

# A UNIÃO EUROPEIA, O TRATADO DE LISBOA E O “NOVO” REGIME LEGAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

## ***THE EUROPEAN UNION, THE LISBON TREATY AND THE “NEW” FOREIGN INVESTMENT LEGAL REGIME***

*Maurício Cardoso Oliva*

*Procurador da Fazenda Nacional*

*Pós-graduado em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal  
pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).*

*Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito  
Especialista em economia pelo Programa Minerva,  
da George Washington University (GWU)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da migração do tema relativo ao investimento estrangeiro direto (IED) da competência dos Estados Membros para o âmbito da Política Comercial Comum, de competência exclusiva da União Europeia; 2 Da proposta de Regulamento estabelecendo um Regime Transitório para os Tratados Bilaterais de Investimento firmados entre os Estados Membros da União Europeia e Terceiros Países; 3 Da Comunicação da Comissão Europeia sobre uma Política de Investimentos Internacional Compreensiva para a União Europeia; 4 Da Proposta de um Regulamento para Gerenciar a Alocação da Responsabilidade Financeira relacionada a Decisões Desfavoráveis proferidas por Tribunais de Resolução de Disputas Investidor-Estado previstos nos Tratados Internacionais dos quais a União Europeia é parte; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo contextualizar e traçar um panorama geral sobre “novo” regime legal do investimento estrangeiro na União Europeia a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Ao promover a migração do tema relativo ao investimento estrangeiro direto da competência dos Estados Membros para o âmbito da Política Comercial Comum, de competência exclusiva da União, o Tratado de Lisboa veio a gerar inúmeras lacunas jurídicas a reclamar produção legislativa da União Europeia de modo a disciplinar essa nova realidade. Além disso, o referido Tratado também alçou o Parlamento Europeu a papel de destaque no processo legislativo ordinário seguido na aprovação das matérias inseridas na Política Comercial Comum da União Europeia, introduzindo, assim, novos elementos ao debate político sobre a matéria. Buscando regular a transição do tema relativo ao investimento estrangeiro direto e temas afetos para a esfera de competência da União, bem como a futura política de investimentos internacional da União Europeia, a Comissão Europeia veio a efetuar três propostas para regulamentação legislativa dessas questões, as quais se encontram ora em tramitação. No particular, trataremos de salientar os principais aspectos das proposições efetuadas, o entendimento da Comissão sobre o assunto, as questões controvertidas, bem como algumas críticas que tem sido efetuadas a respeito das referidas proposições.

**PALAVRAS-CHAVE:** Investimento Estrangeiro. Política Comercial Comum. Tratado de Lisboa. Tratados Internacionais. União Europeia.

**ABSTRACT:** This article aims to contextualize and give a general panorama concerning the “new” foreign investment legal regime within the European Union as of the entry into force of the Lisbon Treaty. By promoting the migration of the foreign direct investment subject from the Member States competence to the Common Commercial Policy field, within the exclusive competence of the Union, the Lisbon Treaty has created various legal blanks which demand new legislation from the European Union. Moreover, the referred Treaty has promoted the European Parliament to a position of paramount importance in the ordinary legislative procedure followed in subject matters comprised within the scope of the European Union Common Commercial Policy, therefore introducing new issues to the political debate regarding the subject. Aiming to regulate the transition of foreign direct investment into the Union competence, as well as the European Union future international investment policy, the European Commission has made three proposals which are following the ordinary legislative procedure. In particular, this paper intends to highlight the main ideas contained

in these proposals, the Commission's view regarding the subject, the controversial questions, as well as the criticisms that have been made regarding such proposals.

**KEYWORDS:** Common Commercial Policy. European Union. Foreign Investment. International Treaties, Lisbon Treaty.

## INTRODUÇÃO

De acordo com GRAHAM e KRUGMAN<sup>1</sup>, o investimento estrangeiro, em especial o investimento estrangeiro direto (IED) tem desempenhado um importante papel na economia mundial desde os anos 80. No período de 1983-89, os fluxos globais de IED cresceram anualmente quatro vezes mais rápido que o crescimento da renda mundial e três vezes mais rápido do que o comércio mundial, sendo que 81% dos fluxos de IED destinou-se aos países desenvolvidos. Assim, não obstante tenha havido um significativo aumento de IED para os países em desenvolvimento a partir dos anos 90, o fato é que o IED mantém-se extenso e economicamente muito importante para os países desenvolvidos.

Na condição de maior fonte e destino de investimento estrangeiro na economia global, a União Europeia (UE) considera o IED como peça chave para a promoção do desenvolvimento e crescimento social e econômico, eis que representa uma importante fonte de ganhos de produtividade, além de desempenhar um papel crucial no fomento de negócios, criação de empregos e construção de cadeias de fornecimento global<sup>2</sup>.

A propósito, importante registrar que o tema do investimento estrangeiro direto foi objeto de várias tentativas de regulação na seara multilateral, principalmente ao longo da segunda metade do século XX.

Malogradas, contudo, tais tentativas, dadas as visões opostas havidas sobre a matéria por parte de países desenvolvidos e países em desenvolvimento, os países desenvolvidos passaram então a lançar mão de tratados bilaterais como forma de impor seu posicionamento. Essa investida encontrou terreno fértil na mudança de postura dos países em

1 GRAHAM, Eduard M.; KRUGMAN, Paul R. *The Surge in Foreign Direct Investment in the 80s*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c6532.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

2 EUROPEAN COMISSION. Trade Topics. Investment. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

desenvolvimento, que, carentes de poupança interna e necessitados de atrair de investimentos, passaram a celebrar tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos (*ou Tratados Bilaterais de Investimento – TBIs*)<sup>3</sup> em grande quantidade, principalmente a partir dos anos 80.

Conforme a UNCTAD<sup>4</sup>, ao final da década de 60 haviam sido firmados 75 TBIs, número que alcançou os 167 ao final da década de 70, 389 ao final dos anos 80, atingindo 2.181 TBIs em 2002. Complementam Kalicki e Medeiros<sup>5</sup>, aduzindo que, até o ano de 2007, já eram 2.392 os TBIs, envolvendo mais de 176 países.

No que diz respeito à União Europeia, seus Estados Membros possuem hoje em vigor mais de 1200 tratados bilaterais de investimento com terceiros países, tratando sobre investimento estrangeiro direto, ainda que parcialmente.

Ocorre que, a partir de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a competência para dispor sobre o tema do “investimento estrangeiro direto” migrou dos Estados Membros para a seara da “Política Comercial Comum”, de competência exclusiva da União Europeia. Essa nova realidade fez surgir a necessidade de que a União Europeia disciplinasse sobre o *status quo* dos tratados bilaterais de investimento firmados entre seus Estados Membros e terceiros países durante a transição dessa competência, bem como dispusesse sobre uma nova política de investimentos internacional para a União Europeia.

Embora o Brasil não possua nenhum tratado bilateral de investimento em vigor com Estados Membros da UE, a compreensão dessa nova realidade do Bloco ganha importância na medida em que se encontram em curso, ainda que momentaneamente suspensas, negociações entre Mercosul e União Europeia, com vistas ao estabelecimento de uma área de livre comércio, em cujo âmbito os temas afetos ao investimento estrangeiro estão sendo discutidos.

---

3 Tratados Bilaterais de Investimento são acordos que estabelecem os termos e condições para o investimento de nacionais de um país em outro, prevendo, outrossim, standards de proteção legal de forma a incentivar a fluxo de investimentos entre ambos os países, além de um mecanismo de solução de disputas na via arbitral.

4 UNCTAD. *Investment Policy Review 2003*. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Nova Iorque e Genebra: United Nations, 2003.

5 KALICKI, J.; MEDEIROS, S. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's reluctance towards ICSID, BITs and investor-state arbitration. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.14, p. 57-86, jul./set. 2007.

Oportuno referir que as negociações entre os dois Blocos foram lançadas ainda em 1999 com o objetivo de estabelecer um acordo de livre comércio inter-regional. Tais negociações vieram a ser suspensas em 2004, por falta de entendimento entre as partes.

Em maio de 2010, em reunião de cúpula entre os chefes de Estado, na cidade de Madri, decidiu-se pelo relançamento das negociações inter-regionais. Desde então, os dois Blocos têm realizado rodadas periódicas de negociação, tendo a oitava reunião se realizado em Bruxelas, Bélgica, no período de 12 a 16 de março de 2012.

A rodada seguinte de negociações entre os Blocos estava agendada para ocorrer no Brasil no mês de julho de 2012. Todavia, em razão da recente destituição do presidente Lugo, do Paraguai – fato que implicou a suspensão daquele País do Mercosul – acrescido da recente crise na zona do euro, entendeu-se pela suspensão do calendário de negociações e provável retomada ao longo do segundo semestre de 2012<sup>67</sup>.

## **1 DA MIGRAÇÃO DO TEMA RELATIVO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO (IED) DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS MEMBROS PARA O ÂMBITO DA POLÍTICA COMERCIAL COMUM, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO EUROPEIA**

Consoante Bungeberg<sup>8</sup>, “a Política Comercial Comum tem sido e ainda é um dos mais dinâmicos campos das relações exteriores da União Europeia. Desde o Tratado da Comunidade Econômica Europeia,

6 Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/7/26/mercosul-e-ue-adiam-negociacoes-bilaterais>>. Acesso em: 01 set. 2012.

7 Os jornais de 24.09.2012 noticiaram encontro havido entre a Presidenta Dilma Rousseff e o Presidente da Comissão Europeia, à véspera da Abertura da 67ª Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque, EUA, em que se tratou sobre o destravamento das negociações para a criação de uma área de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia. A propósito, para dar o passo inicial, foi referido que há pretensão de se organizar uma cúpula de chefes de Estado no Brasil no início de 2013. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2012-09-25/comissao-europeia-pede-a-dilma-reabertura-de-negociacoes-mercosul-ue.html>>. Acesso em: 01 set. 2012.

8 BUNGENBERG, Marc. *Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon*. 2010. Disponível em: <<http://www.springerprofessional.de/spmblob/2194296/bodyRef/006---going-global-the-eu-common-commercial-policy-after-lisbon.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

de 1957, o alcance da Política Comercial Comum modificou-se em diversas ocasiões de forma a adaptar-se às novas realidades do comércio internacional e das relações econômicas”.

A propósito, com o Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, introduziu-se o investimento estrangeiro direto (IED) no rol das matérias compreendidas na Política Comercial Comum, de competência material e legislativa exclusiva da União Europeia.

Com efeito, o artigo 207 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ao tratar da Política Comercial Comum, entre as ações externas de competência da União, assim dispôs:

*Art.207 A política comercial comum deverá basear-se em princípios uniformes, particularmente com relação a alterações na tributação alfandegária, celebração de acordos comerciais e tarifários relacionados ao comércio de bens e serviços, e aos aspectos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro direto, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação e às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar no caso de dumping ou subsídios. (grifo nosso)*

A seu turno, o art.2 (1) do TFUE, ao dispor sobre a competência legislativa da União Europeia, prescreve:

1. Quando os Tratados conferirem à União competência exclusiva em uma área específica, somente a União poderá legislar e adotar atos legalmente vinculantes, ficando os Estados Membros habilitados a fazê-lo tão-somente se a União conferir poder a estes ou para implementação de atos da União.

Ocorre, todavia, que, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os Estados Membros da União Europeia já haviam firmado quase 1200 tratados bilaterais de investimento com terceiros países, os quais se referiam total ou parcialmente ao investimento estrangeiro direto.

Para disciplinar essa importante questão, bem como outras relacionadas ao investimento estrangeiro direto, agora sob a competência exclusiva da União, é que a Comissão Europeia necessitou tomar algumas importantes iniciativas.

Nesse sentido, inicialmente, a Comissão veio a veicular proposta ao Parlamento Europeu e ao Conselho da UE, em julho de 2010, “para estabelecimento de um regime transitório para os TBIs firmados entre Estados Membros [da UE] e terceiros países”<sup>9</sup>.

Mediante a referida proposta, a Comissão Europeia teve por principal objetivo transmitir segurança jurídica aos investidores que se achavam albergados por esses tratados internacionais, ou seja, assegurar que não haveria solução de continuidade das garantias conferidas pelos tratados bilaterais de investimento, tanto para investidores europeus em relação a terceiros países, quanto para investidores desses terceiros países perante os Estados Membros da UE.

Concomitante a essa proposta, em julho de 2010, a Comissão Europeia veio a encaminhar Comunicação ao Conselho da UE, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Social e Econômico Europeu e ao Comitê das Regiões, intitulada “Rumo a uma política Europeia de investimento internacional compreensiva”, pela qual propõe a adoção de uma política de investimentos internacional para a União Europeia<sup>10</sup>.

Por fim, mais recentemente, em junho de 2012, a Comissão Europeia propôs ao Parlamento Europeu e ao Conselho da UE, um “Regulamento estabelecendo um marco legal para gerenciamento da responsabilidade financeira relacionada a [decisões desfavoráveis de] tribunais de resolução de disputas investidor-Estado previstos em acordos internacionais dos quais a União Europeia é parte”<sup>11</sup>.

Com o referido Regulamento, pretende-se dispor sobre quem deverá figurar como réu nas arbitragens propostas por investidores estrangeiros em face da União Europeia (se a própria União Europeia e/ou seu Estado Membro) e a quem caberá a responsabilidade financeira quanto às indenizações oriundas de condenações nas referidas arbitragens.

---

9 EUROPEAN COMMISSION. COM (2010) 344. Jul.2010. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

10 EUROPEAN COMMISSION. COM (2010) 343. Jul.2010. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc\\_147884.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

11 EUROPEAN COMMISSION. COM (2012) 335. Jun.2012. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc\\_149567.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

A propósito, dada a importância e repercussão do tema, e sobretudo por sua implicação direta nas negociações Mercosul-União Europeia, envolvendo temas afetos ao investimento estrangeiro, visa o presente artigo a tratar das principais questões inseridas no contexto das três propostas efetuadas pela Comissão Europeia, que, em seu conjunto, fixarão a política e orientação futura a ser seguida pela União Europeia no que tange ao investimento estrangeiro e todos assuntos que lhe são pertinentes.

## **2 DA PROPOSTA DE REGULAMENTO ESTABELECENDO UM REGIME TRANSITÓRIO PARA OS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO FIRMADOS ENTRE OS ESTADOS MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA E TERCEIROS PAÍSES**

Com o Tratado de Lisboa, a União Europeia passa a dispor expressamente de uma personalidade jurídica de direito internacional, diversa daquela de seus Estados Membros, de forma que passa a, formalmente, poder agir nas mesmas condições de um Estado soberano no plano internacional, com todos os direitos e deveres que tal condição implica, entre os quais a capacidade de firmar tratados com outros Estados e Organizações, bem como de aderir a organizações internacionais em nome próprio.

Com relação ao ponto, assim dispõe o TFUE:

### **Artigo 216**

(1) A União pode concluir um tratado com um ou mais terceiros países ou organizações internacionais quando os Tratados [da UE] assim o dispuserem e quando a conclusão de um tratado seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos referidos nos Tratados [da UE], ou que seja previsto em um ato vinculante da União ou que possa afetar as regras comuns ou alterar sua abrangência.

(2) Tratados concluídos pela União são vinculantes para as instituições da União e para os Estados Membros.

**Artigo 217.** A União pode concluir com um ou mais terceiros países ou organizações internacionais tratados estabelecendo uma associação envolvendo direitos e obrigações recíprocos, ação comum e procedimentos especiais.



Aliado a essa nova realidade, com o objetivo de que a UE pudesse dispor de um poder maior de barganha em futuras negociações, entendeu-se por bem transferir a matéria relativa ao investimento estrangeiro direto para a esfera de competência da União<sup>12</sup>. Todavia, de acordo com Lavranos<sup>13</sup>, “a transferência da competência sobre o IED dos Estados Membros para a União foi feita sem considerar as consequências e dificuldades legais que estão associadas a tal mudança”.

Uma das primeiras repercussões decorrentes dessa mudança diz respeito ao reflexo nos tratados bilaterais de investimento firmados pelos Estados Membros da UE anteriormente ao Tratado de Lisboa.

Ocorre, como já referido acima, que os Estados Membros da UE possuem hoje mais de 1200 tratados bilaterais de investimento vigentes com terceiros países, tratando sobre investimento estrangeiro direto, ainda que parcialmente.

Ora, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, era necessário dispor sobre tais tratados sob a perspectiva da competência exclusiva da União de forma a conferir segurança jurídica para que os investidores estrangeiros pudessem operar, depositando sua confiança na validade e efetividade desses tratados. De fato, a incerteza quanto ao *status quo* dos tratados viria de encontro a sua principal *rationale*, que é justamente a da proteção do investimento.

Em razão disso, é que a Comissão Europeia propôs ao Conselho da UE e ao Parlamento Europeu, ainda em 2009, a adoção de um Regulamento que dispusesse sobre um regime transitório para tais tratados até que esses possam ser progressivamente substituídos por futuros tratados da União dispondo sobre a mesma matéria.

Entre pontos do Regulamento que entendemos mais relevantes, importa, inicialmente, mencionar, no tocante ao seu âmbito de aplicação, a previsão de cobertura tão-somente em relação aos tratados de investimento

---

12 SCHICHO, Luca. *Member States BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?* Fev.2012. Disponível em: <[http://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper\\_2\\_2012\\_schicho\\_final.pdf](http://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper_2_2012_schicho_final.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

13 LAVRANOS. N. *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law*. Dez.2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1724185](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1724185)>. Acesso em: 01 set. 2012.

firmados entre os Estados Membros da UE e terceiros países, não se aplicando, portanto, aos tratados de investimento intracomunitários.

Com relação ao ponto, aduz SCHICHO<sup>14</sup> que a principal razão para tanto diz respeito ao entendimento de que, em sendo considerada parte da Política Comercial Comum, a competência exclusiva da União sobre o investimento estrangeiro direto, prevista no art.207 da TFUE, não cobriria tratados de investimento intra-UE.

Em seguida, também importante registrar a previsão de autorização da manutenção de todos os tratados em vigor firmados entre os Estados Membros da UE e terceiros países que tenham sido notificados pelos Estados Membros a partir da entrada em vigor do Regulamento. Tal autorização está secundada por disposição elencando as condições sob as quais um Estado Membro estaria autorizado a iniciar negociações para emendar um tratado de investimento já existente ou para firmar um novo tratado relacionado a investimentos com um terceiro país.

Sobre o tema, explicita a Comissão que tais autorizações devem ser consideradas como medidas excepcionais e que não prejudicam a aplicação do art.258 do TFUE<sup>15</sup> com relação ao não-cumprimento das obrigações constantes do Tratados da União Europeia por seus Estados Membros, não compreendidas as incompatibilidades derivadas da alocação de competências entre a União e Estados Membros. Nesse sentido, os Estados Membros da UE deverão tomar todas as medidas necessárias para eliminar incompatibilidades existentes nos tratados bilaterais de investimento concluídos entre estes e terceiros países, quando em conflito com o direito da União, ou denunciá-los<sup>16</sup>.

14 SCHICHO, op.cit., p.17.

15 Art.258 do TFUE. (1) Se a Comissão considerar que um Estado Membro não cumprir uma obrigação prevista nos Tratados da UE, essa deve emitir um parecer sobre a matéria após conceder ao Estado envolvido a oportunidade de submeter suas observações.

(2) Se o Estado envolvido não der cumprimento ao parecer dentro do período assinalado pela Comissão, esta poderá levar a matéria à consideração da Corte de Justiça da União Europeia.

16 Conforme Schicho, op.cit., p.8-9, o artigo 27 da Convenção de Viena para o Direito dos Tratados proíbe que se invoque disposições de direito interno como justificativa para descumprimento de um tratado. Nesse sentido, aduz que o princípio da *lex posterior* constante da Convenção só seria aplicável aos tratados de investimento intra-UE, todavia não aos tratados entre Estados Membros da UE e terceiros países.

A esse propósito, oportuno referir que a Comissão Europeia, ainda em 2009, no seu mister de zelar pela aplicação dos Tratados da União Europeia, ajuizou ações contra a Áustria, Suécia e Finlândia perante a Corte de Justiça da UE, nos termos do art.258, par.2 do TFUE<sup>17</sup>, sob alegação de que os tratados bilaterais de investimento firmados entre esses Estados Membros e terceiros países não previam disposição que pudesse excepcionar o livre movimento de capitais e pagamentos, em determinadas circunstâncias quando assim o exigisse a União Europeia e, portanto, violavam o art.307, par.2, do Tratado da União Europeia (TUE)<sup>18</sup>.

Conforme Lavranos<sup>19</sup>, o controle e a restrição ao livre movimento de capitais passou a ter grande importância na guerra ao terrorismo no pós-11 de setembro, tendo a União Europeia passado a implementar uma série de medidas de congelamento de bens de pessoas e organizações suspeitos de envolvimento com o terrorismo. Nesse sentido, impunha-se que a União Europeia se assegurasse da efetividade dessas medidas, tendo identificado, a tal propósito, a existência de cláusulas de transferência de capitais constantes de tratados firmados por Estados Membros da UE, a representar um obstáculo às suas necessidades.

Em considerando tais casos, a Corte de Justiça da UE proferiu os julgamentos C-205/06<sup>20</sup> e C-249/06<sup>21</sup>, de 03 de março de 2009, envolvendo a Áustria e Suécia, e o julgamento C-118/07<sup>22</sup>, de 19 de

17 Vide nota de rodapé n.15.

18 Art.307 do TUE. (1). Os direitos e obrigações oriundos de tratados firmados antes de 01 de janeiro de 1958 ou, para Estados em processo de adesão, antes da data de sua adesão, entre um ou mais Estados Membros de um lado e um ou mais terceiros países de outro, não deverão ser afetados pelas disposições deste Tratado.

(2) Na medida em que tais tratados não forem compatíveis com este Tratado, o Estado Membro ou os Estados envolvidos deverão tomar todas as medidas apropriadas para eliminar as incompatibilidades estabelecidas. Os Estados Membros devem, quando necessário, auxiliar-se mutuamente para esse fim e, quando apropriado, adotar medidas comuns.

19 LAVRANOS, N. *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law*. ESIL Conference 2010, p.9-10. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1683348](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683348)>. Acesso em: 01 set. 2012.

20 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72640&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1834826>>. Acesso em: 01 set. 2012.

21 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72641&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1834894>>. Acesso em: 01 set. 2012.

22 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73856&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=73856>>.

novembro de 2009, envolvendo a Finlândia, onde entendeu que: (a) os tratados bilaterais de investimento firmados por Áustria, Suécia e Finlândia permaneciam, em princípio, não afetados pelas obrigações de direito comunitário subsequentes, nos termos do art.307, par.1, do TUE<sup>23</sup>; e que (b) a cláusula de livre transferência de capitais contida nos referidos tratados era, em princípio, consistente com o direito comunitário.

Não obstante, considerou a Corte que a falta de disposição prevendo a possibilidade de impor restrições imediatas sobre a livre transferência de capitais era incompatível com o Tratado da União Europeia, devendo tal incompatibilidade, por conseguinte, ser eliminada.

Conforme Lavranos<sup>24</sup>, embora o Conselho da União Europeia possa adotar medidas unilaterais restritivas em relação a terceiros Estados, inclusive no âmbito dos tratados bilaterais de investimento firmados entre Estados Membros e terceiros países, o certo é que a decisão da Corte de Justiça da UE foi tomada independentemente do fato de que o Conselho tenha atuado nesse sentido.

Por isso, segundo o autor, a Corte de Justiça deu uma clara demonstração de seu entendimento de que o direito comunitário constitui a lei suprema para os Estados Membros, não podendo ser secundado nem mesmo por obrigações contraídas no plano do direito internacional, ainda que anteriores à acessão de um Estado à União Europeia.

Além disso, critica a adoção pela Corte de um entendimento demasiado abrangente quanto à caracterização de conflito com o direito comunitário, na medida em que admite a hipótese de “incompatibilidade hipotética”, ou seja, estará caracterizado o conflito quando o tratado bilateral de investimento contiver cláusula que esteja em desacordo com o direito comunitário, ainda que não haja um conflito materializado no plano concreto. Em tal hipótese, a obrigação dos Estados Membros de eliminar os “conflitos” ficaria sobremaneira ampliada, sendo que, em caso de não supressão do conflito, o tratado deveria ser denunciado.

Aduz o autor, a propósito, que os Estados Membros têm sido bastante críticos em relação a tal proposta, sugerindo eles que seja adotado um sistema de substituição, pelo qual um tratado bilateral de investimento só seria terminado na hipótese em que a União Europeia viesse a ratificar um tratado bilateral de investimento ou um acordo de livre comércio

---

id=1834939>. Acesso em: 01 set. 2012.

<sup>23</sup> Vide nota de rodapé n.18.

<sup>24</sup> LAVRANOS, op.cit.,p.20

com capítulo de investimento. Apenas um sistema assim permitiria uma transição suave da competência dos Estados Membros para a União, garantindo segurança jurídica aos investidores estrangeiros.

Alerta Schicho<sup>25</sup> que tal obrigação se coloca para todos os Estados, na medida em que, ao apreciar os casos anteriormente citados, a Corte Europeia declarou explicitamente que a incompatibilidade identificada entre os tratados levados à apreciação daquela Corte e o direito comunitário não estava limitada aos Estados Membros réus naqueles julgamentos. Nesse sentido, os tratados de todos os Estados Membros necessitariam ser alterados para incluir cláusula de integração econômica regional, que dispõe sobre a possibilidade da União Europeia impor restrições ao movimento de capitais quando necessário.

Na sequência, também importante relevar a proposta no sentido da obrigatoriedade de revisão de todos os tratados notificados por um Estado Membro à Comissão Europeia e a possibilidade de retirada da autorização de manutenção de um tratado, nas seguintes hipóteses:

- a) quando este conflitar com o direito da UE;
- b) quando se sobrepuser, parcial ou totalmente, com um tratado da União em vigor com um terceiro país e esta sobreposição não for objeto de previsão no tratado da União;
- c) quando um tratado conflitar com as políticas da União em relação a investimentos, incluindo, em particular, a Política Comercial Comum;
- d) ou, ainda, quando o Conselho não tomar nenhuma decisão autorizando a abertura de negociações com relação a investimentos no período de um ano a contar da submissão de uma recomendação pela Comissão, nos termos do art.218, par.3 do TFUE<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Schicho, op.cit.,p.15

<sup>26</sup> Art.218 (2) do TFUE. O Conselho deverá autorizar a abertura de negociações, adotar diretivas de negociação, autorizar a conclusão de tratados e concluí-los.

(3) A Comissão ou o Alto Representante da União para Relações Exteriores e Política de Segurança, quando o tratado visado se relacionar exclusiva ou principalmente a política de segurança ou política exterior comum, deverá submeter recomendações ao Conselho, que deverá adotar decisão autorizando a abertura de negociações e,

Com relação ao item “b”, refere Schicho<sup>27</sup> que o critério da mera superposição tem sido criticado, pois não significa necessariamente que acarrete incompatibilidade com o direito comunitário e, por consequente, iria além do quanto necessário ao processo de revisão.

Quanto ao item “c”, aduz ser um dos pontos potencialmente mais contenciosos, pois, segundo entendimento da Comissão Europeia, um tratado poderá constituir obstáculo à política de investimento da União Europeia quando a sua mera existência minar o desejo de um terceiro país em negociar com a União. Baseado em tal premissa, a Comissão teria uma larga margem de discricionariedade para “atacar” tratado de um Estado Membro da UE com terceiros países com quem a União desejasse negociar, razão por que tal proposta tem sido criticada, principalmente por sua vagueza.

Por fim, em relação ao item “d”, Lavranos<sup>28</sup> comenta que tal proposta é comumente referida como “disposição de chantagem”, pois prevê que, na hipótese do Conselho não dar à Comissão mandato para negociar um tratado bilateral de investimento ou acordo de livre comércio, nas hipóteses do art.218, par.3, do TFUE, a Comissão poderia, então, punir os Estados Membros pela falha, retirando sua autorização para manutenção de um tratado.

A seu turno, o Parlamento Europeu veio a adotar Posicionamento e expedir Resolução, em maio de 2011, propondo emendas relativamente à proposta efetuada pela Comissão Europeia, conforme se pode verificar de documento constante do sítio eletrônico do Parlamento Europeu<sup>29</sup>.

Entre as proposições efetuadas, cabe destacar as que seguem:

---

dependendo do assunto do tratado visado, indicar o negociador da União ou o chefe da delegação negociadora da União.

27 SCHICHO, op.cit., p.19.

28 LAVRANOS, op.cit., ESIL Conference 2010. p.18.

29 EUROPEAN PARLIAMENT, *Position of the European Parliament legislative resolution of 10 May 2011 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*. Mai.2011. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0206&language=EN&ring=A7-2011-0148>>. Acesso em: 01 set. 2012.

- a) que a revisão dos TBIs notificados pelos Estados Membros não seja de caráter *obrigatório* para a Comissão Europeia, assim como foi proposto por esta;
- b) que a possibilidade de retirada de autorização para manutenção do TBI de um Estado Membro deva se dar, entre outros, quando o TBI do Estado Membro constituir um *sério* obstáculo à conclusão de futuros tratados sobre investimentos entre a União Europeia e terceiros países;
- c) quando a Comissão entender que há motivos para retirar a autorização de manutenção do TBI de um Estado Membro, aquela deve incluir, nas consultas que mantiver com esse Estado, a possibilidade de que esse Estado possa renegociar o TBI dentro de um determinado prazo;
- d) quando o processo de consultas entre a Comissão e um Estado Membro não der resultados dentro de um determinado prazo, a Comissão poderá retirar a autorização para manutenção do TBI desse Estado Membro ou, quando apropriado, recomendar ao Conselho da UE que autorize a negociação de um tratado da União sobre investimentos, nos termos do art.207, par.3, do TFUE;
- e) quando um Estado Membro notificar à Comissão sua intenção em concluir um novo tratado sobre investimentos com um terceiro país, a Comissão deverá consultar os outros Estados Membros dentro de 30 dias para determinar se haveria valor agregado em ter um acordo sobre investimentos da União com aquele terceiro país.

No referido documento, o Parlamento Europeu transmite sua posição ao Conselho da UE, aos parlamentos nacionais e à Comissão Europeia, convidando esta última a endereçar a matéria novamente ao Parlamento, caso pretenda emendar materialmente sua proposta ou substituí-la por outro texto.

A seu turno, o Conselho da UE veio a debater o assunto em reuniões realizadas em 13 de maio de 2011 e 16 de março de 2012.

Em seu Comunicado de Imprensa relativo à Reunião do Conselho nº 3086<sup>30</sup>, de maio de 2011, o Conselho afirma que possui dois objetivos: o de

---

30 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Foreign Affairs/Trade. Press Release. 3086th Council Meeting. Mai.2011. Disponível em: <<http://www.consilium>

garantir o máximo de segurança jurídica possível e máxima proteção para os investidores da UE, além de manter a União Europeia como destino preferencial de investimento estrangeiro direto. Nesse sentido, salientou sua intenção de perseguir um entendimento com o Parlamento Europeu, de forma a adotar um regulamento para os TBIs o quanto antes possível.

Já mais recentemente, em seu Comunicado de Imprensa relativo à Reunião do Conselho nº 3154<sup>31</sup>, de março de 2012, o Conselho parabeniza o progresso feito até o momento, em especial o fato da Comissão Europeia estar buscando um acordo informal que possibilite a superação das divergências remanescentes entre Parlamento Europeu e Conselho da UE.

### **3 DA COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE UMA POLÍTICA DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAL COMPREENSIVA PARA A UNIÃO EUROPEIA**

Conforme explicita a Comissão Europeia, em sua “Comunicação sobre uma Política de Investimentos Internacional Compreensiva para a União Europeia”<sup>32</sup>, de julho de 2010, dirigida ao Conselho da UE, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, até o presente momento, a União e os Estados Membros vinham atuando separada e complementarmente com relação ao tema de investimentos. Enquanto os Estados focavam na promoção e proteção de todas as formas de investimento, a Comissão Europeia elaborava uma agenda de liberalização focada no acesso a mercados para investimento direto.

O objetivo da referida Comunicação é lançar a pedra fundamental para uma futura política de investimentos uniforme para toda a União Europeia. Nessa, a Comissão “explora como a União pode desenvolver uma política de investimento internacional que incremente a competitividade da União Europeia e contribua para um crescimento sustentável, inclusivo e acelerado, tal como disposto na Estratégia para a Europa 2020”.

---

europa.eu/uedocs/cms\_data/docs/pressdata/EN/foraff/121987.pdf>. Acesso em: 27.09.2012.

31 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Foreign Affairs/Trade*. Press Release. 3154th Council Meeting. Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/129029.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129029.pdf)> Acesso em: 01/09/2012.

32 Vide Comunicação COM (2010) 343, de 07.07.2010 . Nota de rodapé n.10.



A propósito, em entendendo que uma política de investimento internacional uniforme compreensiva precisa bem endereçar as necessidades do investidor, do momento do planejamento ao estágio da obtenção de lucros (ou seja, do pré ao pós-estabelecimento), assinala que a política comercial deverá buscar a integração entre liberalização comercial e proteção a investimentos.

Também é salientado que, enquanto a proteção ao investimento e a liberalização constituem elementos-chave de uma política de investimentos internacional uniforme, ainda haverá um espaço significativo para que os Estados Membros busquem e implementem políticas de promoção de investimentos que complementem a política da União.

A Comissão enfatiza que o cerne da atuação da União deve ser a persecução de resultados melhores do que aqueles que seriam obtidos individualmente por cada Estado Membro, separadamente, e que a adoção de um modelo único de tratado para todas as negociações com terceiros países não seria factível, nem desejável, devendo a União levar em consideração o contexto específico de cada negociação.

A propósito, são lançados os princípios e parâmetros gerais que se pretende ver seguidos em futuras negociações, a saber:

- a) critério para seleção de países parceiros: o nível atual de comércio e fluxos de investimentos deve ser determinante na definição das prioridades para as negociações da União Europeia;
- b) efetividade do investimento estrangeiro direto: é importante que uma política de investimento internacional uniforme permita não só a realização de investimentos diretos, mas que também possibilite e proteja todas as operações que estejam conectadas a tais investimentos e os tornem possíveis na prática, a exemplo da possibilidade de realização de transferências de capitais e pagamentos, proteção a bens intangíveis etc;
- c) padrões de proteção ao investimento: tradicionalmente, nas negociações de investimentos, a União recorre ao princípio da não-discriminação como regra substantiva de proteção ao investimento, em suas duas facetas: o princípio da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional, ambos

*standards* relativos. A par da manutenção do princípio da não discriminação como elemento-chave nas negociações de investimentos, a União Europeia também deve ter como inspiração outros *standards* de tratamento que tem sido usualmente utilizados pelos Estados Membros da UE em suas negociações, tais como “tratamento justo e equitativo”, “proteção e segurança plena” e proteção a direitos contratuais concedidos pelo estado receptor do investimento a um investidor (“cláusula guarda-chuva”)<sup>33</sup>.

- d) execução de compromissos relativos a investimento: o principal objetivo da União Europeia é assegurar a efetiva exequibilidade das disposições sobre investimento. Nesse sentido, os tratados da União que tratem de proteção a investimentos devem incluir cláusula de resolução de disputas investidor-Estado. Tal orientação acarretará a necessidade de adaptar as estruturas atuais, na medida em que, exemplificativamente, a Convenção sobre Resolução de Disputas entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção de Washington), não está aberta para assinatura e ratificação, senão para Estados membros do Banco Mundial ou Estados parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não se qualificando a União Europeia sob nenhum aspecto.
- e) responsabilidade internacional: tendo em vista a competência externa exclusiva a propósito da política de investimento internacional, as medidas dos Estados Membros da UE, que afetem investimentos de terceiros que gozem de proteção de um tratado internacional, deverão ser defendidas pela União Europeia, através da Comissão.

A Comunicação, com a proposta da Comissão, foi objeto de apreciação pelo Conselho de Relação Exteriores da UE, em 10 de setembro de 2010, tendo sua Presidência proposto uma minuta com as

---

<sup>33</sup> Além disso, outras cláusulas também deverão ser perseguidas, a saber: cláusulas que exijam dos Estados receptores de investimento determinadas condições para o exercício do direito de desapropriação (tais como a observância do princípio da não-discriminação, bem como da proporcionalidade para atingir propósitos legítimos), cláusulas que estejam ajustadas ao modo como a União e os Estados Membros regulam suas atividades econômicas dentro da União Europeia, e cláusulas que se ajustem aos princípios e objetivos da ação externa da União Europeia, incluindo a promoção do estado de direito, direitos humanos e desenvolvimento sustentável (nesse sentido, a Comissão aponta como guia as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais como importante instrumento a ser observado).

“Conclusões do Conselho”<sup>34</sup>, as quais foram, ainda em setembro de 2010, endossadas pelo Comitê de Política de Comércio.

Em grandes linhas, o Conselho da UE apoia o objetivo de que a União Europeia possua uma política de investimentos internacional uniforme e que mantenha sua posição de maior fonte e destino de investimento estrangeiro direto mundial<sup>35</sup>.

A seu turno, o Parlamento Europeu aprovou uma moção de Resolução<sup>36</sup>, em maio de 2011, em que salienta que a Comunicação da Comissão Europeia focou extensivamente na proteção ao investidor e que deveria ter tratado melhor do direito de regular do poder público, bem como do dever da União Europeia de promover políticas públicas e sintonia com a busca do desenvolvimento.

Nesse sentido, conclamou a Comissão a levar em consideração as lições aprendidas em todas as searas de negociação, em particular aquelas advindas das fracassadas negociações havidas no âmbito da OCDE relativas ao Acordo Multilateral sobre Investimentos. Outrossim, fazendo menção à falta de uniformidade entre os TBIs dos Estados Membros da UE, solicita que Comissão expeça, o quanto antes possível, um regulamento não-

---

34 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Draft Council Conclusions on a comprehensive European international investment policy. Out.2010. Disponível em:

35 Mais particularmente, o Conselho da UE: a) recomenda a adoção de determinados critérios para seleção dos parceiros da União Europeia e salienta a necessidade de que se adote um marco legislativo que autorize os Estados Membros da UE a negociar e concluir tratados de investimento com terceiros países, quando não haja pretensão da União Europeia em firmar tratado com esses países; b) concorda com a visão da Comissão Europeia sobre as opções de tratados a celebrar (tratados compreensivos ou tratados de investimento), tendo como critério o maior acesso a mercados não-europeus e o aumento da proteção para o investidor europeu; c) salienta a necessidade de inclusão de determinados standards de proteção de investimento nos tratados; d) reconhece a importância da dimensão social e ambiental do IED e dos direitos e obrigações do investidor, ao passo que enfatiza a contribuição de organizações internacionais para a política de investimentos da UE, principalmente no campo da responsabilidade social corporativa; e) considera essencial que o principal foco dos TBIs continue a ser a efetiva e ambiciosa proteção do investimento e acesso a mercados; f) entende que a nova política de investimentos deve ser guiada por princípios e objetivos da ação externa da União; e g) salienta a necessidade de previsão de um mecanismo efetivo de resolução de disputas investidor-Estado.

36 EUROPEAN PARLIAMENT. Motion for a European Parliament Resolution on the future European international investment policy. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>>. Acesso em: 27.09.2012.

vinculante que oriente as negociações dos Estados Membros de forma a assegurar certeza e consistência em relação ao tema.

No que tange ao aspecto material da proposta, bem como ao procedimento a ser seguido para sua aprovação, há alguns aspetos importantes a serem salientados.

O primeiro deles diz respeito à abrangência das matérias que podem ser tratadas. A propósito, aponta Hermann<sup>37</sup> haver um grande consenso na doutrina no sentido de que o Tratado de Lisboa teria atribuído competência à União para dispor tão-somente sobre o investimento estrangeiro direto, tendo remanescido o tratamento do investimento em *portfolio* sob a competência dos Estados Membros, o que implicaria a necessidade de concluir “tratados mistos” (União e Estados Membros, em coparticipação), na hipótese de se pretender dispor sobre as duas espécies de investimento em um mesmo tratado.

Por outro lado, refere também o autor que não há consenso na doutrina quanto aos tipos de medidas de investimento (acesso a mercados, pós-estabelecimento e proteção contra desapropriação) que deveriam integrar competência para o investimento estrangeiro direto, dado que o tema é parte da Política Comercial Comum. Não obstante tal dissenso, muitos doutrinadores entendem que a interpretação deverá se extensiva, abarcando as 03 espécies de medidas<sup>38</sup>.

Para Lavranos<sup>39</sup>, a Comunicação foi formulada em termos bastante gerais, sugerindo que a competência da União se estenderia a todos os aspectos regulados pelos tratados bilaterais de investimento. Nesse contexto, refere que tal Comunicação conclui que a União deveria representar a UE e seus Estados Membros internacionalmente com relação a todas as questões envolvendo o IDE, incluindo TBIs. Não obstante, aduz que muitas questões não foram tratadas, tais como

---

37 HERMANN, Christoph. *The Treaty of Lisbon Expands the EU's External Trade and Investment Powers*. Set.2010. Disponível em: <<http://www.asil.org/files/insight100921pdf.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

38 De acordo com o autor, a competência em relação ao tema do comércio de serviços e aspectos comerciais sobre direitos da propriedade intelectual, anteriormente compartilhada com os Estados Membros, também migrou para a União através do Tratado de Lisboa. Já no que tange aos temas de estabelecimento e livre movimento de capitais, a antiga Comunidade Europeia já dispunha de alguns poderes legislativos nessas áreas.

39 Op.cit., ESIL Conference 2010, p.19.

definição de investidor e investimento, regime de desapropriação, procedimento de resolução de disputas, o papel da Corte de Justiça Europeia vis-à-vis as arbitragens internacionais etc.

Mais recentemente, por ocasião da veiculação de proposta sobre alocação de responsabilidade financeira no âmbito da União Europeia em decorrência de decisões arbitrais desfavoráveis, a Comissão Europeia veio a externar seu entendimento sobre quais as matérias devem estar compreendidas na competência da União no que respeita o tema do investimento estrangeiro<sup>40</sup>.

Nesse sentido, a Comissão aduziu que a União possui competência para firmar tratados cobrindo todas as matérias que se relacionem a investimento estrangeiro, compreendendo tanto o investimento estrangeiro direto, quanto o investimento em portfólio<sup>41</sup>.

Nessa linha, defende que a competência da União cobre todos os *standards* previstos nos textos de proteção ao investimento, incluindo desapropriação (isso incluiria os *standards* relativos a pós-estabelecimento, tais como os princípios de tratamento nacional e nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo e proteção contra desapropriação sem compensação).

Outro aspecto importante a ser destacado diz respeito à expansão do processo de codecisão legislativa entre o Conselho da UE e o Parlamento Europeu, como medida de mitigação ao déficit democrático<sup>42</sup>

40 Vide Comunicação COM (2012) 335, de 21.06.2012, da Comissão Europeia junto à nota de rodapé n.11 supra, em particular o Memorando Explanatório que acompanha a proposta da Comissão quanto a um “Regulamento estabelecendo um marco regulatório para gerenciamento da responsabilidade financeira relacionada a [decisões de] tribunais de resolução de disputas investidor-Estado previstos em acordos internacionais dos quais a União Europeia é parte”.

41 Este entendimento decorre da interpretação conjunta que a Comissão faz do artigo 63 do TFUE - que dispõe que o movimento de capitais entre os Estados Membros da UE e terceiros países deve ser livre de restrições - e do artigo 3, par.2, do TFUE - que dispõe haver competência exclusiva da União quando regras inseridas em tratados internacionais puderem afetar regras comuns ou alterar seu campo de abrangência. Outrossim, argumenta que as regras relativas a investimento estrangeiro (as quais se aplicam indistintamente ao investimento em portfólio), podem afetar as regras comuns ao movimento de capital dispostas no art.63 do TFUE.

42 Segundo consta do sítio eletrônico da União Europeia, o “déficit democrático” constitui um conceito invocado sob o argumento de que a União Europeia e seus vários órgãos sofrem de falta de democracia e parecem inacessíveis ao cidadão ordinário em razão da complexidade do seu *modus operandi*. Os Tratados de Maastricht, Amsterdam e Nice deram contribuições à mitigação do déficit democrático. O Tratado de Lisboa deu continuidade a esse processo, fortalecendo os poderes

existente na União Europeia. A esse propósito, verifica-se a atribuição de nova competência ao Parlamento Europeu no processo legislativo ordinário da União, adotado para a implementação da Política Comercial Comum (que compreende o investimento estrangeiro direto).

Com efeito, o Parlamento Europeu, que anteriormente só era ouvido sobre Política Comercial Comum quando a Comissão Europeia assim o oportunizasse, passa a ter voz ativa em todas as matérias relacionadas àquela, a partir do Tratado de Lisboa. Nesse sentido, assim dispõem os artigos 207 e 294 do TFUE:

#### Artigo 207

(2). O Parlamento Europeu e o Conselho, agindo através de regulamentos de acordo com o *procedimento legislativo ordinário*, deverão adotar medidas que definam o quadro para implementação da política comercial comum. (grifo nosso)

#### Artigo 294

(1) Quando for feita referência nos Tratados ao *procedimento legislativo ordinário* para a adoção de um ato, os seguintes procedimentos deverão ser adotados.

(2) *A Comissão deverá submeter uma proposta ao Parlamento Europeu e ao Conselho.* (grifo nosso)

Conforme Hermann<sup>43</sup>, a expansão da participação do Parlamento terá inegável impacto no processo de construção da política de comércio da União Europeia, dado o fato de que o Parlamento é usualmente muito mais sensível às demandas ambientais e de política social externadas por organizações não governamentais e outras, em particular quando contemplem os objetivos de política pública da ação externa da União Europeia que ora orientam a condução da política comercial comum.

---

do Parlamento Europeu em relação às matérias legislativa e orçamentária e deu poderes a esse para exercer um controle político efetivo sobre a Comissão Europeia através do procedimento de indicação do Presidente da Comissão. Disponível em <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/democratic\\_deficit\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/democratic_deficit_en.htm)>. Acesso em: 01/09/2012.

43 Op.cit.

#### **4 DA PROPOSTA DE UM REGULAMENTO PARA GERENCIAR A ALOCAÇÃO DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA RELACIONADA A DECISÕES DESFAVORÁVEIS PROFERIDAS POR TRIBUNAIS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS INVESTIDOR-ESTADO PREVISTOS NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DOS QUAIS A UNIÃO EUROPEIA É PARTE**

A mais recente iniciativa da Comissão Europeia na definição de uma política de investimentos para a União Europeia diz respeito à proposta efetuada, em junho de 2012, ao Parlamento Europeu e ao Conselho da UE, para estabelecimento de um marco regulatório para gerenciar a responsabilidade financeira decorrente de decisões arbitrais proferidas em desfavor da União Europeia.

O princípio central da proposta de Regulamento consiste na ideia de que a responsabilidade financeira decorrente de resolução de disputas mediante arbitragem investidor-Estado deve ser atribuída àquele que der origem ao ato contestado, seja a União, seja um Estado-Membro da UE, e independentemente de quem conste do polo passivo da arbitragem. Nos casos em que o ato for praticado por um Estado Membro da UE por exigência da União, entende a Comissão que o ônus deveria recair sobre a União.

Além disso, outros 3 princípios orientam o mecanismo de alocação de responsabilidade financeira, quais sejam: a) tal alocação deve ser neutra para a União do ponto de vista orçamentário, é dizer, a União só deverá suportar o ônus quando der origem ao ato contestado; b) o investidor estrangeiro não deve ser prejudicado em razão da existência de dúvidas sobre a alocação da responsabilidade financeira, ou seja, primeiro se deve indenizar o investidor e, posteriormente, decide-se a quem cabe o ônus pela indenização; e c) o mecanismo deverá observar os princípios fundamentais que orientam a ação externa da União Europeia, tal como estabelecido nos Tratados da UE e na jurisprudência da Corte de Justiça da UE, em particular a unicidade da representação externa e a cooperação sincera entre União e Estados Membros.

Particularmente no que tange à questão sobre quem deve figurar no polo passivo de uma arbitragem investidor-Estado em que se alegue uma violação a disposição constante de tratado internacional que se insira no âmbito da competência exclusiva da União, a Comissão sustenta posicionamento no sentido de que, em princípio, a União deve fazê-lo, mesmo se tal violação partir do ato praticado por um Estado Membro, sendo possível, outrossim, nos termos do artigo 2, par.1, do

TFUE<sup>44</sup>, que a União atribua poderes ao Estado Membro para tal fim, em determinadas circunstâncias, dada a possibilidade de significativo impacto que algumas demandas possam ter sobre o orçamento da União.

Por outro lado, quando o ato for praticado por um Estado Membro da UE, este deve ser autorizado pela União a figurar no polo passivo da arbitragem, exceto em hipóteses em que o interesse da União exija de modo contrário.

Ainda, entende que a hipótese de que União e Estado Membro figurem como corréus não seria adequada ao mecanismo da arbitragem investidor-Estado.

Outrossim, salienta a Comissão a importância de disciplinar as situações em que a União for considerada responsável, notadamente em que termos se dará o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais em face da União Europeia, dado o fato de que esta não é signatária da Convenção de Nova Iorque para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais, de 1958, nem da Convenção de Washington sobre Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados, de 1965<sup>45</sup>.

Por fim, registre-se que referida proposta ainda será objeto de análise e pronunciamento por parte do Parlamento Europeu e da Conselho da UE, devendo ser ressaltado que sua preparação levou em consideração as opiniões colhidas em diversas reuniões mantidas com representantes daquelas Instituições.

## 5 CONCLUSÃO

O Tratado de Lisboa introduziu uma grande alteração no processo legislativo e de celebração de tratados internacionais envolvendo a União Europeia e seus Estados Membros no tocante ao tema do investimento

44 Art.2 (1) do TFUE. Quando os Tratados conferirem à União competência exclusiva numa área específica, apenas a União poderá legislar e adotar atos legalmente vinculantes, estando os Estados Membros aptos a fazê-lo somente quando assim autorizados pela União ou para a implementação de atos da União.

45 No presente momento, nas hipóteses de execução contra bens da União, deverá o investidor recorrer à Corte de Justiça da União Europeia, consoante dispõe o artigo 1º do Protocolo nº 7 sobre Privilégios e Imunidades da União Europeia, verbis: “A propriedade e bens da União não se sujeitarão a nenhuma medida legal ou administrativa de constrição sem a autorização da Corte de Justiça”.



estrangeiro direto e assuntos que lhe são conexos, haja vista a migração do tema da competência dos Estados Membros para a seara da Política Comercial Comum, de competência exclusiva da União.

Assim, o tema que era antes sujeito ao regramento de cada Estado Membro da UE, individualmente, deverá agora ser disciplinado pela União, através do procedimento legislativo ordinário, cabendo a iniciativa das propostas à Comissão Europeia, e sua aprovação, ao Parlamento Europeu e ao Conselho da União Europeia.

A propósito, importante chamar a atenção para o importante papel atribuído ao Parlamento Europeu a partir do Tratado de Lisboa. Com efeito, visando a mitigar o déficit democrático na União Europeia, entendeu-se por bem expandir o processo de codecisão legislativa, tendo sido outorgada voz ativa ao Parlamento Europeu nas matérias submetidas ao procedimento legislativo ordinário da União, adotado para a implementação da Política Comercial Comum, que compreende a matéria relativa ao investimento estrangeiro direto.

Por conseguinte, espera-se uma atuante participação do Parlamento Europeu no processo legislativo, fazendo um contraponto às posições defendidas pela Comissão Europeia e pelo Conselho da UE - ambas instituições de caráter supranacional - na medida em que, dada sua maior representatividade junto ao cidadão europeu, maior será sua sensibilidade a demandas sociais e ambientais.

Foi neste novo terreno que a Comissão Europeia efetuou três propostas com vistas à regulamentação do investimento estrangeiro direto e assuntos conexos.

A primeira e mais premente proposta diz respeito ao estabelecimento de um regime transitório para os mais de 1200 tratados internacionais firmados pelos Estados Membros da UE até que esses venham a ser substituídos, progressivamente, por tratados da União.

Com efeito, tal proposta se impunha na medida em que a União Europeia constitui, na atualidade, a maior fonte e o maior destino de investimento estrangeiro direto no mundo, sendo certo o grande papel desempenhado pelo investimento estrangeiro direto na promoção do desenvolvimento e crescimento social e econômico dos países, fator este importantíssimo, mormente neste momento de crise na zona do euro.

Quanto à segunda proposta, trata esta de lançar a base para uma política de investimentos internacional uniforme para a União Europeia, devendo orientar tanto as negociações de tratados a serem firmados pela União, quanto de tratados a serem firmados pelos Estados Membros da UE, seja para adequar seus tratados em vigor às normas comunitárias, seja para celebrar novos tratados com terceiros países nas hipóteses em que não haja interesse da União em celebrar tratados com tais países.

Já a última proposta diz respeito ao estabelecimento de um marco regulatório para disciplinar quem deverá figurar no polo passivo das arbitragens investidor-Estado contra a União Europeia (se a União ou algum Estado Membro) e a quem será atribuído o ônus financeiro nas hipóteses de decisões arbitrais proferidas em desfavor da União Europeia.

Todas essas propostas ainda se encontram em tramitação, estando as duas primeiras em estágio mais avançado, devendo dentro em breve ser finalmente aprovadas.

A propósito, reputamos importante o conhecimento da vindoura legislação comunitária relativa ao investimento estrangeiro direto e assuntos conexos - cujas linhas gerais já foram externadas por meio das propostas da Comissão e pronunciamentos do Parlamento e Conselho - tendo em vista a direta influência que terá nas negociações entre Mercosul e União Europeia com vistas ao estabelecimento de uma área de livre comércio inter-regional.

## REFERÊNCIAS

BUNGENBERG, Marc. *Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon*. 2010. Disponível em: <<http://www.springerprofessional.de/spmblob/2194296/bodyRef/006---going-global-the-eu-common-commercial-policy-after-lisbon.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Draft Council Conclusions on a comprehensive European international investment policy*. Out.2010. Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st14/st14373.en10.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2012.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Foreign Affairs/Trade. Press Release. 3086th Council Meeting*. Mai.2011. Disponível em: [http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/121987.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/121987.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Foreign Affairs/Trade. Press Release. 3154th Council Meeting*. Mar.2012. Disponível em: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/129029.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129029.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

EECKHOUT, Piet. *Investment Treaties and EU law*. Jul.2009. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/investment-treaties-and-eu-law/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. COM (2010) 343. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. Jul.2010. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc\\_147884.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf)>. Acesso em: set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. Memorandum. *Commission launches comprehensive European international investment policy*. Jul.2010. Disponível em: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=590&serie=354&langId=en>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. Press Release. *EU takes key steps to provide legal certainty for foreign investors*. Jun.2012. Disponível em: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=808>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. COM (2012) 335. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party*. Jun.2012. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc\\_149567.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. COM (2010) 344. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*. Jul.2010. Disponível em: <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMMISSION. Trade Topics. *Investment*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Motion for a European Parliament Resolution on the future European international investment policy*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Position of the European Parliament legislative resolution of 10 May 2011 on the proposal for a regulation of the European Parliament*

*and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries.* Mai.2011. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sites/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0206&language=EN&ring=A7-2011-0148>>. Acesso em: 01 set. 2012.

GRAHAM, Eduard M.; KRUGMAN, Paul R. *The Surge in Foreign Direct Investment in the 80s.* Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c6532.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012

HJÄLMROTH, Carolinn; WESTERBERG. *A Common investment policy for the EU.* 2010. Disponível em: <<http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Investments.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

HERMANN, Christoph. *The Treaty of Lisbon Expands the EU's External Trade and Investment Powers.* Set.2010. Disponível em: <<http://www.asil.org/files/insight100921pdf.pdf>>. Acesso em> 01 set. 2012.

KALICKI. J.; MEDEIROS, S. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's reluctance towards ICSID, BITs and investor-state arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 14, p.57-86, jul-set, 2007.

LAVRANOS, N. *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law.* ESIL Conference 2010. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1683348](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683348)>. Acesso em: 01 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law.* Dez.2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1724185](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1724185)>. Acesso aos 01 set. 2012.

SCHICHO, Luca. *Member States BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?* Fev.2012. Disponível em <[http://www.coleurope.eu/sites/default/files/researchpaper/researchpaper\\_2\\_2012\\_schicho\\_final.pdf](http://www.coleurope.eu/sites/default/files/researchpaper/researchpaper_2_2012_schicho_final.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2012.