento estrangeiro

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Professora Doutora Alice Rocha da Silva

Instituição UniCEUB

Membro: Professora Doutora Joana Stelzer

Instituição UFSC

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para a obtenção do título de mestre em direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Professora Doutora Aline Beltrame de Moura

Florianópolis, 2021

Para Fernanda, Alice e Marina.

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento inicial é direcionado de maneira geral ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Sou grato por ter tido a oportunidade de conviver com alguns de seus servidores que direta ou indiretamente contribuíram para que a minha primeira experiência como discente em uma instituição pública fosse autêntica e proveitosa. Ainda que a presença física no campus tenha sido abreviada pela chegada da pandemia do coronavírus, ela foi a maior que minha vida profissional e pessoal permitiu. Terminar o programa na modalidade remota foi experiência enriquecedora e que exigiu ainda mais resiliência e comprometimento. A dedicação de todos os envolvidos na continuidade dos trabalhos, diante de todos os empecilhos, mesmo antes da pandemia (bloqueios, contingenciamentos e outros ataques à Universidade) me fez ainda mais orgulhoso e honrado por fazer parte do programa.

Neste momento tão delicado, sobretudo para os envolvidos com atividades educacionais, foi muito importante estar próximo de mentes tão encantadoras, especialmente, como as de meus colegas Adrian, Bettina e Letícia. Ser o mais velho entre eles foi uma dádiva, afinal a segurança da idade permitiu que eu expusesse sem nenhuma vergonha minhas limitações nos pedidos de auxílio, que foram sempre prontamente atendidos com cordialidade e inteligência.

À minha orientadora, professora Aline, além do agradecimento pela acolhida, orientação e confiança ao longo deste período, declaro minha profunda admiração pela transparência e incansável dedicação a todos os projetos nos quais se envolve.

Agradeço também aos meus colegas de trabalho pelo apoio para que minha participação nas aulas e outras atividades fossem possíveis. Alguns de vocês foram as principais inspirações que me levaram a pleitear uma vaga neste programa e que me fazem querer aprender para o resto da vida.

Aos meus pais, meu irmão e meu sobrinho, que apesar da distância física, sempre foram e sempre serão fontes motivadoras e de amor. Aos meus sogros por todo o suporte e carinho. E por fim Fernanda, Alice e Marina, as pessoas mais importantes da minha vida e a quem, além do meu mais profundo agradecimento eu estendo a promessa de compensar o tempo de convívio que este árduo trabalho nos furtou.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar se a União Europeia pode ser responsabilizada de modo exclusivo por ato ilícito cometido por Estado-membro no âmbito de um acordo de investimento estrangeiro. A hipótese levantada é de que tal atribuição não é possível. Esta verificação é feita através de deduções hipotéticas a partir do estudo de fontes primárias e secundárias do Direito da União Europeia, produções doutrinárias, jurisprudências, assim como documentos de diversos órgãos da União e de outras Organizações Internacionais. Da análise das regras de distribuição e exercício das competências entre a União e seus Estados-membros, extrai-se que, apesar das provisões gerais mais assertivas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seus Artigos 3, 4 e 6, o tipo e escopo do exercício de determinada competência só pode ser definido a partir da análise aprofundada de todos os dispositivos específicos dentro dos Tratados, Regulamentos e outros atos normativos, além de Acórdãos e Opiniões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Considerando apenas os artigos dos Tratados, leva-se a crer que a UE tem competência exclusiva para a celebração de acordos de investimento estrangeiro com países terceiros. Porém, a partir da interpretação de outros atos normativos, decisões políticas internas e também interpretações do Tribunal de Justiça da União Europeia, tal competência é definida como partilhada entre União e Estados-membros. Conclui-se também que a expectativa da União de que a lógica da atribuição de competências seja utilizada externamente para se definir a atribuição de responsabilidade não é atendida, uma vez que tais regras internas não produzem efeitos normativos externos e não encontram correspondência nas regras e costumes de Direito Internacional. Do estudo dos principais Regulamentos que regem a Política Europeia de Investimento Estrangeiro, observa-se a paradoxal relação entre a intenção de ampliar ainda mais a atuação da União Europeia na celebração de acordos de investimento, aumentando seu poder de barganha com outros importantes atores do cenário mundial, ao mesmo tempo que busca criar a maior blindagem possível ao ordenamento da União e aos interesses de empresas e cidadãos de seus Estados-membros. Por fim, avaliando os principais sistemas de solução de controvérsias dos quais a UE e/ou seus Estados-membros fazem parte e suas respectivas propostas de reforma, percebe-se mais uma vez lacunas que também colocam dúvidas sobre a possibilidade de responsabilização exclusiva da UE em função de um ato ilícito praticado por um de seus Estados-membros. Confirmando-se assim a hipótese inicial quanto a impossibilidade de tal responsabilização.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional da União Europeia; Competência Exclusiva da UE; Acordos de Investimento Estrangeiro; Sistemas de Controvérsias Investidor-Estado.

ABSTRACT

The present work aims to analyse whether the European Union could bear exclusive responsibility for a wrongful act of a member state within the scope of an investment treaty. The hypothesis is that this attribution is not possible. This assessment is done by applying a hypothetico-deductive reasoning on the analysis primary and secondary sources of European Union Law, doctrine, jurisprudence, as well as other documents from several organs of the Union and other International Organizations. Deriving from the analysis of the rules of allocation and exercise of competences between the Union and its member states, it is revealed that, in spite of the assertive provisions of Articles 3, 4 and 6 of the Treaty for the Functioning of the European Union, the type and scope of the exercise of a given competence can only be determined by a thorough study of all provisions of specific parts of the Treaties, Regulations and other normative acts, as well as opinions and decisions of the European Court of Justice. Solely considering the Treaty Articles, one might argue that the EU should bear exclusive competence to settle foreign investment treaties with third states. However, departing from the interpretation of other normative acts, internal political decisions and interpretations made by the European Court of Justice, such responsibility must be shared between the Union and its member states. It is also submitted that the expectation of the EU that such international attribution of responsibility should follow its internal competence approach is not met, since its internal rules do not possess any immediate external effect and do is not generally accepted by customary or treaty rules of international law. By studying the main Regulations that rule the European Investment Policy it is observed that there is a paradoxical relation between the will to expand even further the role of the EU as part of investment agreements, enhancing its bargaining power among other important players, as well as forging the strongest shield possible to its internal division of powers and securing a level playing field to European companies and individuals. Finally, by evaluating the main dispute settlement systems in which the EU and/or its member states participate as well as its reform proposals, important gaps are revealed that lead to an even more doubtful possibility of an exclusive attribution of international responsibility due to a wrongful act of a member state. Corroborating the initial hypothesis of such attribution.

Keywords: International Responsibility of the European Union; EU Exclusive Competence; Foreign Investment Agreements; Investor-State Dispute Settlement Systems.

LISTA DE SIGLAS

ARIO Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais
BIT Acordo Bilateral de Investimento
CAI Acordo Global de Investimento
CETA Acordo Econômico e Comercial Global
CTEO Alto Responsável pela Execução da Política Comercial
GATT Acordo Geral em Tarifas e Comércio
ICS Sistema de Tribunais de Investimento
ICSID Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento
ILC Comissão de Direito Internacional da ONU
ISDS Solução de Controvérsias entre Investidores e Estados
MIC Corte Multilateral de Investimento
MPIA Tribunal Multipartes Interino de Apelação
OMC Organização Mundial do Comércio
PCC Política Comercial Comum
TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia
TTIP Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento
UE União Europeia
UNCITRAL Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNCTAD Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O SISTEMA DE COMPETÊNCIAS E A POLÍTICA COMERCIAL COMUM DA UNIÃO EUROPEIA	15
1.1 A supranacionalidade e a intergovernabilidade	16
1.2 O exercício das competências e o respeito aos princípios fundamentais do Tratado da União Europeia	19
1.2.1 Subsidiariedade.....	20
1.2.2 Proporcionalidade.....	22
1.3 Competência Exclusiva: domínios nos quais a União Europeia é a única a poder legislar e adotar atos vinculativos	25
1.3.1 União Aduaneira.....	27
1.3.2 Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno	31
1.3.3 Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro.....	35
1.3.4 Política Comercial Comum	41
1.4 Competência Partilhada: a União e os Estados-Membros estão autorizados a legislar e adotar atos juridicamente vinculativos	50
1.4.1 Pre-emption	52
1.4.2 Competência partilhada externa: a obrigatoriedade ou não de acordos mistos sob a luz do artigo 216(1) TFUE	54
1.5 Competência de Apoio: a UE só pode intervir para apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros	59
1.5.1 A constrição da competência dos Estados-Membros e a não-harmonização ..	60
1.6 Competências Especiais	63
2 A ORGANIZAÇÃO DA POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO.....	67
2.1 Regulamento 1.219/2012: os diferentes interesses da Comissão, do Parlamento e do Conselho	69
2.2 Regulamento 912/2014: as relações entre competência, atribuição e responsabilidade	74

2.3	Regulamento 452/2019: instrumento protecionista, de cooperação ou de barganha.....	79
2.4	A “Nova Geração” de Acordos de Investimento celebrados pela UE.....	82
2.4.1	Particularidades sobre a atribuição de competências no âmbito desses acordos de nova geração	86
3	O CENÁRIO EXTERNO DA POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E SUAS NECESSÁRIAS REFORMAS.....	89
3.1	Reforma e Modernização do Sistema da OMC: ajuda ou ameaça ao multilateralismo?	91
3.1.1	As consonâncias entre a UE, a OMC e o Sistema Internacional da ILC.....	95
3.1.2	As dissonâncias entre a UE e a OMC e o Sistema Internacional da ILC	97
3.2	Reforma e modernização do Sistema de Soluções de Conflito Investidor-Estado (ISDS) no âmbito da UNCITRAL	100
3.2.1	Previsibilidade e Consistência	107
3.2.2	Imparcialidade dos Julgadores	107
3.2.3	Custo e Duração	108
3.2.4	Prognóstico da proposta e outras considerações	109
	CONCLUSÃO.....	111
	REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

Dado o importante e crescente papel que a União Europeia representa no cenário mundial com relação à emissão e recepção de investimento estrangeiro. Tanto no tocante ao volume de negócios, como também no que tange à criação, reforma e atualização das regras e costumes do sistema legal internacional que regem este tipo de atividade. Esse domínio no volume de negócios é fruto da atuação de seus Estados-membros que desde a década de 1950 vêm celebrando acordos e moldando regras e costumes do Direito Internacional para que estes reflitam as características de um mundo que, desde então, já enfrentou e continua enfrentando colapsos e crises, seguidos por períodos de crescimento e desenvolvimento mal distribuídos e/ou com alcance seletivo. Ao longo desse mesmo período, a União Europeia vem se estabelecendo enquanto Organização Internacional, criando um tecido institucional peculiarmente estruturado ao ponto de se tornar um ente que se distingue das demais organizações internacionais e fazer com que seus Estados-membros também se distingam dos demais países, membros ou não de outras organizações internacionais.

Ao mesmo tempo que a centralização de certos poderes conferidos pelos Estados-membros à União aumenta o poder de barganha desta em face aos outros principais atores do comércio internacional, ela ainda é alvo de muito debate e escrutínio interno para se caracterizar de maneira mais assertiva o equilíbrio entre as competências e responsabilidades de seus entes. Por um lado, observa-se a criação de uma União com poderes cada vez mais amplos e por outro a intenção de que os tecidos nacionais não sejam deteriorados. Embora essa constituição venha sendo construída nos últimos setenta anos, é a partir de 2009, com o advento do Tratado de Lisboa, que a União passou a contar com ferramentas internas e externas mais eficazes em tornar possível e sustentável seu protagonismo. Foi a partir deste marco que se criou uma regra geral de distribuição e tipos de competências a serem exercidas pela União e seus Estados-membros, que a própria UE entende ser a ótica sob a qual a alocação e atribuição de responsabilidade regional e internacional também devam ser definidas.

A não convergência entre as regras internas de competência e as que determinam a responsabilidade internacional da União e de seus Estados-membros, representa uma ameaça ao sistema legal regional, que é um fator determinante na manutenção e fortalecimento da integração e comprometimento com seus objetivos comuns. Assim, internamente, observa-se um constante fluxo de questionamentos e medidas que visam esclarecer as fronteiras dessas competências e responsabilidades. Ao passo que, externamente, busca-se em diferentes frentes, reformar regras de Direito Internacional a fim de tornar possível o

exercício pleno dessas competências e responsabilidades, uma vez que as regras atuais para Estados e Organizações Internacionais não alcançam tal nível de especificidade. Diante disso, o problema que se apresenta é se de fato a UE detém esse nível de persuasão externa e de conformidade interna no que diz respeito ao exercício de sua competência exclusiva em matéria de Investimento Estrangeiro Direto. De plano, acredita-se que a hipótese mais plausível é a de que moldar regras internacionais buscando convergências com as regras de uma organização tão peculiar, aparenta não ser tarefa possível ou até desejável, novamente, tanto interna quanto externamente.

Assim, escolheu-se adotar uma abordagem hipotético-dedutiva que será aplicada na análise de Tratados, Regulamentos, Jurisprudência e outros documentos, assim como de doutrina acerca do tema. No primeiro capítulo buscar-se-á esmiuçar o sistema de distribuição de competências e as características e objetivos da Política Comercial Comum da União Europeia. O ponto de partida será o estudo das características supranacionais e intergovernamentais da UE e dos princípios que norteiam o exercício dos diferentes tipos de competência que existem e os campos de atuação de cada órgão (Conselho, Parlamento, Comissão e Tribunal de Justiça da União Europeia). Na sequência, serão exploradas algumas áreas específicas de competência exclusiva, partilhada, de apoio e especiais que guardam relação direta com a matéria de Investimento Estrangeiro Direto.

Uma vez conhecida essa estrutura mais geral, no segundo capítulo serão exploradas as principais ferramentas através das quais a UE molda sua Política de Investimento Estrangeiro e seus desdobramentos na manutenção de acordos pré-existentes, celebrados diretamente pelos Estados-membros e na criação dos novos acordos celebrados exclusivamente ou em conjunto com a União. O foco principal será nos Regulamentos internos que contribuem para moldar as competências estudadas no primeiro capítulo e também suas respectivas implicações quanto à celebração de uma “nova geração” de acordos de investimentos.

O terceiro e último capítulo tratará das duas principais frentes nas quais a União Europeia atua para consolidar sua visão de um sistema multilateral de comércio, sobretudo no que diz respeito aos sistemas de solução de controvérsias entre Investidores e Estados ou Organizações Internacionais. Buscar-se-á demonstrar o que falta ser conquistado para que a estrutura de seus novos acordos de investimento seja integralmente recepcionada pelas regras vigentes em cada uma dessas frentes e a importância disso na devida promoção e proteção de seus valores, interesses e estrutura interna. Isso tanto no âmbito de relações entre países, entre países e organizações internacionais, ou também destes com empresas e indivíduos.

Este estudo foi desenvolvido no âmbito das atividades do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional Privado UFSC/CNPq e dos projetos Jean Monnet Module e Jean Monnet Network – BRIDGE (co-financiados pelo Programa Erasmus + da Comissão Europeia), todos coordenados pela Professora Dra. Aline Beltrame de Moura na Universidade Federal de Santa Catarina. Além do ineditismo em língua portuguesa, o presente estudo também se justifica, pois, embora o acordo entre o Mercosul e a UE não possua um capítulo dedicado a investimentos, acredita-se que a intensificação das relações comerciais entre os dois blocos aumentará inevitavelmente o volume de investimentos entre seus respectivos países, tornando a inclusão de tal capítulo, uma questão de tempo. Com isso, tendo em mente as características e particularidades bastante distintas de cada bloco, o presente trabalho pode ajudar a entender quais são as implicações de tais provisões para o Brasil, que tem posicionamento bastante peculiar com relação à exposição a mecanismos de solução de controvérsias internacionais.

Ademais, a justificativa também decorre da importância e tamanho do tipo de reforma que se pretende (necessita) implementar. A reflexão sobre os papéis que cada sujeito de Direito Internacional desempenha e a superação de visões centradas em um ou outro ator principal (Estados ou Investidores) se mostra extremamente necessária, uma vez que as regras vigentes já não respondem às demandas atuais em sua totalidade. Para além do cenário comercial, no contexto pandêmico atual, a cooperação e interdependência nunca foi tão necessária e evidente, haja visto os desafios impostos pela COVID-19. Muitas das respostas mais eficazes contra o impacto da pandemia e também na retomada do crescimento após o controle da mesma, perpassam necessariamente pela mais ampla possibilidade de ações coordenadas de Estados, Organizações Internacionais e Empresas. Inclusive na celebração de acordos de Investimento Estrangeiro Direto e no estabelecimento de um sistema verdadeiramente multilateral, que possa buscar um desenvolvimento econômico sustentável, democrático e em compromisso com o respeito aos Direitos Humanos, Ambientais e Climáticos.

1 O SISTEMA DE COMPETÊNCIAS E A POLÍTICA COMERCIAL COMUM DA UNIÃO EUROPEIA

Construído a partir de importantes tratados, o Sistema de Competências da União Europeia (UE) tem o condão de organizar a atuação conjunta ou paralela dos Estados-Membros (EM) e da União, a fim de garantir a melhor simbiose entre eles e atingir, na maior extensão possível, os objetivos de desenvolvimento comuns. Tal simbiose é emoldurada por um conjunto de princípios que organizam a forma como essa relação se dá, desde sua criação até a definição dos limites da atuação de cada ente.

Para além da caracterização de origem e lógica da atribuição de competência, há que se determinar seus tipos e, principalmente, as implicações de seus exercícios. Isso é importante para se reconhecer que, apesar do grande avanço que houve na organização interna da UE nesse sentido, ainda é uma questão bastante complexa que requer a interpretação sistemática de tratados, regulamentos, diretivas e jurisprudências. Ou seja, embora os textos dos Tratados sejam bastante explícitos na delimitação e definição de algumas competências, em casos práticos, há que se ir além do simples mandamento geral para se definir de quem é a competência e em que medida ela pode ser exercida.

A apresentação de cada tipo de competência se dará na ordem em que aparecem no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), porém de forma distinta entre elas, respeitando a natureza de cada uma. Isto é, não será utilizado um modelo de análise idêntico para todas, pois a depender de suas especificidades, focar-se-á no que melhor as caracteriza, seus principais pontos, pacificados ou ainda controversos. Do mesmo modo, serão explorados os *leading cases* que auxiliaram a definir o entendimento atual acerca de cada uma delas.

A análise do sistema de competências é fundamental para o objetivo deste trabalho. Isso porque a própria União Europeia defende que a lógica da divisão de competência deve ser utilizada como ponto de partida para se definir a atribuição de responsabilidades entre os entes. Ela o faz de maneira implícita e explícita em seus Tratados e regras (internamente), assim como através de sua participação em outros organismos internacionais e também na sua relação direta com estados terceiros (externamente).

Em que pese na doutrina haja uma predominância do entendimento de que tal abordagem não encontra respaldo no âmbito internacional, reforçamos a imprescindibilidade do estudo mais aprofundado deste sistema a fim de se poder corroborar ou afastar tal posicionamento doutrinário, assim como extrair suas implicações no caso específico de atos ilícitos praticados por Estados-Membros em matéria de investimento estrangeiro.

Apresenta-se, portanto, a seguir a análise dos pontos iniciais que definem a lógica do sistema de competências da UE, seja quanto à origem, à existência ou quanto aos limites de seu exercício.

1.1 A supranacionalidade e a intergovernabilidade

Apesar das importantes alterações presentes no Tratado para o Funcionamento da União Europeia (TFUE) no âmbito da atuação dos órgãos da União e da definição de sua personalidade jurídica, a UE preservou seu caráter híbrido de organização supranacional e intergovernamental, características já presentes nos pilares nos quais se apoiava anteriormente a 2009 quando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

O tratado de Maastricht, que entrou em vigor em 1993, definia esses três pilares ao longo de seus artigos¹, em resumo: i) o primeiro era formado pela Comunidade do Carvão e do Aço, a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica; ii) o segundo pilar apoiava-se na Política Externa e de Segurança Comum; e, iii) o terceiro pilar era referente à Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal².

Cada pilar apresentava características próprias de atuação. O primeiro, era predominantemente supranacional, uma vez que seu processo decisório era feito exclusivamente e de maneira encadeada pela Comissão, Conselho, Parlamento e Tribunal de Justiça da União Europeia, sem atuação direta dos governos nacionais. Já o segundo e o terceiro apresentavam natureza intergovernamental, pois as decisões eram tomadas mediante unanimidade no Conselho, sendo mitigada a atuação da Comissão e do Parlamento e afastada completamente a atuação do TJUE.³

Tal estrutura continuou preservada, ainda que com algumas mudanças, nos Tratados de Amsterdam (1999) e Nice (2001), sendo final e substancialmente alterada no Tratado de Lisboa. Fechando o período mais aquecido de mudanças na estrutura da UE, o Tratado de Lisboa faz importantes emendas no Tratado da União Europeia (TUE) e reforma e renomeia o Tratado da Comunidade Europeia, que passa a ser chamado de Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Dentro desta reforma, está a mudança de não se apoiar mais na estrutura dos três pilares apresentada, mas sim em órgãos que desempenham papéis complementares entre si,

¹ CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. **EU Law: text, cases and materials**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011. p.13.

² MOURA, Aline Beltrame de. Organizações internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da união europeia e a intergovernamentabilidade do mercosul. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). **Organizações internacionais e seus dilemas formais e informais**. Ijuí: Unijuí, 2012. p. 292-293.

³ Ibid., p. 292-294.

a depender da maneira como a matéria deva ser regulada. Destacam-se nesta mudança o aumento da importância do Parlamento Europeu, que passou a desempenhar papel central nas decisões através do processo legislativo ordinário; a manutenção da importância, embora com mais equilíbrio, do Conselho com sua marcada característica intergovernamental e também da Comissão. Sem deixar de mencionar também o envolvimento e importância do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Neste sentido, observar-se que

apesar da unificação dos pilares, ainda subsistem domínios em que o processo de decisão é de caráter tipicamente intergovernamental, atribuindo todo o poder aos Estados-membros, cujas decisões são, frequentemente, tomadas à unanimidade, afastando, por conseguinte, a ideia de que a União Europeia seja um organismo tão somente supranacional para favorecer a construção da concepção de que se trata, em realidade, de um sistema híbrido.⁴

Portanto, não há que se falar em supranacionalidade pura ou cessão total de soberania dos Estados-Membros à União, seja em domínios que a União exerça competência de apoio, partilhada ou exclusiva, como será demonstrada em mais detalhes mais para a frente.

Um exemplo claro da busca por um equilíbrio e manutenção de um sistema híbrido é o caso das reformulações trazidas pelo Tratado de Lisboa artigo 40 do TUE, que agora traz uma provisão muito mais equilibrada entre as vertentes supranacionais e intergovernamentais. O referido artigo trata da Política Externa e de Segurança Comum (PESC) – matéria claramente dirigida de maneira intergovernamental por seu peculiar processo decisório⁵ – e prevê que uma pode ser exercida sem prejuízo à outra, desde que alinhadas com as regras de competência estabelecidas de maneira explícita ou implícita nos Tratados, reforçando assim cabalmente a coexistência da supranacionalidade de intergovernabilidade.

Outra área na qual a reforma trazida pelo Tratado de Lisboa reafirma a característica híbrida desse sistema, foi a mudança do processo decisório acerca da matéria do Espaço de liberdade, segurança e justiça. Anteriormente, o processo se dava principalmente através da adoção de diretivas, que exigiam unanimidade no Conselho e, novamente, mera consulta ao Parlamento⁶ e mitigação completa da atuação do TJUE em determinadas instâncias.⁷

⁴ Ibidem, p. 294.

⁵ PASQUALE, Patrizia de. Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. **Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo**, [S.L.], n. 2, 2019. p. 7. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17394/93999>. Acesso em: 19 de abril 2020

⁶ PASCALE, Alessia di. As políticas de imigração e asilo da União Europeia: balanço e perspectivas. In: MOURA, Aline Beltrame de; RI, Luciene dal (org.). **Imigração e Cidadania: uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu**. Florianópolis: Editora da Ufsc, 2018. p. 17

⁷ Ibid., p. 18.

Diante disso, observam-se modelos de atuação que estão intimamente relacionados à existência ou não de competência de um ou outro órgão da União. A depender deste fator, um tipo de ação ou outra prevalecerá. E essas ações se darão conforme a moldura na qual se encaixam as regras de distribuição de competências, construída com base na ideia do princípio da atribuição. Princípio este que prevê que os Estados-Membros cedam parte de sua soberania à União Europeia, conferindo competências para que esta atue em matérias de interesse comum.

Conforme nos ensinam Paul Craig e Gráinne de Burca, o mesmo foi expressamente positivado nos artigos 5(1) e 7(1) do Tratado de Maastricht e reafirmado nos artigos 5(1) e 5(2) do Tratado da União Europeia (TUE), onde este prevê que⁸:

Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.⁹

Assim, apesar de haver essa transferência de parte da soberania dos Estados-Membros para a UE, é possível inferir, mais uma vez, que a União Europeia não se encaixa num modelo puramente supranacional. Isso é comprovado pela **simples** existência de órgãos notadamente intergovernamentais como o Conselho Europeu¹⁰. Por outro lado, também não se pode encaixá-la num modelo puramente internacionalista, pois não se poderia explicar, por exemplo, o instituto da aplicabilidade direta e do efeito direito de seus regulamentos e decisões.¹¹

A razão disso estava no desejo dos Estados-Membros de criarem um mecanismo através do qual pudessem tomar decisões de maneira mais célere e menos custosa, porém sem transferir todas essas questões a processos de decisão supranacional, como acontecia em matérias pertencentes ao primeiro pilar. Isso porque, nos casos do segundo e terceiro pilares, trata-se de assuntos muito caros à soberania dos Estados-Membros.¹²

Por fim, essa construção de um sistema híbrido, sob a égide do princípio da atribuição, mostrou-se a melhor saída para conciliar os interesses comuns e particulares dos Estados-Membros. Uma vez identificado o contexto e principais postulados que definem a atribuição de competências, faz-se importante estudar outros dois importantes princípios que

⁸ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. op. cit., p.74, tradução nossa.

⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht)**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT> Acesso em: 19 de fevereiro 2020

¹⁰ MOURA, Aline Beltrame de. op. cit., p. 291-292.

¹¹ D'ARCY, François, 2002, p. 45, *apud* MOURA, Aline Beltrame de. op. cit., p. 287.

¹² CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. op cit., p.13.

irradiam normatividade à questão da competência. Não mais na dimensão da atribuição, mas sim quanto ao exercício de tais competências.

1.2 O exercício das competências e o respeito aos princípios fundamentais do Tratado da União Europeia

O Tratado da União Europeia, em seus artigos iniciais, traz uma série de princípios que fundam a união dos Estados-Membros e desenham seus interesses comuns. São eles o respeito pela dignidade humana, pela liberdade, pela democracia, pela igualdade, pelo Estado de Direito, e pelo respeito aos direitos humanos.¹³ Estes valores e interesses comuns devem ser perseguidos tanto pela União como pelos Estados-Membros sob a luz do princípio da cooperação leal, que prevê a cooperação e respeito entre os entes¹⁴; princípio do equilíbrio institucional, que prevê uma certa delimitação na atuação dos órgãos¹⁵; assim como em observação aos limites impostos aos exercício das competências pelos princípio da subsidiariedade e proporcionalidade.

Quanto ao princípio da cooperação leal, destaca-se que, apesar de sua aplicação ser entendida como obrigatória pelo TJUE, sua natureza é política, não ensejando, portanto, nenhuma sanção jurídica na eventualidade de uma violação. Isso não afasta em nenhuma medida a sua obrigatoriedade, uma vez que são evidentes os esforços das instituições no sentido de evitar tais conflitos.¹⁶

Do princípio do equilíbrio institucional, extrai-se a ideia de que as competências de um ou outro órgão não podem ser mitigadas pelas de outros. Esse princípio não é o mesmo que o previsto “pelo sistema de pesos e freios da doutrina clássica da separação de poderes, já que, no direito da UE não existe uma divisão de poderes rigorosamente considerada.”¹⁷ Assim, a observância deste princípio oferece uma base sólida para se resolver as lacunas e/ou conflitos na atribuição de competências entre as instituições.

Até aqui, apresentou-se princípios que se ocupam mais da questão da existência ou não das competências, ou a quem elas são atribuídas. Resta então apresentar os princípios

¹³ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht). Artigo 2.** Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT> Acesso em: 19 de fevereiro 2020

¹⁴ *Ibidem*, Artigo 4 (3).

¹⁵ Acórdão do TJUE de 13 de junho de 1958, C-9/56, *Meroni*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:17a593d6-ea25-4f42-a33f-bdad2499b4a2.0009.02/DOC_2&format=PDF Acesso em: 19 de fevereiro 2020

¹⁶ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata et al. Visitando o primado das normas de direito europeu: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 49, 2017. p. 263-264.

¹⁷ *Ibidem*, p. 262.

que regem o exercício de tais competências. Trata-se do princípio da subsidiariedade e o da proporcionalidade, previstos na parte final do artigo 5(1) do TUE.

Embora tenha havido menção indireta aos mesmos no Ato Único Europeu de 1987, eles foram formalmente e expressamente declarados pela primeira vez, no Tratado de Maastricht, em 1992. Quase duas décadas depois, o Tratado de Lisboa, sem alterar seu texto, reafirmou a manutenção destes princípios nos Tratados. Ademais, o próprio texto do Tratado e também do Protocolo número 2 definiram em mais detalhes as dimensões locais e regionais de suas aplicações, como por exemplo a vinculação da atuação dos parlamentos nacionais nesta matéria.

Tal vinculação é entendida como observância extrema à ordem democrática, uma vez que além de limitar a centralização da administração comunitária, também exige que órgãos como a Comissão, o Parlamento, o Tribunal de Justiça, o Banco Central Europeu, o Banco Europeu de Investimentos e também o Conselho (por iniciativas de grupos de Estados-Membros), encaminhem projetos seus projetos legislativos aos Parlamentos Nacionais, assim como os comuniquem também após as devidas aprovações.¹⁸

Com isso, além da delimitação das competências conferida sob a luz do princípio da atribuição e do princípio do equilíbrio institucional, há também que se considerar, no âmbito do exercício de tais competências, os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade a fim de se perseguir os demais princípios e valores fundantes da União Europeia.

1.2.1 Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade auxilia na definição dos limites de atuação da União e dos Estados-Membros. A análise de sua aplicação mostra-se imprescindível para se compreender o sistema de competências da União Europeia, uma vez que, na grande maioria dos casos envolvendo o questionamento de competência entre entes da União, há sempre que se examinar sua observância no caso concreto.

A subsidiariedade, dentro do sistema jurídico e institucional da União Europeia é, na lição de Louis Cartou,¹⁹ um princípio regulador do exercício de competências, e não de atribuição de competências, situação esta relegada ao poder constituinte. Ele não altera os equilíbrios existentes, a subsidiariedade deve manter na íntegra o *acquis communautaire*.

¹⁸ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco; MATA DIZ, JámileBergamaschine. La distribución de competencias en el nuevo diseño de la Unión Europea: del Acta Única Europea al Tratado de Lisboa. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, v. 43, n. 118, p. 15-59, 2013. p. 45.

¹⁹ CARTOU, Louis. *L'Union Européenne: Traités de Paris-Rome-Maastricht*. Paris: Dalloz, 1996. p. 272.

Nesse sentido, o princípio da subsidiariedade tem como objetivo salvaguardar a habilidade de tomadas de decisão e ação dos Estados Membros, autorizando a União quando os objetivos de uma ação não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados Membros e sim de modo mais eficaz no nível da União.²⁰

Em outras palavras, ele visa garantir a independência dos Estados Membros em tomadas de decisões em níveis local, regional ou nacional, quando essas decisões puderem assim ser encaminhadas de maneira adequada e eficiente. Em sentido contrário, caso as ações dos Estados Membros não forem suficientemente eficientes, a União fica autorizada a atuar a fim de alcançar os objetivos desejados em determinada matéria.²¹

Ocorre que, sendo este o caso, a União fica obrigada a declarar expressamente que o faz em observância ao princípio da subsidiariedade e demonstrar o contexto fático que tal matéria seria mais bem tratada no nível da União em detrimento à atuação direta dos Estados-Membros. Havendo qualquer discordância com relação a atuação da União nesse sentido, os Estados-Membros podem requerer a revisão destes atos perante o TJUE.

Foi o caso da ação movida pela *Philip Morris Ltd.* e pela *British American Tobacco Ltd.* junto ao tribunal de reenvio Inglês solicitando a revisão da legalidade da obrigação de internalização da Diretiva 2014/40²². Tal diretiva trazia diversas restrições e obrigações às empresas tabagistas quanto à divulgação, comercialização e produção de cigarros. A alegação das empresas era de que a referida diretiva seria total ou parcialmente inválida por violar diversos artigos do TFUE, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e também os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. Entendendo ser pertinente a discussão, este tribunal submeteu questões prejudiciais ao TJUE.

A questão prejudicial número 7 do referido processo é a que mais nos interessa nesse momento, pois é a que supõe a invalidade de alguns artigos da referida diretiva (em especial o 7º que trata da adição de aroma distintivo aos cigarros) por não respeitarem o princípio da subsidiariedade. Os requerentes alegam que esta norma não respeita tal princípio, pois o legislador a tratou de maneira estereotipada e não teria demonstrado os benefícios ao funcionamento do mercado interno e à proteção da saúde humana (que são os principais objetivos da Diretiva) através da atuação da União e não dos Estados-membros.

²⁰ PARLAMENTO EUROPEU. **Fact Sheets on the European Union**. 2019. p.1, tradução nossa. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/home> Acesso em: 09 de março 2020

²¹ Ibidem, p. 2.

²² PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. **Diretiva 2014/40** de 3 de abril de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0040&from=pt> Acesso em: 10 de março 2020

No acórdão, a Corte reconhece que, dentre os dois principais objetivos da diretiva supracitados, o último poderia de fato ser melhor alcançado através da atuação dos Estados-membros. Por outro lado, o TJUE também reconhece que a interdependência entre os dois objetivos acaba por legitimar a atuação do legislador da União, como declaram neste trecho do Acórdão:

Ora, mesmo admitindo que a segunda parte desse objetivo pudesse ser mais bem atingida ao nível dos Estados-Membros, não é menos verdade que a prossecução desse objetivo a esse nível seria suscetível de consolidar, ou mesmo gerar, situações em que certos Estados-Membros autorizariam a comercialização de produtos do tabaco com certos aromas distintivos, enquanto outros a proibiriam, levando, assim, exatamente ao oposto do objetivo primeiro da Diretiva 2014/40, a saber, a melhoria do funcionamento do mercado interno dos produtos do tabaco e produtos afins. Resulta da interdependência dos dois objetivos visados por essa diretiva que o legislador da União podia legitimamente considerar que a sua ação devia comportar a instauração de um regime de comercialização na União dos produtos do tabaco com um aroma distintivo e que, em razão dessa interdependência, esse duplo objetivo podia ser mais bem alcançado a nível da União (v., por analogia, acórdãos Vodafone e o., C-58/08, EU:C:2010:321, n. o 78, e Estónia/Parlamento e Conselho, C-508/13, EU:C:2015:403, n. o 48).²³

Assim, neste quesito, foi totalmente afastada a possibilidade de se considerar qualquer violação ao princípio da subsidiariedade causada pela Diretiva. Concluindo, mesmo se tratando de matéria de competência não exclusiva (mercado interno e saúde, por exemplo), tendo expressamente declarado e justificado formal e materialmente a maior eficácia da atuação da União em detrimento a dos Estados-membros, a aplicação do princípio da subsidiariedade contribui para a garantia da perseguição da atuação mais eficaz em determinada matéria, seja ela feita pela União, ou pelos Estados-Membros.

1.2.2 Proporcionalidade

Já com relação ao princípio da proporcionalidade, este visa oferecer uma camada a mais de proteção a uma possível interferência indevida da. Em situações nas quais a atuação da União for a mais eficiente, o artigo 5(4) do TUE prevê que esses atos, tanto em seu conteúdo quanto em sua forma, “não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.”²⁴

Assim, a União deve agir observando limites para se atingir os fins definidos no Tratado. Tal limitação deve ser observada em relação a matérias sujeitas a qualquer tipo de competência, reafirmando a ideia de que os meios utilizados são proporcionais aos objetivos

²³ Acórdão do TJUE de 4 de maio de 2016, C-547/14, *Phillip Morris*. Disponível em: [HTTPS://EUR-LEX.EUROPA.EU/LEGAL-CONTENT/PT/TXT/PDF/?URI=CELEX:62014CJ0547&FROM=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/pdf/?uri=CELEX:62014CJ0547&from=en) Acesso em: 11 de março 2020

²⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht). Artigo 5(4)**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de dezembro de 2002. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/pdf/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=pt) Acesso em: 10 de fevereiro 2020

pretendidos.²⁵. Portanto, dentre as diversas formas de atuação possíveis, a UE deve optar pela que represente a maior e melhor interação entre seus organismos supranacionais e outras instituições que estabeleçam relação direta com os cidadãos.²⁶

O pano de fundo para a aplicação deste princípio deve ser a adaptação da máxima da proporcionalidade, bastante desenvolvida no direito alemão e americano para se dirimir conflitos entre princípios²⁷, que, nesse caso, seria utilizada para a análise da extensão do exercício de competências. Tal procedimento prevê três estágios: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

No estágio da adequação, haverá o questionamento se a atuação da União é um caminho adequado para se alcançar o objetivo desejado. Envolvendo uma análise consequencial da situação. No estágio da necessidade, sendo positiva a análise anterior, passa-se à verificação da inevitabilidade da extensão do ato, visando, novamente, sua finalidade. Isto é, encontrar dentre as atuações possíveis, qual é a mais apropriada. Por fim, na última fase, diante da adequada e necessária extensão/amplitude do ato praticado pela União, deve-se buscar fundamentação proporcional, razoável e idônea para tal medida. Em outras palavras, deve-se analisar se a ação impõe algum tipo de prejuízo a qualquer um dos interessados que seja excessiva em relação à finalidade da medida inicialmente perseguida.

Um caso prático, que apesar de não ser tão recente, se mostra muito interessante didaticamente para exemplificar a aplicação do princípio da proporcionalidade, seguindo os estágios que acabam de ser delineados é o processo C-331/88, no qual o Tribunal de Revisão Inglês (High Court of Justice, Queen's Bench) submeteu questões prejudiciais em face da Diretiva 88/146/CEE que proibiu a utilização de hormônios na criação animal. O litígio no tribunal Inglês tinha como partes, principalmente, a Federação Europeia de Saúde Animal, o Ministério da Agricultura, Pesca e Alimentação e o Ministério da Saúde que discutiam a validade do ato nacional que internalizava parcialmente as previsões da referida diretiva.

Entre as questões submetidas ao TJUE, a segunda perguntava exatamente quanto a uma possível violação ao princípio da proporcionalidade. Sustentou-se que a diretiva o violava nas três dimensões anteriormente elencadas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à primeira, alegou-se que a proibição dos determinados hormônios inviabilizaria a criação animal e abriria espaço para a criação de um

²⁵ CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 271.

²⁶ MOURA, Aline Beltrame de. **CIDADANIA EUROPEIA: Uma Verdadeira e Própria Cidadania?**. Revista Direito Em Debate, 18(32). 2013. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2009.32.%p>, p. 25-26. Acesso em: 15 de junho 2020

²⁷ Ver DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

mercado ilegal de comercialização dos mesmos. Em relação à segunda dimensão, defendia que o cuidado com os consumidores finais poderia ser atendido mediante divulgação e transparência nas informações sobre esses produtos. E por fim, sobre a terceira dimensão, alertava sobre o impacto excessivo que os prejuízos financeiros dos produtores representariam face às “pretensas vantagens criadas no interesse geral”.²⁸

No Acórdão, o TJUE decidiu no sentido do não reconhecimento da violação ao princípio da proporcionalidade. Em sede preliminar defendeu a validade da Diretiva, explicando o contexto prático que ensejou a criação de tal norma, que ensejava acabar com as distorções da concorrência e também os obstáculos ao comércio impostos pela diferença entre legislações nacionais. Ademais, explicou que isto estava claramente exposto nos considerandos da referida diretiva e, diante desse quadro, concluiu que o Conselho agiu de maneira correta ao estabelecer uma regulação que garantisse a distribuição de produtos de melhor qualidade aos consumidores.²⁹

Cumprida a análise quanto a fundamentação fática que comprovava a atuação da União como mais vantajosa na matéria em questão, a Corte passou a responder diretamente quanto aos quesitos apresentados. No que se refere ao questionamento que trata do princípio em tela, quanto à análise da adequação, defendeu que não prosperava a alegação de inviabilização do mercado de criação animal, uma vez que havia outras duas diretivas anteriores que já impunham formas alternativas de controle e criação animal diferentes e em consonância às novas exigências.

Já no estágio da necessidade, entendeu também que não prosperava, já que não entendia como factível a ideia de que somente a informação nos rótulos das carnes corrigiria os problemas com “distorções de concorrência tendo em conta as exigências de proteção da saúde”³⁰. Deixou implícito também que somente um erro manifesto do Conselho poderia prejudicar essa questão e pôr em xeque a proporcionalidade da medida. Por esta questão, antes de continuarmos com a análise do último estágio e conclusão, faz-se oportuno esclarecer o que implica essa alusão ao erro manifesto.

Segundo Chalmers, Davies e Monti, há uma clara diferença na maneira como o TJUE aplica o princípio da proporcionalidade em favor dos Estados-Membros ou em favor da União. Por um lado, no caso de análise em favor dos Estados-Membros, não há presunção de legalidade. A Corte entenderá o ato normativo nacional como ilegal, a não ser que o

²⁸ Acórdão do TJUE de 13 de novembro de 1990, C-331/88, *FEDESA*, p. I – 4062 Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96352&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1640836> Acesso em: 10 de março 2020

²⁹ *Ibidem*, p. I - 4061

³⁰ *Ibidem*, p. I - 4064

Estado-Membro comprove que o mesmo é necessário para se atingir determinado fim legítimo e que nenhuma outra alternativa menos restritiva exista. Por outro lado, se a análise for em favor de ato da União, haverá a presunção de legalidade, a não ser que a ação seja manifestamente inapropriada.

Em suma, em matérias de competência compartilhada (que será estudada em maiores detalhes posteriormente), estes dois princípios, subsidiariedade e proporcionalidade, visam tanto salvaguardar a independência dos Estados Membros quanto limitar a atuação da União na medida que lhe foi concedida a autorização.

A título de contextualização para a leitura da próxima seção, é importante explicar que, antes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), não havia nenhum tipo de categorização de tipos de competência. Essa definição era feita a partir da análise dos Tratados em questão, o que se tornava bastante problemático em casos nos quais os próprios Tratados eram silentes sobre o assunto.

Foi somente após o Tratado de Nice (2000) que tal assunto foi identificado como um problema a ser discutido, pois tais regras não ofereciam a proteção necessária à atuação dos Estados frente a uma crescente concessão de poderes à União. Uma resposta para esta questão veio com o Tratado de Lisboa, que além de manter as previsões quanto aos limites da atribuição, subsidiariedade e proporcionalidade³¹, conforme vimos até aqui, criou de modo expreso categorias gerais de divisão de competência, as quais passaremos a analisar.

1.3 Competência Exclusiva: domínios nos quais a União Europeia é a única a poder legislar e adotar atos vinculativos

A categoria de competência exclusiva da União está definida no artigo 2(1) do TFUE, onde se lê:

Quando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União.³²

Faz-se necessário novamente frisar que essa atribuição é feita pelos Estados-membros, através da observância do princípio da atribuição, e que, portanto, não deve ser confundida como transferência irrevogável de soberania. De qualquer forma, é extremamente

³¹ CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. op cit., p. 73-74, tradução nossa.

³² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 2(1)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de fevereiro 2020

impactante, uma vez que de fato impede, enquanto vigorarem Tratados que assim a definem, que os Estados atuem em determinadas áreas.

Talvez, justamente por representar impacto considerável na autonomia dos Estados-Membros, é que se apresenta um rol relativamente enxuto de áreas nas quais incidem esse tipo de competência. Conforme artigo 3(1) do TFUE, são elas: a) União Aduaneira; b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro; d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas; e) Política comercial comum.

Além deste rol de áreas de exclusividade, há a competência exclusiva para a celebração de acordos internacionais prevista no artigo 3(2), a ser observada desde que atenda a um ou mais quesitos, quais sejam: i) “[...]esteja prevista num ato legislativo da União”; ii) “seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer sua competência interna”; iii) “seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.”. É o que alguns autores como Paul Craig e Gráinne de Burca chamam de “exclusividade condicional”³³.

Estes mesmos autores, alertam para a necessidade de se interpretar tal “exclusividade condicional” em conjunto com as regras previstas no artigo 216 do mesmo Tratado. Neste artigo, há previsões sobre a existência de competência para celebração de acordos internacionais, no qual se lê, na íntegra:

1. A União pode celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados ou quando tal celebração esteja prevista num ato juridicamente vinculativo da União, ou seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance.

2. Os acordos celebrados pela União vinculam as instituições da União e os Estados-Membros.

Seguindo na esteira do que foi proposto por Craig e Burca, um primeiro passo para se analisar a relação entre os dois artigos é identificar suas semelhanças e diferenças. Quanto às semelhanças, ambos falam sobre competência externa no âmbito da celebração de contratos internacionais, elencando algumas condições para que isso ocorra. Por outro lado, enquanto o artigo 216 versa somente sobre a existência dessa competência externa em sentido geral, o artigo 3(2) fala especificamente sobre a exclusividade na atuação da União, sem prejuízo para um ou outro.

Por tratarem do mesmo assunto, muito comumente acredita-se que os artigos preveem a mesma situação, quando na verdade, como apontamos, a diferença é significativa

³³ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. op cit., p. 79, tradução nossa.

e pode ensejar desdobramentos bastante complexos. Por exemplo, se os dois institutos forem misturados, pode-se chegar à conclusão errônea de que a União só pode exercer externamente competências exclusivas. O que não se confirma na leitura atenta ao artigo 216, que não faz essa restrição, nem implicitamente. Oportunamente mais adiante, discutiremos quais são os limites para a atuação externa da União em matéria de competência partilhada, uma vez que como expressamente prevê o item dois do referido artigo, tal atuação vinculará também os Estados-Membros.

Prosseguindo e assumindo então essas semelhanças e diferenças entre os institutos, um segundo passo seria destrinchá-los a fim de expor os pontos controversos em cada um. A começar pela natureza das condições ali presentes, que, numa primeira análise, por mais óbvio que pareça, é importante frisar que não são cumulativas. Ou seja, basta que uma delas ocorra para que o exercício da competência externa possa acontecer.

Diante dessa constatação, já se afasta outro pleito bastante comum que tenta atrelar essa competência externa ao exercício anterior de uma competência interna da União. No que diz respeito ao artigo 216, tal vinculação não é observada em duas das condições previstas no artigo, a saber: “[...]quando os Tratados o prevejam ou quando a celebração de um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados[...]”.³⁴

Mas mesmo que não houvesse tais previsões no artigo 216, não seria contraditório vincular a possibilidade de exercício da competência exclusiva externa à atuação interna? Se, nestes casos, os Estados-Membros não estão sequer habilitados a atuar, não nos parece plausível exigir tal requisito. Mais uma vez, este assunto ganhará relevância quando estiver sendo analisada a competência partilhada. Mas por ora, ainda nos cabe analisar em mais detalhes algumas das áreas de competência exclusiva e suas implicações ao poder de atuação da União e dos Estados-Membros. Trataremos somente das que guardam maior relevância com o tema do presente trabalho, deixando de fora apenas a de conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas.

1.3.1 União Aduaneira

Apesar de não ter um órgão próprio que cuide de operações aduaneiras, a União detém competência exclusiva para legislar e adotar atos juridicamente vinculativos em questões relacionadas à circulação de bens, mercadorias e serviços, sejam eles provenientes de Estados-Membros, ou de países terceiros. Esta área de exclusividade tem como um de

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 216(1)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de fevereiro 2020

seus objetivos a harmonização das regras de atuação das atuais 27 autoridades aduaneiras dos Estados-Membros a fim de se atender alguns interesses específicos.

A escolha por essa “não-estruturação” em formato de órgão centralizador demonstra a delicada relação que esse tipo de matéria engloba. Ao mesmo tempo que a quebra das barreiras é fundamental para fomentar a mais livre circulação de bens, serviços e capitais, não se pode usurpar os Estados-Membros de suas capacidades de proteção ao funcionamento de suas economias nacionais ou regionais.³⁵

Entre os mais importantes está a necessidade de um eficaz controle de entrada de produtos provenientes de Estados terceiros, uma vez que a taxação desses produtos representa parte significativa dos recursos financeiros da União. Daí decorrem os esforços em se combater a pirataria, contrabando e outros tipos relacionados de fraude. Para além das limitações impostas à taxação de produtos que cruzem as fronteiras externas da UE, há também limitações quanto à circulação interna.

É esse escopo mais amplo que está presente nas provisões dos artigos 28, 29 e 30 do TFUE. O artigo 28 prevê que justamente essa organização, definindo que a união aduaneira

[...]abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adoção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros.³⁶

Os artigos seguintes, por sua vez, visam esclarecer que esta regra é válida tanto para produtos provenientes de países da União Europeia ou de países terceiros. O artigo 30, por fim, reforça que a proibição de direitos aduaneiros entre os Estados-Membros se aplica também “aos direitos aduaneiros de natureza fiscal”³⁷.

Porém, essas restrições genéricas, apesar de importantes, não evitariam a possibilidade de os Estados-Membros criarem práticas internas que pudessem colocar em desvantagem algum produto estrangeiro em concorrência com um produto nacional.³⁸ E é justamente a parte final do artigo 30 reproduzida no parágrafo anterior que se conecta com o outro dispositivo que visa impedir tal prática.

³⁵ VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. **Da união à fortaleza ou como a relação de dependência entre migração e integração podem fazer desaparecer a ideia de União Europeia**. Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 75, p. 467-486, 2019. p. 474.

³⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 28**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de fevereiro 2020

³⁷ *Ibidem*, **Artigo 30**.

³⁸ CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. *op cit.*, p. 620-621

No capítulo 2, seção das disposições fiscais presentes no TFUE, o artigo 110 proíbe a incidência de qualquer obrigação de natureza tributária-fiscal, direta ou indireta, a produtos importados de outros Estados-Membros, que sejam superiores às praticadas aos produtos nacionais similares. O caso C-112/84³⁹ é bastante didático para ilustrar essa regra.

Trata-se da ação movida por um cidadão francês contra a autoridade fiscal do país alegando que a taxação mais elevada de veículos com uma determinada configuração mecânica (motores acima de 16cv – que não eram produzidos por nenhuma fábrica francesa), acabava representando uma violação ao artigo 110. Isso porque colocava alguns veículos importados em situação desvantajosa frente à totalidade dos modelos nacionais. O TJUE confirmou a violação e as regras fiscais foram devidamente revisadas pela autoridade francesa.

Por outro lado, há situações que permitem tratamentos diferenciados para produtos similares. Isso se tal prática for justificada por algum argumento que se mostre compatível com os Tratados e que, portanto, não representaria necessariamente uma discriminação por sua natureza estrangeira, mas sim pela composição ou forma de produção. Foi o caso C-140/79⁴⁰, no qual a autoridade fiscal italiana aplicou taxação mais elevada ao álcool etílico sintético (não produzido no país) do que ao equivalente produzido por fermentação (processo natural amplamente utilizado por produtores nacionais).

Diferentemente do caso francês, neste a Corte decidiu no sentido de não haver qualquer tipo de discriminação ou violação ao artigo 110. Isso porque o governo italiano justificou a taxação diferenciada por motivos de sua política econômica interna no sentido de desincentivo ao uso de derivados de petróleo para este fim, considerado menos primordial.

Além disso o TJUE esclareceu que as limitações impostas aos Estados-Membros dizem respeito a situações discriminatórias de produtos estrangeiros, mas não impede a criação de políticas fiscais próprias, desde que pautadas em critérios objetivos e que impostas de maneira isonômica à produtores nacionais e estrangeiros. Como no caso não havia diferença na taxação do álcool sintético entre produtores nacionais ou de outros Estados-Membros, assim como para o álcool proveniente de fermentação, não ficou caracterizada nenhuma conduta discriminatória.

³⁹ Acórdão do TJUE de 9 de maio de 1985, C-112/84, *Humblot*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C.T.F&num=c-112/84> Acesso em: 20 de março 2020

⁴⁰ Acórdão do TJUE de 14 de janeiro de 1981, C-140/79, *Chemical Farmaceutici SpA v DAF SpA*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0140> Acesso em: 20 de março 2020

Vistas as restrições impostas nos artigos 28 a 30 e também no artigo 110, faz-se necessário diferenciá-las. Enquanto o primeiro grupo de artigos aponta para a taxaçoão como uma ilegalidade por parte de quem a praticar, o artigo 110 por sua vez, determina restriçoões à política fiscal interna dos Estados-Membros no sentido de evitar tratamento discriminatório. No primeiro caso, o ato é considerado ilegal de plano. No segundo, deve haver análise da possível discriminaçoão ou proteçoão indevida ao produtor nacional ou estrangeiro.⁴¹

Fato é que todas essas regras da União Aduaneira, em especial as relacionadas à não discriminaçoão, representam um dos sistemas mais robustos de prevençoão à discriminaçoão direta ou indireta de produtos importados/exportados. Ao ponto de ser alvo de críticas pelas barreiras impostas aos Estados-Membros em matéria de investimentos domésticos com incentivos tributários (que como vimos, isoladamente não justifica tal prática). Críticas corroboradas pelo relatório da PricewaterhouseCoopers de 2004 que mostra que a totalidade dos Estados-Membros à época continham provisões nacionais que violavam a jurisprudência do TJUE nesse sentido.⁴²

Desde então houve alguns avanços na questão da harmonizaçoão das regras sobre taxaçoão entre Estados-Membros, porém ainda permanece sendo um campo delicado no qual o TJUE continuará cumprindo papel central da definiçoão dos limites da atuaçoão dos Estados-Membros e União, assim como outros órgãos.

A título de exemplo, na situaçoão atual que o mundo por conta da pandemia Covid-19, a Comissão decidiu aprovar o pedido dos Estados-Membros e do Reino Unido no sentido de isençoão temporária de direitos aduaneiros e a incidência do Imposto de Valor Acrescido (IVA) na importaçoão de dispositivos médicos e equipamentos de proteçoão provenientes de países terceiros⁴³. Tal decisào se deu fundamentada nas provisões já existentes na legislaçoão aduaneira⁴⁴ e também na diretiva específica sobre o IVA⁴⁵.

Assim, temos que o fato de a União Aduaneira ser exercida de maneira exclusiva parece ser adequado ao objetivo que se propõe. Desta forma, prevalecem a atuaçoão do TJUE

⁴¹ CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. op cit., p. 632

⁴² GRAETZ, Michael J.; WARREN JR, Alvin C. **Income Tax Discrimination and the Political and Economic of Europe**. Yale LJ, v. 115, 2005. p. 1206. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2613&context=fss_papers Acesso em: 15 de abril 2020

⁴³ COMISSÃO EUROPEIA. **Decisào de 3 de abril de 2020**. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/03-04-2020-import-duties-vat-exemptions-on-importation-covid-19.pdf Acesso em: 15 de abril 2020

⁴⁴ CONSELHO EUROPEU. **Regulamento (CE) 1.186/2009** de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:324:0023:0057:pt:PDF%20>. Acesso em: 15 de abril 2020

⁴⁵ CONSELHO EUROPEU. **Diretiva (CE) 2009/132** de 19 de outubro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0132&from=hr>. Acesso em: 15 de abril 2020

e da Comissão para serem as mais eficazes na tarefa de harmonizar as práticas aduaneiras em todos os Estados-Membros. Visando o maior benefício possível, seja em receita ou em combate a práticas criminosas como contrabando, falsificação etc.

1.3.2 Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno

Enquanto as primeiras ações no sentido de zerar as barreiras tributárias entre os seis Estados-Membros que formavam a Comunidade Econômica Europeia na época (Alemanha, Bélgica, França, Holanda, Itália e Luxemburgo), tiveram início a partir de 1968⁴⁶, as regras sobre concorrência já haviam sido previstas no Tratado de Roma (1957), especificamente no capítulo sobre a livre circulação de pessoas, serviços e capital.

Além de contribuírem para os mesmos objetivos perseguidos pela implementação da União Aduaneira, as regras de concorrências para o mercado interno estão atreladas de certa forma a uma busca por um desenvolvimento econômico compromissado com justiça social, fortemente influenciada por pensadores da Escola ordoliberal alemã. Cujas trajetória nos aponta para a compreensão de que tal conjugação é fundamental para o mais consistente desenvolvimento econômico, haja vista a posição que a Alemanha alcançou em termos de poderio econômico.⁴⁷

Assim, a competência exclusiva no estabelecimento de regras de concorrência entre os Estados-Membros visa complementar a proteção perseguida através do controle aduaneiro coordenado estudado anteriormente. Isso porque este, isoladamente, seria insuficiente para garantir o devido funcionamento do mercado interno, uma vez que os Estados ainda poderiam impor restrições quantitativas às importações e exportações.

Os artigos 34 a 37 do TFUE, preveem formas de impedir tal comportamento. Enquanto os artigos 34 e 35, respectivamente, se ocupam de restringir qualquer restrição quantitativa às importações e exportações; o 36 prevê situações específicas nas quais seriam permitidas determinadas restrições em razão de ordem pública, segurança e saúde; e o 37 sugere aos Estados a adequação de seus monopólios nacionais comerciais de modo a não prejudicar de maneira discriminatória outros Estados-Membros.

Entre os institutos elencados em cada um destes artigos, dois merecem especial atenção, são eles as ‘restrições quantitativas’ e as ‘medidas de efeito equivalente’. Ambos

⁴⁶ WOLFGANG, Hans-Michael. **What Makes the EU Custom Union unique?** In The EU Customs Union 50th Book. p. 18. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/01_2019_the_eu_customs_union_50th_book_en.pdf Acesso em: 15 de março 2020

⁴⁷ DAL RI Jr, Arno. **A construção das políticas públicas de defesa da concorrência na Alemanha:** da cartelização nazista à legislação ordoliberal. Revista Diálogos, v. 2, n. 1, p. 34, 2016. p. 55.

aparecem nos artigos 34 e 35 de maneira idêntica, sendo a única diferença entre os dispositivos, como vimos antes, é que o primeiro se refere à importação e o segundo à exportação.

Pois bem, mas o que cada um destes institutos quer dizer? O primeiro é sem dúvida menos complexo e foi definido pelo TJUE no caso C- 2/73. No Acórdão, foi definido que “A proibição de restrição quantitativa cobre medidas restritivas totais ou parciais, a depender da situação, sobre importações, exportações ou outro trânsito de mercadoria.”⁴⁸ Em outras palavras, simplificando, trata-se da restrição da quantidade de um determinado produto a ser importado ou exportado.

Já o segundo, é bem mais complexo. Segundo Chalmers, Davies e Monti, o problema com a definição das ‘medidas de efeito equivalente’ pode ser analisado em duas dimensões. A primeira é que esse segundo instituto não representa necessariamente ameaça direta à circulação de determinado produto ou serviço, o que acaba dificultando a identificação denexo de causalidade. E a segunda é quanto ao propósito do Artigo 34, se ele visa combater regras de agenda protecionista, ou se pretende remover controle regulatório em atividades econômicas.⁴⁹

De fato, a questão da ameaça indireta dificulta a identificação de tal ocorrência, porém ainda assim é possível se dizer que o problema reside na identificação ou não da medida que causou direta ou indiretamente a restrição à importação ou exportação no caso concreto. Mesmo considerando que as decisões do TJUE sejam um tanto quanto superficiais acerca do esclarecimento da primeira dimensão do problema, há uma clara interpretação ampliativa deste instituto, considerando mais o efeito de determinada medida, do que propriamente o caráter discriminatório da mesma. Ou seja, a intenção discriminatória não é necessária para se configurar uma violação ao artigo 34, basta que haja desfavorecimento ao produto importado ou exportado.⁵⁰

Quanto ao propósito do Artigo 34, segunda dimensão do problema apontado por Chalmers, Davies e Monti, os autores entendem que o referido artigo tem o condão de combater regras protecionistas e não de remover controle regulatório. Isso porque, em uma primeira análise, há uma miríade de medidas que podem restringir importações, no entanto elas não fazem isso exclusivamente com as importações. Medidas internas em matérias de

⁴⁸ Acórdão do TJUE de 12 de julho de 1973, C-2/73, *Geddo*. Tradução nossa. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0002&from=HR> Acesso em: 15 de fevereiro 2020

⁴⁹ CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. **European Union Law: cases and materials**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 746.

⁵⁰ CRAIG, Paul; BURCA, Gráinne de. op. cit., p. 640.

emprego e impostos, por exemplo, podem afetar as importações. Porém, não deixam de afetar também a produção nacional. Os autores apontam que esse é o entendimento do TJUE, mas ao contrário da dimensão anterior, esse não goza da mesma solidez. Indicam, inclusive, que se tem notícia de um início de mudança de entendimento quanto a isso.⁵¹

Considerando estas duas dimensões, o entendimento do TJUE acerca das ‘medidas de efeito equivalente’ foi construído gradualmente através dos casos *Dassonville*⁵², *Cassis de Dijon*⁵³ e *Keck*⁵⁴.⁵⁵ Cada um deles relacionado a uma etapa específica do processo de avaliação da possibilidade de implementação de uma medida de efeito equivalente. Seguindo uma sequência hipotética⁵⁶, a seguir ilustraremos a incidência de cada um dos casos.

O caso *Dassonville* é o que acaba servindo como ponto de partida para se caracterizar se estamos diante de uma “medida de efeito equivalente”. Neste acórdão foi definido que todas as regras de comércio estipuladas por Estados-Membros que forem capazes de desfavorecer o comércio interno, direta ou indiretamente, de fato ou potencialmente, serão consideradas como medidas de efeito equivalente à restrição quantitativa.⁵⁷

A partir daí o próximo passo é identificar se se trata de uma matéria que requer harmonização. Se afirmativo, basta a medida de efeito equivalente estar de acordo com a harmonização pretendida, que estará autorizada a ser aplicada. Do contrário, não será permitida.

Outros desdobramentos decorrem do caso de não se tratar de matéria harmonizada. Neste caso, o próximo passo deve ser o de identificar se a natureza da medida é discriminatória ou não, ou seja, se trata de maneira diferenciada o produto nacional do produto proveniente de outro Estado-Membro. Se afirmativo, deve-se prosseguir à análise de adequação ao artigo 36 do TFUE, que prevê a possibilidade de aplicação de tais medidas

⁵¹ CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. op. cit., p. 746.

⁵² Acórdão do TJUE de 11 de julho de 1974, C-8/74, *Dassonville*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0008> Acesso em: 10 de março 2020

⁵³ Acórdão do TJUE de 20 de fevereiro de 1979, C-120/78, *Dijon*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61978CJ0120> Acesso em: 10 de março 2020

⁵⁴ Acórdão do TJUE de 24 de novembro de 1993, C-267/91, *Keck*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0267> Acesso em: 15 de março 2020

⁵⁵ DERLÉN, Mattias; LINDHOLM, Johan. **Article 28 EC and rules on use: a step towards a workable doctrine on measures having equivalent effect to quantitative restrictions.** Colum. J. Eur. L., v. 16, 2009. pp. 194-196.

⁵⁶ RIEHM, Pauline. **MEQR overview - Decision Making EU - Legal Dimension.** Disponível em: <https://www.studocu.com/en-au/document/de-haagse-hogeschool/the-legal-dimension-of-europe/other/meqr-overview-decision-making-eu-legal-dimension/3615839/view> Acesso em: 10 de junho 2020

⁵⁷ Acórdão do TJUE de 11 de julho de 1974, C-8/74, *Dassonville*. Parágrafo 5. Tradução nossa. Original em inglês: *All trading rules enacted by member states which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.* Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0008> Acesso em: 15 de março 2020

por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do património nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial.⁵⁸

Identificada qualquer dessas condições, a medida pode ser aplicada. Do contrário, não deverá prosperar.

No caso de não ser caracterizada como discriminatória, deve-se analisar se a restrição se dá pela característica do produto ou pela forma como está sendo comercializado. Quanto à característica do produto, no caso *Cassis de Dijon*, o TJUE definiu duas possibilidades para a autorização da aplicação da medida. Uma que acabamos de analisar, qual seja, a identificação de qualquer um dos quesitos do artigo 36 do TFUE. E outra que envolve a observância de “exigências imperativas atinentes, designadamente, à eficácia dos controlos fiscais, à protecção da saúde pública, à lealdade das transacções comerciais e à defesa dos consumidores.”⁵⁹

Sobre a diferenciação entre as exceções do Artigo 36 e as exigências imperativas trazidas na decisão do caso *Cassis de Dijon*, é importante ressaltar que estas não podem ser consideradas propriamente como exceções, mas sim como circunstâncias que implicariam na descaracterização da medida como uma “medida de efeito equivalente” e, conseqüentemente, do âmbito da proibição prevista nos artigos 34 e 35 do TFUE.⁶⁰

Dessa forma, havendo a comprovação de qualquer um desses quesitos, seja como exceção ou como exigências imperativas, a medida é autorizada. Todavia, não foi o que se identificou no caso em tela, no qual a prática do Governo Alemão em restringir a uma certa porcentagem alcoólica mínima para licores, foi caracterizada como uma medida de efeito equivalente. E que por não estar justificada em nenhum dos quesitos do artigo 30 e nem nos quesitos obrigatórios elencados no acórdão, foi considerada ilegal.

Assim, resta analisar o último desdobramento hipotético, que seria no caso de uma medida não discriminatória que incidisse na forma de venda de um determinado produto. Situação que foi, conforme já indicado, formulada inicialmente no caso *Keck*. Neste processo, o *Tribunal de Grande Instance* de Strasburgo, na França, submeteu questões preliminares ao TJUE acerca de um processo criminal que deveria julgar sobre prática comercial ilegal de revenda com prejuízo (com preço menor que o de compra).

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 36.** Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso em: 10 de abril 2020

⁵⁹ Acórdão do TJUE, C-120/78. op. cit., Parágrafo 8.

⁶⁰ SIERRA, José Luis Buendía. **Las secuelas del caso «Cassis de Dijon».** Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales. (Comentario a las sentencias del TJCE de 12 de marzo de 1987, sobre las leyes griega y alemana de la cerveza, Asuntos 176/y 178/84. Revista de Instituciones Europeas, n. 16, 1989. p. 145

O argumento dos comerciantes acusados da prática ilícita era de que a proibição imposta pela legislação francesa ensejava violação ao então artigo 30 do TCE (atual artigo 36 do TFUE), uma vez que se mostraria incompatível com o princípio da livre circulação de pessoas, serviços, capitais, do estabelecimento de uma livre concorrência e da não discriminação. O Tribunal francês, por sua vez, questionou se a referida legislação nacional representava violação ao atual artigo 30 do TFUE pelo fato de que proibia essa prática somente dos revendedores e não de quem as produzia.

A resposta do TJUE neste acórdão foi que tal legislação nacional não violava nenhum dos dispositivos dos Tratados. Reconheceu, no entanto, que o caso *Dassonville* assentou uma definição muito ampla e geral do que vinha a ser ‘medidas de efeito equivalente’. E que, diante dos inúmeros questionamentos que recebia acerca de supostas violações ao artigo 36 TFUE, fazia-se necessária uma reavaliação.⁶¹

O TJUE então emitiu nova decisão restringindo o significado dado no caso *Dassonville*. Impôs, a partir de então, uma distinção entre: i) medidas relativas ao produto em si (formato, tamanho, embalagem etc.), que continuariam configurando uma medida de efeito equivalente e, portanto, ilícita; e ii) medidas relativas à forma de comercialização do produto, que não configurariam mais medidas de efeito equivalente. Obviamente, desde que cumprissem os requisitos de não discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros.⁶²

Concluindo esta área de competência, vimos que a União detém a competência de organizar regras de concorrência entre produtos nacionais e importados/exportados a fim de fomentar o mercado interno, quebrando eventuais barreiras quantitativas ou equivalentes que possam ser implementadas por Estados-Membros. Tem-se aí, mais uma vez, a importante atuação do TJUE na garantia desse pressuposto central ao funcionamento do mercado comum interno.

1.3.3 Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro

A arquitetura da política monetária da União Europeia começou a ser construída no final da década de 60 por um grupo de trabalho liderado pelo então primeiro-ministro de Luxemburgo, Pierre Werner, que previa a implementação do plano para o início dos anos 80. Ocorre que instabilidades econômicas da época, principalmente com relação à flutuação de moedas (um estágio do plano envolvia a fixação de taxas de câmbio), acabou frustrando seu desenvolvimento.

⁶¹ DERLÉN, Mattias; LINDHOLM, Johan. op. cit., p. 196-197

⁶² Ibidem.

No entanto, sendo aproveitado em alguma medida, o plano de Werner serviu de ponto de partida para o modelo apresentado em 1990, que é o que se tem hoje em prática. O então presidente da Comissão na época, Jaques Delors, foi quem encabeçou o estudo, cujo fruto foi um relatório que desenhava o modelo de política monetária visando, entre outras coisas, a criação de uma moeda única. O próprio texto do relatório⁶³, ao mesmo tempo que declara sua consonância com o plano anterior (de Werner), também elenca as principais condições necessárias para essa política, a saber:

Uma união monetária constitui uma moeda regional para a qual políticas são gerenciadas de maneira conjunta visando atingir objetivos macroeconômicos comuns. Como já foi dito no Relatório Werner de 1970, existem três condições necessárias para uma união monetária:

- A garantia da total e irreversível conversibilidade de moedas;
- A completa liberalização de transferência de capital e integração total do sistema bancário e outros mercados financeiros; e
- A eliminação das margens de flutuação e o irrevogável trancamento das taxas de câmbio paritárias⁶⁴

O relatório continua esclarecendo que:

Os dois primeiros requisitos já foram alcançados, ou serão com a finalização do programa de mercado interno. No entanto, a mais importante das condições para a união monetária só seria totalmente alcançada quando o passo decisivo de trancamento irrevogável das taxas de câmbio fosse dado.⁶⁵

E essa última condição, para um primeiro grupo de Estados-Membros, se perfectibilizou em 1999. Nesse ano, Alemanha, Áustria, Bélgica, Finlândia, França, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Espanha tomaram o euro como moeda oficial em substituição às suas antigas moedas. Posteriormente, e até então, outros oito Estados-Membros fizeram a mesma adesão: Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Grécia, Letônia, Lituânia e Malta.

Com isso, atualmente, dezenove Estados-Membros aderiram ao euro, cumprindo os requisitos previstos no artigo 140 do TFUE e também nos protocolos 13 e 14; outros sete Estados-Membros que, de acordo com o último relatório de convergência publicado em

⁶³ COMISSÃO EUROPEIA. **Delors Report**. Report on economic and monetary union in the European Community. Disponível em: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication6161_en.pdf Acesso em: 15 de abril 2020

⁶⁴ A *monetary union* constitutes a currency area in which policies are managed jointly with a view to attaining common macroeconomic objectives. As already stated in the 1970 Werner Report, there are three necessary conditions for a monetary union:

- the assurance of total and irreversible convertibility of currencies;
- the complete liberalization of capital transactions and full integration of banking and other financial markets; and
- the elimination of margins of fluctuation and the irrevocable locking of exchange rate parities.

⁶⁵ The first two of these requirements have already been met, or will be with the completion of the internal market programme. The single most important condition for a monetary union would, however, be fulfilled only when the decisive step was taken to lock exchange rates irrevocably

2018⁶⁶, o Conselho entende não terem alcançado as condições necessárias para a adoção da moeda única (Bulgária, Croácia, Hungria, Polónia, República Tcheca, Romênia e Suécia), considerando-os “Estados-Membros que beneficiam de uma derrogação”⁶⁷; e finalmente a Dinamarca, completando os 27 Estados-Membros, que não foi escrutinada pelo referido relatório, uma vez que fez a opção de não participação na moeda comum.

Esta condição da Dinamarca, consubstanciada no Protocolo n. 16⁶⁸, embora por escolha do próprio país, não enseja nenhum tratamento ou condição especial diferente da oferecida aos demais Estados-Membros com derrogações. Isto é, tal condição só será modificada a pedido do país e sua adesão ao euro só será concedida após avaliação positiva do Conselho e consequente publicação de um relatório de convergência que demonstre atendidos os requisitos previamente estabelecidos.

Faz-se importante explicar que, mesmo enquanto perdurem tais derrogações, estes Estados-Membros não estão isentos de responsabilidades que visam garantir a estabilidade da moeda regional e são igualmente guiados pelos mandamentos gerais de política econômica, com exceção (obviamente) das relacionadas ao euro. Tais obrigações, assim como as isenções e algumas exclusões e estão previstas de maneira geral entre os artigos 120 e 126 do TFUE e também outros mais específicos, que estudaremos a seguir.

Ao longo da primeira década de operação do euro, a moeda única mostrou-se bastante estável e ganhou espaço em todos os mercados, estabelecendo-se como a segunda moeda mundial. Isso foi possível pela atuação do Banco Central Europeu que conseguiu manter a estabilidade dos preços. Isto resultava em um bom relacionamento com os governos nacionais, suas autoridades bancárias e também com outros agentes econômicos. O que caracterizava não só uma estabilidade econômica, mas também política.⁶⁹

Apesar desta estabilidade política e econômica, a Comissão já identificava que os mecanismos de vigilância e coordenação das políticas econômicas dos Estados-Membros precisava ser ampliada. No entanto, a exemplo de outras crises que em algum momento atrasaram a construção da União Econômica e Monetária (UEM), a crise iniciada com a

⁶⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Relatório de Convergência. 2018**. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/publications/economy-finance/convergence-report-2018_en Acesso em: 12 de maio 2020

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 140**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 12 de maio 2020

⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Protocolo 16 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016E/PRO/16&from=EN> Acesso em: 12 de maio 2020

⁶⁹ ALMUNIA, Joaquín. **Fallos, errores y futuro de la Unión Económica y Monetaria**. Boletín de estudios económicos, v. 71, n. 218, p. 193-212, 2016. p. 194.

quebra de Bancos nos Estados Unidos postergou uma ação mais tranquila em busca desse objetivo. Os esforços, nesse momento, foram todos investidos em combater a crise que se anunciava.⁷⁰

Para além dos pontos de melhorias identificados no início de 2008 pela Comissão, os remédios mais necessários para combater a crise do sistema imobiliário e de seguros não estavam disponíveis aos órgãos centrais da UEM e não havia tempo nem condições para consegui-los da maneira mais eficaz e permanente. A resposta mais imediata foi dada pela política fiscal e inserção de recursos públicos para mitigar o impacto da crise.

Tais paliativos foram eficazes até pouco tempo depois, quando da explosão da crise Grega em 2010. A partir deste ponto, aumentou-se consideravelmente a pressão em cima da UEM, que além de fazer frente às crises externas e periféricas, passava a ter mais dificuldade em conseguir avocar maiores parcelas de soberania dos Estados-Membros para garantir sua sobrevivência.

Nesse sentido, houve duas principais ações da UE⁷¹. A primeira e talvez a mais concreta e significativa delas foi a inclusão de um novo item no artigo 136 do TFUE que visa a criação de um Mecanismo Europeu de Estabilidade a fim de preservar a estabilidade na zona do euro⁷². Isso porque esta inclusão impulsionou a criação do Mecanismo Europeu de Estabilidade, organização intergovernamental sediada em Luxemburgo que está autorizada por seus membros (países da zona do euro), entre outras coisas, a conceder empréstimos e adquirir títulos de dívidas desses países.

A segunda, foi a apresentação do relatório *Concluir a União Económica e Monetária Europeia*, conhecido também como o *Relatório dos Cinco Presidentes*. Assinado pelos presidentes da Comissão, do Conselho Europeu, do Eurogrupo, do Banco Central Europeu e do Parlamento, o “relatório apresenta um plano de reformas com o objetivo de alcançar uma verdadeira União económica, financeira, orçamental e política em três fases.”

Ocorre que, diferentemente da primeira ação, esta acarretaria modificações substanciais nos Tratados, o que não é algo simples de acontecer, sobretudo pelo fato de estarmos em meio a uma das piores pandemias de todos os tempos. Que por si só já atrai

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ PARLAMENTO EUROPEU. Fichas temáticas sobre a União Europeia. **A História da União Económica e Monetária**. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/79/historia-de-la-union-economica-y-monetarias>. Acesso em: 12 de maio 2020

⁷² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 136(3)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso em: 12 de maio 2020

novamente todos os esforços para tentar minimizar a que já pode ser considerada a maior crise a ser enfrentada pela Europa após a segunda guerra mundial.⁷³

Assim, apesar das inúmeras ameaças que o mundo contemporâneo apresenta à consolidação completa da UEM, não nos parece que há qualquer indício de que a UE altera a trajetória no sentido da manutenção da moeda única e na harmonização de todas as outras questões que envolvem a política monetária. Pelo contrário, um estudo recente inclusive aponta que as decisões acerca da moeda comum e outros assuntos relacionados têm sido alcançados com uma paridade cada vez maior entre os Estados-Membros, não importando tanto o poderio econômico do Estado-Membro como se supunha em outras épocas.⁷⁴

Vencida a contextualização da formação e principais desafios da UEM, resta estudar outros dispositivos dos Tratados que visam regular esta área de exclusividade, apresentando contornos mais claros da ocupação deste domínio por parte da União Europeia em detrimento da dos Estados-Membros. Para fins didáticos e respeitando o limite do escopo deste trabalho, a questão da movimentação de capitais entre Estados-Membros e também entre estes e países terceiros é a que melhor serve esses propósitos.

A livre movimentação de capital significa a possibilidade de acesso de investidores ou outros operadores de mercado a algum setor da economia com o intuito de aferir lucro a partir de transações comerciais. Daí, em uma primeira leitura, o artigo 63(1) do TFUE parece proibir qualquer restrição a esse acesso. No entanto, conforme apontam Chambers, Davies e Monti, este artigo levanta ao menos três questões a serem respondidas antes de se vislumbrar a identificação dessas restrições em casos concretos. São elas: i) o que constitui movimentação de capital para os fins desse Tratado; ii) quais medidas nacionais podem ser consideradas ilegais; e iii) que tipo de justificativas podem ser legalmente apresentadas para tais restrições.⁷⁵

Quanto ao primeiro questionamento, tais atividades podem ser encontradas no rol exemplificativo do Anexo I da Diretiva 88/361/EEC, que tem entre os itens, atividades como: investimento direto, compra de imóveis, transações bancárias etc. A exemplo desta primeira, a resposta ao segundo questionamento reside também no mesmo documento. Neste caso, o anexo define que o Artigo 63(1) cobre tanto medidas restritivas diretas, como o simples

⁷³ WASHINGTON POST. **European Union says pandemic recession will be worst in its history.**

Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/european-union-says-pandemic-recession-will-be-worst-in-its-history/2020/05/06/e787a70e-8f96-11ea-9322-a29e75effc93_story.html Acesso em: 15 de maio 2020

⁷⁴ LUNDGREN, Magnus et al. **Bargaining success in the reform of the Eurozone.** European Union Politics, v. 20, n. 1, p. 65-88, 2019. p. 83.

⁷⁵ CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. op. cit., p. 722.

impedimento de uma determinada operação de compra e venda, assim como de outras operações acessórias necessárias para sua conclusão, por exemplo, transações bancárias.⁷⁶

O caso mais emblemático junto ao TJUE para ilustrar a aplicação destas restrições, é o caso C-112/05⁷⁷, no qual a Comissão acusa violação ao artigo 63(1). No caso em tela, a Volkswagen limitava o poder decisório de seus acionistas na razão de vinte por cento (20%) em relação ao total de cotas (100%), independentemente de quantas ações o indivíduo adquirisse. Coincidentemente, a mesma proporção de ações era possuída pela autoridade local da Baixa Saxônia. Além disso, tanto a autoridade local como a autoridade Federal da Alemanha, ainda podiam indicar dois representantes para o conselho administrativo da empresa.

Mesmo diante da alegação e comprovação por parte do Governo Alemão de que as ações da Volkswagen estavam entre as mais comercializadas na Europa, o TJUE decidiu no sentido de que havia violação ao artigo 63(1), pois conforme parágrafo 66 do referido Acórdão:

Ao limitar a possibilidade dos outros accionistas participarem na sociedade para criarem ou manterem laços económicos duradouros e directos com esta que permitam uma participação efectiva na sua gestão ou no seu controlo, o § 4, n.º 1, da Lei VW é susceptível de dissuadir os investidores directos doutros Estados- -Membros de investirem no capital dessa sociedade.

Diante do exposto até aqui, infere-se a ideia de que as restrições possíveis de serem abarcadas pelo artigo 63(1) podem ser de natureza discriminatória, como, por exemplo, nos casos em que cidadãos têm suas possibilidades de investimento reduzidas em um Estado-Membro no qual não são residentes. E também não discriminatórias, como no caso de registros ou autorizações para se investir em determinado setor exigidas de residentes e não residentes. Por fim, uma terceira espécie de violação, igualmente não discriminatória, mas que limita o controle do investidor, sendo, portanto, entendida como limitadora.⁷⁸

Assim, demonstra-se mais uma vez como a União, através da ação da Comissão e do TJUE, ocupa uma determinada área de competência exclusiva, submetendo os Estados-Membros às suas regras e interferindo (em certa medida) em normas nacionais, exigindo sua adequação.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Acórdão do TJUE de 23 de outubro de 2007, C-112/05, *Golden Shares*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=70710&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1942258> Acesso em: 10 de junho 2020

⁷⁸ CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. op. cit., p. 726

1.3.4 Política Comercial Comum

Esta última área de exclusividade é a mais relevante entre todas para o presente trabalho. Isso porque é a que trata com mais especificidade sobre a política de investimento estrangeiro. Em larga medida, ela foi remodelada quanto ao escopo e aos procedimentos pelo Tratado de Lisboa. Essas reformas ocorrem um ano após a crise financeira de 2008 e ao longo de pouco mais de uma década, enfrentaram outros complexos desafios.

Internamente, por conta da instabilidade econômica que afetava de diferentes maneiras os Estados-membros e pelo novo protagonismo da UE na propositura e assinatura de acordos de livre comércio, não havia consenso sobre o modelo de Política Comercial Comum (PCC) que se desenhara e como a UE estava se posicionando em negociações importantes como, por exemplo, a do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP – sigla em inglês) e a do Acordo Econômico e Comercial Global (CETA, sigla em inglês) com o Canadá.

Externamente, com o crescimento econômico da China em confronto com regras de comércio internacional da OMC, somado ao posicionamento cético dos Estados Unidos (notadamente após a eleição de Donald Trump) quanto a alguns elementos cruciais do sistema de mecanismos de solução de conflitos (possibilidade de recurso), a União se viu obrigada a melhorar seu sistema de defesa nesse sentido, uma vez que as chances de reformas globais significativas se mostravam bastante remotas. Essa melhoria viria através dos capítulos de solução de conflitos presentes nos seus acordos de nova geração⁷⁹.

Mais recentemente, outros eventos que colocaram ainda mais entraves à consolidação da PCC foram o início do processo de saída do Reino Unido da UE e a crise mundial causada pela pandemia pelo vírus SARS-Cov2. Um exemplo do impacto direto deste último evento foram as restrições às importações de certos itens (EPs e outros insumos) para garantir o abastecimento interno e também as medidas de garantia de empregos e salários a setores amplamente afetados pela pandemia que, ao que tudo indica, continuarão em prática por algum tempo até que se alcance um fluxo comercial mais perene. De acordo com a própria Comissão em sua previsão econômica publicada em maio de 2020, estima-se que a

⁷⁹ A denominação “acordos de nova geração” se refere aos acordos celebrados pela UE com países ou blocos terceiros que envolvem, além do tradicional comércio de produtos, serviços, licitações públicas, propriedade intelectual e investimentos.

economia europeia sofrerá redução de 7,4% em 2020⁸⁰ e que uma recuperação rápida em 2021 se mostra cada vez menos provável⁸¹.

Antes do Tratado de Lisboa, a política e comércio da União Europeia era operada quase que exclusivamente pela Comissão e Conselho, restrita ao comércio de bens e essencialmente focada na defesa de interesses comerciais locais e na assinatura de acordos de comércio simples com países vizinhos ou ex-colônias dos Estados-membros. Esse cenário e modo de atuação passou a ser ampliado tanto pela interferência do TJUE, como também pelas reformas nos tratados.

As mudanças mais significativas nesse sentido foram: a unificação de todos os tipos de comércio de serviços sob uma única designação, ampliando o campo de atuação da União neste domínio; a inclusão do Parlamento (artigo 218, TFUE) ao lado do Conselho na elaboração de medidas regulatórias nesta área; e a transição da matéria de Investimento Estrangeiro Direto, que era de competência partilhada, para a área de competência exclusiva.⁸²

De maneira mais ampla, o artigo 206 do TFUE mostra-se de fundamental importância, pois determina o objetivo principal da PCC, qual seja, o “desenvolvimento harmonioso do comércio mundial, para a supressão progressiva das restrições às trocas internacionais e aos investimentos estrangeiros diretos e para a redução das barreiras alfandegárias e de outro tipo.”⁸³

Já o artigo 207, aprofunda ainda mais essa mudança definindo as medidas que podem ser tomadas no âmbito da PCC:

A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, e aos aspetos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro direto, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de *dumping* e de subsídios. A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União.⁸⁴

⁸⁰ COMISSÃO EUROPEIA. **European Economic Forecast**. Maio de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip125_en.pdf Acesso em: 08 de julho 2020

⁸¹ HAHN, M.; VAN DER LOO, G. **EU Trade and Investment Policy Since the Treaty of Lisbon: achievement and future priorities**. CEPS Research Report de outubro de 2020. Disponível em: https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2020/10/RR2020-04_EU-Trade-and-Investment-Policy.pdf Acesso em: 08 de junho 2020

⁸² CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. op. cit., p. 319

⁸³ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 206**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 08 de junho 2020

⁸⁴ Ibidem, **Artigo 207**.

Com relação ao disposto no artigo 218 do TFUE, está acordado⁸⁵ que a Comissão, órgão responsável pelas negociações de acordos internacionais, deve informar ao Parlamento sua intenção de se iniciar qualquer tipo de tratativa de acordo internacional ao mesmo tempo que o faz para o Conselho. Além disso, se comprometeu em receber abertamente contribuições do Parlamento ao longo de todo o processo de negociação e prestar contas quanto ao aproveitamento ou não das mesmas. Esta inclusão do Parlamento nesse processo merece especial atenção pois, embora tenha sido tranquilamente negociada e colocada em prática em parceria com a Comissão, acabou gerando uma certa resistência por parte do Conselho que entende que a participação do Parlamento não estava prevista nesta profundidade nos tratados.

Embora esta questão não esteja totalmente pacificada e o esforço conjunto de se consolidar a cooperação destes órgãos nesta matéria esteja adormecido, há uma decisão do TJUE que indica prevalecer o entendimento da Comissão e do Parlamento.⁸⁶ Percebe-se também prevalecer esse entendimento pela própria ação do Parlamento nas críticas e ameaças de rejeição de acordos de livre comércio em estágio final de aprovação, como no caso do acordo UE-Mercosul.

Assim, apresentada a fundamentação legal básica de seu escopo e forma de implementação, resta aprofundar um pouco mais sobre como é fundamentada a necessidade de se conferir a União exclusividade neste domínio. De plano, pode-se inferir que, a exemplo do que se viu anteriormente sobre a criação da União Aduaneira, uma atuação paralela de Estados-Membros e União poderia causar certas disparidades entre os membros, a depender se seus respectivos poderes econômicos ou políticas comerciais próprias.

Antes da já referida reestruturação da PCC e sua vinculação ao processo legislativo ordinário, o TJUE exercia forte papel regulatório na organização dessa política. E foi desempenhado essa função que, através da opinião 1/75, estabeleceu a exclusividade deste domínio destacando que:

Com efeito, a acção unilateral dos Estados-membros arriscar-se-ia a conduzir a disparidades, nas condições de concessão de crédito à exportação, de molde a falsear a competição das empresas dos diferentes Estados-membros nos mercados exteriores. Esses efeitos de distorção só podem ser eliminados através de uma identidade rigorosa, nas condições de crédito concedidas às empresas da Comunidade, independentemente da sua nacionalidade. Assim sendo, não poderá admitir-se que, num domínio como o que é disciplinado pelo acordo em causa, e

⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Framework Agreement on relations between the European Parliament and the European Commission**. 20 November 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:304:0047:0062:EN:PDF> Acesso em: 08 de junho 2020

⁸⁶ Acórdão do TJUE de 24 de junho de 2014, C-658/11, *Parlamento vs. Conselho*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3A0J.C_.2014.292.01.0002.01.POR Acesso em: 10 de junho 2020

que se insere na política de exportação e mais geralmente na política comercial comum, haja uma competência dos Estados-membros paralela à da Comunidade, tanto na ordem comunitária como na ordem internacional.⁸⁷

A partir desta opinião e ao longo do período que atuou como garante solitário desta política, o TJUE construiu uma série de entendimentos que desembocam no modelo atual da Política Comercial Comum. É imprescindível elencar e identificar as implicações de alguns deles. A começar pela questão que também já foi tratada anteriormente, mas sem a indicação de sua gênese, da possibilidade de atuação externa da União sem a necessidade de ter atuado internamente.

Tal possibilidade foi confirmada na opinião 1/76, na qual o TJUE definiu que a competência exclusiva poderia surgir a partir da atuação externa da União, sem necessariamente ter havido qualquer exercício regulatório interno⁸⁸. Este entendimento foi parcialmente modificado através da opinião 1/94, que o condicionou a necessidade da atuação ao atendimento de objetivos presentes nos Tratados que não pudessem ser obtidos de maneira unilateral.⁸⁹ Hoje temos que a atuação interna é um pré-requisito em alguns casos, mas não significa necessariamente um esvaziamento do campo de atuação da União, pelo contrário.

Ainda no curso evolutivo da moldura desta competência – em que pese a inclinação ligeiramente mais restritiva da opinião 1/94 em relação à opinião 1/76 – a opinião 1/03 sobre a Convenção de Lugano trouxe uma abordagem mais suave ao tema, vinculando a competência externa exclusiva aos casos nos quais as regras internas seriam afetadas por acordos internacionais firmados pela União. A partir desta decisão decorrem tanto a formulação do artigo 3 do TFUE, como também a do artigo 207, que suavizam e ampliam o escopo da competência exclusiva da União no campo da Política Comercial Comum.⁹⁰

Em paralelo à formação dessa nova estrutura mais abrangente da competência exclusiva, a UE, através de um certo protagonismo da Comissão Europeia, passa imediatamente a ocupar mais espaço nas relações internas e externas no que toca às competências exclusivas estudadas até aqui, sobretudo com relação à PCC. Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a Comissão Europeia está em sua terceira legislatura e cada uma delas teve contribuições marcantes na formação do modelo de atuação em vigor, assim

⁸⁷ Opinião 1/75 do TJUE de 11 de novembro de 1971. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CV0001&from=EN> Acesso em: 15 de junho 2020

⁸⁸ Opinião 1/76 do TJUE de 26 de abril de 1977. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CV0001&from=EN> Acesso em: 15 de junho 2020

⁸⁹ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. op. cit., p. 313

⁹⁰ Ibidem. p. 316.

como precisou dar resposta a diferentes e impactantes obstáculos internos e externos, como apresentado na parte introdutória desta seção.

A legislatura de 2009 a 2014, a segunda presidida por José Manuel Barroso (Comissão Barroso II) apresentou uma política comercial e de investimento intitulada ‘Comércio, Crescimento e Questões Internacionais’⁹¹, que pretendia tornar mais assertiva e abrangente frente à crise financeira de 2008. Essa política também se propôs a continuar os esforços da política da legislatura anterior, que pelos insucessos em reformar o sistema da OMC para o novo contexto de multilateralidade, priorizou a criação e assinatura dos já mencionados acordos de nova geração com parceiros-chaves.

O primeiro a ser assinado foi o com a Coreia do Sul em 2010, entrando em vigor em 2015, seguido por outros que entraram em vigor somente provisoriamente, como o com a Colômbia, Equador e Peru (2013), América Central (2013) e outros já na legislatura seguinte, Canadá-CETA (2017) e Japão (2019). Há ainda importantes acordos dessa natureza que estão em negociação, com o acordo com a China, iniciado em 2013 e outros que estão suspensos, como o TTIP com os Estados Unidos. Esses e outros acordos não mencionados, fazem da UE a líder mundial em participação no comércio externo, fazendo jus ao poderio econômico de seus Estados-membros e sua organização e desenvolvimento estruturado.

Ainda sob a novidade da ampliação das competências da UE em matéria de PCC, mais especificamente em relação a investimentos estrangeiros, a Comissão Barroso II contribuiu para que se ampliasse o rol de convenções internacionais que devem ser priorizadas na negociação de novos acordos. O Regulamento (UE) 978 de 2012 incluiu, além das já consagradas convenções sobre trabalho, as sobre desenvolvimento sustentável e direitos humanos. Este mesmo regulamento instituiu critérios econômicos de elegibilidade mais exigentes para acordos com países em desenvolvimento.⁹²

Valendo-se da provisão do artigo 218(11) TFUE, a qual autoriza qualquer Estado-Membro, o Parlamento Europeu, o Conselho ou a Comissão a obter “parecer do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com os Tratados.”⁹³, a última contribuição da Comissão Barroso II para o conhecimento da abrangência da recém

⁹¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Trade, Growth and World Affairs. Trade Policy as a Core Component of the EU’s 2020 Strategy, COM (2010) 612**, 9 November 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011AE1866&from=EN> Acesso em: 15 de junho 2020

⁹² PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 978/2012**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0978&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

⁹³ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 218(11)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

reformulada PCC, foi justamente a solicitação da opinião do TJUE acerca do Acordo de Livre Comércio (ALC) entre a UE e Singapura. Na ocasião, questionou-se se a União tinha competência para assinar e celebrar o referido acordo de livre comércio, indagando-se, mais precisamente, quais disposições eram de competência exclusiva da UE, quais eram partilhadas com os Estados-membros e, por fim, se havia qualquer disposição que fosse de competência exclusiva dos Estados-membros.

A resposta do TJUE na opinião 2/15⁹⁴ foi de certa maneira alinhada com o que pensava a Comissão, ou seja, que a competência da UE era bastante ampliada nesse sentido, englobando quase que a totalidade do acordo, excluindo-se somente as matérias de investimento por portfólio e mecanismos de solução de controvérsia em matéria de investimento estrangeiro. Desta forma, a fim de evitar a discussão e eventuais entraves quando há necessidade de participação de Estados-membros na ratificação de acordos de livre comércio, a Comissão passou a propor a criação de acordos divididos, sendo uma parte somente com as matérias de competência exclusiva da UE (acordos puros) e outra com relação aos investimentos, que continuaria a ser ratificada conjuntamente com os Estados-membros (acordos mistos).

O Conselho Europeu, por sua vez, reconheceu como válida essa proposta, fazendo algumas ressalvas: i) a decisão de abertura de negociação nestes termos e também quais acordos poderiam ser celebrados nesse formato dividido será sempre do Conselho, que a fará caso-a-caso, e ii) que os acordos em andamento e não ainda aprovados, nomeadamente México, Mercosul e Chile, continuariam sendo considerados acordos mistos.⁹⁵ Assim, acredita-se que a UE teria mais possibilidades para manter-se como o principal player mundial em acordos de livre comércio. Desde então, já foram assinados dois acordos com essa particularidade, o com Cingapura (2018) e o com o Vietnã (2019).

Todo esse movimento ocorrido ao longo e também ao apagar das luzes da Comissão Barroso resultou em um início bastante turbulento à segunda legislatura pós-Lisboa, a denominada Comissão Juncker. Em meio a contestações internas e necessidade de grandiosos esforços para se consolidar externamente, a estratégia “*Trade for All*” buscou apresentar um caminho para se fortalecer a eficácia, transparência e valores presentes na política comercial

⁹⁴ Opinião 2/15 do TJUE de 16 de maio de 2017. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

⁹⁵ CONSELHO EUROPEU. **Projeto De Conclusões Do Conselho Sobre A Negociação E A Celebração De Acordos Comerciais Da UE. 8622/18**, 8 de maio de 2018. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/pt/pdf> Acesso em: 18 de junho 2020

européia.⁹⁶ Em especial, trabalhou-se para incluir mais assertivamente provisões que protegessem as Pequenas e Médias Empresas e também questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável. Sendo esta última ainda bastante criticada pois, em que pese tenham incluído travas para que as negociações comerciais não sejam privilegiadas em detrimento de direitos trabalhistas e de meio ambiente, estas questões ainda estão sujeitas a um processo mais frágil de resolução de conflitos, diferente do adotado para casos que envolvessem de fato a comercialização dos bens ou serviços centrais previstos no acordo.⁹⁷

Este novo modelo de solução de controvérsias envolvendo o uso de tribunais arbitrais para matérias de investimento estrangeiro também gerou repercussão negativa internamente, alegando-se um possível privilégio que investidores estrangeiros poderiam obter ao terem a possibilidade de contornar o sistema judicial local. Estas críticas foram direcionadas ao primeiro modelo de solução de controvérsias apresentadas no TTIP e CETA.

Diante dessas críticas, a Comissão propôs uma maior abertura por parte do Conselho para que tornassem públicos os documentos que continham as propostas feitas pelo órgão e também que fossem divulgados relatórios das rodadas de negociação e também as versões consolidadas dos textos das negociações. Além disso, a Comissão ampliou a participação da sociedade civil em alguns dos processos de decisão e também reviu seu posicionamento com relação ao sistema de solução de conflitos em matéria de investimento estrangeiro, implementando uma proposta de um Sistema de Tribunais de Investimento (ICS, sigla em inglês para Investment Court System). Este novo modelo, já atualizado em alguns acordos (CETA, Vietnam e Singapura) prevê um sistema de duas instâncias (primeira instância e tribunal de apelação) que, entre outras coisas, aumenta a possibilidade dos Estados de praticarem atos que visem garantir ordem pública e também cria regras específicas para assegurar maior transparência no procedimento arbitral.

Assim, alcançou-se um modelo mais atrativo para os Estados-membros e que também teve o aval do TJUE que, na Opinião 1/17, declarou entender o ICS como compatível com o ordenamento jurídico Europeu. Este entendimento se deu principalmente porque esse sistema favorece a autonomia do sistema legal Europeu através da previsão de regras de escolha da lei aplicável e autonomia das partes, todas compatíveis e, principalmente, sujeitas à interpretação final do TJUE no que tange às regras de direito europeu.

Outra contribuição importante da Comissão Juncker em matéria de Política Comercial Comum foram as ações no sentido de reformar amplamente as regras da OMC,

⁹⁶ COMISSÃO EUROPEIA, **Trade for all. Towards a more responsible trade and investment policy, COM(2015) 497 final**, 14 October 2015. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf Acesso em: 10 de junho 2020

⁹⁷ HAHN, M.; VAN DER LOO, G. op. cit., p. 7

especialmente com relação a: i) atualização de regras e desenvolvimento; ii) transparência; e iii) solução de controvérsias.⁹⁸ Além disso, trabalhou em duas frentes junto a membros da OMC: i) fortalecimento de um mercado global multilateral, que vem sofrendo duras derrotas com a dominação de parte considerável do mercado mundial pela China e também pela postura ainda mais protecionista adotada pelos Estados Unidos desde a eleição de seu 45º presidente; e ii) o reestabelecimento e melhoria do funcionamento do sistema de solução de controvérsias que está totalmente paralisado desde o final de 2019, por falta de indicação (por parte dos EUA) de mais juízes da instância de apelação. Por sinal, esta completa paralisação acelerou a conclusão de um acordo para a formação de um tribunal interino de apelação, que já conta com o apoio de muitos países e pode ser acionado enquanto o órgão de apelação próprio da OMC continuar inoperante.⁹⁹

Voltando-se novamente ao âmbito interno, a implementação do Regulamento (UE) 452/2019 foi de grande importância para uma atuação mais alinhada e segura por parte dos Estados-membros no que diz respeito à análise de investimento estrangeiro direto por países terceiros. O referido regulamento, que será analisado mais aprofundadamente no próximo capítulo, apresenta um quadro de referências transparente e não discriminatório que oferece aos Estados-membros uma forma de avaliar ofertas quanto à segurança e ordem pública e também estabelece procedimentos de cooperação entre estes e a Comissão Europeia.¹⁰⁰

Por fim, se por um lado o curto trajeto percorrido até aqui não foi suficiente para que a atual legislatura da Comissão von der Leyen mostrar grandes feitos, por outro, o caminho certamente será ainda mais desafiador. Não só porque as principais inovações referentes à PCC devem começar a surtir efeito mais significativo agora na segunda década pós-Lisboa, mas também porque o cenário mundial atual apresenta importantes prioridades e desafios.

Uma das prioridades tem relação com a maior crise sanitária já vivida. Manter a ação coordenada para o enfrentamento da COVID-19, seja no alinhamento de ações de quarentena e circulação de pessoas, ou mesmo em um maior controle na importação e exportação de equipamentos de proteção individual, não têm sido tarefa fácil. A pandemia

⁹⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **EU Concept Paper on WTO Reform**, 18 September 2018. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf Acesso em: 15 de junho 2020

⁹⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **Trade: EU and 16 WTO members agree to work together on an interim appeal arbitration arrangement**, press release, 24 January 2020. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2106> Acesso em: 15 de junho 2020

¹⁰⁰ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2019/452** de 19 de março de 2019. Estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN> Acesso em: 15 de junho 2020

também impacta diretamente em questões mercadológicas e econômicas mais amplas, obrigando esforço dobrado na busca por soluções para a mais rápida recuperação possível.

No campo da constante aplicação e revisão da PCC, ao mesmo tempo que China e Estados Unidos representam entraves para o reestabelecimento de um campo propício para o desenvolvimento de um sistema multilateral de comércio, são também parte da solução através de uma atuação mediadora da UE. Isso, tanto por negociação direta de acordos comerciais com esses países, como também para o reestabelecimento e reforma do sistema da OMC.

No que diz respeito às relações comerciais com os Estados Unidos, em que pese alguns avanços em determinados setores, como por exemplo a eliminação de impostos de importação em alguns produtos comercializados, ainda há muito a ser conquistado. Mesmo sob a administração Biden-Harris, o TTIP parece ainda ser algo muito distante. Por outro lado, há diversas negociações menores que ficaram paradas durante a administração de Donald Trump e que, se concluídas, representariam importantes avanços técnicos para se aliviar a tensão comercial entre as partes. E com relação ao fortalecimento de um sistema multilateral de comércio, não há dúvidas que este país é peça fundamental para se conquistar as desejadas reformas na OMC.¹⁰¹

Quanto à China, a Comissão Europeia entende que houve um importante avanço com o comprometimento “em princípio” para a criação e implementação do Acordo Global de Investimento (CAI, sigla em inglês). Conforme divulgação feita em dezembro de 2020, é esperado que o acordo possibilite a maior abertura já alcançada do mercado interno chinês para empresas europeias, maior equidade das condições de concorrência, um claro comprometimento em relação ao desenvolvimento sustentável, além de avanços na implementação de eficazes e transparentes sistemas de solução de controvérsias. O texto do acordo ainda está sendo confeccionado pelas partes, para depois de traduzido ser submetido à aprovação do Conselho e do Parlamento.¹⁰²

Embora algumas dessas ações mencionadas junto à China e aos Estados Unidos ainda estejam em fase embrionária, pode-se dizer que há um horizonte mais promissor para as pretensões da UE no sentido mais amplo de posicionamento no mercado global, sobrevivência durante a atual crise e também na construção de um sistema multilateral mais

¹⁰¹ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa: **EU and China reach agreement in principle on investment**. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233> Acesso em: 25 de junho 2020

¹⁰² COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicado de imprensa: UE e China debatem as relações comerciais e econômicas**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1419 Acesso em: 25 de junho 2020

compatível com suas características *suis generis*. Uma importante peça nessa trajetória foi a recente nomeação pela Comissão de seu primeiro alto responsável pela execução da política comercial (CTEO, sigla em inglês). O CTEO será responsável por supervisionar a aplicação da agenda comercial da UE, incluindo a execução dos acordos de livre comércio, proteção das pequenas e médias empresas europeias, aplicação do sistema reforçado de avaliação de investimentos estrangeiros, assim como os sistemas de solução de controvérsias em uso e os em construção.¹⁰³

Assim, a UE se vê atualmente frente a adversidades sem precedentes (Covid-19 e BREXIT), porém demonstrando sua resiliência em buscar o fortalecimento de seu poderio econômico, fomentando seus ideais de cooperação, manutenção da paz e desenvolvimento sustentável com parceiros de todos os tamanhos e posicionamentos no mercado global. Apesar dos avanços significativos alcançados principalmente por sua organização interna, há muito o que se conquistar no plano internacional, atuando como interlocutora das principais potências mundiais.

A seguir, investigaremos outras áreas de competência que impactam diretamente nas relações de investimento estrangeiro e imbrólios sobre a resolução de conflitos de acordos dessa natureza.

1.4 Competência Partilhada: a União e os Estados-Membros estão autorizados a legislar e adotar atos juridicamente vinculativos

Diferentemente de como apresentamos a competência exclusiva da União na seção anterior, por características específicas da competência que será tratada a partir daqui, não analisaremos cada um dos domínios elencados no respectivo artigo do TFUE. Isso porque o rol apresentado é claramente exemplificativo, mas essa escolha se dá principalmente pela natureza residual desse tipo de competência. Isto é, a competência partilhada só acontecerá nos casos em que não se recaia sobre nenhuma matéria prevista nos artigos 3 e 6, que tratam, respectivamente, da competência exclusiva e de apoio.

Tais características, estão grifadas abaixo no texto do artigo 4 do TFUE, que diz que a União dispõe de competência partilhada quando os previsto nos Tratados “em domínios não contemplados nos artigos 3 e 6.”¹⁰⁴ E continua dizendo que essas competências “aplicam-

¹⁰³ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicado de imprensa: **A Comissão Europeia nomeia o primeiro alto responsável pela execução da política comercial**. Disponível em:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_20_1409 Acesso em: 15 de junho 2020

¹⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa)**.

Artigo 4. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

se aos principais domínios a seguir enunciados: i) mercado interno; ii) política social, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado; iii) coesão econômica, social e territorial; iv) agricultura e pescas, com exceção da conservação dos recursos biológicos do mar; v) ambiente; vi) defesa dos consumidores; vii) transportes; viii) redes transeuropeias; ix) energia; x) espaço de liberdade, segurança e justiça; xi) problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado”.

105

Percebe-se claramente que alguns dos domínios elencados neste artigo são semelhantes, pertencentes ou sobrepostos a domínios de competência exclusiva e de competência de apoio. Daí, conforme nos ensinam Craig e Burca, infere-se que a competência partilhada, além de residual, deve ser considerada a regra geral, ou ponto de partida para se definir a divisão de competências, mas não no sentido de representar uma regra única que se aplica indistintamente a todos os domínios presentes no artigo.¹⁰⁶

Ou seja, partindo da identificação de um domínio específico, presumidamente de competência partilhada, deve-se analisar as disposições específicas sobre o mesmo nos Tratados. Somente assim se revelará em que medida este domínio pode ser exercido de maneira partilhada ou sob outras formas de competência. Por isso, sem prejuízo ao que é definido no artigo, pode haver diferença no nível de atuação dos Estados-Membros em diferentes domínios.

Visto o escopo da competência partilhada, resta identificarmos sua definição e regra geral de aplicação, que se encontram no artigo 2(2) do TFUE. Na parte inicial do artigo, temos a definição de competência partilhada. Conforme expressou o legislador, trata-se do campo onde tanto a União como os Estados-Membros podem criar regras e atuar juridicamente de maneira vinculativa. Ou seja, não há impedimento genérico para a atuação dos Estados-Membros como na competência exclusiva. Porém, isso não significa dizer que tal condição é livre e incondicional. Como veremos adiante, tal atuação respeita certos limites e, quando permitida, deve guardar alinhamento com os objetivos comuns da União.

Diante disso, justificamos mais uma vez a escolha por não abordar cada um dos domínios, afinal pecaríamos pela escassez e inconclusividade se analisássemos casos específicos que os enquadrassem na competência partilhada, ou pelo excesso, extrapolando os limites e foco deste trabalho, caso decidíssemos explorar todos ou mesmo somente alguns deles em todos os desdobramentos possíveis em matéria de competência.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. op. cit., p. 83

Ao invés disso, propomos estudar de maneira geral as implicações da possibilidade de atuação paralela da União e Estados-Membros com especial atenção ao instituto do *pre-emption* e como ele é entendido pela doutrina e jurisprudência, assim como quanto à obrigatoriedade ou não da assinatura de acordos mistos (União e Estados-Membros) em matérias de competência partilhada externa.

1.4.1 *Pre-emption*

Além da definição do termo competência partilhada, como acabamos de ver, o artigo 2(2) em sua parte final também traz o conceito amplo de *pre-emption*, onde se lê:

Artigo 2(2). Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.

Ali está definido que a atuação dos Estados-Membros está permitida somente na medida que a União não tenha atuado na mesma matéria. Ou seja, uma eventual legislação nacional estaria preclusa diante de uma legislação superveniente da União. E a legislação nacional só poderia produzir efeito novamente caso a União alterasse sua legislação desocupando a regulação da determinada matéria.

É o que a doutrina chama de *rule pre-emption*, onde somente o escopo da legislação específica da União está impedido à atuação dos Estados-Membros. Diferente do *field pre-emption*, que é o que se observa na competência exclusiva, onde os Estados-Membros transferiram completamente a competência para a União, ficando impedidos de atuar, a não ser que a própria lei da União os requeira.¹⁰⁷

Porém, uma vez que a União exerça sua competência legislativa interna, ou atue externamente em um determinado domínio, tal matéria se reveste de uma exclusividade de atuação, uma vez que os Estados-Membros estariam impedidos de atuar. O que não ocorre a contrário senso. Ou seja, caso os Estados-Membros tenham atuado interna ou externamente, estes não detêm de nenhuma espécie de exclusividade e na eventualidade de um ato praticado pela União na mesma matéria, suas legislações e atos estariam preclusos.¹⁰⁸

Há um terceiro subtipo de *pre-emption* que é interessante de ser analisado, pois diferentemente dos demais, permite em certa medida a atuação dos Estados-Membros. Trata-se do *obstacle pre-emption* que significa que os Estados-Membros são livres para adotar atos

¹⁰⁷ CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. op. cit., p. 206

¹⁰⁸ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. op. cit., p. 312

legislativos ou juridicamente vinculativos que não obstruam a eficácia das políticas da União naquela matéria específica.¹⁰⁹ Por exemplo, nos casos em que a União atua de maneira a garantir um nível mínimo de harmonização, as legislações nacionais não ficam impedidas de atuar de maneira mais restritiva a fim de ser mais eficaz na busca do objetivo comum.

Esta ideia encontra-se positivada no artigo 193, TFUE, que fala sobre a possibilidade da introdução de “medidas de proteção reforçadas” no âmbito da política ambiental da União. Isso, desde que “compatíveis com os Tratados” e “notificadas à Comissão”. Esse dispositivo foi o fundamento legal que embasou uma decisão do TJUE sobre um pedido de decisão prejudicial apresentada por uma empresa que administrava aterros sanitários na Alemanha, o qual apresentaremos a fim de esclarecer a aplicação do referido instituto.

Entre as questões prejudiciais apresentadas no processo C-6/03, a empresa alemã indagava sobre a correta interpretação do artigo 5 da Diretiva 1999/31/CE relativa aos limites de depósito de resíduos em aterros, bem como do antigo artigo 176/CE (atual artigo 193, TFUE) e também o princípio da proporcionalidade, uma vez que entendia que a legislação nacional ultrapassa os limites de sua competência.

A decisão do TJUE foi no sentido de afastar qualquer violação ou ilegalidade da legislação nacional em face da Diretiva, dos Tratados ou do princípio da proporcionalidade. Analisou a questão conjuntamente por entender que os institutos se complementavam. No que diz respeito ao referido artigo da diretiva, esclareceu que, especificamente no inciso 2, o mesmo trazia a expressão “no prazo máximo”, o que indica que os Estados-Membros tinham a liberdade de impor prazos mais curtos. E tal possibilidade se dá justamente pela aplicação do previsto no artigo 193 do TFUE que (como vimos) prevê a possibilidade de medidas de proteção mais restritivas que se alinham com os objetivos comuns, sem prejuízo ao princípio da proporcionalidade.

Todavia, há um limite para as medidas de proteção reforçadas, que é o do alinhamento com o que está disposto na legislação da União. O exemplo didático que ele propõe para se entender esse alinhamento é o seguinte. Supondo que a União Europeia, baseada no artigo 192, decida por adotar uma medida para reduzir pela metade a produção e consumo de clorofluorcarboneto (CFC), qualquer Estado-Membro estaria autorizados a banir (medida mais restritiva) a produção e o consumo de CFC, porém não poderia limitar a comercialização de aerossóis que contenham o referido composto.

¹⁰⁹ Ibidem.

Isso porque tal limitação, imposta pela legislação nacional, teria natureza diferente da proposta pela União.¹¹⁰ Ademais, poderia violar o previsto nos artigos 34 e 36 do TFUE, no que diz respeito à proibição de medidas restritivas à importação e exportação entre os Estados-Membros, conforme vimos anteriormente quando analisamos as regras para o funcionamento do mercado interno. Matéria esta que é de competência exclusiva da União e, portanto, não passível de regulação por parte dos Estados-Membros.

1.4.2 Competência partilhada externa: a obrigatoriedade ou não de acordos mistos sob a luz do artigo 216(1) TFUE

Como indicamos na seção 1.4 deste trabalho, voltamos agora a tratar da existência e dos tipos de competência previstas nos artigos 3(2) e 216 do TFUE, pois, como adiantamos, aqui tal questão ganha mais relevância do que no contexto anterior. Recapitulando, de maneira bastante breve, vimos que o artigo 3(2) tratava especificamente da competência exclusiva externa no que tange à assinatura de acordos internacionais e o artigo 216, por sua vez, abordava de maneira mais genérica acerca da simples existência da possibilidade de atuação externa da União, sem precisar um ou mais tipos específicos de competência.

O primeiro questionamento que nos move aqui (e seus respectivos desdobramentos) é se a União detém qualquer tipo de competência externa para além da conferida no artigo 3(2), explicitamente declarada como exclusiva. Em outras palavras, é perguntar se a União detém competência partilhada externa. Se sim, cabe saber se ela pode exercê-la de maneira isolada, ou se deve ser feita em conjunto com os Estados-Membros. A partir da análise do texto do artigo 216, entendemos que a resposta ao primeiro questionamento parece ser positiva, uma vez que não há nenhum indício de especificação quanto a um determinado tipo de domínio ou restrição de qualquer natureza. E também que o dispositivo traz alguns cenários possíveis que se encaixam sem maiores complicações em matérias de competência partilhada.

O artigo define que essa atuação pode se dar quando a competência é explícita, como no primeiro cenário previsto no referido artigo, qual seja, “A União pode celebrar acordos com um ou mais países terceiros ou organizações internacionais quando os Tratados o prevejam...” ou de forma implícita como nos outros três cenários seguintes: i) quando a celebração e um acordo seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos estabelecidos pelos Tratados.; ii) ou quando tal celebração esteja prevista num

¹¹⁰ KRAMER, Ludwig. **Eu Environmental Law**. 7. ed. London: Thomson Reuters, 2011. p. 115

ato juridicamente vinculativo da União; iii) ou, ainda, seja suscetível de afetar normas comuns ou alterar o seu alcance.”

Assim, não vemos nenhuma questão que obste a possibilidade de atuação da União no exercício de competência partilhada externa, a não ser a condição inferida nos dois últimos cenários previstos que indicam a necessidade de a mesma já ter atuado internamente para fazer jus à possibilidade de atuar externamente em determinada matéria. Condição que, diga-se de passagem, não existe nos dois primeiros cenários. Esses desdobramentos serão mais bem esclarecidos quando analisarmos um caso paradigmático na definição de respostas a estes questionamentos propostos.

Quanto ao questionamento subsequente, sobre a necessidade de atuação junto a um ou mais Estados-Membros ou a possibilidade de atuar isoladamente, devemos responder em duas etapas. Uma primeira sobre como isso se daria em um contexto de competência exclusiva e a segunda sobre as possíveis ocorrências dentro dos domínios de competência partilhada.

Conforme diferencia Eleftheria Neframi¹¹¹, no caso de um determinado acordo tiver parte de suas provisões sob a competência exclusiva da União e outra parte fora desse escopo, o acordo deverá, obrigatoriamente, ser concluído como um acordo misto. Isso implica em uma atuação paralela da União e de um ou mais Estados-Membros, definida pelo TJUE como competência conjunta¹¹², que não pode ser confundida com competência partilhada.

Isso porque, neste caso hipotético, a União participaria dentro do mesmo acordo de maneira isolada, no âmbito de sua competência exclusiva e em conjunto com o(s) Estado(s)-Membro(s) em outras matérias de competência partilhada. Pode-se admitir também, ainda dentro deste mesmo acordo, que o(s) Estado(s)-Membro(s) também atuem sob competências que lhe(s) seja(m) exclusiva(s).

Já a respeito da ocorrência da assinatura de um determinado acordo que recaia total ou parcialmente sob a competência partilhada da União e que não tenha nenhuma provisão que vincule exclusivamente os Estados-Membros, a obrigatoriedade da celebração conjunta ou isolada não está tão claramente definida.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Neframi, a autora extrai duas conclusões possíveis, uma de que a União poderia concluir acordos externos de maneira isolada, afinal

¹¹¹NEFRAMI, Eleftherina. **Article 216 (1) TFEU and the Union's shared external competence in the light of mixity**: case C-600/14, Germany v. Council (Amendment of the Convention concerning International Carriage by Rail-COTIF), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 December 2017, EU: C: 2017: 935. Common market law review, v. 56, n. 2, p. 489-520, 2019. p. 504

¹¹² Opinião 1/94 do TJUE de 15 de novembro de 1994. Parágrafo 13. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CV0001> Acesso em: 15 de junho 2020

o artigo 2(2) não faz nenhuma distinção sobre o exercício interno ou externo. E tão pouco que competência partilhada significa que ambos devem atuar ao mesmo tempo.¹¹³ Outra, que afastaria tal possibilidade por entender que a expressão ‘celebrar um acordo’, presente no artigo 216 (1) do TFUE, deveria ser entendida como um acordo misto e que isso significaria que a competência partilhada só poderia ser exercida em conjunto com os Estados-Membros e que, portanto, o acordo misto seria obrigatório.

A partir da interpretação da decisão do TJUE sobre o caso C-600/14¹¹⁴, o qual considera paradigmático para as distinções acerca da existência de competência partilhada externa implícita nos mandamentos dos artigos 3(2) e 216(1), assim como para a questão da obrigatoriedade ou facultatividade da celebração de acordos mistos nestes casos¹¹⁵, acredita que a primeira conclusão é a mais acertada. Por essas razões, nos parece interessante apresentarmos alguns detalhes sobre o caso e também elencar os fundamentos da decisão do TJUE que corroboram esta conclusão, assim como as anteriores.

O processo C-600/14 refere-se à disputa entre a Alemanha e o Conselho sobre modificações na Convenção relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários (COTIF). Tais modificações seriam propostas pela comissão revisora da Organização Intergovernamental para os Transportes Internacionais Ferroviários (OTIF), com a qual a União celebrou acordo para a ascensão à COTIF. Ato que modificou a natureza da referida convenção para um acordo misto, uma vez que ao lado de outros Estados-Membros, a União também figurava como signatária.

A República Federal da Alemanha (RFA) buscava então a anulação de alterações à COTIF propostas pela UE. Isso porque aquela entendia que a União incorria em violação ao princípio da atribuição (artigo 5(2) do TUE), ao dever de fundamentação (artigo 296 do TFUE) e também ao princípio da cooperação leal ao fazê-lo. Segundo a RFA, a natureza dessas alterações por parte da União implicavam no exercício de competência exclusiva, o que não era seu entendimento.

Com relação ao seu primeiro argumento, que é o que mais interessa ao assunto corrente, a RFA defendia que, em matéria de transporte, por força do artigo 4(2) alínea g do TFUE, a UE e os Estados-Membros detêm competência partilhada. Que, além disso, a atuação externa da União estaria também condicionada a uma atuação interna prévia, uma vez que se não observada tal regra, a União poderia estar violando os direitos do Parlamento

¹¹³ NEFRAMI. op cit., p. 504

¹¹⁴ Acórdão do TJUE de 5 de dezembro de 2017, C-600/14, *COTIF*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197424&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1640970>. Acesso em: 15 de junho 2020

¹¹⁵ NEFRAMI. op cit., p. 519

Europeu, traçando rota que desvia o procedimento legislativo ordinário. Afinal, os atos da comissão revisora da OTIF, conforme o acordo de adesão, têm os mesmos efeitos que os regulamentos e diretivas.¹¹⁶

Por sua vez, o Conselho, apoiado pela Comissão, defendia que a União detinha competência exclusiva por força do artigo 3(2) “para estabelecer uma posição comum no que se refere às alterações controvertidas”¹¹⁷. Para outras partes do acordo, nas quais propôs mudanças em sede de competência partilhada, defende que esta:

...não depende do exercício dessa competência no plano interno, decorrendo diretamente dos Tratados, mais precisamente do artigo 2.º, n.º 2, primeiro período, e do artigo 4.º, n.º 2, alínea g), TFUE. Com efeito, nenhuma disposição dos Tratados relativa às competências partilhadas prevê que essa competência, quando seja exercida pela primeira vez, apenas pode conduzir à adoção de atos da União que não se refiram às relações externas.¹¹⁸

Argumento esse que se coaduna com a análise que foi apresentado antes acerca das vinculações previstas nos Tratados quanto à validade de atuação externa não precedida de atuação interna na mesma matéria. E, como já se antecipou, tal entendimento veio justamente das considerações e decisões do TJUE acerca deste caso.

No que diz respeito à existência de competência externa, o TJUE confirma que tal possibilidade vai além das previstas no artigo 3(2), fazendo menção justamente ao artigo 216(1). Que, a partir de interpretação sistêmica, se chega à conclusão de que, mesmo em matéria de competência partilhada, há a previsão de atuação externa da União. Esta questão está presente em diversos dispositivos do Acórdão, como por exemplo o de número 49, que diz:

Decorre da própria redação desta disposição, na qual não é feita nenhuma distinção segundo a natureza exclusiva ou partilhada da competência externa da União, que a União tem essa competência em quatro situações. Contrariamente aos argumentos apresentados pela República Federal da Alemanha, a hipótese de que a celebração de um acordo seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o seu alcance, caso em que a competência da União é, por força do artigo 3.º, n.º 2, TFUE, exclusiva, não constitui nenhuma dessas situações.¹¹⁹

O Acórdão continua concluindo que pode existir uma competência externa da União fora das situações previstas no artigo 3(2) e que ela decorre justamente das situações previstas no artigo 216(1).

Com relação à necessidade de atuação interna prévia, o Tribunal também entendeu que não deveria prosperar o pleito da Alemanha. É o que dispôs no parágrafo 67 do Acórdão, defendendo que “a existência de uma competência externa da União não depende, em

¹¹⁶ Acórdão do TJUE, C-600/14, op. cit. Parágrafo 37.

¹¹⁷ Ibidem, Parágrafo 40

¹¹⁸ Ibidem, Parágrafo 42

¹¹⁹ Ibidem, Parágrafo 49.

nenhum caso, de ter a União exercido previamente a sua competência normativa interna no domínio em causa”¹²⁰. Assim, restaram afastados todos os argumentos apresentados pela Alemanha e seus apoiadores no processo em tela.

Por conseguinte, o Acórdão trouxe importantes esclarecimentos acerca da interpretação conjunta dos artigos 3(2) e 216(1) no que diz respeito à existência e tipo de competências que podem ser exercidas pela União e Estados-Membros, assim como a não exigência (em alguns dos cenários do artigo 216(1)) da atuação interna para se exercer externamente competência partilhada.

Por último, no que diz respeito à obrigatoriedade de acordos mistos em matéria de competência partilhada externa, extrai-se do Acórdão que a celebração pode ser feita tanto individualmente pela União, como em conjunto com os Estados-Membros e que tal decisão será uma questão política, uma vez que está vinculada à decisão por maioria do Conselho.

No trecho abaixo, fundamentando tal enquadramento no que foi opinado na Opinião 2/15 sobre o Acordo de Livre Comércio entre União Europeia e Cingapura, no âmbito do qual a questão também foi questionada, temos:

É certo que o Tribunal de Justiça constatou, no n.º 244 do referido parecer, que as disposições pertinentes do acordo em causa, relativas aos investimentos estrangeiros diferentes dos diretos, que são de competência partilhada entre a União e os seus Estados-Membros, não podiam ser aprovadas apenas pela União. Contudo, mediante esta constatação, o Tribunal de Justiça limitou-se a registar a impossibilidade, salientada pelo Conselho durante o procedimento relativo a este parecer, de reunir no seu seio a maioria exigida para que a União pudesse exercer sozinha a competência externa que nessa matéria partilha com os seus Estados-Membros.¹²¹

Em conclusão, a natureza residual da competência partilhada da União, ou seja, a que não está submetida à competência exclusiva nem à de apoio; somada à i) abertura interpretativa de um rol exemplificativo de domínios sobre os quais incide essa competência; ii) à ideia de que esta deve ser o ponto de partida para se identificar nas partes específicas dos Tratados qual tipo e extensão de competência deve ser exercida; iii) e por fim que a decisão sobre a possibilidade de atuação externa isolada ou em conjunto virá de uma decisão política, a tornam tema bastante complexo e que ensejará ainda muito trabalho às instituições da UE. A não ser que advenha qualquer invocação legislativa que defina mais claramente o escopo e exercício de tal competência.

¹²⁰ Ibidem, Parágrafo 67.

¹²¹ Ibidem, Parágrafo 68.

1.5 Competência de Apoio: a UE só pode intervir para apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros

A terceira e última categoria de competência é a competência de apoio, que autoriza a UE a atuar para dar suporte, coordenar ou suplementar ações dos Estados-Membros. Isso, de acordo com o previsto no Artigo 2 (5), sem causar a preclusão ou visar harmonização de legislações nacionais.

As áreas que se submetem a este tipo de competência estão listadas no artigo 6 do TFUE, a saber: a) Proteção e melhoria da saúde humana; b) Indústria; c) Cultura; d) Turismo; e) Educação, formação profissional, juventude e desporto; f) Proteção civil; g) Cooperação administrativa. Diferentemente da categoria anterior, aqui não há nenhuma menção implícita ou explícita quanto à taxatividade ou não do rol de domínios. No entanto, tomando de maneira geral o TFUE, há claras evidências de que outras áreas também estão sujeitas a este tipo de competência. É o que se observa no artigo 147 sobre alguns aspectos da política de emprego e no 153 TFUE, sobre política social.¹²²

A exemplo do que estudamos na competência partilhada, aqui também se observa uma variação no nível de envolvimento da União em determinados domínios. Tal variação pode ser identificada pela terminologia usada nos diferentes dispositivos que regulam as áreas que recaem na competência de apoio. Como identificadas por Craig e Burca¹²³, vão desde as mais brandas como as “medidas/ações de incentivo”, “medidas que contribuam”¹²⁴, presentes nos dispositivos sobre educação, cultura e saúde pública, até as “medidas necessárias”¹²⁵ previstas no dispositivo que trata de proteção civil.

Muito embora a categorização de diferentes tipos de competência seja vista com bons olhos conforme já constatamos (novamente) na categoria anterior, outro ponto obscuro é que esse tipo de divisão suscita muitas dúvidas quanto às fronteiras entre esses domínios. É o que se nota no caso, citado também por Craig e Burca, sobre a regulação de veículos de mídia, que pode acontecer no âmbito do mercado interno (competência partilhada) ou no âmbito da cultura (competência de apoio).

Por isso, uma vez elencada a lista não exauriente de domínios, citados outros casos fora desta lista sobre os quais incide a mesma competência e também apresentada a dificuldade de se estabelecer fronteiras claras entre os domínios desta e de outras categorias

¹²² CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. op. cit., p. 86.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigos 165(4), 166(4), 167(5) e 168(5)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>

¹²⁵ Ibidem, **Artigo 196(2)**. Acesso em: 15 de abril 2020

de competência, mais uma vez optamos por não examinar cada um dos domínios por entendermos que tal análise ultrapassaria os limites deste trabalho e tiraria o foco da delimitação do tema.

Mas até aqui, podemos então afirmar, em outras palavras, que a competência de apoio abarca matérias que, *a priori*, são de competência interna dos Estados-Membros, restando às instituições da UE um papel de facilitar ou fomentar determinados objetivos.¹²⁶ Um exemplo dessa atuação é o Programa Erasmus +, que com um orçamento de pouco mais de dezesseis bilhões de euros para o período de 2014 e 2020¹²⁷, fomenta a educação, práticas esportivas, formação profissional para europeus e não-europeus.

Não menosprezando a quantia aportada e sem nenhum prejuízo à importância desse tipo de programa e seu impacto dentro e fora da União Europeia, uma crítica bastante contundente à definição dos domínios sob esta categoria de competência, é a de que acabam sendo desprivilegiadas em termos orçamentários em relação aos aportes feitos às matérias de competência partilhada e exclusiva. Ao mesmo tempo que a restrição à harmonização tem como pano de fundo não suprimir traços culturais e linguísticos, também acaba permitindo uma certa assimetria entre os Estados-Membros, o que pode representar uma maneira menos eficaz e democrática de desenvolvimento.

Dito isso, em que pese tenhamos afirmado que são áreas de atuação quase que exclusivas dos Estados-Membros, veremos que a atuação da União representa, em alguma medida, constringências à competência dos Estados-Membros. Em contrapartida, analisaremos a “não-harmonização” como um limite aos efeitos da atuação da União.

1.5.1 A constringência da competência dos Estados-Membros e a não-harmonização

Uma vez que a União produza algum ato legislativo em qualquer das matérias de competência de apoio, ela vinculará os Estados-Membros e suas competências estarão constringidas à extensão do ato da União. Isto é, apesar de não significar uma completa revogação da legislação nacional, a aplicação da mesma estará vinculada à lente do ato da União e sua respectiva extensão. Vale ressaltar que isso não significa, em nenhum grau, que os Estados-Membros estejam então impedidos de atuarem nesses campos, uma vez que nesta categoria de competência, não há a incidência do instituto do *pre-emption*.

¹²⁶ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, LEMOS JR., Eloy. **Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos**. 1. ed. Rio de Janeiro : CONPEDI, 2012, v.1, p. 888-898.

¹²⁷ COMISSÃO EUROPEIA. **Avaliação Intercalar do Programa Erasmus+ (2014-2020)** de 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0050&from=FR> Acesso em: 20 de junho 2020

Mostra-se bastante tênue a linha entre a referida constrição e um possível efeito ilegítimo de harmonização causado pelo ato da União. O que fica bastante claro é que nenhuma ação nesse escopo pode ser baseada de maneira alguma no artigo 114 do TFUE, artigo tal que define como deve ser aplicada a harmonização das legislações nacionais frente a atos da União. Extrai-se tal conclusão do artigo 2(5), que na definição da competência de apoio, especificamente em sua parte final, afasta expressamente essa possibilidade prevendo que a União pode atuar, porém sem substituir a competência dos Estados-Membros nesses domínios.¹²⁸

Uma proposta de alteração de um regulamento feita pelo Parlamento e pelo Conselho, apresentada em abril e 2020¹²⁹ no âmbito da crise frente ao combate ao coronavírus, mostra claramente como esses limites entre constrição e harmonização ilegítima são tênues e também como é complexo o estabelecimento de qual tipo de competência se está exercendo.

A proposta em questão visa alterar o Regulamento 2017/745 (UE) que dispõe sobre questões de mercado interno (competência partilhada) no que diz respeito a dispositivos médicos, tendo como pano de fundo o objetivo da busca de um elevado nível de proteção da saúde dos doentes e operadores (competência de apoio). Dessa ambivalência da proposta (regular mercado interno e proteção à saúde) é que se compreende a fundamentação legal apresentada: artigos 114 (harmonização) e 168 (competência de apoio na proteção à saúde).

Diante do que dissemos antes sobre o artigo 114, ao contrário do que se pode pensar, sua utilização, neste caso, não representa harmonização ilegítima, pois esta está relacionada à competência partilhada sobre o bom funcionamento do mercado interno e não quanto à proteção da saúde. Isso porque, apesar de haver entre seus incisos, menções sobre harmonização em questões de saúde (inciso 3), ele está vinculado em sua totalidade às questões de mercado interno conforme expressamente declarado no inciso 1: “Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no artigo 26.”¹³⁰ Sendo o artigo 26 justamente o que inaugura as previsões sobre mercado interno do TFUE.

¹²⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigo 2(5)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

¹²⁹ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Proposta COM/2020/144 final**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0144&from=EN> Acesso em: 10 de junho 2020

¹³⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigos 114(3)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

Já a respeito do artigo 168, nos interessa destacar num primeiro momento a forma inequívoca com a qual declara a natureza complementar da competência da União, notadamente em seu primeiro inciso, como segue:

1. Na definição de todas as políticas e ações da União será assegurado um elevado nível de proteção da saúde.

A ação da União, **que será complementar das políticas nacionais**, incidirá na melhoria da saúde pública e na prevenção das doenças e afeções humanas e na redução das causas de perigo para a saúde física e mental. Esta ação abrangerá a luta contra os grandes flagelos, fomentando a investigação sobre as respetivas causas, formas de transmissão e prevenção, bem como a informação e a educação sanitária e a vigilância das ameaças graves para a saúde com dimensão transfronteiriça, o alerta em caso de tais ameaças e o combate contra as mesmas.

Ocorre que a fundamentação utilizada na referida proposta de alteração em análise, foi especificamente ao inciso 4, alínea c. E isso importa pois é justamente esse inciso que derroga por completo a natureza complementar neste domínio específico. Destrinchando o inciso 4, conclui-se que, mesmo em matéria de segurança da saúde, a competência será partilhada pois este prevê expressamente: a derrogação do artigo 2 (5), que confere a não necessidade de harmonização; a derrogação do artigo 6, alínea “a”, que determina a competência de apoio na questão de proteção e melhoria da saúde humana; e a vinculação ao artigo 4 (2), “k”, que dispõe sobre a competência partilhada em matéria de “Problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspetos definidos no presente Tratado.”

Assim, podemos identificar que, de maneira geral, o sistema de competências da União Europeia é campo extremamente dinâmico que não fica restrito a uma interpretação textual dos artigos 3, 4 e 6 do TFUE. Longe disso, apresenta-se então, resumidamente, um sistema que é criado a partir do princípio da atribuição, através qual os Estados-Membros concedem parte de suas soberanias à União para a concretização de objetivos comuns.

Esta, por sua vez, deve atuar em conformidade ao princípio da subsidiariedade, atuando somente quando não for possível aos Estados-Membros em seus âmbitos nacionais e internacionais alcançarem medidas eficazes em determinada matéria, e também ao princípio da proporcionalidade, obrigando a ação da União de ser adequada, necessária e estritamente proporcional.

Vimos também que, quanto à definição do tipo de competência a ser exercida, há que se assumir como ponto de partida a competência partilhada, que é por sua vez residual das competências exclusiva e de apoio. A exemplo do que vimos nesta última seção sobre questões que, em uma primeira análise classificaríamos como de competência de apoio (quando na verdade são de natureza partilhada), temos que, independentemente de seus rols serem taxativos ou exemplificativos, os domínios previstos nos artigos 3, 4 e 6, como um

todo, devem ser interpretados à luz dos respectivos artigos que versam sobre esses domínios nos Tratados. Sem deixar de lado as definições de competências que podem ser definidas através de processos notadamente políticos (através da atuação do Parlamento e Conselho), assim como de maneira judicial através da atuação do TJUE.

1.6 Competências Especiais

Por fim, diante da constatação de que só podemos identificar o tipo e extensão da competência a ser exercida pela União ou pelos Estados-Membros, se analisarmos os dispositivos específicos que regulam determinadas matérias, não soaria estranho conceber que pode haver outros tipos de competência que não aquelas definidas entre os artigos 3 a 6 do TFUE). O caso mais emblemático que nos permite conjecturar acerca de outro tipo de competência é o da Política Externa e de Segurança Comum (PESC).

O artigo 2 (4) do TFUE coloca a PESC separada das demais competências definidas nos itens anteriores do mesmo artigo e não traz em seu texto nenhuma definição quanto à extensão dessa competência, se de apoio, partilhada ou exclusiva. Além disso, ainda há uma diferenciação na maneira como essa competência é exercida, especialmente em relação ao processo decisório que se dá quase que individualmente pelo Conselho, afastando amplamente o Parlamento e o TJUE, conforme provisões dos artigos 22 e 24 do TEU.

A análise desse processo decisório mostra-se bastante interessante para corroborar a natureza especial desse tipo de competência. Como vimos, em matéria de PESC, temos um perfil claramente intergovernamental e centralizado no Conselho da União Europeia, que através de seu Conselho de Assuntos Estrangeiros tomará as decisões cabíveis aos interesses e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Europeu, incluindo aí a celebração de acordos internacionais.¹³¹

Ao mesmo tempo, a atuação de órgãos supranacionais da UE é consideravelmente diminuída em importância. Por exemplo, ainda no contexto da PESC, a Comissão pode, no máximo, fazer propostas conjuntas (compartilhadas com os Estados-Membros) ao Conselho Europeu sobre interesses estratégicos da União. Já o Parlamento tem competência ainda menos importante, sendo somente consultado sobre aspectos gerais e sendo suas recomendações passíveis de serem consideradas em maior ou menor grau.¹³²

¹³¹ SCHÜTZE, Robert. **European constitutional law**. Cambridge University Press, 2012. p. 205

¹³² Ibidem, p. 206

Essas características são facilmente identificadas no artigo 24 (1) do TUE, onde se lê:

A competência da União em matéria de política externa e de segurança comum abrange todos os domínios da política externa, bem como todas as questões relativas à segurança da União, incluindo a definição gradual de uma política comum de defesa que poderá conduzir a uma defesa comum.

A política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos. É definida e executada pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade, salvo disposição em contrário dos Tratados. Fica excluída a adoção de atos legislativos. Esta política é executada pelo Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e pelos Estados-Membros, nos termos dos Tratados. Os papéis específicos que cabem ao Parlamento Europeu e à Comissão neste domínio são definidos pelos Tratados. O Tribunal de Justiça da União Europeia não dispõe de competência no que diz respeito a estas disposições, com exceção da competência para verificar a observância do artigo 40. do presente Tratado e fiscalizar a legalidade de determinadas decisões a que se refere o segundo parágrafo do artigo 275. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.¹³³

Mas então, se não se encaixa nas regras dos artigos 3 a 6 do TFUE e possui um processo decisório bastante específico, como poderíamos caracterizar a competência da UE em matéria de PESC? Diante do que acabamos de ver, pode-se dizer que ela tem uma natureza *sui generis* em relação aos outros domínios de atuação.

Desta maneira, pode-se concluir que tal competência se aproxima de alguma forma da competência de apoio, uma vez que visa coordenar políticas entre os Estados Membros, sem excluir totalmente a possibilidade de atuação dos mesmos.¹³⁴ Sendo o fator que a diferencia de outros domínios que respondem a esta mesma espécie de competência (como a coordenação de políticas econômica, sociais e trabalhistas), é que a PESC possui processo decisório único, com atuação quase que isolada do Conselho.¹³⁵

Outro dispositivo importante de ser analisado na busca por essa resposta é o artigo 40 do TUE (ex-artigo 47). Em sua redação atual, há uma primeira parte que visa defender a possibilidade da atuação supranacional da UE e uma segunda que contrabalança protegendo a atuação intergovernamental. Mas para entender como se chegou a este formato atual, faz-se necessário analisar sua formulação antiga e também o julgado que o interpretou de maneira paradigmática.

¹³³ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa). Artigos 24(1).** Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Grifo nosso. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

¹³⁴ SCHÜTZE, Robert. op. cit., p. 201

¹³⁵ UNIÃO EUROPEIA. **A repartição das competências da União Europeia.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0020&from=EN> Acesso em: 25 de junho 2020

Em sua redação antiga, o então artigo 47 TUE impedia a prevalência de atos praticados à luz do TUE quando houvesse possibilidade de atuação através do TFUE. Tal regra foi o que embasou em grande medida a decisão do TJUE no caso C-91/05, no qual a Comissão acusou o Conselho da União Europeia de ter infringido o referido artigo ao invadir domínio de competência da UE.

No caso em tela, a Comissão defendia que uma decisão tomada pelo Conselho para contribuir financeiramente com um programa de desarmamento conduzido pela Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO), infringia o artigo 47 TUE (atual artigo 40), pois invadia competência da União. Por um lado, a Comissão acreditava que tal matéria recaía sobre o domínio da cooperação para o desenvolvimento e que, portanto, a atuação do Conselho foi ilegal, pois deveria ter sido observado outro procedimento legislativo. Por outro lado, o Conselho defendia que deveria recair sobre a PESC, uma vez que o controle de armas de pequeno calibre era abarcado pelo objetivo fundamental da mesma, qual seja: a manutenção da paz e o reforço da segurança nacional.

Em sua decisão, o TJUE, considerando a finalidade do acordo firmado para a referida ajuda financeira, entendeu que o programa perseguia vários objetivos que eram abarcados tanto pela PESC como também pela Política de Cooperação e Desenvolvimento, sem que houvesse qualquer prevalência entre eles. Como vimos antes, pela redação do artigo 40 TEU (ex-47 TEU) à época, neste caso, estariam preclusos os atos que fossem praticados com base no Tratado da União Europeia quando houvesse possibilidade de adotar tais medidas através do TFUE (ex Tratado da CE).¹³⁶ Assim, a Corte decidiu no sentido de que a ação do Conselho representava violação ao referido artigo.

Essa situação nos leva a identificar uma certa prevalência da atuação supranacional em face à intergovernamental. Isso porque o Conselho tinha sua possibilidade de atuação no âmbito da PESC consideravelmente reduzida, sempre que houvesse possibilidade de atuação pela Comunidade Europeia através das provisões do TFUE, tendo sido inclusive um dos argumentos usados pelo Conselho e pelos Estados-Membros que o auxiliaram no caso. Isso, porque defendiam que tal impedimento só deveria prosperar quando a ação do Conselho implicasse algum tipo de *pre-emption* das competências Comunitárias. O que não era o caso, pois se tratava de uma competência paralela, na qual qualquer dos entes poderiam atuar sem prejuízo aos demais.

Porém, o entendimento do TJUE foi no sentido de que, uma vez constatada a invasão da competência da Comunidade conforme o previsto no artigo 47 TUE (atual artigo 40), não

¹³⁶ BIONDI, Andrea; EECKHOUT, Piet; RIPLEY, Stefanie (Ed.). **EU Law after Lisbon**. Oxford University Press, 2012. p. 271

se fazia necessário analisar se houve tal efeito de *pre-emption* impedindo ou limitando a atuação da CE. Isso porque tal questão deve ser analisada no âmbito do princípio da atribuição, que determinará a existência ou não de tal competência. E não no sentido de definir sua natureza, seja ela partilhada, exclusiva ou especial.¹³⁷

Em suma, as ações tomadas no âmbito da PESC possuem uma natureza especial, pois em uma primeira dimensão, o próprio dispositivo que a constitui declara expressamente o não pertencimento às categorias de competência exclusiva, partilhada ou de apoio. Não se trata de competência exclusiva nem de competência partilhada, pois permite a atuação dos Estados-Membros em ações paralelas às da União, sem a ocorrência do *pre-emption*.

Também não se trata de competência de apoio, pois a atuação da União não é somente de apoio e complemento das ações dos Estados, mas sim de coordenação, implicando em uma lógica inversa, no sentido que a ação dos Estados é que devem apoiar e complementar os objetivos da UE nesta matéria.

Além disso, em uma segunda dimensão, temos o formato do processo decisório que difere amplamente do exercício dos outros tipos de competência, tendo um protagonismo específico do Conselho e afastamento da Comissão, Parlamento e Tribunal de Justiça. Restando, por fim, comprovado o caráter especial, tanto na dimensão da atribuição quanto na dimensão do exercício de atos vinculativos em matéria de Política Externa e de Segurança Comum.

¹³⁷ Acórdão do TJUE de 20 de maio de 2008, C-91/05, *Comissão vs. Conselho - PESC*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67725&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1641095> Acesso em: 15 de maio 2020

2 A ORGANIZAÇÃO DA POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Atrelada à Política Comercial Comum e toda sua lógica de funcionamento, a Política Europeia de Investimento Estrangeiro (Common European Investment Policy – CEIP) visa coordenar a forma e extensão de como os Estados-Membros participam tanto como emissores ou receptores deste tipo de investimento.

De maneira geral, entende-se por investimento estrangeiro a aquisição legal de direitos feitos por pessoa jurídica ou indivíduo em país diferente do de sua origem.¹³⁸ Faz-se importante esclarecer que há dois principais tipos de investimento estrangeiro, Investimento Estrangeiro Direto (IED) e Investimento Estrangeiro em Carteira (IEC). O primeiro se dá quando o investidor estrangeiro cria ou adquire totalmente ou a parte controladora (10% ou mais) de um negócio em um país estrangeiro.¹³⁹ O segundo é quando o investidor adquire ações ou dívidas de determinada empresa, sem exercer controle sobre a mesma. O fluxo destes investimentos pode ser tanto de investidores europeus em países terceiros, como o inverso, de investidores estrangeiros na UE. O foco deste trabalho será exclusivamente no primeiro tipo de investimento, ou seja, em IED.

Considerando os dois fluxos possíveis deste tipo de investimento, a UE é o principal emissor e receptor de IED no mundo, alcançando em estoque, no final de 2018, o montante de 8,75 bilhões de Euros investidos por europeus em países terceiros e recebendo outros 7,197 bilhões de Euros de investidores estrangeiros nos Estados-Membros.¹⁴⁰ Estes números são resultado de uma tendência de crescimento claramente percebida a partir do marco de 2009 com o Tratado de Lisboa, quando passou a assumir protagonismo exclusivo na negociação e coordenação de investimentos estrangeiros em favor dos Estados-Membros.

A partir deste marco, foram estabelecidos objetivos comuns¹⁴¹ no sentido de ampliar as possibilidades de participação da UE em transações de investimentos estrangeiros no mundo, assegurando: i) um campo seguro e justo para a atuação de investidores europeus em países terceiros; ii) promover investimentos que contribuam para o desenvolvimento sustentável do mundo com relação ao meio ambiente, direitos humanos e relações de

¹³⁸ BRUM, Argemiro L.; HECK, Cláudia R. **Economia internacional: uma síntese da análise teórica**. Ijuí: Unijuí, 2005.

¹³⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **Single Market Scoreboard**. Disponível em: https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/integration_market_openness/fdi/index_en.htm Acesso em: 20 de junho 2020

¹⁴⁰ COMISSÃO EUROPEIA. **Investment**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment> Acesso em: 15 de junho 2020

¹⁴¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Towards a comprehensive European international investment policy. COM(2010)343 final**, 7 de julho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDF> Acesso em: 15 de junho 2020

trabalho; iii) atrair investimentos estrangeiros para a UE sem colocar em risco seus interesses internos; e iv) preservar o direito de países emissores e receptores de investimento estrangeiro no que diz respeito ao controle de suas economias e à ordem pública.

Neste sentido, desde então, em conformidade com a nova distribuição de competências, a UE tem atuado interna e externamente de maneira sistemática para atingir estes objetivos, mantendo com os Estados-membros poderes meramente consultivos e revisionais nesta matéria.¹⁴² Ela o faz através de importantes normativas e medidas, cujas frentes passarão a ser analisadas individualmente a seguir.

Diante do grau de importância e precisão que este tipo de coordenação exige, além de inserir capítulos exclusivamente dedicados à matéria de investimento estrangeiro e seu sistema de resolução de controvérsia, internamente, a UE atua fazendo uso de regulamentos, seu instrumento normativo mais abrangente e vinculativo. Dessa forma, considerando o escopo do presente trabalho, serão objeto de estudo neste capítulo os seguintes instrumentos normativos:

- a) O Regulamento (UE) 1.219 de 2012¹⁴³, que oferece disposições transitórias aos mais de 1400 acordos bilaterais existentes entre Estados-Membros e países terceiros;
- b) O regulamento 912 de 2014¹⁴⁴, que estabelece um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a União é parte;
- c) O regulamento 452 de 2019¹⁴⁵, que criou um sistema de cooperação e troca de informações entre Estados-Membros para avaliar a segurança e qualidade de IEDs provenientes de países terceiros.

¹⁴² STELZER, J., MOURA, A., ZEFERINO, A. **A reforma do sistema de arbitragens investidor-estado e a proposta europeia de um tribunal multilateral de investimentos**. Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law 21.1, 2020. p. 205-227. Disponível em:

<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1175> Acesso em: 10 maio 2021

¹⁴³ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 1.219** de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA> Acesso em: 15 de maio 2020

¹⁴⁴ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 912** de 23 de julho de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0912&from=PT> Acesso em: 15 de maio 2020

¹⁴⁵ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 452** de 19 de março de 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=PT> Acesso em: 15 de maio 2020

2.1 Regulamento 1.219/2012: os diferentes interesses da Comissão, do Parlamento e do Conselho

A principal matéria deste regulamento são os Acordos Bilaterais de Investimento (doravante denominados BITs, sigla em inglês para *Bilateral Investment Treaties*). Os BITs são acordos internacionais que visam, entre outras coisas, proteger investidores no caso de expropriações; garantir tratamento não discriminatório em nível nacional (no Estado onde o investimento será feito); facilitar a circulação de capitais entre os Estados envolvidos no âmbito do acordo; e também estabelecer mecanismos de solução de controvérsias envolvendo Tribunais Arbitrais supranacionais, comumente utilizando os sistemas do ICSID e UNCITRAL.¹⁴⁶

Estes mecanismos de solução de controvérsias normalmente permitem que o investidor contorne o sistema de justiça local/regional, buscando reparação a qualquer dano sofrido, diretamente com o tribunal arbitral. O principal remédio oferecido por esses tribunais é reparação do dano financeiro, uma vez que através das regras de direito internacional público esses direitos não são claramente positivados ou possíveis de serem pleiteados.

Atualmente, de acordo com a UNCTAD, há cerca de 1400 BITs assinados por Estados-membros. A grande maioria, aproximadamente 1250 acordos, assinados entre Estados-membros e países terceiros, os chamados Extra-EU BITs. E uma minoria, cerca de 150 acordos, assinados entre Estados-membros, os Intra-EU BITs.¹⁴⁷ Alguns destes acordos foram iniciados como Extra-EU BITs e, posteriormente, após a entrada do país terceiro para a União Europeia, tornaram-se Intra-EU BITs. Esse intrincado contexto traz implicações para a coordenação da Política Europeia de Investimento Estrangeiro, que exigiam uma ação/regulamentação para evitar conflitos com o ordenamento comunitário.

Essa necessidade de regulação recai em maior grau com relação aos Extra-EU BITs, que será o objeto principal da análise a partir daqui. Porém, a título de esclarecimento, quanto aos Intra-EU BITs, a manutenção deste tipo de acordo também implica muitas vezes na possibilidade de tratamento diferenciado entre Estados-membros, a depender do tipo de acordos que tinham antes ou depois da ascensão à UE. Por isso, esses acordos foram e têm sido escrutinados para que sejam compatibilizados com as regras e Tratados na União, ou mesmo extintos como tem sido o caso da maioria.

¹⁴⁶ GHOURI, Ahmad Ali. **Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU Member States with the EC treaty**: individual and collective options. *European Law Journal* 16.6, 2010. p. 806.

¹⁴⁷ UNCTAD. **International Investment Agreements Navigator**. Ferramenta de busca por tratados. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search> . Acesso em: 22 maio 2021.

Agora, antes ainda de analisar como de fato esse regulamento afeta acordos pré e pós-Lisboa, faz-se importante esclarecer os motivos pelos quais cada órgão da UE acreditava que a criação de tal dispositivo era estritamente necessária ou somente contribuiria para o fortalecimento da Política Europeia de Investimento Estrangeiro. Isso porque há diferenças substanciais de entendimento entre os principais órgãos, nomeadamente a Comissão, o Parlamento e o Conselho.

A Comissão Europeia, por um lado, entende que a transferência de competência sobre acordos de IED dos Estados-membros para a União tornou todos os BITs pré-existentes entre Estados-membros e países terceiros, automaticamente, não consistentes com o Direito da União Europeia. Esse entendimento da Comissão é construído a partir da análise conjunta de algumas das provisões dos Artigos 2(1) e 207 do TFUE. O órgão em questão extrai desses dispositivos a ideia de que os Estados-membros necessitam de autorização para a manutenção de seus BITs. Decorria daí, portanto, o entendimento quanto à necessidade de criação do regulamento por parte da Comissão. Regulamento este que, em sua fase de elaboração, era inteiramente baseado na lógica de um sistema de autorização, no qual a Comissão, em um período de 5 anos, deveria avaliar todos os acordos bilaterais dos Estados-membros para definir sua recepção pelas novas regras de distribuição de competências.¹⁴⁸

Por outro lado, os Estados-membros não entendiam a criação do regulamento como uma necessidade para se corrigir uma questão de inconsistência com o Direito Europeu. Isso porque, diferentemente do posicionamento da Comissão, os Estados-membros não entendem que haja equivalência direta entre a natureza dos BITs e dos novos acordos de investimento que passaram a ser de competência exclusiva da UE. Além disso, sob a ótica do Direito Internacional Público, estes também não poderiam ser afetados pelo regimento interno.

Há embasamentos bastante significativos que sustentam a prevalência do entendimento dos Estados-membros em detrimento do da Comissão. Internamente, temos os próprios Artigos 2(1) e 207 do TFUE que estabelecem que é a União Europeia como um todo e não a Comissão (isoladamente) que deve autorizar a manutenção/adequação dos BITs pré-existentes. Mais enfático ainda nesse sentido é o artigo 351 do TFUE que garante proteção a direito e obrigações decorrentes de acordos concluídas antes da adesão à UE, tanto para o Estado-membro, quanto para o Estado terceiro. Essa garantia, obviamente, não elimina a exigência de adequação ao ordenamento legal da UE, mas de qualquer forma afasta a ideia de que tais acordos não teriam validade a não ser que fossem autorizados por qualquer órgão da União.

¹⁴⁸ LAVRANOS, Nikos. **In Defense of Member States' BITs Gold Standard**: the regulation perspective. In: *Transitional Dispute Management*. V. 10.2, 2013. p. 6.

O posicionamento emitido pelo TJUE¹⁴⁹ a respeito dessa matéria confirma o entendimento de que o Artigo 351 do TFUE deve ser o caminho para se decidir sobre como os acordos pré-ascensão devem ser tratados. Isto é, que eles não devem ser considerados automaticamente incompatíveis por infringirem regras de competência (por exemplo). Assim como, por outro lado, não estão isentos de sofrerem alterações nas partes onde possuem qualquer incompatibilidade com o ordenamento europeu.¹⁵⁰

Já externamente, em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não sendo a UE considerada um Estado ou organismo puramente supranacional, acredita-se que os acordos celebrados pré-Lisboa, deveriam ser mantidos conforme o cenário inicial de seu estabelecimento e não sofrer alterações de nenhuma ordem que seja contrária à intenção de seus proponentes.¹⁵¹

Uma vez elencados os diferentes posicionamentos e, independentemente dos respectivos interesses da Comissão e dos Estados-membros, considerando o texto aprovado do regulamento, observa-se a prevalência do sistema de substituição defendido pelo Conselho e não a proposta de autorização, que era a ideia da Comissão. Na visão do Conselho, os Estados-membros transferiram sua competência para a assinatura de acordos de investimento, mas isso não significa que estavam transferindo sua competência para a assinatura de acordos bilaterais de investimentos, especialmente não estavam renunciando a seus BITs pré-Lisboa. Transferiram competência para que a União implementasse e desenvolvesse a Política Europeia de Investimento Estrangeiro, que, através de novos acordos, gradualmente substituiria os existentes.¹⁵²

Como já foi explicitado antes, a manutenção desses acordos (Extra-EU BITs) não significa que estes sejam isentos de serem compreendidos e executados conforme os ditames do novo regime instituído pelo Tratado de Lisboa. O próprio texto do regulamento oferece algumas respostas sobre como podem ser solucionados eventuais conflitos entre os diferentes posicionamentos dos órgãos supracitados. Um primeiro exemplo disso é o de que esse novo regime não deve ser interpretado como uma transferência de titularidade destes referidos acordos, conforme declara expressamente o disposto no Artigo 3º do regulamento¹⁵³:

¹⁴⁹ Acórdão do TJUE de 15 de setembro de 2011, C-264/09, **Comissão v. República Eslovaca**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-264/09> Acesso em: 15 de junho 2020

¹⁴⁹ Ibidem. Parágrafos 51-52.

¹⁵⁰ LAVRANOS, Nikolaos. Protecting European law from international law. *European foreign affairs review*, v. 15, n. 2, 2010. p. 281-282.

¹⁵¹ LAVRANOS, Nikos. **In Defense of Member States' BITs Gold Standard**: the regulation perspective. In: *Transitional Dispute Management*. V. 10.2, 2013 p. 6.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 1.219** de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA> Acesso em: 15 de junho 2020

Sem prejuízo das demais obrigações dos Estados-Membros previstas na legislação da União, os acordos bilaterais de investimento notificados nos termos do artigo 2.o do presente regulamento podem ser mantidos em vigor, ou entrar em vigor, de acordo com o TFUE e com o presente regulamento, até que entre em vigor um acordo bilateral de investimento entre a União e o país terceiro em causa.

Aqui, ao mesmo tempo que designa uma leitura desses acordos sob à luz do regime pós-Lisboa, indica também a intenção de gradual substituição por acordos celebrados diretamente pela UE.

As regras de substituição ou autorização presentes no regulamento variam conforme a data de celebração do BIT. O regulamento separa-os em três categorias, a) celebrados pré-Lisboa; b) celebrados entre 01 de dezembro de 2009 e 9 de janeiro de 2013; c) BITs futuros. Quanto à primeira categoria, aplica-se a regra da substituição, ou seja, eventualmente a UE poderá celebrar acordo que substitua um BIT celebrado diretamente entre o Estado-membro e um país terceiro. Quanto à segunda, aplica-se a regra da autorização, na qual a Comissão decidirá sobre a manutenção ou extinção do BIT. Por fim, quanto à terceira, também se aplicará a regra da autorização, desta vez sendo exigido do Estado-membro uma notificação justificada solicitando aprovação para iniciar as negociações.

Uma questão delicada da regra de autorização se dá em relação aos critérios que a Comissão deve verificar para propor em conjunto com o Estado-membro em causa, qualquer adequação ao acordo. Este ponto é sensível por dois motivos. Primeiro, num escopo mais amplo, porque como vimos anteriormente, pode ser compreendida como contrária às regras de Direito Internacional, nas quais não se encontra a possibilidade de transferência de responsabilidade sem que haja a sucessão de um Estado por outro. Segundo, considerando o escopo interno, pois os critérios expressos no regulamento que motivariam qualquer alteração nos acordos são bastante subjetivos.

A respeito da subjetividade dos critérios a serem analisados nos casos de eventuais adequações desejadas, o Artigo 6º do regulamento indica que os acordos anteriores ao Tratado de Lisboa não devem constituir “um sério obstáculo à negociação ou à celebração, pela União, de acordos bilaterais de investimento com países terceiros.”¹⁵⁴ O que acaba conferindo à Comissão um certo alargamento de seu poder discricionário, extrapolando suas prerrogativas executivas frente à atuação como órgão da UE. Ou seja, não havendo um obstáculo objetivamente identificado, por força da adjetivação “sério obstáculo” utilizada, a Comissão ganha um campo subjetivo para arguir em favor de uma eventual modificação que

¹⁵⁴ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 1.219** de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA>. Acesso em: 15 de junho 2020

a favoreça, abrindo margem para uma certa insegurança jurídica tanto para Estados-membros, quanto para os países terceiros envolvidos.

Tal insegurança de fato tornou-se concreta, inclusive sendo referendada pelo entendimento do TJUE em mais de uma ocasião. Nos casos C-249/06¹⁵⁵ e C-205/06¹⁵⁶, envolvendo respectivamente a Suécia e a Áustria, o tribunal decidiu que mesmo uma incompatibilidade hipotética, ensejava a necessidade de alteração de acordos firmados anteriormente à adesão dos países à UE. Nos casos em tela, a Comissão alegava perante o TJUE sobre a incompatibilidade de cláusulas de transferência de investimentos presentes nos mesmos. Em seu entendimento, acreditavam que, da forma como estavam dispostas, não permitiam uma rápida intervenção tanto do Estado-membro, quanto da União conforme as medidas protetivas previstas nos Artigos 63,64, 66 e 75 do TFUE, que visam salvaguardar desde o sistema econômico regional, mas também ações de combate ao terrorismo, por exemplo.

Em uma decisão mais recente, essa interpretação restritiva ao direito dos Estados-membros parece ter sido superada. No caso C-264 de 2009¹⁵⁷, a Comissão buscava o mesmo tipo de interpretação por parte do TJUE sobre um acordo de acesso prioritário entre a empresa Suíça ATEL e o operador público da rede de energia elétrica da República Eslovaca. Embora neste caso não tenha pedido a resolução total do acordo, a Comissão entendia que este acordo feria a não discriminação de acesso a outros Estados-membros e que por isso a Eslováquia deveria ser obrigada a rescindi-lo ou alterá-lo.

A decisão do TJUE não acatou o entendimento da Comissão. Quanto ao acesso prioritário em si, elencou diretivas e regulamentos específicos que o suportavam. Mas, principalmente para o que interessa a este trabalho, entendia que “obrigação, contraída antes da entrada em vigor do Tratado, não pode ser afetada pelas disposições deste último”¹⁵⁸. Confirmando a ideia de que o Artigo 351 do TFUE combinado com o Artigo 3 do regulamento garantem a possibilidade de manutenção de acordos concluídos anteriormente à adesão à UE, desde que, mais uma vez, não representem nenhum “sério obstáculo” à atuação da UE em matéria de acordos de investimento, ou apresentem qualquer incompatibilidade concreta com o ordenamento jurídico europeu.

¹⁵⁵ Acórdão do TJUE de 03 de março de 2009, C-249/06, **Comissão v. Suécia**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72641&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3577249> Acesso em: 25 de junho 2020

¹⁵⁶ Acórdão do TJUE de 3 de março de 2009, C-205/06, **Comissão v. Austria**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72640&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3576755> Acesso em: 25 de junho 2020

¹⁵⁷ Acórdão do TJUE de 15 de setembro de 2011, C-264/09, **Comissão v. República Eslovaca**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-264/09> Acesso em: 05 de julho 2020

¹⁵⁸ Acórdão do TJUE, C-264/09, op. cit. parágrafo 108.

Portanto, em que pese alguns pontos de atenção (como o caso da ampla subjetividade do Artigo 6), o regulamento 1.219 de 2012 mostra-se de fundamental importância para a organização e desenvolvimento sustentável da Política Europeia de Investimento Estrangeiro. Primeiro, porque visa equilibrar os interesses dos Estados-membros com os de alguns órgãos da União no intuito de ampliar a participação já bastante expressiva da UE e seus membros no fechamento de acordos dessa natureza. Segundo, porque pretende fazer isso fortalecendo a transferência de competência em matéria de investimento estrangeiro trazida pelo Tratado de Lisboa, porém sem relegar totalmente a possibilidade de os Estados-membros atuarem (dentro de suas competências) na execução de acordos futuros que estejam alinhados com o desenvolvimento da União.

2.2 Regulamento 912/2014: as relações entre competência, atribuição e responsabilidade

Este regulamento complementa o anterior, regulamento (UE) 1.219/2012, no sentido de criar um quadro referência para gerenciar a atribuição de responsabilidade financeira entre a União e os Estados-membros na de solução de controvérsias envolvendo a matéria de investimento estrangeiro. Seu propósito é duplo: definir quem deve assumir a responsabilidade financeira em acordos nos quais a UE é parte isoladamente, ou quando é parte em conjunto com Estados-membros e também quem deve atuar como parte nessas disputas. Como regra geral, estabelece que a União deve assumir a responsabilidade e legitimidade ativa ou passiva nos casos em que o tratamento dispensado ao investidor estrangeiro se deu por um de seus órgãos, ou por um ou mais Estados-membros em obediência a uma regra comunitária. Caso contrário, a responsabilidade é do Estado-membro.¹⁵⁹

Ocorre que este regulamento se mostra insuficiente ou mesmo inapropriado para a garantia de segurança jurídica no envolvimento da UE em tribunais arbitrais. Por ser um regulamento interno, não possui o condão de determinar unilateralmente questões de responsabilidade internacional¹⁶⁰, que só pode ser estabelecida por normas internacionais de

¹⁵⁹ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 912** de 23 de julho de 2014. **Artigo 3.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0912&from=PT> Acesso em: 05 de outubro 2020

¹⁶⁰ A título de conceituação, a responsabilidade internacional de uma organização internacional, nasce da existência de uma obrigação internacional desta com outro sujeito de Direito Internacional que tenha sido violada e que possa ser atribuída a esta mesma organização. Ocorre que, a depender do contexto ou da extensão de tal dano, esta atribuição pode ser limitada pela presença de alguns elementos constituintes da relação jurídica. Pode haver questões de inadmissibilidade por parte de um determinado Tribunal Internacional por conta da matéria, legitimidade de uma ou ambas as partes. Por exemplo, diante da Corte Internacional de Justiça, nem investidores, nem Organizações Internacionais podem figurar no polo passivo ou ativo, sendo sua atuação centrada apenas em disputas entre Estados. Nos principais Tribunais Arbitrais, investidores só podem iniciar

origem costumeira ou convencional)¹⁶¹. Além de não ter esse alcance, em alguns pontos, pode-se dizer que o regulamento não está alinhado com normas internacionais, uma vez que estabelece regras especiais de alocação de responsabilidade entre a UE e seus Estados-membros, que por este desalinhamento, exige a inclusão de regras específicas por parte da UE em seus acordos de investimento estrangeiro.¹⁶²

Dado o peso econômico e financeiro que os acordos de investimento possuem, a ideia de um regulamento claro que estabelecesse as responsabilidades financeiras foi defendido pela Comissão desde o início dos trabalhos para o estabelecimento da Política Europeia de Investimento Estrangeiro. Em que pese nesta época o mesmo órgão tenha defendido que a UE deveria assumir responsabilidade por atos de seus Estados-membros externamente¹⁶³, este trabalhou para a construção de um dispositivo com uma abordagem mais branda, no sentido de evitar que uma conduta danosa de seus membros pudesse impactar financeiramente a União e, conseqüentemente, os demais membros.¹⁶⁴

Essa abordagem é norteadada pela igualdade de tratamento e neutralidade orçamentária. Os dispositivos 3(1)(a) e 3(1)(b) do regulamento refletem esses princípios, estabelecendo que a União e seus Estados-membros devem assumir as responsabilidades de acordo com o respectivo tratamento concedido por cada um ao investidor. Além disso, o regulamento mostra-se bastante exigente com relação ao que se espera dos órgãos da União

procedimentos contra Estados. Em outros casos, como no sistema de resolução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio, somente Estados e Organizações Internacionais podem figurar nos polos da disputa. A União Europeia, como poderá ser percebido ao longo deste trabalho, tem atuado para ampliar suas possibilidades de envolvimento em diversos foros internacionais, porém pleiteando tratamento especial que permita a manutenção da lógica, aplicação e proteção de seu sistema jurídico. Isso significa ir além da possibilidade de admissão de um determinado litígio entre, por exemplo, um investidor estrangeiro e uma organização internacional, mas também permitindo que haja transferência de responsabilidade entre a UE e seus Estados-membros, conforme provisões nos tratados que constituem a UE e também nas regras do acordo que rege a respectiva relação jurídica. Por isso, para além da identificação da responsabilidade internacional em si, há que se verificar também a possibilidade de atribuição desta responsabilidade a determinado sujeito internacional e qual o foro competente para tal disputa. Atualmente, em matéria de Investimento Estrangeiro, não há foro que possa julgar toda e qualquer formação dos polos passivo e ativo de uma determinada ação. Daí decorre a relevância da proposta de criação de uma Corte Multilateral de Investimentos, que será apresentada no último capítulo deste trabalho. Nela, vislumbra-se a possibilidade de todas as combinações possíveis de composição dos polos da disputa, superando a limitação dos outros tribunais mencionados anteriormente, ao mesmo tempo que permite que Investidores, Estados e Organizações Internacionais escolham um caminho compatível com nível de envolvimento que praticam individualmente nos demais foros.

¹⁶¹ PALCHETTI, P. **The Allocation of International Responsibility in the Context of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Established by EU International Agreements**. *European Business Law Review* 28.2, 2017. p. 186.

¹⁶² DIMOPOULOS, Angelos. **The involvement of the EU in investor-state dispute settlement: A question of responsibilities**. *Common Market Law Review* 51.6, 2014. p. 1673.

¹⁶³ COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO COM(2012) 335 final** que estabelece um quadro de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre investidores e o Estado, criados por acordos internacionais em que a União Europeia é parte. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0335&from=EN> Acesso em: 05 de outubro 2020

¹⁶⁴ DIMOPOULOS, Angelos. op. cit. p. 1676.

e Estados-membros envolvidos na questão. A fim de que se possa declarar (internamente) de quem é a responsabilidade em cada caso, seja prévia ou posterior, há uma necessária e profunda prática do dever de cooperação ao longo de todo o processo. Essa cooperação pode ser observada nos artigos 9, 13, 14 15 e 16 do regulamento, que exigem irrestrita comunicação e consentimento entre as partes.

Apesar de ter o objetivo de regular responsabilidade financeira exclusivamente no âmbito interno, o regulamento deixa muitas questões abertas sobre a legitimidade ativa ou passiva da UE ou dos Estados-membros em procedimentos de solução de controvérsias entre investidor e Estado. Uma delas é se há uma relação direta entre a alocação interna de responsabilidade financeira com a responsabilidade internacional. O artigo 9 parece oferecer uma regra geral de que a legitimidade passiva será sempre do Estado-membro quando este for considerado o responsável financeiro de acordo com o regulamento.

Essa regra que vincula responsabilidade financeira interna com responsabilidade internacional sofre três exceções, todas presentes no mesmo artigo 9, são elas: i) nos casos da infração ter sido cometida por órgão da União ou por Estado-membro agindo em estrita observância do ordenamento da UE, aquela poderá assumir responsabilidade total ou parcial e figurar o polo passivo da disputa; ii) quando questão similar já tiver sido apresentada contra a UE perante mecanismo de solução de controvérsias da OMC; ou iii) quando um Estado-membro, dentro dos prazos estabelecidos no regulamento, comunica à comissão que não “tenciona atuar na qualidade de parte demandada”¹⁶⁵, ficando então a cargo da UE a participação no litígio.

Extraí-se, portanto, a ideia de que a atribuição de responsabilidade internacional é totalmente independente da de responsabilidade financeira interna. Em que pese no considerando 3 do regulamento haja uma indicação para se abordar as questões de responsabilidade internacional sob a ótica das regras de distribuição de competências, atraindo para a UE responsabilidade exclusiva em determinadas matérias, não é o que os dispositivos principais do regulamento apresentam.

Externamente, como foi antecipado no início dessa seção, esta vinculação entre competência e responsabilidade também não encontra guarida no principal regulamento sobre a responsabilidade internacional de organismos internacionais, o ARIIO (Articles on the Responsibility of International Organizations), elaborado pela Comissão de Direito Internacional (ILC, sigla em inglês para International Law Commission) da ONU. O artigo 3

¹⁶⁵ PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 912** de 23 de julho de 2014. **Artigo 9(1)(b)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0912&from=PT> Acesso em: 05 de outubro 2020

do referido regulamento estabelece que qualquer ato de uma organização que seja considerado ilegal ou danoso, será atribuída responsabilidade a esta mesma organização.¹⁶⁶ Em que pese haja alguns dispositivos que relativizam essa regra em função de particularidades de certos organismos internacionais, a possibilidade da UE responder isoladamente por um ato praticado por um de seus Estados-membros, mesmo que este tenha atuado como um de seus órgãos em uma questão de responsabilidade exclusiva da União, não está pacificada.

A título de delimitação de seu escopo, em seu artigo 2, o ARIIO não apresenta nenhuma definição específica de organização internacional, assumindo a definição mais geral presente na Convenção de Viena, que simplesmente a descreve como uma organização intergovernamental estabelecida através de um tratado ou outro instrumento sujeito às regras de Direito Internacional e que possui personalidade legal. No mesmo artigo, adiciona que, além de Estados, uma organização internacional pode ter outras entidades como membros.

Conhecendo as particularidades da UE, pode-se dizer que esta definição gera dúvidas com relação a atribuição de responsabilidade entre a UE e seus Estados-membros, principalmente em matérias de competência exclusiva. Não obstante, a UE expressou sua vontade de serem estabelecidas (no âmbito do ARIIO) regras especiais às organizações internacionais que tenham características similares às suas.

Em comentário dirigido durante a quinquagésima sétima sessão da ILC, a Comissão Europeia arguiu que a regra presente no Artigo 4 (b) não alcançava algumas situações bastante comuns na relação entre a UE, seus Estados-membros e países terceiros. Nesta ocasião, exemplificou que no caso dos acordos comerciais celebrados diretamente pela UE que envolvem a quebra de barreiras tarifárias, todos os atos que colocam em prática um determinado acordo desta natureza, são praticados pelas autoridades fiscais dos Estados-membros. Assim, poderia haver uma responsabilização equivocada do Estado-membro, ao invés de se responsabilizar a UE.¹⁶⁷

Diante disso, propôs três soluções: i) que fossem estabelecidas regras especiais de atribuição que permitissem que atos de órgãos dos membros pudessem ser atribuídas à organização; ii) que fossem estabelecidas regras especiais de responsabilidade, nas quais diante de um ato praticado por um órgão de um ou mais membros da organização infringindo uma obrigação assumida pela organização, esta fosse a única responsabilizada; e iii)

¹⁶⁶ ONU. Assembleia Geral de 9 de dezembro de 2011. **Responsibility of International Organizations**. 2012, p. 2. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/66/100 Acesso em: 05 de abril 2021

¹⁶⁷ ONU. **57ª sessão da Comissão de Direito Internacional**. 2005, p. 5. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.4/556> Acesso em: 05 maio 2021

considerar a possibilidade de uma exceção especial à UE (e organizações similares) para que pudesse alocar responsabilidade conforme seus respectivos ordenamentos.¹⁶⁸ Nenhuma destas propostas foram acatadas integralmente, porém cabe explorar onde cada uma dela a fim de se esclarecer qual regra é atualmente válida e onde há alguma relativização.

Com relação à primeira proposta, o Artigo 6 define que os atos dos órgãos de uma determinada organização são atribuídas a esta, e que as regras da organização se aplicam à determinação das funções de seus órgãos. Especificamente a esta determinação final do referido artigo, é importante esclarecer que, o fato das regras internas da UE determinarem que os Estados-membros atuam como órgãos da União em matérias de competência exclusiva, não produz efeito no sentido de permitir que seus atos sejam atribuídos à UE. Isso porque as regras internas ficam restritas à determinação das funções dos órgãos, mas não afetam a atribuição de responsabilidade internacional.¹⁶⁹

Quanto à segunda proposta, o artigo 17 prevê a possibilidade de responsabilização da organização internacional caso exija de um de seus membros ato que seria ilegal se praticado diretamente por si mesma. No entanto, esse caso não se assemelha à proposta da UE, pois não exclui a responsabilidade por parte do membro da organização.¹⁷⁰ Ou seja, se um Estado-membro atuasse por força de decisão ou regulamento interno da UE e com isso infringisse determinada obrigação pactuada, tanto o Estado-membro quanto à UE poderiam ser responsabilizados e não somente a última.

Por fim, sobre a terceira proposta, o Artigo 64 indica que algumas regras especiais são aplicáveis a determinadas organizações internacionais, porém sem declará-las expressamente em seu texto.¹⁷¹ Nos comentários, é possível identificar um certo reconhecimento por parte da ILC sobre a existência de tais regras através da apresentação de diferentes resultados práticos em determinados contextos, ainda que não se posicione sobre o assunto.¹⁷²

Por um lado, no contexto interno, embora não seja uma matéria totalmente consolidada, em questões apreciadas no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos o entendimento é de que os atos dos Estados-membros, mesmo que praticados em cumprimento ao ordenamento europeu, devem ser atribuídos somente aos Estados que os praticaram. Além

¹⁶⁸ Ibidem, p. 6.

¹⁶⁹ PALCHETTI, P. op. cit. p. 188.

¹⁷⁰ PALCHETTI, P. op. cit. p. 189.

¹⁷¹ GAJA, Giorgio. **Articles on the Responsibility of International Organizations**: introductory notes. 2014. p. 3. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ario/ario_e.pdf Acesso em: 05 maio 2021

¹⁷² ONU. Comissão de Direito Internacional. **Draft articles on the responsibility of international organizations**, with commentaries. Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session. 2011. Comentários 1-2. p. 102-103. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf Acesso em: 05 maio 2021

disso, eventuais dúvidas sobre essas questões devem ser sanadas internamente e exclusivamente através das regras e lógica do Direito Europeu.¹⁷³

Por outro lado, no âmbito do sistema da OMC, ou seja, no contexto externo, embora seja questão igualmente ainda não pacificada, é possível afirmar que haja um entendimento mais aberto para a ideia de se relacionar a atribuição de responsabilidade a partir das regras de atribuição de competência. Como resultado, quando um Estado-membro atua como órgão da UE implementando alguma medida em uma matéria de competência exclusiva da mesma, a responsabilidade deverá recair para a União, ainda que limitada na medida de sua conduta. Neste caso, as eventuais divergências são sanadas usando os mecanismos estipulados nos tratados que deram origem a relação jurídica que ensejou o referido ato.¹⁷⁴

As particularidades de como a atribuição de responsabilidade se dá no âmbito dos investimentos estrangeiros se assemelha mais ao último exemplo e será explorada em mais detalhes na última seção deste capítulo. Por ora e em suma, o regulamento (UE) 912/2014 se mostra ferramenta de grande importância na proteção do Direito da União Europeia, ao mesmo tempo que auxilia na busca por igualdade de tratamento aos Estados-membros e investidores na solução de controvérsias e também garantindo a neutralidade do orçamento da UE em face de eventuais compensações financeiras envolvidas em litígios nesses contextos.

2.3 Regulamento 452/2019: instrumento protecionista, de cooperação ou de barganha

Antes da entrada em vigor do regulamento 452/2019, até janeiro de 2017, cerca de somente metade dos Estados-membros dispunha de um mecanismo nacional para avaliar propostas de investimento estrangeiro direto (IED). Embora cada um tivesse um nível específico de proteção determinado, todos deviam operar sob a luz do princípio da livre movimentação de capitais estabelecida nos artigos 63 a 66, tendo algumas derrogações em casos específicos, como as previstas nos artigos 346(1)(b) e 65(1)(b), ambos do TFUE. O primeiro, exclui da aplicação dos tratados assinados por Estados-membros, os investimentos relacionados ao setor de defesa nacional, por questões de segurança. O segundo, permite que os Estados-membros mitiguem o princípio da livre movimentação de capitais quando

¹⁷³ Ibidem, Comentário 6. p. 103.

¹⁷⁴ KUIJPER, Pieter Jan. **Attribution-Responsibility-Remedy: Some Comments on the EU in Different International Regimes**. Rev. BDI, v. 46, pp. 1-2, 2013. Disponível em: <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2014/03/ACIL-2014-14-Attribution-PJK.pdf> Acesso em: 05 maio 2021

determinado IED puder ser danoso às regras nacionais em matéria fiscal e da operação das instituições financeiras do país.

Até então, entre as regras no nível Europeu que visavam avaliar a qualidade e sustentabilidade de IEDs, a mais importante era o Regulamento (CE) 139 de 2004. Resumidamente este regulamento e suas respectivas bases legais (artigo 101 e 102 do TFUE), visam eliminar a ocorrência de cartéis, impedir práticas anticoncorrenciais e identificar e corrigir abusos de posições dominantes. Porém, não abarcavam todas as matérias consideradas sensíveis para uma proteção mais adequada conforme o que já era praticado por alguns Estados-membros e outras importantes economias no cenário mundial à época. Isso resultava que a UE se tornava um destino bastante aberto para IEDs e, ao mesmo tempo, um tanto quanto vulnerável pela inexistência de mecanismos de proteção em vários Estados-membros e também uma certa porosidade em nível regional.

Essa vulnerabilidade passou a ser mais percebida a partir de 2016, quando houve um crescimento substancial deste tipo de investimento proveniente da China. Essas propostas chamaram a atenção não só pelo volume e porcentagem de participação que visavam adquirir de empresas europeias, mas principalmente pelo fato de que alguns investidores eram empresas estatais chinesas e que as áreas de investimento eram bastantes estratégicas como telecomunicação e energia.¹⁷⁵ Neste momento, alguns Estados-membros passaram a relatar a dificuldade que enfrentavam em criar políticas que equilibrassem a importância econômica de receber tais investimentos, com níveis de segurança que fossem compatíveis com o ordenamento nacional e europeu. O resultado neste momento particular foi que muitas propostas de investimentos importantes foram ou retirados pelos investidores, ou atrasadas.

Diante desse cenário, ainda em 2017, a Alemanha, a França e a Itália apresentaram uma carta conjunta à então Comissária Europeia do Comércio, Cecilia Malmström, requerendo que o tema de IEDs provenientes de países terceiros fosse discutido no nível da UE. Tal necessidade foi reconhecida pela Comissão, que pouco tempo depois, apresentou a proposta para a criação de um mecanismo de avaliação deste tipo de transação.¹⁷⁶ Em 2019, o regulamento entrou em vigor, sendo que o texto final sofreu mudanças significativas quanto à extensão dos poderes a serem exercidos pela Comissão. Enquanto na proposta havia uma certa centralização por parte da Comissão na avaliação destas propostas de investimento, o

¹⁷⁵ FRANZETII, E. **Foreign Direct Investments Into the European Union: The Effect of Regulation (EU) 2019/452 on Foreign Investors**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lund. 2020. p. 7.

¹⁷⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a regulation of the European parliament and of the council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union. COM (2017) 487 final**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0487&from=EN> Acesso em: 05 maio 2021

texto final do regulamento, que passou a surtir efeitos em outubro de 2020, limita a atuação da Comissão à emissão de opiniões não vinculativas a respeito de casos específicos.

Adentrando na análise do regulamento em si, ele apresenta funções declaradas e não declaradas bastante distintas e, em algum nível, até paradoxais.¹⁷⁷ Entre as funções declaradas, ele estabelece um mecanismo de cooperação entre os Estados-membros e também entre estes e a Comissão que visa evitar que investimentos estrangeiros impactem negativamente na segurança ou ordem pública dos Estados-membros e/ou conseqüentemente, na da União. Essa proteção é alcançada, primordialmente, através do compartilhamento de informações e notificações entre os membros e também (como já foi dito há pouco) na possibilidade de a Comissão emitir opiniões não vinculantes sobre casos específicos. Faz-se importante frisar que esse procedimento ocorre sem tirar dos Estados-membros o poder decisório final quanto a aceitar ou rejeitar um determinado investimento. Ou seja, não se trata de um mecanismo que pode ser exercido exclusivamente no nível da União, mas sim em cooperação com os Estados-membros.

Até aqui, trata-se, portanto, de uma *redelegation* aos Estados-membros de parte da competência exclusiva que estes outorgaram à União no Tratado de Lisboa com o objetivo de proteger Estados-membros de eventuais ameaças que IEDs podem representar às suas respectivas ordens públicas e segurança financeira e estratégica. Porém, considerando o embasamento legal desse mecanismo, já se pode perceber uma parte de uma função não tão bem declarada, e paradoxal com relação à primeira.

Ao contrário do que se poderia supor por este viés protetivo, o regulamento 452 de 2019 não tem sua base legal ancorada nas regras de proteção do mercado interno previstas no artigo 64(2) do TFUE, mas sim nas regras da Política Comercial Comum, presente no TFUE, artigos 3(1) e 207(2).¹⁷⁸ Isso explica o porquê que as funções podem ser consideradas paradoxais. Ao mesmo tempo que tem eficácia nesta proteção, com base na ideia de reciprocidade este dispositivo representa uma excelente ferramenta para se buscar um *level-playing field*¹⁷⁹ com países como a China e os Estados Unidos que, assim como Japão, Canadá e Austrália, já têm mecanismos similares e até mais abrangentes há bastante tempo.¹⁸⁰

¹⁷⁷ SCHILL, S. **The European Union's Foreign Direct Investment screening paradox: tightening inward investment control to further external investment liberalization.** Legal Issues of Economic Integration. 2019. p. 107. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434475 Acesso em: 05 maio 2021

¹⁷⁸ COMISSÃO EUROPEIA. op. cit. **COM(2017) 487 final**. 2017. p. 8.

¹⁷⁹ SCHILL, S. op. cit. p. 126.

¹⁸⁰ GRIEGER, G. **Foreign Direct Investment Screening – A Debate in Light of China-EU FDI Flows.** European Parliament Briefing. 2017. p. 8. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf) Acesso em: 15 maio 2021

Este paradoxo recebeu ainda mais tensão a partir do início de 2020, com o impacto causado pela pandemia do Coronavírus na economia mundial. Com as instabilidades econômico-financeiras, a Comissão identificou como maior o risco da ocorrência de fusões ou aquisições de empresas de setores estratégicos por parte de investidores estrangeiros e passou a solicitar medidas urgentes dos Estados-membros na implementação de medidas protetivas quanto a IEDs.¹⁸¹ Esse contexto pode gerar uma considerável insegurança aos investidores estrangeiros uma vez que (pela novidade do regulamento) o TJUE ainda não estabeleceu nenhum posicionamento com relação ao quadro legal geral sobre a implementação de tais mecanismos. Assim, ao mesmo tempo que se deve buscar a proteção do mercado interno e também da segurança de cada Estado-membro, não resta dúvida de que se deve manter o interesse de investidores estrangeiros no mercado europeu.

Portanto, em que pese as inegáveis restrições impostas a alguns casos específicos de IED, o Regulamento (UE) 452 de 2019 deve ser interpretado com parte da Política Comercial Comum europeia, na qual a União tem um papel constitucional de buscar a diminuição das barreiras comerciais. Representa uma ferramenta imprescindível para o aumento da participação da UE como detentora da competência exclusiva de negociar acordos de investimento com países terceiros e também para propor reformas às regras internacionais sobre IED. Esse mandato constitucional não se cumpre somente através da implementação de regulamentos internos, mas sim na atuação no mercado global. Assim, para completar o entendimento acerca da Política Europeia de Investimento Estrangeiro, faz-se imprescindível analisar como a UE tem amalgamado esses regulamentos em seus denominados “acordos de nova geração”.

2.4 A “Nova Geração” de Acordos de Investimento celebrados pela UE

Faz-se importante uma rápida recapitulação dos últimos desenvolvimentos acerca deste tipo de acordo para entender como se chegou ao “modelo” atual. Como já foi visto anteriormente, parte considerável do volume de acordos de investimentos celebrados no mundo tem como uma das partes um Estado-membro, quando não raro figurarem como as duas partes (Intra-EIU BITs). Desde os primeiros BITs que se tem notícia, assinados pela Alemanha em 1959 (com o Paquistão e a República Dominicana)¹⁸², esses acordos foram

¹⁸¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação C(2020) 1981 final**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2020/EN/C-2020-1981-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> Acesso em: 05 maio 2021

¹⁸² GUERIN, Selen Sarisoy et al. **Do the European Union’s bilateral investment treaties matter?** The way forward after Lisbon. Chapters, 2011. p. 3. Disponível em: <https://www.ceps.eu/wp->

sendo celebrados e aprimorados por décadas até alcançarem modelos específicos que servem para diferentes parcerias com países terceiros. Isso não significa que os Estados-membros tivessem um modelo único, mas certamente foi-se estabelecendo uma característica bastante marcante e comum a todos eles: uma proteção com viés quase que unilateral visando a proteção do investidor.¹⁸³

Em que pese sua atuação em diferentes frentes com relação ao comércio internacional, a União Europeia sempre se declarou e atuou a favor do desenvolvimento e fortalecimento de um sistema multilateral de comércio. Um exemplo forte desse alinhamento foi a forma como a UE se posicionou em termos comerciais entre 1999 e 2004, período que se sobrepõe ao início da Agenda de Doha (2001), que buscava justamente consenso e avanços nessa área. Nesta época, o então Comissário de Comércio da UE Paschal Lamy, sob a presidência de Romano Prodi, foi forte influenciador de uma espécie de moratória de fato exercida sobre a assinatura de Acordos de Livre Comércio.¹⁸⁴ Situação essa que não se sustentou por muito tempo, dado a notória paralisação e retrocesso sofrido pelo sistema da OMC observados durante esse mesmo período, especialmente relação às negociações multilaterais e ao sistema de resolução de conflitos.¹⁸⁵

O impacto disso na forma como os países atuam e celebram seus acordos é inegável e não podia ser diferente com a UE. Já a partir de 2006, as ações da Comissão Europeia já se mostravam mais propensas ao bilateralismo, com a divulgação de uma agenda de negociações que buscariam outros parceiros comerciais, especialmente na Ásia.¹⁸⁶ É neste ponto que se percebe o surgimento dessa “nova geração” de acordos comerciais. Até então, os acordos de “primeira geração” se limitavam, em sua maioria, à quebra de barreiras fiscais com países limítrofes, como Noruega, Suíça, Turquia e alguns países da região dos Balcãs. Já os novos acordos, além de mirarem uma abrangência global, abarcavam uma série de

<content/uploads/2010/07/WD333%20Sarisoy%20Guerin%20on%20Bilateral%20Investment%20Treaties.pdf>
Acesso em: 05 maio 2021

¹⁸³ TITI, Catharine. **International investment law and the European Union**: towards a new generation of international investment agreements. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 3, 2015. p.647.
Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/26/3/639/2599588?login=true> Acesso em: 03 maio 2021

¹⁸⁴ WOOLCOCK, Stephen. **European Union policy towards free trade agreements**. ECIPE working paper, 2007. Disponível em: <http://felixpena.com.ar/contenido/negociaciones/anexos/2010-09-european-union-policy-towards-free-trade-agreements.pdf> Acesso em: 21 maio 2021

¹⁸⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **WTO modernization**: Introduction to future EU proposals. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf Acesso em: 23 maio 2021

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ, Enrique Valerdi. **The European Union Free Trade Agreements**: Implications for Developing Countries. Real Instituto Elcano, Working Paper, v. 8, p. 5-6, 2009. Disponível em: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a85925004f018b93b9dafd3170baead1/WP8-2009_Valerdi_EUFTA_Developing_Countires.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a85925004f018b93b9dafd3170baead1 Acesso em: 23 maio 2021

outras matérias, como por exemplo, proteção à propriedade intelectual, concorrência e desenvolvimento sustentável.

O próximo e importante marco histórico na formação desde “novo modelo” se deu a partir de 2009 com o Tratado de Lisboa, quando os Estados-membros passaram a experimentar mudanças estruturais mais profundas com relação manutenção de acordos previamente celebrados, extinção de alguns outros e também a impossibilidade de celebrar outros novos acordos, ao menos não sem a anuência da UE. Isso, em grande medida pela nova distribuição de competência e seus desdobramentos, como por exemplo o já explorado regulamento 1.219 de 2014. No entanto, neste início, o desejo dos Estados-membros ainda era de que a atuação da UE nesta área fosse feita a partir do modelo construído ao longo dos anos. Não obstante, este modelo europeu foi amplamente denominado em documentos do Parlamento, do Conselho e da Comissão como “melhores práticas” ou “padrão de excelência”.¹⁸⁷

Ocorre que, em termos práticos, pouco tempo depois, a Comissão já passou a tratar as “melhores práticas” e “padrão de excelência” meramente como uma simples inspiração e indicar que as negociações de novos acordos de investimento teriam mudanças tanto de ordem substantiva quanto procedimental (esta, a ser analisada no próximo capítulo). Esse posicionamento pode ser percebido em alguns pronunciamentos à imprensa não mais disponíveis para consulta no site da Comissão¹⁸⁸ e também, mais contundentemente, no texto do Acordo Econômico e Comercial Global com o Canadá (CETA).¹⁸⁹ A não utilização deste modelo anterior pode ser explicada pelas inconsistências que estes teriam com os valores que a UE se compromete em imprimir em sua Política Comercial Comum, que envolvem a inclusão em seus Acordos de Livre Comércio de provisões que busquem garantir: i) o direito de regulação das partes; ii) desenvolvimento sustentável; e iii) direito humanos. Provisões essas que, por extensão, também devem perseguidas em seus Acordos de Investimento Estrangeiro. Isso, independentemente dos acordos de investimento celebrados pela UE estarem incluídos como capítulos em seus acordos de livre comércio mais abrangentes, ou como acordos de investimentos isolados.

Com relação às mudanças substantivas dos acordos, a nova Política Europeia de Investimentos Estrangeiros visa alcançar um melhor equilíbrio entre o direito de regular dos

¹⁸⁷ COMISSÃO EUROPEIA. **Towards a comprehensive European international investment policy. COM(2010)343 final**, 7 de julho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDF> Acesso em: 23 maio 2021

¹⁸⁸ TITI, Catharine. op. cit. p. 640.

¹⁸⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **Comprehensive Economic And Trade Agreement (CETA)** Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf Acesso em: 23 maio 2021

Estados e a proteção do investidor através da criação de padrões mais claros e mais exigentes. Um exemplo disso é a abordagem dada a importantes institutos das regras internacionais de investimento, nomeadamente o tratamento justo e equitativo e a expropriação (especialmente a indireta). Sobre este último instituto, a UE traz para seus acordos provisões similares aos acordos de investimento celebrados entre os Estados Unidos e o Canadá.¹⁹⁰ Demonstrando mais uma vez o abandono do modelo dos BITs pré-Lisboa e assumindo um modelo mais aberto à prática de outros importantes países no cenário global.

Essa prática indica uma adesão da UE à doutrina do *'police power'*, abordagem mais equilibrada na determinação se i) houve expropriação indireta, cujo dano, se comprovado, deve ser reparado, ii) ou se houve uma regulação em função de questões relacionadas à ordem pública ou outros objetivos primordiais como saúde, segurança ou meio ambiente.¹⁹¹ Aqui nota-se outra diferença com relação ao modelo dos BITs anteriores, que se pautavam na doutrina do *'sole effect'* para se determinar a necessidade ou não de reparação. Conforme esta doutrina, uma vez identificada qualquer limitação na fruição dos investimentos, nasce o direito de reparação, sendo claramente mais propensa à garantia do direito do investidor em face ao do Estado.¹⁹²

Já no que diz respeito ao outro instituto das regras internacionais de investimento, o do tratamento justo e equitativo, não se percebe uma mudança de posicionamento com relação ao modelo anterior praticado pelos Estados-membros. Aqui, a UE não acompanhou o modelo norte-americano que prevê como possível uma certa limitação, autorizando um tratamento diferenciado (inferior) ao investidor estrangeiro. Ao invés disso, estabeleceu que o tratamento justo e equitativo deve ser observado a partir da ótica oposta, qual seja, a da máxima proteção possível ao investidor estrangeiro.¹⁹³

Assim, em comparação ao que se praticava antes do início dessa nova abordagem europeia, por um lado, a UE restringiu o direito dos investidores, como vimos no tocante à aplicação de uma análise ponderada para se verificar a existência de uma expropriação indireta e por outro, ela ampliou a proteção dada a estes mesmos entes na garantia do tratamento justo e equitativo. Esse comportamento corrobora a ideia de que a UE vem trabalhando interna e externamente para construir um posicionamento dominante na área de

¹⁹⁰ TITI, Catharine. op. cit. p. 655.

¹⁹¹ TITI, Catharine. **Police powers doctrine and international investment law**. In: General Principles of Law and International Investment Arbitration. Brill Nijhoff, 2018. p. 11. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3050417 Acesso em: 24 maio 2021

¹⁹² TITI, Catharine. op. cit. p. 6.

¹⁹³ TITI, Catharine. **International investment law and the European Union: towards a new generation of international investment agreements**. European Journal of International Law, v. 26, n. 3, 2015. p.657. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/26/3/639/2599588?login=true> Acesso em: 03 maio 2021

investimentos estrangeiros. Tanto no volume de negociações, que já era substancial mesmo antes de adquirir essa competência exclusiva, como nas propostas de reformas às regras internacionais sobre a matéria, consideradas fundamentais para que possa exercer esse papel de liderança e buscar de maneira propositiva sua missão de fortalecer os princípios e regras do Direito Europeu.

2.4.1 Particularidades sobre a atribuição de competências no âmbito desses acordos de nova geração

Conforme já abordado no capítulo anterior (itens 1.3.4. e 1.4.2.), a definição dos limites da competência exclusiva da UE em determinadas matérias ainda se mostra uma tarefa muito complexa. Embora seja inegável que o Tratado de Lisboa tenha contribuído significativamente para se ter mais clareza quanto aos limites de atuação da UE e dos Estados-membros, ainda há pontos controversos e que deverão ser alvo de reformas (internas e externas) para se caminhar rumo a uma representatividade ainda maior da UE enquanto organização supranacional.

Para além da definição de regras quanto à distribuição de competências entre a UE e Estados-membros, inclusive indicando um rol de matérias que estão sujeitas aos diferentes tipos de competência (exclusiva, partilhada e complementar) presentes entre os Artigos 2 e 6 do TFUE, o Tratado de Lisboa também apresentou dispositivos que visam ampliar essa representatividade externa da UE, especificamente com relação Investimento Estrangeiro Direto. Através do artigo 207 (1) do TFUE, este tipo de investimento foi incluído no âmbito da Política Comercial Comum e, por consequência, sob a competência exclusiva da UE.

Após algum período de debates e incertezas, dada a amplitude do termo “investimento estrangeiro direto”, este assunto foi amplamente escrutinado e definido pelo TJUE na Opinião 2/15, que apreciou dúvidas apresentadas pela Comissão Europeia acerca da possibilidade de celebração do Acordo de Livre Comércio entre a União Europeia (sem a participação dos Estados-membros) e Cingapura. Conforme já se apresentou de maneira mais detalhada (nos itens supracitados) do capítulo anterior, a Corte definiu que a UE de fato tem competência exclusiva para a negociação, celebração e também para a administração (pós celebração) de acordos que envolvam investimento estrangeiro direto¹⁹⁴. Porém, excluiu deste termo amplo dois institutos importantes, o Investimento Estrangeiro em Carteira¹⁹⁵ e os mecanismos de solução de controvérsias entre investidores e Estados (ISDS, sigla em

¹⁹⁴ Opinião 2/15 do TJUE de 16 de maio de 2017. Parágrafo 107. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=PT> Acesso em: 23 maio 2021

¹⁹⁵ Ibidem, Parágrafo 370.

inglês para Investor-state Dispute Settlement).¹⁹⁶ Esse esclarecimento sobre regras da competência partilhada acabou produzindo uma mudança na maneira como a Comissão celebra seus Acordos de Livre Comércio.

Dos oito principais acordos comerciais assinados pela UE nesse período de expansão, quatro se destacam por conterem capítulos de investimento e também as provisões inovadoras de solução de controvérsias. São eles: Canadá (CETA), México, Cingapura e Vietnam. O CETA foi assinado em 2015 e merece destaque pois foi ali que se inaugurou a ideia de um Sistema de Tribunais de Investimento (ICS, sigla em inglês para *Investment Court System*). Este sistema depois foi inserido nos outros acordos, inclusive nos que já existiam mesmo antes do CETA, como o acordo com o México, cuja primeira versão foi assinada em 2000.

Um estudo do Diretório Geral para Políticas Externas do Parlamento Europeu feito em 2015¹⁹⁷, que comparou os capítulos de investimento dos acordos com o Canadá e Cingapura com outros acordos bilaterais de Estados-Membros (Alemanha e Jordânia e Estados Unidos e Lituânia), reafirma a característica apontada anteriormente de que os novos acordos visam um melhor equilíbrio entre a proteção da propriedade privada de investidores frente à autonomia regulatória dos Estados. Mais do que isso, o estudo também aponta as principais áreas onde os referidos acordos trouxeram maiores inovações, são elas: mecanismos de consulta anteriores à arbitragem; a relação entre os mecanismos de ISDS e os remédios domésticos; o apontamento e conduta dos árbitros; alocação de custos; e regras de transparência.

A experiência com o CETA, mostrou-se bastante demorada e complexa, pois precisou ser assinado como um acordo misto, justamente por haver questões que não eram de competência exclusiva da União e, portanto, exigiam a ratificação por parte dos Estados-membros. Já nos casos dos acordos com Cingapura e Vietnam, optou-se pelo desmembramento do capítulo de investimentos, transformando-os em acordos separados para que todo o restante pudesse ser aprovado de maneira mais célere¹⁹⁸, passando apenas pelo procedimento previsto no Artigo 218 do TFUE, que envolve a Comissão, o Conselho e o Parlamento da União Europeia. De qualquer maneira, todos eles incorporando as inovações identificadas pelo referido estudo comparativo encomendado pelo Parlamento, sendo a de

¹⁹⁶ Ibidem, Parágrafo 298.

¹⁹⁷ PARLAMENTO EUROPEU. **The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective**. 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU\(2015\)534998_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU(2015)534998_EN.pdf)
Acesso em: 23 maio 2021

¹⁹⁸ SCHILL, S. op. cit. p. 110.

maior impacto nessa seara a que prevê a possibilidade de a UE poder definir anteriormente a qualquer procedimento arbitral, quem será o demandado, se a própria UE ou algum de seus Estados-membros.¹⁹⁹ Evitando assim o risco de interferência externa na divisão de responsabilidades entre a União e seus membros.²⁰⁰

Portanto, através i) da eliminação de certas vulnerabilidades e eventuais inconsistências da implementação de acordos de investimento com o Direito da UE; ii) da união de esforços para celebrar melhores acordos; iii) de regras que evitam impactos orçamentários oriundos de atribuição de responsabilidade financeira entre a União e os Estados-membros na de solução de controvérsias envolvendo a matéria de IEDs; iv) de um sistema de proteção aos Estados-membros que serve também (ou principalmente) para aumentar o poder de barganha em negociações externas; e, por fim, v) de um novo modelo de Acordos de Livre Comércio, temos a configuração de um cenário interno consideravelmente sólido para o auxiliar a UE a seguir buscando seu propósito constitucional de liberalização das barreiras comerciais, desenvolvimento sustentável e respeito aos direitos humanos em suas relações no âmbito externo. Contexto esse que apresenta obstáculos ainda mais complexos de serem vencidos, como será exposto no capítulo final a seguir.

¹⁹⁹ COMISSÃO EUROPEIA. **Comprehensive Economic And Trade Agreement (CETA)** Artigos 8-21. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf Acesso em: 24 maio 2021

²⁰⁰ PALCHETTI, P. **The Allocation of International Responsibility in the Context of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Established by EU International Agreements**. *European Business Law Review* 28.2, 2017. p. 192.

3 O CENÁRIO EXTERNO DA POLÍTICA EUROPEIA DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E SUAS NECESSÁRIAS REFORMAS

Como se tentou demonstrar até aqui, quanto à distribuição de competências e de atribuição de responsabilidade em matéria de Investimento Estrangeiro Direto, internamente, a União Europeia possui uma estrutura bastante organizada e detalhada que tem permitido, em ampla medida, o exercício dessas competências de maneira a manter-se fiel a sua missão de promover o desenvolvimento de seus Estados-membros. Em decorrência da Política Comercial Comum, a Política de Investimentos da UE busca melhorar a segurança do investidor europeu em mercados externos ao mesmo tempo que promove a atração de investimento estrangeiro de qualidade de maneira a fomentar desenvolvimento sustentável, estabelecendo padrões exigentes de cuidado com direitos trabalhistas e ambientais, assim com uma contribuição no reequilíbrio de forças e maior previsibilidade na solução de controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados.

Externamente, para que toda essa estrutura interna seja preservada e utilizada em sua máxima potência, a União Europeia participa ativamente²⁰¹ em diversas organizações internacionais que discutem e regulamentam acordos e relações jurídicas que versam sobre investimento estrangeiro, sendo essas as principais:

- a) OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, especificamente junto ao Comitê de Investimento;²⁰²
- b) UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, especificamente no Fórum Mundial de Investimentos;
- c) OMC – Organização Mundial do Comércio, especificamente no Comitê de Medidas de Mercado relacionadas a Investimentos (TRIMs, sigla em inglês para *Trade-related Investment Measures*);
- d) UNCITRAL – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, especificamente junto ao Grupo de Trabalho III que cuida da reforma do Sistema de Soluções de Conflito Investidor-Estado (ISDS);²⁰³

²⁰¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Investment**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/> Acesso em: 09 junho 2021

²⁰² Apesar de não contribuir financeiramente para a manutenção do órgão, a UE atua junto à OCDE através de uma delegação permanente composta por um embaixador e um corpo de diplomatas da Comissão Europeia. Estes servidores participam nos diversos comitês de trabalho, porém não possuem direito a voto em decisões sobre atos legislativos do Conselho da OCDE. A participação é bastante ativa e de fundamental importância, seja no fornecimento ou no acesso a dados e informações de interesse dos demais membros. Nem todos os Estados-membros da UE participam da OCDE.

²⁰³ Com relação à participação da UE no sistema da ONU (itens b; c; d), com exceção da Organização Mundial do Comércio na qual é a única Organização Internacional que detém direito de voto como membro integral, a União Europeia tem o status de observador permanente em praticamente todos os demais órgãos,

- e) ICSID – Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimento;²⁰⁴
- f) Tratado da Carta de Energia (Energy Charter), especificamente no que diz respeito aos métodos de solução de controvérsias entre investidor e Estado.²⁰⁵

Em que pese a importância de todas essas frentes e suas interdependências, diante do interesse específico deste trabalho, a atuação junto à OMC e à UNCITRAL são as que receberão maior atenção. No primeiro caso, quanto à OMC, se justifica, pois preliminarmente, cabe averiguar a suposição de que a Política Comercial Comum da UE representa um desvio a um sistema bilateral ou plurilateral que pode ameaçar o multilateralismo. Em seguida, cabe também identificar quais as implicações dessa participação da UE enquanto organismo internacional dentro da OMC e como se dá a convergência entre suas regras internas e as do sistema da OMC, especialmente no que tange a atribuição de responsabilidade internacional. Já no segundo caso, com relação às reformas nos ISDS, justifica-se a escolha por analisar as propostas no âmbito da UNCITRAL, pois, além de ser o segundo modelo mais utilizado mundialmente (atrás somente do ICSID - Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimento)²⁰⁶, é o que tem as propostas mais robustas de reforma, que podem corroborar a ideia de que o atual sistema é incompatível com as regras internas de competência e responsabilidade da UE.

Buscar-se-á demonstrar essas incompatibilidades através da apresentação das principais propostas da UE que visam corrigir obstáculos quanto ao acesso, previsibilidade e segurança destes sistemas. Inclusive no que diz respeito à legitimidade passiva/ativa da UE enquanto organização internacional e as vulnerabilidades que essa participação apresente ao Direito da União Europeia.

agências e convenções da Organização das Nações Unidas. No caso da UNCTAD, participa mais ativamente no Fórum Mundial de Investimentos como observador, podendo participar dos encontros bienais ao lado dos membros efetivos. Com relação a UNICTRAL, a UE atua com um protagonismo e interesse maior, coordenando os interesses de todos os seus Estados-membros junto ao órgão que são membros efetivos ou igualmente considerados observadores permanentes.

²⁰⁴ A Convenção da ICSID, a exemplo da ONU, só permite a filiação de Estados. Com exceção da Polônia, todos os demais Estados-membros da UE são signatários do ICSID. A União Europeia pode atuar como *Amicus Curiae* em procedimentos arbitrais nesse sistema.

²⁰⁵ Com exceção da Itália que detém status de observador, todos os Estados-membros inclusive a Própria União Europeia são membros efetivos da Carta de Energia.

²⁰⁶ Com dados atualizados em 31 de dezembro de 2020, de um total de 1104 casos, o sistema do ICSID foi utilizado em 654, enquanto o sistema da UNCITRAL em 351. Dados extraídos da ferramenta de busca da UNCTAD. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search>. Acesso em: 09 junho 2021

3.1 Reforma e Modernização do Sistema da OMC: ajuda ou ameaça ao multilateralismo?

Embora a OMC tenha sido estabelecida somente em 1995, a vertente do multilateralismo que esta organização busca fomentar, teve seu início em 1947. À época, diante do fracasso na tentativa de criação da Organização Internacional do Comércio, os países que participavam das negociações utilizaram-se de uma parte de seu instrumento constitutivo (a que versava sobre a Política Comercial) e assinaram o primeiro Acordo Geral em Tarifas e Comércio (GATT, sigla em inglês para General Agreement on Tariffs and Trade). Este acordo previa princípios de liberalização comerciais entre seus signatários e sua evolução se daria através de importantes rodadas de negociações. Até o surgimento da OMC, foram 8 rodadas, com diferentes abordagens, estratégias e um gradual aumento do escopo.²⁰⁷ As primeiras só previam concessões recíprocas de direitos aduaneiros de produtos industrializados, enquanto a última e mais abrangente, a Rodada do Uruguai, abarcou matérias como serviços, agricultura, um sistema de solução de controvérsias e a própria criação da Organização Mundial do Comércio.²⁰⁸

Assim, a OMC se estabeleceu para buscar 3 principais objetivos: i) oferecer oportunidades regulares nas quais os países pudessem se reunir para o estabelecimento de regras que favorecessem a liberalização do comércio e acesso aos mercados; ii) o estabelecimento de ferramentas técnicas e administrativas para uniformização da comunicação das políticas comerciais de seus membros, buscando transparência e previsibilidade para mudanças que possam ter algum impacto no comércio internacional; e iii) a criação de um fórum de solução de controvérsias.²⁰⁹ Ocorre que, diante da gradual ampliação do escopo das rodadas de negociação e dos desafios para o consenso entre o também crescente número de países signatários, o sistema começou a se mostrar cada vez mais complexo, lento e muitas vezes ineficaz.

Quanto ao primeiro objetivo, a falta de um processo legislativo coerente resulta em mudanças pouco significativas na modernização do sistema²¹⁰, que certamente desde 1995,

²⁰⁷ STELZER, J., DAS NEVES GONÇALVES, E. **Free Trade, Regionalismo E Comércio Justo: Da Exclusão À Inclusão Pelo Comércio Mundial**. Argumenta Journal Law, v. 1, n. 26. 2017. p. 380.

Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/870/pdf> Acesso em: 03 maio 2021

²⁰⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **The GATT years: from Havana to Marrakesh**.

Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm Acesso em: 09 junho 2021

²⁰⁹ BOWN, Chad P. **Mega-regional Trade Agreements and the Future of the WTO**. Global Policy, v. 8, n. 1, p. 107, 2017. Disponível em: <https://www.pii.com/system/files/documents/bown201609cfr.pdf> Acesso em: 09 junho 2021

²¹⁰ BOWN. C. op. cit. p. 108.

não acompanhou o rápido desenvolvimento do mercado internacional.²¹¹ Não raro, questões importantes pautadas para serem discutidas são eliminadas. Um exemplo disso ocorreu na Rodada de Doha (iniciada em 2001) na qual houve a exclusão justamente da matéria de contratos de investimento.²¹² Em relação ao segundo objetivo, pode-se dizer que é operante, porém seu resultado ainda é bastante questionável uma vez que o nível de transparência entre os órgãos estatais e a abertura ao monitoramento da OMC ou de ‘atores não estatais’ pode variar bastante a depender do Estado.²¹³ E por fim, no que toca o terceiro objetivo, a crise é ainda maior. Desde 2011, o sistema recursal veio sofrendo entraves até chegar à total paralisação no dia 30 de novembro de 2020, quando o mandato de seu último membro expirou.²¹⁴

Ainda quanto ao terceiro objetivo, por guardar relação mais estreita com o objeto de estudo deste trabalho, faz-se importante demonstrar quais foram os eventos e razões que levaram a este congelamento e quais as soluções (provisórias ou não) que já foram ventiladas no âmbito da OMC e também fora dela. De plano, pode-se dizer que a paralisação (em grande medida) se deve ao posicionamento intransigente do governo norte-americano frente a alguns pontos problemáticos do sistema recursal. Entre os principais estão a frequente inobservância do prazo para apreciação de recursos previstas no Artigo 17(5) do *Dispute Settlement Understanding* (DSU)²¹⁵ e também a crença de que alguns dispositivos das decisões eram inadequados por trazerem opiniões que interferiam em leis nacionais sem estar relacionadas ao cerne do litígio.²¹⁶

Em que pese essas falhas também fossem percebidas e criticadas por outros membros, inclusive pela própria UE, a atribuição da responsabilidade pela paralisação ainda

²¹¹ COMISSÃO EUROPEIA. **Concept Paper. WTO modernization:** Introduction to future EU proposals. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf Acesso em: 09 junho 2021

²¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Doha Development Agenda:** Doha Work Programme. Decision Adopted by the Council on 1 August 2004. WT/L/579. Paragraph 1 (g). Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm Acesso em: 09 junho 2021

²¹³ GHOSH, A. **Developing countries in the WTO trade policy review mechanism.** World Trade Rev., v. 9, pp. 450-451, 2010. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.829.8353&rep=rep1&type=pdf> Acesso em: 07 junho 2021

²¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Trade topics: Dispute Settlement – Appellate Body.** Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm Acesso em: 09 junho 2021

²¹⁵ O Dispute Settlement Understanding, anexo 2 do Acordo da Organização Mundial do Comércio, é documento que elenca as regras e procedimentos do sistema de solução de controvérsias. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm Acesso em: 11 junho 2021

²¹⁶ PARLAMENTO EUROPEU. **International trade dispute settlement WTO:** Appellate Body crisis and the multiparty interim appeal arrangement. PE 690.521. p. 3, 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690521/EPRS_BRI\(2021\)690521_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690521/EPRS_BRI(2021)690521_EN.pdf) Acesso em: 09 junho 2021

recai inteiramente sobre os EUA, pois desde a administração de Barack Obama, sendo continuada na administração de Donald Trump, o governo norte-americano aplicou bloqueios às nomeações de membros ao tribunal até que o último membro tivesse seu mandato expirado. A UE, ao lado de outros membros²¹⁷, adotou uma estratégia mais propositiva, atuando desde 2018 na construção de propostas de reforma e soluções para destravar o mecanismo de apelação.

O ponto de partida para a UE se deu na reunião de 28 junho de 2018 do Conselho Europeu. Nesta ocasião, decidiu-se pela emissão de um mandato à Comissão para que esta iniciasse um trabalho conjunto com outros parceiros internacionais alinhados aos propósitos da UE, a fim de se buscar uma modernização/melhoramento no funcionamento da OMC, em áreas cruciais, como:

i) negociações mais flexíveis, ii) novas regras para fazer face aos atuais desafios, nomeadamente no domínio das subvenções à indústria, da propriedade intelectual e das transferências de tecnologia forçadas, iii) redução dos custos das trocas comerciais, iv) uma nova abordagem do desenvolvimento, v) uma resolução de litígios mais eficaz e transparente, inclusive no que respeita ao órgão de recurso, com vista a assegurar condições de concorrência equitativas, e vi) reforço da OMC enquanto instituição, inclusive no que respeita à sua transparência e às suas funções de fiscalização.²¹⁸

Em setembro do mesmo ano, a Comissão publicou um documento no qual detalhava quais deveriam ser as principais regras que deveriam ser reformadas. Eles se dividiam em três áreas: i) criação de novas regras e desenvolvimento; ii) novas prática para aumentar transparência através de monitoramento, incentivos e sanções; e iii) reforma do sistema recursal a fim de destravá-lo e em seguida, melhorar substantivamente a aplicação das regras da OMC. Pouco mais de um mês depois, em 15 de outubro de 2018, encabeçados pelo embaixador neozelandês David Walker, após intensa colaboração com outros membros foi apresentada uma proposta, bastante alinhada com a proposta da Comissão, que apresentava soluções aos problemas que levaram os EUA a bloquear o sistema recursal, nomeadamente²¹⁹:

- a) obrigação para a observância do prazo máximo de 90 dias para a emissão do relatório do recurso;

²¹⁷ Austrália, Canadá, China, Islândia, Índia, Noruega, Nova Zelândia, México, República da Coreia, Cingapura e Suíça.

²¹⁸ CONSELHO EUROPEU. **Conclusões da Reunião do Conselho de 28 de junho de 2018. EUCO 9/18.** p. 7. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/35936/28-euco-final-conclusions-en.pdf> Acesso em: 12 junho 2021

²¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU. op. cit. p. 4.

- b) esclarecimentos de que recomendações presentes nos relatórios do órgão recursal não configuram obrigações perante acordos celebrados sob o sistema da OMC;
- c) esclarecimentos de que o sistema de solução de controvérsias da OMC não criaria precedentes, o que, em nome da previsibilidade e consistência, não impediria a consideração de relatórios correlatos anteriores;
- d) criação de regras de transição entre membros que permitissem uma melhor adequação dos trabalhos próximos ao fim de um determinado mandato, assim como um tempo mais adequado para sanar eventuais vacâncias.

Diante da não aprovação por parte dos EUA, a maioria dos autores da proposta, somados a outros membros²²⁰ iniciaram trabalhos para a implementação de soluções mais urgentes com relação ao sistema recursal. Em 30 de abril de 2020, o Tribunal Interino de Apelação (MPIA, sigla em inglês para Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement) que, em consonância ao Artigo 25 do DSU, teve início de suas atividades²²¹ permitindo, temporariamente, a continuidade de um método de resolução dos conflitos em sede de recurso através da arbitragem.²²²

Essa solução temporária, embora bem-vinda, claramente não abarca questões ainda muito prementes na modernização e consolidação do sistema da OMC. Dada a abrangência do órgão e as diferentes aspirações de seus membros, mesmo com a mudança do cenário político nos EUA (com a administração do republicano Joe Biden), sabe-se que o consenso para tais reformas não será algo fácil de ser conquistado. Sobretudo para assuntos como Investimento Estrangeiros, que como vimos, não foram sequer debatidos. Todo esse cenário acaba inevitavelmente contribuindo para que Estados e Investidores busquem alternativas para suas necessidades de contratação e também de solução de conflitos. O que, conforme suas próprias declarações e ações, não significa que sejam contrários à ideia do multilateralismo, mas sim que, diante de seus imensos obstáculos, há que se coordenar esforços de outra forma a fim de se alcançar a melhor liberalização comercial e articulação internacional²²³. Conclui-se, portanto, que apesar do exercício de sua Política Comercial

²²⁰ Austrália, Brasil, Canadá, China, Chile, Colômbia, Costa Rica, União Europeia, Guatemala, Hong Kong, México, Noruega, Nova Zelândia, Cingapura, Suíça e Uruguai.

²²¹ COMISSÃO EUROPEIA. **The WTO multi-party interim appeal arrangement gets operational.** Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2176> Acesso em: 09 junho 2021

²²² PARLAMENTO EUROPEU. op. cit. p. 5, 2021.

Disponível em:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690521/EPRS_BRI\(2021\)690521_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690521/EPRS_BRI(2021)690521_EN.pdf)

Acesso em: 15 junho 2021

²²³ DA SILVA, Alice Rocha. **O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais.** Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, 2014. p. 394.

Comum com notório envolvimento em acordos bi ou plurilaterais, este não pode ser entendido como contrário ao multilateralismo, mas sim uma via paralela diante de impossibilidades momentâneas ou circunstanciais.

A seguir, se tentará demonstrar que, ainda que por essa via paralela, ou futuramente com a implementação de tais propostas, ainda seria imprescindível que houvessem outras reformas diretamente ligadas às questões centrais da Política Europeia de Investimento Estrangeiro, especialmente no que se refere ao alinhamento das regras internas e externas de atribuição de responsabilidade em acordos comerciais e também de inovações que incluam a matéria de investimento no rol de atividades abrangidas pelo acordo da OMC.

3.1.1 As consonâncias entre a UE, a OMC e o Sistema Internacional da Comissão de Direito Internacional da ONU

Conforme já foi apontado anteriormente (Item 3.2), o sistema da OMC (ao contrário de outros como a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Comissão de Direito Internacional da ONU) parece aceitar sem maiores ressalvas um tratamento especial à UE enquanto organismo internacional. A começar pelo fato de que a UE é o único membro efetivo da OMC que não é um Estado propriamente dito. Esta condição de membro se dá desde a criação do órgão em 1995 e pode começar a ser explicada por algumas proximidades entre os dois organismos. O que, a contrário sensu, também explica o porquê de a ascensão ainda não ter ocorrido nas outras duas instituições.

Uma delas é a abertura que a UE tem tido ao longo de sua participação para decidir internamente, através do TJUE, quanto à aplicação ou não das regras desse sistema. Diversas decisões emitidas pelo órgão jurisdicional da UE²²⁴ apontam para uma certa flexibilidade por parte deste sistema em prol da proteção da “ordem comunitária em face de intervenções externas”.²²⁵ Outro fator determinante para esta simbiose se dá pelo fato de que, sobretudo depois do Tratado de Lisboa, quase a totalidade das matérias abarcadas pelo acordo da OMC recaem sob a competência exclusiva da UE. Faz-se importante registrar também que, mesmo antes de Lisboa, a então Comunidade Europeia (EEC, ECSC e EAEC) já era reconhecida como um membro originário e até mais relevante que os próprios Estados-membros,²²⁶ haja

²²⁴ CAPUCIO, Camilla. Aspectos jurídicos da participação da União Europeia na OMC: compreendendo sutilezas de um delicado enlace. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2018. p. 294-295. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5648> Acesso em: 15 junho 2021

²²⁵ Ibidem p. 302.

²²⁶ KUIJPER, Pieter Jan. *Attribution-Responsibility-Remedy: Some Comments on the EU in Different International Regimes*. Rev. BDI, v. 46, p. 9, 2013. Disponível em: <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2014/03/ACIL-2014-14-Attribution-PJK.pdf> Acesso em: 15 junho 2021

vista o procedimento de votos nas Conferências Ministeriais do órgão previsto no Artigo IX do Acordo da OMC.²²⁷

Para além do alinhamento em relação à competência exclusiva com relação ao conteúdo do acordo da OMC, o mútuo reconhecimento e a abertura para o afastamento da aplicabilidade das regras desse sistema em favor da proteção da ordem interna da UE, há uma outra característica importante que favorece a consonância entre os dois organismos. Trata-se da busca por conformidade entre a atuação de seus membros. O interesse dessas organizações é de que seus membros atuem mantendo o mais alto nível de integração e comprometimento na manutenção de seus regimentos. Isso requer não só a obediência quanto às regras estabelecidas, mas também esforços conjuntos em busca de objetivos comuns. Ao passo que a lógica fosse a da via indenizatória, a integração estaria ameaçada diante da tentação/abertura para que alguns Estados se contentassem em “pagar por seus pecados”²²⁸

Essa busca pela conformidade, tanto pela OMC quanto pela UE, é amparada pela regra geral referente aos meios de reparação prevista nos regimentos sobre Responsabilidade Internacional da Comissão de Direito Internacional da ONU (ILC, sigla em inglês para International Law Commission). Os artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos (tradução nossa de *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)²²⁹ e os Artigos sobre a Responsabilidade de Organizações Internacionais (ARIO, sigla em inglês para *Articles on the Responsibility of International Organizations*)²³⁰, apresentam um estrutura bastante similar no que diz respeito à:

- a) Conformidade (artigo 29 de ambos os documentos): as consequências jurídicas de um ato considerado internacionalmente ilícito, não afetam a continuidade do dever do Estado ou Organização Internacional de cumprir a obrigação violada.
- b) Cessação e não repetição (artigo 30 de ambos os documentos): diante da prática de um ato internacionalmente ilícito, nasce o dever de cessar o ato (caso ele seja contínuo) e, se for o caso, de oferecer garantias de não repetição do mesmo.
- c) Reparação (artigos 31 e 34 de ambos os documentos): além da previsão de poder ter natureza material ou moral (artigo 31), há a determinação das formas de reparação, nomeadamente, restituição, indenização e satisfação (artigo 34).

²²⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **WTO AGREEMENT**. Artigo IX (1). Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/wto_agree_art9_oth.pdf Acesso em: 10 junho 2021

²²⁸ KUIJPER, Pieter Jan. op. cit. p. 5

²²⁹ ONU. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf Acesso em: 10 junho 2021

²³⁰ ONU. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Articles on the Responsibility of International Organizations**. Disponível em: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83 Acesso em: 10 junho 2021

A partir da leitura dos Artigo 35 ao 37, que versam sobre as formas de reparação, extrai-se a regra de que os meios de reparação devem ser observados subsidiariamente, conforme a ordem com que foram apresentados. Ou seja, como regra, deve-se buscar a restituição da situação anterior ao dano. Sendo materialmente impossível, ou represente ônus desproporcional, deve-se buscar uma forma de indenizar o dano. Esta indenização alcança os danos financeiros e lucros cessantes que possam ser mensurados. Por fim, não sendo possível nenhum dos meios anteriores, está previsto o meio de reparação por satisfação, que envolve o reconhecimento da violação, expressão de arrependimento, um formal pedido de desculpas ou outra modalidade apropriada que não configure desproporção com o tamanho do dano ou situação humilhante ao Estado responsável pelo ato ilícito.

Assim, da combinação dessa consonância em torno da busca por conformidade e da regra geral de restituição no âmbito do Direito Internacional, supõe-se que a mesma abordagem (baseada nas regras de competência) utilizada internamente pela UE, seria amplamente recepcionada pela OMC.²³¹ Isto é, sendo quase toda a matéria do acordo da OMC pertencente à competência exclusiva da UE, esta seria a única demandada em eventuais litígios provenientes desse acordo. Todavia, para além da questão de distribuição de competência, as regras postas pela ILC com relação às responsabilidades das Organizações Internacionais (ARIO) devem ser suplementadas pela definição de quem deve ser atribuída a conduta do ato ilícito.²³² O que, diferentemente da análise anterior quanto à distribuição de competência, não é tarefa fácil e poderia reduzir significativamente as chances de a UE poder atuar exclusivamente em litígios no âmbito da OMC, conforme será exposto a seguir.

3.1.2 As dissonâncias entre a UE e a OMC e o Sistema Internacional da Comissão de Direito Internacional da ONU

Reforçando o que já foi explanado anteriormente (parte final do item 3.2) sobre o ARIO, temos que este conjunto de regras estabelece, entre outras coisas, que a atuação de órgãos ou agentes de uma determinada organização (Artigo 6) e também, por extensão, um ato de um órgão de um Estado-membro, desde que atue sob efetivo controle da referida organização (Artigo 7), devam ser atribuídos à referida organização. Regras que, em uma primeira análise, aparentam resolver a questão da atribuição de responsabilidade entre atos

²³¹ KUIJPER, Pieter Jan et al. **EU international responsibility and its attribution**: from the inside looking out. In: EVANS, Malcolm; KOUTRAKOS, Panos (Ed.). *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*. Bloomsbury Publishing, 2017. p. 35-36.

²³² DURÁN, Gracia Marín. **Untangling the International Responsibility of the European Union and Its Member States in the World Trade Organization Post-Lisbon**: A Competence/Remedy Model. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 3, p. 704, 2017. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/28/3/2798.pdf>
Acesso em: 18 junho 2021

da União e seus órgãos e dos Estados-membros e seus órgãos. Ocorre que pelas peculiaridades do funcionamento da UE, este atrelamento é difícil de ser identificado. Isso porque, sintetizando a ideia explorada no primeiro capítulo deste trabalho, sabe-se que, em que pese nos Artigos 3 a 6 do TFUE haja a distribuição de matérias gerais que são de competências exclusiva da União, outras de competência partilhada e outras nas quais a União só deve apoiar ou coordenar, é somente nos detalhes de como cada matéria de fato é regulada (fontes primárias ou secundárias do Direito da UE) que se pode fazer a atribuição em casos concretos.

E mesmo em matérias que não haja dúvida quanto à competência exclusiva, outras peculiaridades dificultam este atrelamento. Isso porque, mesmo neste tipo de competência, a União age muito mais através dos órgãos de seus Estados-membros do que autonomamente. Um exemplo é a própria Política Comercial Comum, na qual somente poucas partes estariam abarcadas pelo Artigo 6 do ARIO²³³, restando a grande maioria sob a tutela do Artigo 7, assumindo assim a ideia de que se poderia considerar o ato de um órgão de um Estado-membro como um ato indireto da UE. Porém, esta ideia está longe de estar pacificada. Se, por um lado, Estados terceiros têm o direito de saber antecipadamente quem dentro da estrutura da União (a própria UE, um de seus órgãos ou um Estado-membro) deverá assumir responsabilidade diante de qualquer ato ilícito, por outro, esse direito certamente não inclui a interferência em como a distribuição interna de responsabilidades deve ocorrer.²³⁴

Diante disso, o caminho escolhido pela UE para se alcançar um cenário mais previsível e seguro para os envolvidos no âmbito da atribuição de responsabilidade é a do reconhecimento de uma *lex specialis* aplicada ao seu caso no âmbito do ARIO. Por um lado, autores como Hoffmeister acreditam no reconhecimento dela regra especial, a qual defende que a responsabilidade internacional da UE e de seus Estados-membros devem seguir a lógica da distribuição de competências internas entre eles. Embora reconheça que sua ótica está sujeita a um certo grau de questionamento, o autor sugere o uso de três critérios para se determinar a atribuição de responsabilidade por um ato ilícito, são elas:

- a) Quem de fato executou o suposto ato ilícito?
- b) Quem possui o poder legal(competência?) para pôr fim ao ato ilícito?
- c) Quem tem a obrigação internacional em relação ao ato ilícito?

²³³ HOFFMEISTER, Frank. **Litigating against the European Union and Its Member States**—Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 3, p. 740, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/21/3/723/508641?login=true> Acesso em: 19 junho 2021

²³⁴ KUIJPER, Pieter Jan et al. op. cit. p. 69

Em que pese o autor indique, a depender do âmbito jurisdicional no qual o ato ilícito foi julgado (OMC, TJUE, UNCLOS), alguns exemplos nos quais um ou outro critério tenha sido desconsiderado ou mitigado, ele acredita que, no mínimo, essas práticas indicam uma substancial abertura para a aceitação de uma regra especial para a UE.²³⁵

Por outro lado, outros autores como Palchetti e Durán acreditam que esta *lex specialis*, embora possível de ser estabelecida, não seria facilmente identificada através de tais critérios ou mesmo através do que se tem hoje positivado nos comentários do Artigo 64 do ARIO que supostamente confirmaria a existência desse tratamento especial. Esses autores acreditam que estes elementos não abrangem toda a complexidade das relações internas da UE e seus Estados-membros e também, muito provavelmente de outras organizações internacionais e seus Estados-membros. Em outras palavras, carecem de aprimoramentos para surtir o efeito desejado.²³⁶ Um questionamento bastante plausível e que sugere essa impraticabilidade é sobre o quão factível se mostra a tentativa da criação de regras gerais para as Organizações Internacionais, dada suas inúmeras peculiaridades. Na mesma esteira, não sendo possível colocá-las sob um único guarda-chuva, seria possível dividi-las em categorias para então criar regras para cada uma delas? A resposta que se extrai é que tal criação seria provavelmente ineficaz. Isso porque, em grande medida, o que se vê nessas tratativas do ARIO são ações voltadas a pacificar as questões relacionadas à UE e não a todas as Organizações Internacionais. E que, portanto, a regra especial definida nos moldes da UE, certamente não resolveria questões específicas de outras organizações.²³⁷

Portanto, não importa o quão atuante e exitosa a UE tenha se saído em suas negociações frente à OMC, não se pode considerar essa auto caracterização como organização *suis generis* seja suficiente para preencher essa lacuna. Ela só será preenchida de fato com o reconhecimento de todos (ou ao menos a maioria) dos outros atores internacionais envolvidos.²³⁸ Além disso, faz-se mister lembrar que ela não é o único entrave, há que se destacar também (novamente) a extrema necessidade de se incluir a matéria de Investimento Estrangeiro, excluída da *Doha Development Agenda*²³⁹ e também as eventuais modificações que estas inovações acarretarão aos regulamentos internos da UE e regras de Direito Internacional.

²³⁵ HOFFMEISTER, Frank. op. cit. p. 746.

²³⁶ DURÁN, Gracia Marín. op. cit. p. 706

²³⁷ PALCHETTI, Paolo. **Unique, special, or simply a primus inter pares?** The European Union in international law. 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/29/4/1409/5320154?login=true>
Acesso em: 15 junho 2021

²³⁸ Ibidem. p. 1416

²³⁹ A *Doha Development Agenda* é o documento criado ao final da IV Conferência Ministerial em Doha, Qatar, em 2001, no qual está registrado o compromisso em iniciar novas negociações em diversas frentes.

O preenchimento dessa lacuna, ou ao menos a suavização de suas dissonâncias, virá do contínuo exercício de negociação e acordos entre as partes, seja em um ambiente puramente multilateral ou mediado por relações pluri ou bilaterais. Em paralelo, como foi visto nos dispositivos estudados do ARIIO, percebe-se que a superação da ideia de que somente os Estados podem ser responsáveis por atos de seus órgãos ou agentes²⁴⁰ também contribuirá para a definição de um novo cenário internacional com relação às regras de comércio.

Nesta primeira parte, buscou-se mostrar umas das mais bem sucedidas empreitadas da UE e de seus Estados-membros na projeção de suas regras e estrutura interna no campo internacional e quais as principais lacunas que ainda devem ser preenchidas para que se possa atingir uma compatibilidade total entre a Política Europeia de Investimento Estrangeiro, com as regras internacionais do Sistema da OMC e ILC. A seguir, serão analisadas outras frentes onde não se encontra a mesma abertura e possibilidade de encaixe, como no caso da reforma do Sistema de Soluções de Conflito Investidor-Estrangeiro (ISDS), ou que as propostas ainda se encontram em um estágio praticamente embrionário, como no caso da proposta da UE para a criação da Corte Multilateral de Investimentos.

3.2 Reforma e modernização do Sistema de Soluções de Conflito Investidor-Estado (ISDS) no âmbito da UNCITRAL

Uma das principais diferenças entre o Sistema da OMC e os sistemas de ISDS é que o primeiro é voltado para a atuação de Estados contra Estados ou Organizações Internacionais, e o segundo é primordialmente voltado a litígios entre Investidores e Estados. Uma das implicações práticas disso é que no primeiro caso, o litígio envolve questões que na maioria das vezes serão sanadas por adequações de políticas gerais entre os envolvidos, enquanto no segundo caso, certamente será um caso envolvendo uma questão legal específica, com desdobramentos jurídicos mais concretos e complexos.²⁴¹ Mais especificamente, nos sistemas de ISDS a regra geral é a de reparação monetária do dano, enquanto no sistema da OMC, conforme explorado anteriormente, a regra é a da restituição da situação anterior e da conformidade entre as partes.²⁴² Para a União Europeia, um sistema

²⁴⁰ CASTELEIRO, Andrés Delgado. **The international responsibility of the European Union: from competence to normative control.** Cambridge University Press, 2016. p. 79.

²⁴¹ ECKES, Christina et al. **International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?.** Centre for the Law of EU External Relations (CLEER), 2016. p. 15.

²⁴² DURÁN, Gracia Marín. **The EU and its Member States in WTO Dispute Settlement: A 'Competence Model', or a Case Apart, for Managing International Responsibility?** In: M. Cremona, A. Thies and R. Wessel (eds.), *The EU and International Dispute Settlement* (Hart Publishing, 2016). p. 26. 2015. Disponível em: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10028174/1/Marin->

que trabalhe na lógica da reparação do dano, sobretudo pelo volume dos acordos desta natureza, implica não só em um risco maior em assumir tais responsabilidades externamente, como também coloca em risco algumas relações entre seus Estados-membros no que diz respeito ao cumprimentos de regras internas, como no caso do Regulamento (UE) 912/2014. Como visto anteriormente, a compatibilidade das regras de competência internas da UE se adequam muito mais facilmente a um sistema que busca conformidade e unidade em relações entre Estados e Organizações Internacionais, do que a outro com foco na reparação financeira do dano e em sua maioria envolvendo a participação de agentes não estatais.

Nesta esteira, em 2017, no âmbito da UNCITRAL, formou-se o Grupo de Trabalho III (GT3), que recebeu a incumbência de avaliar a necessidade de reforma do sistema de ISDS existente. Entre a primeira sessão em novembro de 2017 e a última (ocorrida em 4 de maio de 2021), o grupo se reuniu em duas sessões de uma semana de trabalho a cada ano e buscou: em uma primeira fase (até abril de 2018), identificar os principais problemas do sistema atual; e, em uma segunda fase (até outubro de 2018), coletar as razões de seus membros sobre a necessidade ou não de qualquer reforma no sistema. A partir do consenso entre os membros no sentido de se confirmar a necessidade de reforma²⁴³, em abril de 2019, iniciou-se a terceira fase (ainda em andamento), na qual os Estados e Organizações Internacionais participantes, passaram a submeter propostas para serem discutidas no âmbito da comissão. Em que pese se diferenciasssem ligeiramente na forma, nota-se que, de maneira geral, as propostas mais pontuais se complementam e as mais sistêmicas, como a apresentada pela UE, nada mais são do que uma compilação das demais.²⁴⁴ A combinação dessas propostas em uma abordagem mais abrangente se justifica pois, segundo o pronunciamento da Comissão Europeia submetida durante a quarta sessão de trabalho em abril de 2018, os problemas do sistema atual são “entrelaçados e sistêmicos” e que atacar apenas um ou outro não resolveria o problema.²⁴⁵

Há consenso entre os membros participantes do GT3 que os principais vícios do sistema atual são:

Duran [EU%26MS%20in%20WTO%20Dispute%20Settlement%20-%20DRAFT%2022062015.pdf](#) Acesso em: 18 junho 2021

²⁴³ UNCITRAL. **Draft Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform)** on the Work of Its Thirty-Sixth Session. UN Doc No A/CN.9/964 (6 November 2018). Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964> Acesso em: 18 junho 2021

²⁴⁴ UNCITRAL. Working Group III: **Investor-State Dispute Settlement Reform**. Working Documents. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state Acesso em: 18 junho 2021

²⁴⁵ UNCITRAL. Working Group III: **Investor-State Dispute Settlement Reform**. Working Documents. **Submission from the European Union and its Member States**. p. 4. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> Acesso em: 18 junho 2021

- a) Falta de consistência, coerência, previsibilidade e correição das sentenças arbitrais provenientes de Tribunais de ISDS. Especialmente no que diz respeito a interpretações inconsistentes sobre provisões em Tratados, uma vez que a maioria dos acordos não prevêem mecanismos que possam sanar tais vícios;²⁴⁶
- b) A aparente imparcialidade dos próprios árbitros. Neste quesito, destaca-se a adequação, efetividade e transparência no dever de revelação seus possíveis remédios, assim como a falta de uma “diversidade apropriada” na composição das câmaras;²⁴⁷
- c) Custo e duração dos procedimentos. Sendo o problema mais amplo e impactante, pela análise do GT3, foram identificadas três razões principais que podem influenciar diretamente nos custos: i) aquelas que fogem do poder de controle das partes (complexidade do caso, por exemplo); ii) aquelas que podem ser corrigidas com melhorias nas regras processuais (prazos e afins); e iii) aquelas que necessitariam de reformas mais abrangentes (como apontamento de árbitros e regras de precedentes). Ao mesmo tempo que se declarou a necessidade de reforma para atacar a problemática de tempo e custo, registrou-se que nenhuma reforma dessa natureza deveria ser feita em detrimento de um procedimento de qualidade, transparente e em conformidade com o devido e justo processo.²⁴⁸

Porém, além desses os alvos declarados nas propostas de reformas que serão apresentadas ao longo as próximas reuniões da Comissão, há outros problemas não expressamente declarados no âmbito do GT3, mas que seguramente influenciaram o início do processo de construção do novo modelo. Entre eles, destaca-se a falta de lastro institucional que esse sistema tradicional de ISDS (presentes em muitos dos BITs dos Estados-membros ainda válidos e também nos acordos da UE com Canadá e Cingapura) tem com diferentes sistemas judiciais domésticos e seus respectivos direitos, princípios, legitimidade ou independência.²⁴⁹ Isso pode representar uma ameaça a estrutura constitucional de alguns Estados ou Organismos pois, além de seus procedimentos não serem obrigatoriamente abertos à participação pública, seguem a lógica pautada na autonomia das partes. Lógica esta que não apresenta problemas quando se tem nos polos de uma determinada lide dois entes privados. Entretanto, no caso em tela, esta mesma lógica se

²⁴⁶ UNCITRAL. **Draft Report of Working Group III** (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Sixth Session. UN Doc No A/CN.9/964 (6 November 2018). Parágrafos 40, 53, 63. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964> Acesso em: 18 junho 2021

²⁴⁷ Ibidem, Parágrafos 83, 90, 98, 108.

²⁴⁸ Ibidem, Parágrafos 123, 127, 133.

²⁴⁹ ECKES, Christina et al. **International Rulings and the EU Legal Order**: Autonomy as Legitimacy?. Centre for the Law of EU External Relations (CLEER), 2016. p. 22.

mostra problemática por envolver de um lado o Poder Executivo dos Estados e de outro (em sua maioria) Empresas Multinacionais, que acabam recebendo em um tratamento mais privilegiado do que se o litígio fosse tratado pelo sistema judicial doméstico.²⁵⁰ Ou seja, o sistema atual torna qualquer Estado-membro e sobremaneira a UE mais vulneráveis/suscetíveis a reveses que não aconteceriam em procedimentos que observassem as garantias e características de seu sistema jurisdicional, ou mesmo em um outro sistema mais previsível ou estruturado. Decorre daí a não abertura da UE em assumir total responsabilidade no sistema ISDS, assim como faz no da OMC, por exemplo.²⁵¹

Como resposta a esse conjunto de falhas identificadas, a UE submeteu sua contribuição para ser escrutinada e melhorada durante a continuação dos trabalhos do GT3. Resumidamente, trata-se da criação da Corte Multilateral de Investimento (MIC, sigla em inglês para Multilateral Investment Court), um mecanismo de duplo grau de jurisdição de estrutura permanente e com “arquitetura aberta”. Quanto às duas primeiras características, que não requerem muita explanação sobre seus significados, pode-se facilmente estabelecer uma conexão com os três principais problemas elencados. Já a última, faz-se necessário explicar preliminarmente o que ela significa, para então, explicar como ela poderia ser aplicada.

A expressão “arquitetura aberta” é utilizada pela UE para representar uma estrutura que permitiria aos signatários, mais de um caminho processual possível, dentro de um sistema único. Essa flexibilização representa mais uma necessidade do que uma vontade por parte da UE. Isso porque seria muito pouco provável que um modelo de rota única obtivesse anuência de um grande número de Estados em função de seus diferentes posicionamentos políticos acerca da administração de seus acordos de investimento.²⁵² Assim, não obstante as ressalvas da UE quanto a possíveis ineficácias dessas rotas alternativas, previu-se, por exemplo, a possibilidade de um determinado signatário optar por utilizar o novo sistema somente em litígios entre Estados (e não entre Investidor e Estado), ou utilizar somente a instância recursal, ou ainda, utilizar somente a primeira instância (mais próximo ao modelo atual).²⁵³ Além da preocupação com a maior adesão possível entre os Estados, estão previstas medidas para se permitir a mais ampla aplicação possível desse novo sistema. Por isso, foram

²⁵⁰ ECKES, Christina et al. op. cit. p. 23.

²⁵¹ ECKES, Christina et al. op. cit. pp. 30-31.

²⁵² SCHILL, Stephan W.; VIDIGAL, Geraldo. **Designing investment dispute settlement à la carte: insights from comparative institutional design analysis.** The Law & Practice of International Courts and Tribunals, v. 18, n. 3, p. 6, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519259 Acesso em: 18 junho 2021

²⁵³ UNCITRAL. Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Working Documents. **Submission from the European Union and its Member States.** Parágrafo 39. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> Acesso em: 19 junho 2021

elencados alguns modelos/mecanismos já testados que não só permitiriam tais rotas alternativas, como também possibilitariam que o novo sistema assumisse o lugar dos sistemas atuais em todos os acordos de investimento existentes e obviamente os acordos futuros, conforme adesão de cada signatário. Para celebrações de acordos de investimento futuros, feitas após a criação da MIC, essas escolhas poderiam ser feitas diretamente no texto do acordo, atribuindo a este uma determinada rota dentro da estrutura do novo sistema. Sem prejuízo a este tipo de adesão, para os acordos pré-existentes, é sugerida uma adesão por uma Convenção de *Opt-in*, que deveria prever também a possibilidade de aderir a determinadas rotas, evitando assim que seja necessário efetuar emendas/atualizações aos milhares de acordos vigentes. Faz-se importante frisar que este mecanismo afetaria somente as disposições relacionadas à utilização da nova estrutura, sem alterar outras disposições substantivas, como por exemplo, sobre jurisdição e admissibilidade.²⁵⁴

Essa combinação do primeiro instrumento (que instituiria a MIC) e do segundo (quanto ao mecanismo de *opt-in*) tem sido pensada seguindo o modelo utilizado na Convenção da Maurícia (Mauritius Convention) que foi o instrumento que possibilitou a extensão das Regras de Transparências para Acordos de Investimento da UNCITRAL (válidas originalmente para acordos que fossem assinados de 2014 em diante), para todos os acordos pré-existentes. Essa estratégia da Convenção *Opt-in* de fato pode ser uma saída para se evitar a alteração individual de milhares de acordos pré-existentes, enquanto torna o sistema flexível para a adesão de um número maior de Estados.²⁵⁵ Porém ela ainda suscita inúmeras dúvidas sobre sua aplicabilidade que certamente serão discutidas internamente pela UE e externamente, na continuidade da avaliação das propostas no âmbito do GT3.

Uma primeira delas, relacionada exclusivamente à UE, envolve justamente a possibilidade da mera assinatura da Convenção. Em que pese a UE já tenha iniciado a inserção das regras previstas em seus acordos internacionais de investimento e não tenha nenhum acordo desta natureza anterior a 2014, ela está impedida de assinar a convenção. A Comissão enviou proposta nesse sentido pedindo uma decisão do Conselho²⁵⁶, que se encontra bloqueada por alguns Estados-membros (somente oito deles assinaram o documento

²⁵⁴ POTESTA, Michele; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?**—Analysis and Roadmap. Analysis and Roadmap (June 3, 2016), 2016. p.76 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455511 Acesso em: 19 junho 2021

²⁵⁵ Ibidem. p. 94.

²⁵⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de DECISÃO DO CONSELHO relativa à assinatura, em nome da União Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre a transparência da arbitragem entre os investidores e o Estado baseada nos tratados (COM/2015/021 final - 2015/0013 (NLE))**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0021&from=EN> Acesso em: 18 junho 2021

e até o momento não houve nenhuma ratificação)²⁵⁷ em razão de divergências políticas e de entendimento sobre as regras de transparência, assim como por preocupações em relação à distribuição de competência. Sobre esta última, o Conselho entende que a Convenção da Maurícia envolve tanto IED quanto IEP e que por conta disso, deveria ser assinada como um acordo misto pela UE e seus Estados-membros. Além disso, por força do Regulamento (UE) 1219/2012 que permitiu a manutenção dos BITs pré-existentes assinados diretamente pelos Estados-membros, estes também deveriam assiná-la, a fim de que seus efeitos alcançassem tais acordos.²⁵⁸

Já externamente, as dúvidas pairam sobre como a implementação da Convenção *Opt-in* seria compreendida no âmbito da Regras de Direito Internacional no que diz respeito a possíveis conflitos de regras com os BIT ou Acordos de Investimento Estrangeiro anteriores. A principal delas seria se a Convenção *Opt-in* seria compreendida como um acordo subsequente, que cria novas regras, ou como um acordo sucessivo, que modifica as regras nos acordos anteriores. Isso alteraria a forma como qualquer conflito entre os acordos seria resolvido à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Se fosse considerado um acordo subsequente, estaria sujeito às regras previstas na Parte IV da referida Convenção e exigiria negociações e concordância específica das partes quanto às mudanças pretendidas. Caso contrário, estaria sujeito às regras presentes no Artigo 30 do mesmo documento, que definem que a simples adesão já seria suficiente para considerar o novo acordo como alterado e vigente entre as partes.

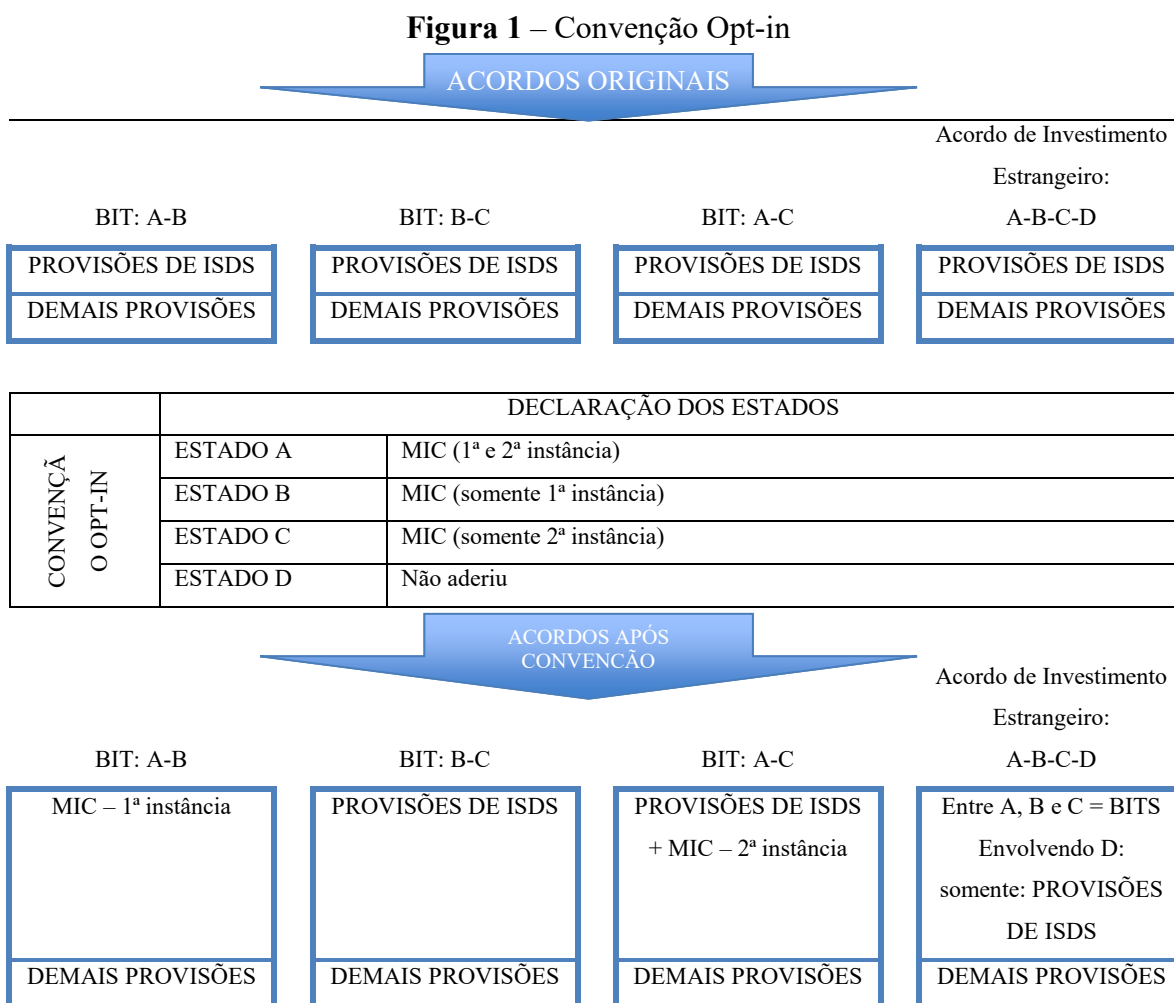
Neste último caso, cabe ainda esmiuçar que pode haver dois cenários distintos. No primeiro, caso todas as partes do acordo original sejam também signatárias da Convenção *Opt-in*, esta irá prevalecer em relação ao acordo anterior. Isto é, as regras de ISDS presentes no acordo original se aplicam somente na extensão que forem compatíveis com as regras previstas da Convenção *Opt-in*. E no segundo, caso um dos signatários do acordo original não ratifiquem a Convenção *Opt-in*, as disposições presentes no acordo original continuarão vigentes entre este e os demais que a ratificaram. Em suma, a Convenção *Opt-in* só surtirá efeitos no acordo original entre seus signatários, permitindo a maior abertura possível para que os Estados adiram à proposta que melhor se encaixar com sua prática comercial externa.

²⁵⁷ UNCITRAL. **United Nations Convention On Transparency In Treaty-Based Investor-State Arbitration**. New York, 10 December 2014. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXII/XXII-3.en.pdf> Acesso em: 18 junho 2021

²⁵⁸ PARLAMENTO EUROPEU. At a Glance: **UN Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration**. 1 February 2016. p. 2. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/573948/EPRS_ATA\(2016\)573948_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/573948/EPRS_ATA(2016)573948_EN.pdf) Acesso em: 18 junho 2021

Embora esta abordagem não elimine de vez as vulnerabilidades do atual sistema criando um cenário completamente novo, ela representa benefícios (principalmente aos países e organizações que mais celebram acordos de investimento) algum avanço no sentido de minimizar as ameaças mais prementes apontadas anteriormente.

A flexibilidade dessa arquitetura aberta pode ser sintetizada em um quadro exemplificativo de como a Convenção Opt-in influenciaria acordos originais no que diz respeito ao modelo de ISDS:



Fonte: Compilação do autor²⁵⁹

Uma vez elencadas as características gerais da proposta do novo sistema de ISDS que a UE pretende implementar, a seguir tratar-se-á das mudanças mais específicas que serão necessárias, agrupadas conforme os vícios identificados na fase inicial do GT3 que elas visam sanar.

²⁵⁹ Compilação a partir de slides de autoria de Michele Potestà do Center for International Dispute Settlement, apresentados no Webinar UNCITRAL / ISDS em 23 de April de 2020. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/potesta_cids_en.pdf

3.2.1 Previsibilidade e Consistência

A falta de previsibilidade e consistência do resultado das disputas feitas sob as regras do sistema atual é considerada pela UE o principal problema do modelo atual. Neste sistema, devido a sua característica *ad hoc*, as partes não podem se pautar em decisões anteriores para prever qual o entendimento geral sobre determinado assunto. Ao passo que se partisse para uma estrutura permanente, identificada a devida correlação/semelhança, em alguma medida as decisões gradualmente ganhariam traços de continuidade e coesão com decisões anteriores e contribuiriam para a solução deste problema. O que seria desejável, uma vez que é notória a suscetibilidade do sistema do ICSID e outros sistemas de ISDS a discrepâncias de decisões em casos similares.²⁶⁰

Neste sentido destacam-se as propostas específicas para se criar a estrutura de duplo-grau de jurisdição e de um quadro de juízes permanentes. A primeira instância atuaria de maneira similar aos tribunais arbitrais atuais, conforme um regimento próprio, sendo responsável principalmente pela condução da parte inicial da disputa, identificação da lei que deve ser aplicada ao caso e seus devidos encaminhamentos para a solução do caso. Além disso, deveria atuar sob demanda do tribunal de apelação, reformando ou executando determinados procedimentos de sua competência. A segunda instância, por sua vez, atuaria em apelações das partes nos casos de erro da identificação ou aplicação da lei aplicável, assim como erros manifestos da apreciação dos fatos. Além de não atuar como instância de reanálise dos fatos, foi proposto a construção de mecanismos que impedissem recursos meramente protelatórios, como por exemplo o pagamento de garantias e outros custos relacionados.²⁶¹

3.2.2 Imparcialidade dos Julgadores

Centrada na solução de questões éticas identificadas no atual sistema, o poder de escolha dos julgadores sairia das mãos das partes. Isso resolveria problemas com a repetição de indicações de um determinado árbitro e na diminuição da ocorrência de conflitos de interesses quando um julgador também atua com consultoria/assessoria a Estados ou Investidores. Como ainda será possível que os signatários indiquem julgadores para a MIC (além de candidaturas diretas), para evitar que, mesmo em menor medida, esse tipo de

²⁶⁰ DIEL-GLIGOR, Katharina. **Towards consistency in international investment jurisprudence: a preliminary ruling system for ICSID arbitration.** Brill, 2017. p. 164.

²⁶¹ UNCITRAL. Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Working Documents. **Submission from the European Union and its Member States.** Parágrafos 13-15. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> Acesso em: 18 junho 2021

problema ocorra também no novo sistema, propôs-se a criação de um mecanismo de avaliação das candidaturas à MIC que será formado por pessoas com notório conhecimento do tema, como por exemplo, o Presidente da Corte Internacional de Justiça, ou outros juízes de Cortes Supremas, nacionais ou internacionais.²⁶²

Após a escolha, haveria a obrigatoriedade de atuação integral e exclusiva junto à MIC (não sendo possível a atuação em outros tribunais ou como consultorias ou assessorias relacionadas à matéria de investimento), por um mandato de longo prazo, determinado e sem a possibilidade de renovação. Outras inovações envolvem a busca perfil mais exigente dos julgadores no que diz respeito ao conhecimento de Direito Internacional Público e uma atenção maior para se alcançar uma composição mais diversa com relação a gênero e origem. Por fim, de acordo com a proposta, seria necessária a implementação de regras claras para a distribuição das disputas dentro da MIC a fim de não ser possível que nenhuma das partes possa prever qual julgador será designado para o seu caso.²⁶³

3.2.3 Custo e Duração

Praticamente todas as medidas mencionadas anteriormente já contribuem direta ou indiretamente para minimizar os problemas de custo e duração. Entre estas, uma que merece destaque é a do quadro de julgadores por mandato em detrimento do esquema de apontamento *ad hoc* que ocorre hoje em dia. Levando em consideração os dados mais recentes que se tem disponíveis (2015-2017), o apontamento de árbitros no sistema do ICSID leva em média 258 dias.²⁶⁴ Este tempo é muito maior do que o prazo regulamentar máximo de 90 dias previsto no Artigo 38 da Convenção do Órgão²⁶⁵ e, sem dúvida, maior do que no caso de outros órgãos que possuem quadro permanente de julgadores. Mas ainda há outras medidas propostas que visam diminuir custo e duração dos procedimentos. Elas envolvem a eliminação de algumas regras que causam suspensão dos procedimentos e, outra questão delicada de conflito de interesses, também os benefícios financeiros ao julgador quanto mais longo for o procedimento. Com a remuneração fixa e equiparada aos principais tribunais internacionais, não haveria interesse por parte do julgador de qualquer procedimento

²⁶² UNCITRAL. Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Working Documents. **Submission from the European Union and its Member States**. Parágrafos 47-50. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> Acesso em: 19 junho 2021

²⁶³ Ibidem. Parágrafos 22-24.

²⁶⁴ ICSID. **Proposals for Amendment of the ICSID Rules** — Working Paper 1. Volume 3. 2018. p. 902. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf Acesso em: 19 junho 2021

²⁶⁵ ICSID. **Convention, Regulation and Rules**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> Acesso em: 19 junho 2021

demasiadamente extenso e/ou que não seja fundamental para o esclarecimento dos fatos.²⁶⁶ E por último, com essa estrutura permanente, a partir de um conjunto consistentes de julgados de uma determinada matéria, tornar mais célere o julgamento de casos similares ou até as respectivas análises de admissibilidade. O que, hoje, diante da imprevisibilidade do sistema atual, trabalha de maneira inversa, aumentando a chance de uma solução diferente justamente pela não obrigatoriedade de se vincular a nenhum outro tipo de precedente.²⁶⁷

Ainda estariam previstos outros instrumentos que auxiliariam na mitigação dos principais pontos tratados acima, como a oferta de suporte institucional para a aplicação de métodos de solução dos conflitos através de conciliação e mediação; assistência financeira a países em desenvolvimento através de suporte durante os procedimentos e, também, com relação ao financiamento desta nova estrutura, que seria feita a partir de contribuições de seus signatários e taxas e outros pagamentos pelo uso de sua estrutura. Com relação a estes último, está previsto também a ideia de se ter algum tratamento especial para empresas de pequeno ou médio porte.²⁶⁸

3.2.4 Prognóstico da proposta e outras considerações

Em sua última sessão finalizada em 5 de maio de 2021²⁶⁹, durante a quadragésima sessão da UNCITRAL, o GT3 planejou os próximos anos de trabalho até que seja possível apresentar alguma proposta finalizada de reforma. Diante dos recursos necessários para sua conclusão e tendo em mente a duração de outros projetos legislativos anteriores avaliados pelo secretariado, foi estabelecido que a apresentação do projeto concluído deve acontecer em 2025. Até o prazo final, serão mais 15 sessões de aproximadamente 4 dias de trabalho cada. Além disso, estão previstas outras 78 “reuniões informais” com duração de 2 a 4 horas, que ocorrerão entre as sessões de 2021 e 2022. Estas reuniões focarão exclusivamente em compartilhamento de propostas entre os membros através de webinars e reuniões com outras organizações, como a ocorrida em maio de 2021 com representantes do ICSID.²⁷⁰

Supondo que a proposta seja aprovada conforme a estrutura e funcionamento sugeridos pela UE, pode se dizer que o sistema atual de ISDS sofrerá uma considerável

²⁶⁶ UNCITRAL. Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Working Documents. **Submission from the European Union and its Member States**. Parágrafos 51-54. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> Acesso em: 19 junho 2021

²⁶⁷ Ibidem. Parágrafo 55.

²⁶⁸ Ibidem. Parágrafos 12, 33, 34 e 38.

²⁶⁹ O GT3 iniciou seus trabalhos na 34ª sessão da UNCITRAL, totalizando sete sessões até o momento de finalização deste trabalho (Julho/2021).

²⁷⁰ UNCITRAL. **Workplan to implement investor-State dispute settlement (ISDS) reform and resource requirements**. Note by the Secretariat. Parágrafos 10, 12 e 15. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.206> Acesso em: 18 junho 2021

mudança. Isso não quer dizer que ele desaparecerá. Como foi visto, a depender da adesão dos Estados, pode haver manutenção de estruturas de ISDS em BITs ou outros acordos internacionais de investimento. Outra questão importante de se resgatar é que o Sistema do ICSID, apesar das críticas, ainda é o sistema mais utilizado no mundo para este tipo de disputa²⁷¹ e, conforme o Artigo 66(1) de sua Convenção, para que seja reformado, requer a “ratificação, aceite ou aprovação”²⁷² de todos os seus signatários. Ou seja, nem que o novo sistema de fato tenha uma adesão substancial que provoque uma urgência maior de mudança nas regras do ICSID, esta não será facilmente alcançada.

Diante disso e considerando o momento complexo de retração causado por uma das maiores crises já enfrentadas mundialmente, será somente através de frentes diversas de atuação (inclusive ainda no âmbito interno da UE) que se poderá vislumbrar qualquer promessa de uma pacificação de um sistema realmente multilateral, construído por uma pluralidade de perspectivas e que consiga alcançar um equilíbrio saudável entre as inevitáveis flexibilizações a fim de evitar novamente sua fragmentação e/ou enfraquecimento e inconsistência de seus instrumentos de celebração de acordos e de seus indissociáveis métodos de resolução de conflitos.²⁷³ A esperança de que isso é possível se torna maior quando a busca por este tipo de mudança não é mais entendida como um discurso que antes era privilégio de países em desenvolvimento, às margens dos processos decisórios mais importantes, para se tornar o pleito de um dos principais players mundiais.

²⁷¹ Ver nota de rodapé 201.

²⁷² ICSID. **Convention, Regulation and Rules**. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> Acesso em: 19 junho 2021

²⁷³ SCHILL, Stephan W.; VIDIGAL, Geraldo. **Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement à la Carte**. 2019. Disponível em: <https://pure.uva.nl/ws/files/42253625/31823129.pdf> Acesso em: 18 junho 2021

CONCLUSÃO

Ainda que se considere que a ideia geral do sistema de atribuição de competências da UE tenha raízes profundas nos primórdios do sonho de construção do mais alto nível de cooperação entre os Estados-membros, é impossível desconsiderá-lo como uma realidade ainda em construção. Realidade esta que só ganhou formato e substância mais palpáveis há pouco mais de uma década e que ainda requer outros ajustes e novidades que se mostram indispensáveis para que possa ser considerada consolidada. Sobretudo na aceitação da ideia defendida pela UE de que sua responsabilidade internacional deveria ser compreendida a partir das suas regras internas de competência em detrimento de outras regras ou costumes internacionais, sob o risco de afetação da sua ordem comunitária. Embora seja uma “obra inacabada”, sua ampla e organizada estrutura permite que se avalie o quão eficaz ela se mostra atualmente e o quanto poderá ser mais ou menos eficaz no futuro. Seja moldando-se internamente, ou influenciando mudanças ao seu redor.

Iniciando a resposta à pergunta que esse trabalho se propôs a investigar, apoiando-se na síntese do que se estudou no primeiro capítulo sobre as regras de distribuição de competências, conclui-se que o Tratado de Lisboa indubitavelmente contribuiu para uma maior clareza com relação à distribuição e aos tipos de competência, além de ter reforçado os princípios norteadores do exercício de tais competências. Por si só, essa escolha política interna moldou em grande medida a forma de atuação da UE em relação aos acordos internacionais dos quais passou a celebrar de maneira isolada ou conjunta com os Estados-membros. Observa-se também que o ímpeto inicial logo após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa foi maior do que de fato se construiria. A ideia de que a UE passaria organicamente e gradualmente a assumir um crescente acúmulo de competências através do fenômeno do *pre-emption*, causando um esvaziamento da competência dos Estados-membros, não se comprovou.

Primeiro porque o fenômeno do *pre-emption* só ocorre em matérias de competência partilhada, cuja natureza é residual da competência exclusiva e da de apoio. Ou seja, há matérias que não se esgotam pela atuação da UE. Segundo porque há uma abertura interpretativa bastante ampla para se determinar qual o tipo e extensão de competência deve ser exercida, sendo necessário, para além identificação da distribuição de matérias nos Artigos 3,4 e 6 do TFUE, a análise detalhada do que está previsto nos capítulos específicos dos Tratados, os Regulamentos, demais instrumentos, assim como nas opiniões e decisões do TJUE. A atuação que antes era partilhada somente entre a Comissão Europeia e o Conselho, passou a ser construída também com a participação do Parlamento. Muito embora

se reconheça que o Parlamento não tem o mesmo peso que Conselho nas decisões sobre os acordos internacionais que são celebrados pela Comissão, essa ampliação resulta em um melhor equilíbrio entre possíveis posições divergentes internas e consequentemente em uma atuação menos suscetível a surpresas ou retrocessos.

Sobre o exercício externo das competências relacionadas à Política Comercial Comum, que engloba a matéria de Investimento Estrangeiro Direto, conclui-se que apesar da exclusividade de atuação da UE consubstanciada pelos Tratados e Regulamentos, ela é de certa forma mitigada em função da porosidade das fronteiras desta com as outras matérias que comumente a acompanham e que devem ser exercidas em conjunto ou isoladamente pelos Estados-membros, nomeadamente as provisões sobre ISDS ou outras formas de resolução de conflitos oriundos desses acordos. Inicialmente, a nova geração de acordos de livre comércio foi pensada para incluir capítulos de investimento com provisões de ISDS e sendo celebrados exclusivamente pela UE. A experiência do CETA, que precisou ser assinado como um acordo misto justamente por conter provisões que extrapolavam a competência da UE, foi determinante para moldar a forma como os próximos acordos seriam celebrados. A saída encontrada foi o desmembramento dos capítulos de investimento em acordos separados. Assim, a partir do acordo assinado com Cingapura, por força da Opinião 2/15 do TJUE, consolidou-se a possibilidade de assinatura de Acordos de Livre Comércio de maneira isolada pela UE e o desmembramento do capítulo de investimento que deve ser assinado em conjunto com os Estados-membros.

Em que pese esse novo *modus operandi* represente mais celeridade na conclusão de acordos comerciais com o devido alinhamento interno em relação às atribuições de seus órgãos e também dos Estados-membros, ele não garante o alinhamento dessas regras internas com as regras de Direito Internacional e, consequentemente, com a possibilidade de uma responsabilização exclusiva da UE no campo internacional. De fato, nem mesmo internamente essa responsabilização exclusiva se mostra possível.

Conforme explorado no segundo capítulo, a partir do Tratado de Lisboa, um novo e mais abrangente posicionamento interno também começou a ser construído no âmbito do direito derivado. Entre as principais frentes, destacou-se a aprovação do Regulamento (UE) 1.219, que oferece disposições transitórias aos BITs existentes entre Estados-Membros e países terceiros, estabelecendo a forma como estes devem ser escrutinados a fim de se avaliar sua manutenção, alteração ou extinção em favor da proteção do ordenamento interno da UE; do Regulamento (UE) 912 de 2014 que criou um regime de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre os investidores e o Estado, estabelecidos por acordos internacionais em que a União é parte; e

também o Regulamento (UE) 452 de 2019, que criou um sistema de cooperação e troca de informações entre Estados-Membros para avaliar a segurança e qualidade de IEDs provenientes de países terceiros. Em suma, estes regulamentos são considerados importantes ferramentas para se enfrentar a paradoxal relação entre a necessidade de se aumentar o envolvimento da UE como protagonista nas relações de comércio e garantir a proteção das peculiaridades de seu ordenamento e a conformidade e cooperação entre seus órgãos e membros na busca de seus objetivos comuns. Porém, a exemplo das regras de distribuição de competência e a fragmentação ocorrida na forma de celebração de acordos que envolvem a matéria de investimento, estes Regulamentos não têm o condão de moldar à sua maneira as regras externas que definem a atribuição de responsabilidade internacional e, portanto, não prevê nem torna possível a atribuição de responsabilidade exclusiva da UE por ato ilícito praticado por qualquer um de seus Estados-membros.

Uma vez constatada a impossibilidade de alcance dessas regras internas (primárias ou secundárias) para se refutar a hipótese levantada, buscou-se avaliar o funcionamento e as propostas de reformas a dois dos principais sistemas de solução de conflitos nos quais a UE e seus Estados-membros atuam a fim de se identificar tal possibilidade. A mera existência dessas propostas já indica a confirmação da hipótese, uma vez que parte substancial delas miram justamente a possibilidade de reconhecimento dessas regras internas no âmbito externo e uma maior abertura destes sistemas a sujeitos não-estatais. Como exemplo, no contexto da Comissão de Direito Internacional da ONU, demonstrou-se a dificuldade do consenso em favor da existência de uma *lex specialis* que conceda a UE um tratamento especial no que diz respeito a possibilidade dela mesmo definir como a responsabilidade internacional deva ser alocada e atribuída internamente. Já com relação ao sistema da OMC, em que pese as consonâncias apresentadas, também se identifica a necessidade de reformas para que tal responsabilização seja possível. Tanto em relação a ausência de regras com relação à matéria de Investimento Estrangeiro Direto como também com relação a atual impossibilidade de atuação de entes privados.

No contexto da UNCITRAL, também se vislumbra o mesmo cenário de impossibilidade dessa responsabilização. Porém, por motivos distintos. Enquanto no caso anterior existem barreiras que impedem o acesso de certos indivíduos e que a lógica de reparação não é condizente com a prática internacional, neste cenário, as preocupações se voltam mais às ameaças que o atual sistema de ISDS representam à ordem interna da UE e dos Estados em geral. Somadas às inúmeras críticas relacionados à falta de consistência das decisões, à suposta parcialidade dos julgadores e aos custos e demora dos procedimentos, a própria natureza dos litígios e as consequências de sua lógica de reparação monetária do

dano, representam uma ameaça ao ordenamento interno da UE. Por isso, em uma primeira análise, a proposta apresentada pela UE (se seguida conforme suas indicações) representa praticamente a criação de um sistema inteiramente novo, no qual seria possível conciliar entre as partes envolvidas em um determinado acordo, rotas de utilização do sistema conforme as características e necessidades das mesmas. Ao mesmo tempo que pode ser a forma mais eficaz de se atingir o difícil consenso acerca dessas mudanças, essa arquitetura aberta também permitirá uma subutilização dos novos atributos do sistema, uma vez que caberia às partes a escolha da utilização de um ou outro mecanismo conforme sua forma de adesão ao novo sistema. Seja pelas cláusulas de *Opt-in* ou por eventuais ressalvas.

Isso significa que, embora se acredite firmemente que a reforma dos referidos sistemas seja inevitável, e mesmo que elas sejam implementadas na sua mais completa dimensão, dificilmente elas extinguirão sistemas atuais (BITs e ICSID, por exemplo). Aliás, pelo contrário, as propostas preveem a manutenção destes sistemas. Quando muito, preveem a possibilidade adaptação do sistema antigo ao novo e vice-versa. Diante disso, para a UE, a única garantia da aplicabilidade de sua visão sobre como distribuir responsabilidade, partindo da ótica de suas regras internas, seria seguir a lógica inversa. Ou seja, sem prejuízo às suas contribuições para a construção de um sistema internacional de comércio realmente multilateral e da evolução das regras de Direito Internacional Público e Privado, ao invés de tentar moldar este sistema sob sua ótica interna, será inevitável que a UE e seus Estados-membros busquem o amadurecimento de sua ainda recente nova estrutura institucional. Dada suas destacadas peculiaridades, se comparada com as demais Organizações Internacionais, e os mais divergentes posicionamentos de seus principais parceiros econômicos, é mais provável que a resposta venha do exercício deste amadurecimento interno, do que da possibilidade de que seu modelo possa ser universalmente aplicado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMUNIA, Joaquín. **Fallos, errores y futuro de la Unión Económica y Monetaria**. Boletín de estudios económicos, v. 71, n. 218, p. 193-212, 2016.
- BIONDI, Andrea; EECKHOUT, Piet; RIPLEY, Stefanie (Ed.). **EU Law after Lisbon**. Oxford University Press, 2012.
- BOWN, Chad P. **Mega-regional Trade Agreements and the Future of the WTO**. Global Policy, v. 8, n. 1, p. 107, 2017. Disponível em: <https://www.piie.com/system/files/documents/bown201609cfr.pdf> Acesso em: 09 junho 2021
- BRUM, Argemiro L.; HECK, Cláudia R. **Economia internacional: uma síntese da análise teórica**. Ijuí: Unijuí, 2005.
- CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Lisboa: Gulbenkian, 2001.
- CAPUCIO, Camilla. Aspectos jurídicos da participação da União Europeia na OMC: compreendendo sutilezas de um delicado enlace. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 291-305, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5648> Acesso em: 15 junho 2021
- CARTOU, Louis. **L'Union Européenne: Traités de Paris-Rome-Maastricht**. Paris: Dalloz, 1996.
- CASTELEIRO, Andrés Delgado. **The international responsibility of the European Union: from competence to normative control**. Cambridge University Press, 2016.
- CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. **European Union Law: cases and materials**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Trade for all**. Towards a more responsible trade and investment policy, COM(2015) 497 final, 14 October 2015. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/october/tradoc_153846.pdf Acesso em: 10 de junho 2020
- _____. **Avaliação Intercalar do Programa Erasmus+ (2014-2020)** de 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0050&from=FR> Acesso em: 20 de junho 2020
- _____. **Comprehensive Economic And Trade Agreement (CETA)** Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf Acesso em: 24 maio 2021

_____. **Comunicação C(2020) 1981 final**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2020/EN/C-2020-1981-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> Acesso em: 05 maio 2021

_____. Comunicado de imprensa: **A Comissão Europeia nomeia o primeiro alto responsável pela execução da política comercial**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_20_1409 Acesso em: 15 de junho 2020

_____. Comunicado de imprensa: **EU and China reach agreement in principle on investment**. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2233> Acesso em: 25 de junho 2020

_____. Comunicado de imprensa: **UE e China debatem as relações comerciais e económicas**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1419 Acesso em: 25 de junho 2020

_____. Concept Paper. **WTO modernization: Introduction to future EU proposals**. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf Acesso em: 9 junho 2021

_____. **Decisão de 3 de abril de 2020**. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/03-04-2020-import-duties-vat-exemptions-on-importation-covid-19.pdf Acesso em: 15 de abril 2020

_____. **Delors Report**. Report on economic and monetary union in the European Community. Disponível em: https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication6161_en.pdf Acesso em: 15 de abril 2020

_____. **EU Concept Paper on WTO Reform**, 18 September 2018. Disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **European Economic Forecast**. Maio de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip125_en.pdf Acesso em: 08 de julho 2020

_____. **Investment**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Proposal for a regulation of the European parliament and of the council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union. COM (2017) 487 final**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0487&from=EN> Acesso em: 05 maio 2021

_____. **Proposta de DECISÃO DO CONSELHO relativa à assinatura, em nome da União Europeia, da Convenção das Nações Unidas sobre a transparência da arbitragem entre os investidores e o Estado baseada nos tratados (COM/2015/021 final - 2015/0013 (NLE))**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0021&from=EN](#) Acesso em: 18 junho 2021

_____. **Proposta de REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO COM(2012) 335 final** que estabelece um quadro de gestão da responsabilidade financeira relacionada com os órgãos jurisdicionais de resolução de litígios entre investidores e o Estado, criados por acordos internacionais em que a União Europeia é parte. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0335&from=EN> Acesso em: 05 de outubro 2020

_____. **Relatório de Convergência**. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/publications/economy-finance/convergence-report-2018_en Acesso em: 12 de maio 2020

_____. **Single Market Scoreboard**. Disponível em: https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/integration_market_openness/fdi/index_en.htm Acesso em: 20 de junho 2020

_____. **The WTO multi-party interim appeal arrangement gets operational**. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2176> Acesso em: 09 junho 2021

_____. **Towards a comprehensive European international investment policy. COM(2010)343 final**, 7 de julho de 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:EN:PDF> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Trade, Growth and World Affairs. Trade Policy as a Core Component of the EU's 2020 Strategy, COM (2010) 612**, 9 November 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011AE1866&from=EN> Acesso em: 15 de junho

_____. **Trade: EU and 16 WTO members agree to work together on an interim appeal arbitration arrangement**, press release, 24 January 2020. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2106> Acesso em: 15 de junho 2020

CONSELHO EUROPEU. **Conclusões da Reunião do Conselho de 28 de junho de 2018**. EUCO 9/18. p. 7. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/media/35936/28-euco-final-conclusions-en.pdf> Acesso em: 12 junho 2021

_____. **Diretiva (CE) 2009/132** de 19 de outubro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0132&from=hr>. Acesso em: 15 de abril 2020

_____. **Projeto De Conclusões Do Conselho Sobre A Negociação E A Celebração De Acordos Comerciais Da UE. 8622/18**, 8 de maio de 2018. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/pt/pdf> Acesso em: 18 de junho 2020

_____. **Regulamento (CE) 1.186/2009** de 16 de novembro de 2009. Disponível em: <https://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:324:0023:0057:pt:PDF%20.
Acesso em: 15 de abril 2020

CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. **EU Law: text, cases and materials**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

DA SILVA, Alice Rocha. **O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais**. Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2. 2014.

DAL RI Jr, Arno. **A construção das políticas públicas de defesa da concorrência na Alemanha**: da cartelização nazista à legislação ordoliberal. Revista Diálogos, v. 2, n. 1, p. 34, 2016.

DERLÉN, Mattias; LINDHOLM, Johan. **Article 28 EC and rules on use**: a step towards a workable doctrine on measures having equivalent effect to quantitative restrictions. Colum. J. Eur. L., v. 16, 2009.

DIEL-GLIGOR, Katharina. **Towards consistency in international investment jurisprudence**: a preliminary ruling system for ICSID arbitration. Brill, 2017.

DIMOPOULOS, Angelos. **The involvement of the EU in investor-state dispute settlement**: A question of responsibilities. Common Market Law Review 51.6, 2014.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata et al. **Visitando o primado das normas de direito europeu**: a evolução histórica da primazia e seus primeiros desdobramentos jurisprudenciais. Revista Jurídica, v. 4, n. 49, 2017.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, LEMOS JR., Eloy. **Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos**. 1. ed. Rio de Janeiro : CONPEDI, 2012, v.1.

DURÁN, Gracia Marín. **The EU and its Member States in WTO Dispute Settlement: A ‘Competence Model’, or a Case Apart, for Managing International Responsibility?** In: M. Cremona, A. Thies and R. Wessel (eds.), *The EU and International Dispute Settlement* (Hart Publishing, 2016). p. 26. 2015. Disponível em:
https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10028174/1/Marin-Duran_EU%26MS%20in%20WTO%20Dispute%20Settlement%20-%20DRAFT%2022062015.pdf Acesso em: 18 junho 2021

_____. **Untangling the International Responsibility of the European Union and Its Member States in the World Trade Organization Post-Lisbon: A Competence/Remedy Model**. European Journal of International Law, v. 28, n. 3, p. 704, 2017. Disponível em:
<http://www.ejil.org/pdfs/28/3/2798.pdf> Acesso em: 18 junho 2021

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECKES, Christina et al. **International Rulings and the EU Legal Order: Autonomy as Legitimacy?** Centre for the Law of EU External Relations (CLEER), 2016.

FRANZETII, E. **Foreign Direct Investments Into the European Union: The Effect of Regulation (EU) 2019/452 on Foreign Investors**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Lund. 2020.

GAJA, Giorgio. **Articles on the Responsibility of International Organizations: introductory notes**. 2014. Disponível em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ario/ario_e.pdf
Acesso em: 05 maio 2021

GHOSH, A. **Developing countries in the WTO trade policy review mechanism**. World Trade Rev., v. 9, 2010. Disponível em:
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.829.8353&rep=rep1&type=pdf>
Acesso em: 07 junho 2021

GHOURI, Ahmad Ali. **Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU Member States with the EC treaty: individual and collective options**. European Law Journal 16.6, 2010.

GRAETZ, Michael J.; WARREN JR, Alvin C. **Income Tax Discrimination and the Political and Economic of Europe**. Yale LJ, v. 115, 2005. Disponível em:
https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2613&context=fss_papers
Acesso em: 15 de abril 2020

GRIEGER, G. **Foreign Direct Investment Screening – A Debate in Light of China-EU FDI Flows**. European Parliament Briefing. 2017. Disponível em:
[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf) Acesso em: 15 maio 2021

GUERIN, Selen Sarisoy et al. **Do the European Union's bilateral investment treaties matter? The way forward after Lisbon**. Chapters, 2011. Disponível em:
<https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2010/07/WD333%20Sarisoy%20Guerin%20on%20Bilateral%20Investment%20Treaties.pdf> Acesso em: 05 maio 2021

HAHN, M.; VAN DER LOO, G. **EU Trade and Investment Policy Since the Treaty of Lisbon: achievement and future priorities**. CEPS Research Report de outubro de 2020. Disponível em: https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2020/10/RR2020-04_EU-Trade-and-Investment-Policy.pdf Acesso em: 08 de junho 2020

HOFFMEISTER, Frank. **Litigating against the European Union and Its Member States—Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?**. European Journal of International Law, v. 21, n. 3, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/21/3/723/508641?login=true> Acesso em: 19 junho 2021

ICSID. **Convention, Regulation and Rules**. Disponível em:
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>
Acesso em: 19 junho 2021

_____. **Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Working Paper 1. Volume 3**. 2018. Disponível em:
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/WP1_Amendments_Vol_3_WP-updated-9.17.18.pdf Acesso em: 19 junho 2021

KRAMER, Ludwig. **Eu Environmental Law**. 7. ed. London: Thomson Reuters, 2011.

KUIJPER, Pieter Jan et al. **EU international responsibility and its attribution: from the inside looking out.** In: EVANS, Malcolm; KOUTRAKOS, Panos (Ed.). *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives.* Bloomsbury Publishing, 2017.

KUIJPER, Pieter Jan. **Attribution-Responsibility-Remedy:** Some Comments on the EU in Different International Regimes. *Rev. BDI*, v. 46, 2013. Disponível em: <http://www.sharesproject.nl/wp-content/uploads/2014/03/ACIL-2014-14-Attribution-PJK.pdf> Acesso em: 15 junho 2021

LAVRANOS, Nikolaos. **Protecting European law from international law.** *European foreign affairs review*, v. 15, n. 2, 2010.

_____. **In Defense of Member States' BITs Gold Standard:** the regulation perspective. In: *Transitional Dispute Management*. V. 10.2, 2013.

LUNDGREN, Magnus et al. **Bargaining success in the reform of the Eurozone.** *European Union Politics*, v. 20, n. 1, p. 65-88, 2019.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco; MATA DIZ, JamileBergamaschine. **La distribución de competencias en el nuevo diseño de la Unión Europea:** del Acta Única Europea al Tratado de Lisboa. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 43, n. 118, p. 15-59, 2013.

MOURA, Aline Beltrame de. **Cidadania Europeia:** Uma Verdadeira e Própria Cidadania?. *Revista Direito Em Debate*, 18(32). 2013. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2009.32.%op> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Organizações internacionais de natureza supranacional e intergovernamental:** o caráter híbrido da União Europeia e a intergovernamentalidade do Mercosul. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). *Organizações internacionais e seus dilemas formais e informais.* Ijuí: Unijuí, 2012.

NEFRAMI, Eleftherina. **Article 216 (1) TFEU and the Union's shared external competence in the light of mixity:** case C-600/14, Germany v. Council (Amendment of the Convention concerning International Carriage by Rail-COTIF), Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 December 2017, EU: C: 2017: 935. *Common market law review*, v. 56, n. 2, p. 489-520, 2019

ONU. **57ª sessão da Comissão de Direito Internacional.** 2005, p. 5. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.4/556> Acesso em: 05 maio 2021

_____. **Assembleia Geral de 9 de dezembro de 2011.** *Responsibility of International Organizations*. 2012, p. 2. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=a/res/66/100 Acesso em: 05 abril 2021

_____. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Articles on the Responsibility of International Organizations.** Disponível em: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83 Acesso em: 10 junho 2021

_____. Comissão de Direito Internacional. **Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries**. Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session. 2011. Comentários 1-2. p. 102-103. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf Acesso em: 10 junho 2021

_____. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf Acesso em: 10 junho 2021

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Doha Development Agenda: Doha Work Programme**. Decision Adopted by the Council on 1 August 2004. WT/L/579. Paragraph 1 (g). Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/draft_text_gc_dg_31july04_e.htm Acesso em: 09 junho 2021

_____. **The GATT years: from Havana to Marrakesh**. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm Acesso em: 09 junho 2021

_____. **Trade topics: Dispute Settlement – Appellate Body**. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm Acesso em: 09 junho 2021

_____. **WTO AGREEMENT**. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/wto_agree_art9_oth.pdf Acesso em: 10 junho 2021

PALCHETTI, Paolo. **The Allocation of International Responsibility in the Context of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms Established by EU International Agreements**. European Business Law Review 28.2, 2017. p. 192.

_____. **Unique, special, or simply a primus inter pares?** The European Union in international law. 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/29/4/1409/5320154?login=true> Acesso em: 15 junho 2021

PARLAMENTO E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Proposta COM/2020/144 final**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0144&from=EN> Acesso em: 10 de junho 2020

_____. **Regulamento (UE) 1.219** de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Regulamento (UE) 452** de 19 de março de 2019. Estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União. Disponível em: <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN) Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Regulamento (UE) 912** de 23 de julho de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0912&from=PT> Acesso em: 05 outubro 2020

_____. **Regulamento (UE) 978** de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0978&from=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Diretiva 2014/40** de 3 de abril de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0040&from=pt> Acesso em: 10 de março 2020

PARLAMENTO EUROPEU. At a Glance: **UN Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration**. 1 February 2016. p. 2. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/573948/EPRS_ATA\(2016\)573948_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/573948/EPRS_ATA(2016)573948_EN.pdf) Acesso em: 18 junho 2021

_____. **Fact Sheets on the European Union**. 2019. p.1, tradução nossa. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/home> Acesso em: 09 de março 2020

_____. **Fichas temáticas sobre a União Europeia**. A História da União Econômica e Monetária. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/79/historia-de-la-union-economica-y-monetarias> Acesso em: 12 de maio 2020

_____. **International trade dispute settlement WTO: Appellate Body crisis and the multiparty interim appeal arrangement**. PE 690.521, 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690521/EPRS_BRI\(2021\)690521_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690521/EPRS_BRI(2021)690521_EN.pdf) Acesso em: 09 junho 2021

_____. **The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative perspective**. 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU\(2015\)534998_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/534998/EXPO_STU(2015)534998_EN.pdf) Acesso em: 23 maio 2021

PASCALE, Alessia di. **As políticas de imigração e asilo da União Europeia: balanço e perspectivas**. In: MOURA, Aline Beltrame de; RI, Luciene dal (org.). *Imigração e Cidadania: uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu*. Florianópolis: Editora da Ufsc, 2018.

PASQUALE, Patrizia de. **Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea**. *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo*, [S.L.] n. 2, p. 5-14, 2019. Società Editrice Il Mulino. <http://dx.doi.org/10.17394/93999>. Acesso em: 19 de abril 2020

POTESTA, Michele; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism?—Analysis and Roadmap**. *Analysis and Roadmap* (June 3, 2016), 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455511 Acesso em: 19 junho 2021

RIEHM, Pauline. **MEQR overview - Decision Making EU** - Legal Dimension. Disponível em: <https://www.studocu.com/en-au/document/de-haagse-hogeschool/the-legal-dimension-of-europe/other/meqr-overview-decision-making-eu-legal-dimension/3615839/view> Acesso em: 10 de junho 2020

RODRÍGUEZ, Enrique Valerdi. **The European Union Free Trade Agreements: Implications for Developing Countries**. Real Instituto Elcano, Working Paper, v. 8, p. 5-6, 2009. Disponível em: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a85925004f018b93b9dafd3170baead1/WP8-2009_Valerdi_EUFTA_Developing_Countires.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a85925004f018b93b9dafd3170baead1 Acesso em: 23 maio 2021

SCHILL, S. **The European Union's Foreign Direct Investment screening paradox: tightening inward investment control to further external investment liberalization**. Legal Issues of Economic Integration. 2019. p. 107. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3434475 Acesso em: 05 maio 2021

SCHILL, Stephan W.; VIDIGAL, Geraldo. **Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement à la Carte**. 2019. Disponível em: <https://pure.uva.nl/ws/files/42253625/31823129.pdf> Acesso em: 18 junho 2021

_____. **Designing investment dispute settlement à la carte: insights from comparative institutional design analysis**. The Law & Practice of International Courts and Tribunals, v. 18, n. 3, p. 6, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519259 Acesso em: 18 junho 2021

SCHÜTZE, Robert. **European constitutional law**. Cambridge University Press, 2012.

SIERRA, José Luis Buendía. **Las secuelas del caso «Cassis de Dijon»**. Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales. (Comentario a las sentencias del TJCE de 12 de marzo de 1987, sobre las leyes griega y alemana de la cerveza, Asuntos 176/y 178/84. Revista de Instituciones Europeas, n. 16, 1989.

STELZER, J., DAS NEVES GONÇALVES, E. **Free Trade, Regionalismo e Comércio Justo: Da Exclusão À Inclusão Pelo Comércio Mundial**. Argumenta Journal Law, v. 1, n. 26. 2017. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/870/pdf> Acesso em: 03 maio 2021

STELZER, Joana; MOURA, Aline Beltrame de; ZEFERINO, Alison. **A reforma do sistema de arbitragens investidor-estado e a proposta europeia de um tribunal multilateral de investimentos**. Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law 21.1, 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1175> Acesso em: 10 maio 2021

TITI, Catharine. **International investment law and the European Union: towards a new generation of international investment agreements**. European Journal of International Law, v. 26, n. 3, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/26/3/639/2599588?login=true> Acesso em: 03 maio 2021

_____. **Police powers doctrine and international investment law**. In: General Principles of Law and International Investment Arbitration. Brill Nijhoff, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3050417 Acesso em: 24 maio 2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão de 03 de março de 2009, C-249/06, **Comissão v. Suécia**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72641&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3577249> Acesso em: 25 de junho 2020

_____. Acórdão de 11 de julho de 1974, C-8/74, **Dassonville**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0008> Acesso em: 15 de março 2020

_____. Acórdão de 12 de julho de 1973, C-2/73, **Geddo**. Tradução nossa. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0002&from=HR> Acesso em: 15 de fevereiro 2020

_____. Acórdão de 13 de junho de 1958, C-9/56, **Meroni**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:17a593d6-ea25-4f42-a33f-bdad2499b4a2.0009.02/DOC_2&format=PDF Acesso em: 19 de fevereiro 2020

_____. Acórdão de 13 de novembro de 1990, C-331/88, **FEDESA**. p. I – 4062 Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96352&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1640836> Acesso em: 10 de março 2020

_____. Acórdão de 14 de janeiro de 1981, C-140/79, **Chemial Farmaceutici SpA v DAF SpA**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0140> Acesso em: 20 de março 2020

_____. Acórdão de 15 de setembro de 2011, C-264/09, **Comissão v. República Eslovaca**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-264/09> Acesso em: 05 de julho 2020

_____. Acórdão de 20 de fevereiro de 1979, C-120/78, **Dijon**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61978CJ0120> Acesso em: 10 de março 2020

_____. Acórdão de 20 de maio de 2008, C-91/05, **Comissão vs. Conselho - PESC**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67725&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1641095> Acesso em: 15 de maio 2020

_____. Acórdão de 23 de outubro de 2007, C-112/05, **Golden Shares**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=70710&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1942258> Acesso em: 10 de junho 2020

_____. Acórdão de 24 de junho de 2014, C-658/11, **Parlamento vs. Conselho**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.292.01.0002.01.POR](#) Acesso em: 10 de junho 2020

_____. Acórdão de 24 de novembro de 1993, C-267/91, **Keck**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61991CJ0267> Acesso em: 15 de março 2020

_____. Acórdão de 3 de março de 2009, C-205/06, **Comissão v. Austria**. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72640&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3576755> Acesso em: 25 de junho 2020

_____. Acórdão de 4 de maio de 2016, C-547/14, **Phillip Morris**. Disponível em: <HTTPS://EUR-LEX.EUROPA.EU/LEGAL-CONTENT/PT/TXT/PDF/?URI=CELEX:62014CJ0547&FROM=EN>

_____. Acórdão de 5 de dezembro de 2017, C-600/14, **COTIF**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197424&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1640970>. Acesso em: 15 de junho 2020

_____. Acórdão de 9 de maio de 1985, C-112/84, **Humblot**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=c-112/84> Acesso em: 20 de março 2020

_____. **Opinião 1/75** de 11 de novembro de 1971. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CV0001&from=EN> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Opinião 1/76** de 26 de abril de 1977. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CV0001&from=EN> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Opinião 1/94** de 15 de novembro de 1994. Paragrafo 13. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CV0001> Acesso em: 15 de junho 2020

_____. **Opinião 2/15** de 16 de maio de 2017. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&doclang=PT> Acesso em: 15 de junho 2020

UNCITRAL. Draft Report of Working Group III (**Investor-State Dispute Settlement Reform**) on the Work of Its Thirty-Sixth Session. UN Doc No A/CN.9/964 (6 November 2018). Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/964> Acesso em: 18 junho 2021

_____. **United Nations Convention On Transparency In Treaty-Based Investor-State Arbitration**. New York, 10 December 2014. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXII/XXII-3.en.pdf> Acesso em: 18 junho 2021

_____. Working Group III: **Investor-State Dispute Settlement Reform**. Working Documents. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state Acesso em: 18 junho 2021

_____. Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform. Working Documents. **Submission from the European Union and its Member States**. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1> Acesso em: 19 junho 2021

_____. **Workplan to implement investor-State dispute settlement (ISDS) reform and resource requirements**. Note by the Secretariat. Parágrafos 10, 12 e 15. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.206> Acesso em: 18 junho 2021

UNCTAD. **International Investment Agreements Navigator**. Ferramenta de busca por tratados. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>. Acesso em: 22 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **A repartição das competências da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:ai0020&from=EN> Acesso em: 25 de junho 2020

_____. **Framework Agreement on relations between the European Parliament and the European Commission**. 20 November 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:304:0047:0062:EN:PDF> Acesso em: 08 de junho 2020

_____. **Protocolo 16 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12016E/PRO/16&from=EN> Acesso em: 12 de maio 2020

_____. **Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht)**. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. 24 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002M/TXT&from=PT> Acesso em: 10 fevereiro 2020

_____. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa)**. Jornal Oficial da União Europeia. 17 de dezembro de 2007. Grifo nosso. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT> Acesso em: 15 junho 2020

VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara. **Da união à fortaleza ou como a relação de dependência entre migração e integração podem fazer desaparecer a ideia de União Europeia**. Revista da faculdade de direito da UFMG, n. 75, p. 467-486, 2019. p. 474.

WASHINGTON POST. **European Union says pandemic recession will be worst in its history**. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/european-union-says-pandemic-recession-will-be-worst-in-its-history/2020/05/06/e787a70e-8f96-11ea-9322-a29e75effc93_story.html Acesso em: 15 de maio 2020

WOLFGANG, Hans-Michael. **What Makes the EU Custom Union unique?** In The EU Customs Union 50th Book. p. 18. Disponível em:

https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/01_2019_the_eu_customs_union_50th_book_en.pdf Acesso em: 15 de março 2020

WOOLCOCK, Stephen. **European Union policy towards free trade agreements**. ECIPE working paper, 2007. Disponível em:

<http://felixpena.com.ar/contenido/negociaciones/anexos/2010-09-european-union-policy-towards-free-trade-agreements.pdf> Acesso em: 21 maio 2021