



A REFORMA DOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO – À PROCURA DO EQUILÍBRIO ENTRE A DEFESA DOS INTERESSES OFENSIVOS E OS INTERESSES DEFENSIVOS

Maria João Palma¹

RESUMO

O presente artigo analisa a recente reforma dos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs), com ênfase nas mudanças impulsionadas pela União Europeia a partir do Tratado de Lisboa. Diante do crescente tensionamento geopolítico e da fragmentação dos fluxos internacionais de comércio e investimento, os Estados buscam redefinir os padrões de proteção aos investidores estrangeiros, equilibrando seus direitos com a necessidade de preservar a autonomia regulatória e os interesses públicos nacionais. A nova geração de BITs reflete essa transição paradigmática, incorporando cláusulas relativas a direitos humanos, desenvolvimento sustentável e responsabilidade social. No entanto, surgem desafios quanto à definição de um nível justo de proteção ao investimento e à convivência normativa entre os tratados antigos e os novos. O texto propõe uma reflexão crítica sobre os limites e possibilidades desse novo modelo regulatório.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados bilaterais de investimento; União Europeia; proteção ao investimento; direito de regular; autonomia estatal; nova geração de BITs.

THE REFORM OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES – IN SEARCH OF A BALANCE BETWEEN THE PROTECTION OF OFFENSIVE AND DEFENSIVE INTERESTS

ABSTRACT

This article examines the ongoing reform of Bilateral Investment Treaties (BITs), with a focus on the changes promoted by the European Union following the Lisbon Treaty. Amid increasing geopolitical tensions and the fragmentation of global trade and investment flows, States seek to redefine the standards of foreign investor protection, balancing investor rights with the preservation of regulatory autonomy and national public interests. The new generation of BITs reflects this paradigm shift, incorporating provisions on human rights, sustainable development, and social responsibility. Nevertheless, challenges remain regarding the appropriate level of investor protection and the coexistence of old and new BITs. The article offers a critical analysis of the boundaries and potential of this evolving regulatory framework.

¹ LL.M College of Europe, Brugge, Bélgica; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa; Doutoramento pela Faculdade de Direito de Lisboa; Jurista na Direção-Geral das Atividades Económicas do Ministério da Economia e do Mar. O texto baseia-se na nossa comunicação efetuada no Seminário “Cooperação Europa e América do Sul: a sustentabilidade como foco”, que teve lugar na Universidade Europeia, em Lisboa, a 15 de fevereiro de 2024. As opiniões aqui expressas vinculam apenas a autora. A autora agradece o gentil convite que lhe foi dirigido pela Professora Doutora Elizabeth Accioly.

KEYWORDS: *Bilateral investment treaties; European Union; investment protection; right to regulate; state autonomy; new generation BITs.*

1. INTRODUÇÃO

Vivemos tempos difíceis em que assistimos a uma fragmentação dos fluxos internacionais de comércio e de investimento, em que os Estados, movidos mais por considerações geopolíticas do que económicas, erguem barreiras a estes fluxos, um pouco por todo o mundo, em prol do reforço da segurança nacional e do fortalecimento da resiliência das economias^{2,3}.

Perante estas preocupações, os políticos enfrentam um difícil *trade-off* entre minimizar os custos da fragmentação dos fluxos e maximizar a segurança e a resiliência⁴.

Somado a estes constrangimentos, emerge uma necessidade de os Estados serem dotados de maior desenvoltura na promoção de políticas públicas, nomeadamente na área da saúde pública, educação pública, proteção dos consumidores, alterações climáticas, proteção de dados, diversidade cultural, pretendendo defender estes interesses legítimos sem que daí advenha a necessidade de pagar indemnizações avultadas aos investidores estrangeiros, eventualmente lesados pela adoção dessas políticas, o que a doutrina designa de direito de regular⁵.

Além do direito de regular, os acordos internacionais mais recentemente negociados pela Comissão Europeia em nome da União Europeia (UE) e dos Estados-Membros⁶ (CETA, UE Indonésia, UE Vietname, UE Singapura, UE Chile, UE México, entre outros) afirmam, também, preocupações com os direitos humanos, com o desenvolvimento sustentável, com os direitos laborais ou com a responsabilidade social.

A mesma linha de pensamento encontra respaldo nos Tratados Bilaterais de Investimento (TBI ou BIT na sigla inglesa) celebrados mais recentemente pelos Estados-Membros da UE⁷, os quais surgem alinhados com os ditames da Política Europeia de Investimento.

² Os Estados que adotaram regimes de análise ou de screening de investimento estrangeiro proliferam pelo mundo hodierno, sendo exemplo o caso dos Estados Unidos da América, do Japão e de vários Estados- Membros da União Europeia. Sobre a evolução da adoção de regimes de screening na União Europeia, vide, Relatório Especial sobre Análise dos investimentos diretos na União Europeia, do Tribunal de Contas da UE (2023). Disponível aqui: <https://www.eca.europa.eu/pt/annual-activity-reports>.

³ LUÍS PEDRO RODRIGUES DA CUNHA nota com preocupação a atual decadência do multilateralismo nas relações comerciais internacionais: "Notas sobre matérias de comércio internacional e OMC: a parte “clássica”". *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - série Working Papers* 33 (2022): 1-38. Disponível aqui: https://www.uc.pt/site/assets/files/850029/33_wp_bce_2022.pdf.

⁴ GITA GOPINATH – “How policymakers should handle a fragmenting world”, February 6, 2024. Disponível aqui: https://foreignpolicy.com/2024/02/06/how-policymakers-should-handle-a-fragmenting-world/#cookie_message_anchor

⁵ Sobre o direito de regular, *inter alia*, CATHARINE TITI – “The Right to Regulate in International Investment Law (Revised)”, in *International and Comparative Law Research Center*, 2022. Disponível aqui: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4058447

⁶ A necessidade de celebração conjunta por parte da EU e dos seus Estados-Membros dos acordos internacionais que contenham disposições relativas à proteção do investimento estrangeiros, designados no jargão da UE por acordos mistos, decorre do facto de os mesmos dizerem respeito a competências exclusivas da UE (IDE), mas também a competências partilhadas entre a UE e os seus Estados-Membros (investimento de carteira e resolução de litígios investidor-Estado). Nesse sentido, vide o Parecer do TJUE 2/2015, de abril de 2017. Disponível aqui: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-2/15&language=PT>

⁷ Alguns desses Estados-Membros publicaram os respetivos Modelos de BIT no site da UNCTAD (Itália, República Checa, Eslovénia, Bélgica/Luxemburgo, Países Baixos e Bulgária): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

Como é sabido, a UE conquistou com o Tratado de Lisboa, em vigor desde dezembro de 2009, competência para o investimento direto estrangeiro (IDE), assumindo-se como a grande mentora da redefinição dos *standards* de proteção do investimento estrangeiro na UE⁸.

Seriam estas preocupações que iriam estar na origem da mudança de paradigma⁹ que passaria a reger os equilíbrios entre os direitos dos investidores estrangeiros e os interesses defensivos dos Estados e que levam, presentemente, a distinguir os BIT¹⁰ da “velha geração”, celebrados, em regra, na década de 90, dos BIT da “nova era”, os primeiros mais centrados nos direitos dos investidores e os segundos procurando um equilíbrio entre os direitos dos investidores e os interesses dos Estados.

Enfatize-se, porém, que o redesenhar dos BIT na procura desde novo equilíbrio coloca dois problemas:

- i) Desde logo, determinar qual o **nível de proteção adequado e justo** a conceder aos investidores estrangeiros. Sendo a finalidade última destes Tratados a proteção dos direitos dos investidores estrangeiros, o exercício de afinamento das disposições com o propósito de travar eventuais arbitragens internacionais de investimento mais agressivas não poderá resvalar rumo a um exercício de excessiva defesa por parte dos Estados que ponha em risco direitos ou legítimas expetativas dos investidores estrangeiros¹¹.
- ii) Em segundo lugar, como assegurar a convivência de BIT mais antigos e BIT mais recentes sem que isso provoque **desequilíbrios**, quer ao nível dos direitos substantivos e processuais dos investidores estrangeiros, quer ao nível da defesa dos interesses legítimos dos Estados?¹²

2. A PROCURA DO EQUILÍBRIO ENTRE OS INTERESSES OFENSIVOS E OS INTERESSES DEFENSIVOS

Com as regras do jogo a mudar, torna-se necessário não enveredar para um *design* de BIT demasiado protecionista dos Estados, com um quase esvaziamento dos direitos dos investidores estrangeiros.

Ao analisarmos BIT e/ou acordos internacionais recentes vemos que, um pouco por todo o mundo, se assiste a um esforço de burilar as regras essenciais dos BIT de

⁸ Sobre a Política Europeia de Investimento, vide, MARIA JOÃO PALMA – A Proteção do Investimento Estrangeiro: uma Nova Política Europeia?, Tese de doutoramento, Faculdade de Direito de Lisboa, 2023. Disponível aqui: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/61154/1/scnd_td_Maria_Palma.pdf

⁹ *Ibidem* p. 92.

¹⁰ Por ser mais conhecida usaremos, ao longo do texto, a sigla inglesa BIT.

¹¹ A este respeito, cite-se o exemplo da Declaração Interpretativa do CETA sobre a definição do Tratamento Justo e Equitativo, aprovada a 9 de fevereiro de 2024, a qual, em nosso entender, assume um cariz demasiado limitador dos direitos dos investidores estrangeiros, nomeadamente, ao clarificar que, para que se verifique uma situação de denegação de justiça que dê acesso à plataforma arbitral, o investidor deverá ter exaurido os meios internos, ao arrepio do entendimento geral segundo o qual tal não é necessário. A Declaração encontra-se aqui: <https://circabc.europa.eu/ui/group/09242a36-a438-40fd-a7af-fe32e36cbd0e/library/6d1b2d5b-6c9e-45d5-9027-07642a8e511a/details?download=true>

¹² Sobre as incongruências resultantes da convivência de vários tipos de BIT no espaço europeu, vide, MARIA JOÃO PALMA – A Proteção do Investimento Estrangeiro: uma Nova Política Europeia?, 2023, p. 521.

modo a blindá-las de certas situações que os grandes casos de arbitragem internacional de investimento vieram revelar como injustas, quiçá abusivas.

A este respeito podemos mencionar os casos de constituição de empresas veículo (*mailbox companies*) no território de uma Parte contratante (*home state*) para colocar os investimentos feitos na contraparte (*host state*) ao abrigo do BIT e lhes dar acesso à plataforma arbitral sem que, porém, a empresa desenvolva real atividade económica no lugar onde se constituiu (*home state*), situações em que poderemos falar em claro abuso da personalidade jurídica.

Ainda assim, ao fazermos um balanço das várias reformas que tem ocorrido, verificamos que, de um modo geral, se têm tentado preservar os grandes princípios ou regras estruturantes dos BIT, tais como o Tratamento Nacional, a Cláusula da Nação Mais Favorecida, o Tratamento Justo e Equitativo, a livre transferência de capitais, ou a proibição de expropriação sem justa indemnização, os quais têm sido mantidos, embora afinados, e não simplesmente suprimidos dos Tratados.

No sentido da preservação do espólio dos princípios estruturantes dos BIT podemos citar o caso dos acordos internacionais *supra* negociados pela UE e, bem assim, os recentes Modelos de BIT dos Estados-Membros divulgados no site da UNCTAD: Países Baixos, Itália, Luxemburgo/Bélgica, República Checa, Eslováquia e Bulgária¹³¹⁴.

No plano mundial encontramos também BIT que procederam a um exercício de afinamento semelhante, aprimorando os meios de defesa dos Estados, podendo citar os casos do BIT assinado em 2016 entre a Argentina e o Catar; o BIT assinado em 2020 entre Israel e os Emirados Árabes Unidos; o BIT assinado em 2018 entre Argentina e Emirados Árabes Unidos; ou o BIT assinado em 2018 entre Japão e Argentina.

Nos casos citados não se verificou, em regra, uma penalização excessiva dos direitos dos investidores estrangeiros reflexo do incremento dos meios de defesa dos Estados.

2.1 O CASO PARTICULAR DO BIT VENEZUELA/COLÔMBIA

Há, porém, casos em que se enveredou por caminhos muitos restritivos, sendo o BIT Venezuela/Colômbia, assinado a 3 de fevereiro de 2023¹⁵, um exemplo¹⁶.

¹³ Divulgados no site da UNCTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

¹⁴ A Comissão Europeia divulgou, a 21 de setembro de 2023, Cláusulas Modelo para BIT no site da UNCTAD. *Vide:* <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8390/download>. Em virtude de a UE ter ganho competência para IDE com o Tratado de Lisboa, em 2009, a Comissão Europeia passou a autorizar a negociação e a assinatura dos BIT dos Estados-Membros. Esta articulação de competências viria a ser regulada pelo Regulamento (UE) nº 1219/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 que estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados-Membros e os países terceiros, disponível aqui: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1219&from=GA>

¹⁵ Disponível aqui: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6951/download>

¹⁶ Sobre a arbitragem de investimento na América Latina, *vide*, DANIELA PÁEZ-SALGADO e outros: “2023 Year in Review. Latin America and Investment Arbitration”, in *Kluwer Arbitration Blog*, 13.01.2024. Disponível aqui: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/13/2023-year-in-review-latin-america-and-investment-arbitration/>. Sobre o caso particular do BIT Venezuela-Colombia *vide* DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO- “The Venezuela-Colombia BIT: An original development of uncertain impact”, in *Kluwer Arbitration Blog*, 19.04.2023. Disponível aqui: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/04/19/the-venezuela-colombia-bit-an-original-development-of-uncertain-impact/>

Este BIT surge num contexto muito próprio, mas é um bom exemplo para refletirmos sobre o exercício de reforma que vem sendo feito relativamente às disposições clássicas dos BIT.

A Venezuela tem no seu histórico 60 casos reportados de arbitragem internacional de investimento, ao passo que a Colômbia enfrentou cerca de 20 casos, o que explica o apelo a tão fortes limitações dos direitos dos investidores estrangeiros plasmadas no BIT. Note-se, porém, que quando a Colômbia negociou o BIT com a França em 2014 ou com a Espanha em 2021, não recorreu a tão duras limitações, o que será explicável pelo facto de as limitações contidas no BIT Venezuela/Colômbia não terem correspondência com os padrões de proteção do investimento estrangeiro vigentes na UE¹⁷.

Saliente-se que o Relatório de 2023 do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos de Investimento (CIRDI ou ICSID na sigla inglesa)¹⁸ indica que, de entre os 45 novos casos de litígios registados nesse ano, 21 foram interpostos contra países da América Latina e das Caraíbas.

Este crescendo de litigância contra os países da América Latina e Caraíbas tinha sido anteriormente vaticinado¹⁹ em virtude das mudanças em direção a regimes políticos mais favoráveis a intervenções estatais nas economias, as quais poderiam ter repercussões no investimento estrangeiro, nomeadamente através de expropriações diretas ou indiretas (*creeping or crawling expropriation*), revisões de contratos, cancelamento de concessões, implementação de novas taxas e tarifas, supressão de subsídios, nacionalizações.

Como salienta Daniela Páez-Salgado: “À medida que o investimento aumenta na América Latina, preveem-se mais litígios de investimento em 2024. Projetos de larga escala em setores como energia, infraestruturas e mineração requerem investimento estrangeiro e incentivos do governo para serem viáveis. Violações a estes incentivos podem dar lugar a uma onda de novos casos ... Este foi um dos tópicos de discussão na primeira semana de arbitragem no México que teve lugar em 2023, onde os conferencistas concluíram que a região poderá vir a testemunhar futuros litígios de investimento relacionados com alterações climáticas, finanças, tecnologia, projetos energéticos de grande dimensão e telecomunicações”²⁰.

Ainda que o referido BIT entre a Venezuela e a Colômbia seja pouco generoso na conceção dos direitos dos investidores estrangeiros, o facto é que o mesmo concede um voto de esperança à arbitragem internacional de investimento, uma vez que a Venezuela denunciou a Convenção CIRDI, em 2012²¹.

¹⁷ O maior alinhamento entre o BIT assinado entre a Colômbia e a França ou entre aquela e a Espanha e os ditames da Política Europeia de Investimento explicam-se pelo peso que a Comissão Europeia tem no processo de negociação dos BIT dos Estados-Membros, pois é a esta que assiste a competência para autorizar os textos que serão sujeitos à negociação com a contraparte, e, bem assim, a autorização para a assinatura do texto final, como referimos *supra*.

¹⁸ O relatório anual do ICSID do ano de 2023 encontra-se disponível aqui: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR2023_ENGLISH_web_spread.pdf

¹⁹ MARIA JOSE MONROY – “Facing Latin America’s leftward shift: implications and recommendations”, in *Kluwer Arbitration Blog*, 27.07.2023. Disponível aqui: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/07/27/facing-latin-americas-leftward-shift- implications-and-recommendations/>

²⁰ *Op. cit.*

²¹ Até ao presente, denunciaram a Convenção CIRDI a Bolívia em 2007, o Equador em 2009 e a Venezuela em 2012. O Equador viria a aderir de novo em 2021. A 24 de fevereiro de 2024, seria a vez das Honduras denunciarem a Convenção CIRDI.

Pese embora o BIT enviar sinais positivos aos investidores estrangeiros, o mesmo encerra, como sublinhamos, sérias limitações aos direitos dos mesmos²².

Quando comparado com outros BIT recentes que procuraram também introduzir flexibilidade de modo a aumentarem os poderes regulatórios dos Estados, encontramos diferenças assinaláveis.

Em primeiro lugar, no que se refere ao âmbito de aplicação *ratione materia*, o artigo 1º do BIT Colômbia/ Venezuela determina que o BIT apenas se aplica a IDE²³, ao arrepiro de uma tendência mais generalizada de albergar também investimento de carteira (*portfolio*)²⁴.

Em segundo lugar, merece destaque a definição de investimento estrangeiro prevista no artigo 2º, a.), a qual obedece ao chamado teste *Salini*²⁵, do qual resultam 4 critérios cumulativos para a verificação de um investimento estrangeiro: compromisso de capital, duração, expectativa de lucro e contribuição para o desenvolvimento da economia do país. Pese embora a sua razoabilidade, não é usual encontrarem-se BIT que façam apelo ao 4º critério do teste *Salini*, não sendo o mesmo utilizado, nomeadamente, pela UE, ou pelos seus Estados-Membros.

Outra diferença respeita ao afastamento expresso do campo de aplicação do BIT dos investidores estrangeiros com dupla nacionalidade (artigo 2º, f.i.)), não atendendo à teoria da nacionalidade dominante e efetiva.

Na UE pelo menos 3 dos Modelos de BIT dos Estados-Membros acolheram o conceito de nacionalidade efetiva e dominante, em caso de dupla nacionalidade: o Modelo dos Países Baixos, da Eslováquia e da República Checa.

De salientar também a definição de investidor como pessoa coletiva (artigo 2º, b. ii)), a qual, além de exigir a constituição legal, exige o exercício de “*atividades comerciais importantes*” no território da parte onde se constituiu, requisito que se tem vindo a generalizar na UE e não só, como modo de afastar do campo de aplicação dos BIT as *mailboxes companies*. Porém, no caso do BIT Venezuela/Colômbia exige-se que as pessoas coletivas não deverão ser controladas por um nacional da parte recetora do investimento estrangeiro, afastando, e bem, situações que poderão ser próximas de situações puramente internas.

Saliente-se, todavia, que as diferenças mais impactantes se referem não ao que está escrito no texto do BIT, mas ao que não está inscrito, uma vez que este não faz qualquer referência a disposições clássicas e importantes como: Tratamento Justo e Equitativo; Proteção e segurança completa; Cláusula da Nação Mais Favorecida e *umbrella clause* – esta última, embora tratando-se de uma disposição clássica, vem-se tornando uma presença menos assídua nos BIT recentes.

Notícia disponível aqui: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiques/honduras-denounces-icsid-convention>. Mais expressivos do desconforto hodierno com a arbitragem internacional de investimento são dos dados relativos à denúncia de BIT. Segundo a base de dados da UNCTAD, entre 2004 e 2022, foram denunciados 345 BIT, sendo que 258 dessas denúncias ocorreram entre 2017 e 2022 e que 320 dos 345 ocorreram após 2010. Dados disponíveis aqui: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>

²² Na opinião de DANIELA PÁEZ SALGADO e outros, trata-se de um dos BIT mais restritivos, *op.cit.*

²³ Entendido como aquele investimento estrangeiro que permite ter uma influência no controle ou na gestão do ativo.

²⁴ Como via de regra, os BIT preveem uma *open list of assets*.

²⁵ Vide TZENG PETER – “*Salini test*”, in <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-salini-test>

Passamos a analisar cada uma das **4 grandes ausentes**.

Em primeiro lugar, a disposição referente ao **Tratamento Justo e Equitativo** não consta do BIT Venezuela/Colômbia. Esta disposição é bastante assídua nos BIT embora o seu alcance surja com significativas flutuações, quer nos textos dos BIT, quer ao nível das decisões arbitrais²⁶.

De modo a evitar a incerteza na determinação do alcance da disposição, assistimos a uma tendência recente que consiste na introdução de uma lista fechada de situações que poderão configurar uma violação do Tratamento Justo e Equitativo²⁷, onde são enumeradas: a negação de justiça em processos judiciais ou administrativos; a violação fundamental do devido processo, incluindo uma violação fundamental da transparência em processos judiciais e administrativos; a arbitrariedade manifesta; a discriminação com base em motivos manifestamente ilícitos, como género, raça ou crença religiosa; e o tratamento abusivo, como assédio, coação ou coerção²⁸.

A segunda grande ausente no BIT assinado entre a Venezuela e a Colômbia é a **Cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF)**. Esta disposição visa estender o tratamento concedido a um investidor estrangeiro nacional da contraparte, um tratamento não menos favorável do que aquele concedido a investidores de um terceiro Estado.

À semelhança de outros atores internacionais, quer a UE, quer os Estados-Membros, têm sido favoráveis a manter a cláusula NMF nos seus Tratados.

Todavia, de modo a evitar o contágio entre BIT de “velha geração” que ainda permanecem em vigor e os BIT da “nova era” sujeitos a diferentes filosofias, têm-se desenvolvido formas de limitar as potencialidades virtuosas da NMF.

As formas de limitar a NMF são variadas, *inter alia*, citem-se as seguintes:

- i. excluir expressamente do campo de aplicação da NMF as **definições** contidas no BIT, assim assegurando que a definição de investidor estrangeiro e de investimento são *taylor made*²⁹;
- ii. excluir a aplicação da NMF às normas do BIT que regulam os **litígios**³⁰;

²⁶ Recorde-se que a regra do precedente não vigora na arbitragem internacional de investimento, o que explica as oscilações decisórias.

²⁷ A UE (*vide*, por exemplo, o artigo 8.10 do CETA) e os seus Estados-Membros (ver os Modelos de BIT supracitados) são seguidores desta tendência. Na mesma linha, *vide* todos os BIT concluídos pelo Canadá desde 2006.

²⁸ Os acordos da UE e os Modelos dos Estados-Membros *supramencionados* determinam, ainda, que as violações das expectativas legítimas do investidor estrangeiro poderão ser apreciadas pelos tribunais arbitrais, o que poderá ocorrer quando avaliarem uma alegada violação do Tratamento Justo e Equitativo com base em qualquer conduta constante da lista fechada mencionada acima. Isto implica, que as expectativas legítimas não poderão ser abordadas de modo autónomo, o que, em nosso, entender implica uma afetação injustificada dos direitos dos investidores estrangeiros.

²⁹ Refira-se que tal cautela é, em rigor, supérflua uma vez que a NMF apenas se aplica ao “tratamento” concedido (exemplo, regras sobre transparéncia ou sobre expropriação) e não às definições contidas nos BIT. No entanto, encontram-se exemplos de BIT em que se optou por vedar expressamente a captura das definições pela NMF. Nesse sentido, *vide*, o artigo 4º nº 3 do BIT celebrado entre Israel e os Emiratos Árabes Unidos (*supracitado*).

³⁰ Assim se afastando a decisão *Maffezini* da qual tinha resultado que os direitos processuais também seriam direitos dos investidores estrangeiros invocáveis pela via da NMF. Uma síntese do caso pode ser encontrada aqui: https://www.biicl.org/files/3930_2000_maffezini_v_spain.pdf

- iii. determinar que a NMF só possa ser invocada uma vez que tenha sido adotada uma **medida concreta** que implemente a norma do BIT³¹;
- iv. incluir uma **cláusula REIO**³² no BIT;
- v. determinar a **aplicação da NMF apenas para o futuro**³³.

Esta última limitação teria a virtualidade de estabelecer uma fronteira entre o conjunto de BIT antigos e o conjunto de BIT de nova geração, impedindo os investidores estrangeiros de repescarem disposições anacrónicas, mas que, em virtude das conhecidas dificuldades de rever, de forma célere, os BIT antigos permanecem em vigor no ordenamento jurídico de determinados Estados.

As diferentes limitações podem ser usadas de modo **cumulativo**, pois não colidem umas com as outras, e podem ser usadas em paralelo com cláusulas de uso comum como por exemplo a cláusula REIO³⁴: esta exclui o contágio entre os BIT e zonas aprofundadas de integração económica, ao passo que a NMF para o futuro previne o contágio dos BIT entre si.

Uma outra disposição ausente do BIT celebrado entre a Venezuela e a Colômbia é a disposição que permite colocar os contratos de investimento celebrados entre o investidor estrangeiro e o Estado recetor do investimento sob a égide da proteção do BIT, incluindo o acesso à arbitragem internacional, i.e., a designada *umbrella clause*.

Na UE esta disposição é tratada com parcimónia: ou não constando do texto dos acordos (*vide*, por exemplo o caso do CETA que não a prevê), ou sendo sugerida nas Cláusulas Modelo da UE, mas limitada aos casos em que o Estado anfitrião recorra à autoridade governamental – ou seja, a poderes soberanos para além da relação contratual – para violar um compromisso contratualizado relativamente ao investidor estrangeiro.

Ainda outras diferenças ao nível do constante no BIT assinado entre a Venezuela e a Colômbia:

O Princípio do Tratamento Nacional surge com contornos muitos distintos do habitual. Classicamente, trata-se de uma disposição que visa assegurar que os investidores estrangeiros não recebem um tratamento pior do que os nacionais (teto mínimo ou *floor*). Porém, no BIT assinado entre a Venezuela e a Colômbia surge como um teto máximo (*ceiling*), ou seja, em vez de se afirmar que os investidores estrangeiros não poderão receber um tratamento menos favorável do que os nacionais, afirma-se que os investidores estrangeiros não poderão receber um tratamento superior aos nacionais (princípio também conhecido como *no greater rights*).

³¹ Solução seguida pela UE nos seus acordos e pelos Estados-Membros nos vários Modelos de BIT suprareferidos, mas também prevista em BIT como o celebrado entre Israel e os Emirados Árabes Unidos, artigo 4º, nº 4, *supra*.

³² A cláusula REIO (*regional economic integration organization*) tem uma dupla função: por um lado, assegura que os membros da REIO possam cumprir as obrigações decorrentes da pertença a esta organização pese embora o BIT; por outro lado, a cláusula REIO impede que as condições mais favoráveis conseguidas pela pertença à zona económica aprofundada sejam estendidas à contraparte no BIT.

³³ Esta limitação ainda não foi adotada pela UE e os seus Estados-Membros, mas surge em diversos BIT, nomeadamente, Nigéria/Canadá (2016); Argentina/Emirados Árabes Unidos (2018), artigo 4º, nº 7; Israel/Emirados Árabes Unidos (2021), artigo 14º, nº 1 a); Argentina/Catar (2016), artigo 4º, nº 4; Japão/Argentina (2018), artigo 3º.

³⁴ Sobre a articulação entre a NMF e a cláusula REIO, *vide*, UNCTAD – “The REIO exception in MFN treatment clause”, New York, Geneva, 2004. Disponível aqui: <https://digitallibrary.un.org/record/542079?v=pdf>

A disposição relativa à Expropriação (artigo 7º, c)) surge, também, com contornos próprios, afirmando que medidas jurídicas adotadas para proteger objetivos legítimos de bem-estar público (ou seja, eventuais situações de expropriação indireta), como a saúde, a segurança e o meio ambiente, desde que não discriminatórias, não equivalem a uma expropriação.

A UE tem uma abordagem diferente relativamente à expropriação indireta³⁵ considerando que, em caso de medida (ou conjunto de medidas) que tenham um impacto severo, a indemnização será ainda assim assegurada, pese embora a medida ser não discriminatória e destinar-se a garantir interesses legítimos públicos.

Relativamente à Resolução de litígios investidor-Estado (artigo 12º) prevê-se a resolução de litígios pelos tribunais nacionais ou, em alternativa, arbitragem *ad hoc* de acordo com as regras UNCITRAL de 1976, i.e., as regras antigas que não incluem as modernas regras de transparência, de 2013.

Na UE a referência à regras UNCITRAL é feita já com remissão para as regras de 2013³⁶, i.e., incluindo as regras de transparência.

No que se refere à Denegação de benefícios (artigo 13º) – também de modo original, a disposição admite a denegação de benefícios caso o investimento (empresa) seja detido ou controlado por um nacional de um terceiro Estado, uma vez que essa empresa não tenha “*atividades comerciais substanciais*” no território da parte recetora do investimento, ao invés de, como é usual, se exigir que o investidor tenha atividade substancial no território do *home state*.

Relativamente a medidas ambientais e laborais - o BIT refere a relevância de regras ambientais e laborais, mas não se refere ao desenvolvimento sustentável, indo ao arreio de uma tendência recente de ao mesmo fazer referência.

Por sua vez, indo na mesma linha minimalista de proteção dos investidores estrangeiros, a *sunset clause* (art. 17º)³⁷ é de apenas 5 anos, e não os usuais 10 a 20 anos.

3. A TRANSIÇÃO ENTRE OS BIT DE “VELHA GERAÇÃO” E OS BIT DA “NOVA ERA”

A convivência no plano mundial de BIT em vigor que protegem os direitos dos investidores estrangeiros segundo parâmetros distintos coloca delicados problemas³⁸.

Mediante a invocação da NMF será possível aos investidores estrangeiros continuarem a invocar, em contendas atuais, “*velhos padrões*” inscritos em BIT celebrados nos anos 80, 90, a menos que não seja incluída a cláusula NMF, tal como se verifica no caso do BIT Venezuela/Colômbia *supra* analisado.

³⁵ Vide anexo 8º A do CETA e Anexo das Cláusulas Modelo.

³⁶ Vide Cláusulas Modelo.

³⁷ Isto é, o tempo durante o qual os investimentos estrangeiros efetuados à data da denúncia do BIT, permanecerão protegidos, após a ocorrência da mesma.

³⁸ Em março de 2021, a OCDE lançou um programa sobre o *Futuro dos Tratados de Investimento*, onde são discutidas as reformas necessárias a introduzir nos BIT para os adequar a modernos padrões de proteção do investimento internacional. Os trabalhos podem ser acompanhados num site próprio: <https://www.oecd.org/investment/investment-treaties.htm>

A não inclusão da NMF nos BIT não nos parece uma medida adequada. A mesma é considerada um princípio basilar do direito das relações económicas internacionais³⁹, de acordo com a qual as partes num BIT asseguram reciprocamente a não discriminação face a partes terceiras parceiras noutros BIT.

A tendência observada em BIT mais recentes de limitar a operacionalidade desta cláusula apenas para o futuro (*supra*) não nos parece colidir com a essência da mesma, sendo compatível com os princípios gerais de direito, *maxime* com o princípio da *boa fé*.

A convivência entre BIT com níveis de proteção desfasados entre si acarreta constrangimentos, dos quais são merecedores de enfase os seguintes:

1. No plano mundial, poderemos afirmar que se impõe a necessária substituição dos “velhos BIT” por BIT dotados de modernos padrões de proteção do investimento estrangeiro, sob pena de os *standards* antigos continuarem a ser invocados pelos investidores estrangeiros na arbitragem internacional pela via da NMF.

Para resolver este problema de desfasamento existem duas opções principais: a denúncia ou a revisão dos BIT.

Por seu lado, a denúncia poderá ser feita de modo unilateral ou bilateral. Sendo feita de modo unilateral, além de despir *ad futurum* os investidores estrangeiros de proteção dos seus investimentos deslocalizada (ou despolitizada) do país onde ocorre o conflito, deixa pendente, ainda, o problema da vigência do BIT relativamente aos investimentos estrangeiros feitos antes da denúncia pela via da *sunset clause*, o que leva a que os “velhos padrões” perdurem por mais 15 a 20 anos relativamente a esses investimentos⁴⁰.

Por outro lado, a denúncia bilateral, ou por consenso de ambas as Partes, tendo a virtude de permitir revogar a *sunset*, nem sempre é simples de negociar, pois acarreta uma situação de ausência de proteção dos investidores estrangeiros que muitos não desejam.

A alternativa à denúncia poderá ser uma revisão de aspectos pontuais⁴¹, a qual poderá não levar a resultados harmoniosos, perante o conjunto significativo de alterações necessárias.

A solução que nos parece mais eficiente seria a celebração de um novo BIT que operasse a revogação do anterior (incluindo a revogação da *sunset*), assim se assegurando a continuidade da proteção dos investidores estrangeiros, todavia, à luz dos novos padrões de proteção. A título complementar, este novo TBI que revoga e substitui o anterior deverá incluir uma NMF aplicável *ad futurum*, de modo a evitar o contágio com TBI de velha geração.

³⁹ Sobre as origens da consagração da NMF no comércio internacional e no investimento internacional, vide, *International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD 2005, Chapter 4. Disponível aqui: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40077165.pdf>

⁴⁰ Este será o problema a enfrentar pelos Estados que denunciaram o Tratado da Carta da Energia, inconformados com os resultados da modernização da mesma.

⁴¹ Cite-se, como, exemplo o caso da revisão do BIT entre Angola e Portugal de 2008, efetuada em 2021, texto disponível aqui: <https://files.dre.pt/1s/2021/12/24400/000210027.pdf>

Todavia, na medida em que a negociação de BIT é morosa e complexa, e os novos padrões de proteção de investimento nem sempre são fáceis de assimilar pelos parceiros a estes menos habituados⁴², o recurso a Declarações Interpretativas (eventualmente conjuntas) as quais, prescindindo do formalismo de uma revisão dos Tratados, e que venham aclarar o sentido de certos conceitos utilizados nos BIT que se tenham tornado de uso comum⁴³, não nos parece ser de pôr de parte.

Ainda que a sua eficácia vinculativa seja controvertida⁴⁴, parece-nos que poderão funcionar como uma *rescue solution* ao dispor dos Estados, para travar arbitragens internacionais agressivas devido a interpretações demasiado generosas por parte dos tribunais arbitrais, *inclusive* na pendência de uma morosa negociação de um novo BIT que venha substituir o anterior.

4. CONCLUSÃO

Num mundo em mudança, em que se procuram abandonar padrões anacrónicos de proteção do investimento estrangeiro, cegos às necessidades de adaptação dos Estados aos problemas hodiernos como a transição energética, é necessário afinar a medida justa de proteção dos investidores estrangeiros sem fazer desvanecer *La raison d'être* dos BIT, evitando, numa avidez protecionista dos interesses dos Estados, minimizar os direitos dos investidores estrangeiros, a ponto de a sua proteção ser quase destituída de efeito útil.

⁴² Os países em desenvolvimento serão aqueles que terão maior resistência a normas que refiram padrões laborais, ambientais ou relativas ao desenvolvimento sustentável.

⁴³ Como a exigência de atividade substancial relativamente as pessoas coletivas enquanto investidor, *vide*, neste sentido, a Declaração Interpretativa assinada entre a Índia e as Maurícias, de 1998, disponível aqui: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6937/download> 44 Sobre a *vexata quaestio* da eficácia das Declarações Interpretativas, *vide*, Lucas Clover Alcolea – “States as Masters of (Investment) Treaties: The rise of Joint Interpretative Statements”, in *Chinese Journal of International Law*, Volume 22, Issue 3, September 2023, Pages 479–527. Disponível aqui: <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmad030>