

A POLÍTICA COMERCIAL COMUM À PROVA NO PÓS-LISBOA – A COMPETÊNCIA PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO DA UNIÃO EUROPEIA¹

THE COMMON COMMERCIAL POLICY UNDER CHALLENGE AFTER LISBON – THE EU’S COMPETENCE FOR THE CONCLUSION OF INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS IN EUROPEAN UNION

Maria João Palma²

Sumário: 1 A política comercial comum da UE – de Roma a Lisboa. 2 A competência da UE para a celebração de acordos internacionais de comércio – tensões no pós-Lisboa. 3 Polémica em torno da entrada provisória em vigor dos acordos comerciais – considerações de iure condendo. 4 Acompanhamento do processo negocial dos acordos internacionais de comércio pelos parlamentos nacionais. 5 O Parecer 2/2015 do TJUE – Possíveis implicações. 5.1 Alinhavo das principais questões técnico-jurídicas que o TJUE enfrenta no Parecer 2/2015. Conclusão. Referências.

Resumo: O alargamento do âmbito da política comercial comum da União Europeia a outros domínios além dos relacionados com o comércio internacional de mercadorias iniciou-se com a entrada em vigor do Tratado de Nice, em 2003. A partir dessa altura passaram a estar incluídos na competência exclusiva da União Europeia (UE) a celebração de acordos internacionais relacionados com o comércio de serviços ou os aspetos comerciais da propriedade intelectual. Estas novas competências contribuíram para alargar e reforçar o papel da UE como ator na arena do comércio internacional. A globalização alterou a forma como o comércio mundial passou a ser encarado, articulando-o com outras realidades conexas e que o agilizam. Isso explica a competência adquirida pela UE com o Tratado de Lisboa (2009) relativa ao Investimento Direto Estrangeiro. O Parecer 2/2015 do TJUE sobre o Acordo UE/Singapura irá contribuir para clarificar a questão da articulação das competências entre a UE e os Estados-Membros no que se refere à celebração dos acordos de comércio da nova geração.

Palavras-chave: Política Comercial Comum. Investimento Direto Estrangeiro. Tratado de Lisboa. Parecer 2/2015 do TJUE.

Abstract: The enlargement of the scope of the Common Commercial Policy beyond external trade of goods started with the entry into force of the Treaty of Nice, in 2003. From that moment on, domains such as the conclusion of international agreements relating to trade of services and

1 O presente artigo é baseado na nossa intervenção subordinada ao título: “O Parecer 2/2015 do TJUE e a competência para a celebração dos modernos acordos de comércio” – proferida no âmbito do Seminário: “Acordo CETA: uma oportunidade para Portugal?” que teve lugar a 7 de abril de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O mesmo foi publicado no nº 3 da Revista Análise Europeia – <http://www.apeeuropeus.com/revista.html>.

A autora agradece o convite que lhe foi endereçado pela Professora Doutora Elizabeth Accioly da Universidade Europeia, em Lisboa, e que tornou possível a presente republicação.

² Doutoranda na FDL – Direito Europeu do Investimento Estrangeiro (a partir de 2016). Mestre em Direito pela FDL (1998). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (1992). Pós-graduada em Estudos Europeus pelo Instituto Europeu da FDL (1993). LLM *College of Europe*, Bruges, Bélgica (1996). Docente da FDL (1993/2009). Consultora Jurídica do Ministério da Economia (1998/2015). Assistente Convidada do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (2009/2015). E-mail: luzpalma2011@hotmail.com

commercial aspects of intellectual property were covered by the European Union (EU) exclusive competence. These new competences contributed to enhancing and strengthening EU's role as an actor at the international trade arena. Globalization impacted on international trade, articulating it with related areas such as international direct investment. That explains the acquisition of this new competence by the UE with the Treaty of Lisbon (2009). Opinion 2/15, which concerns the EU's competence to conclude a Free Trade Agreement (FTA) with Singapore, will contribute to clarify the relation between national competences and the EU's competence concerning the celebration of the new generation of international trade agreements..

Keywords: Common commercial policy. Foreign Direct Investment. Lisbon Treaty. Opinion 2/2015 CJEU.

1 A POLÍTICA COMERCIAL COMUM DA UE – DE ROMA A LISBOA

O Tratado de Lisboa³ é o culminar de um moroso e complexo caminho em torno da configuração das competências da UE, em especial, no que se refere à Política Comercial Comum (PCC). O seguidismo das matérias cobertas pelos Acordos GATT (47) e OMC (94) é evidente:⁴ pretende-se que a UE funcione como a voz única no plano do comércio mundial de forma a acomodar os ditames da globalização. Nessa medida, a regulação deixa de respeitar apenas ao comércio limitado às mercadorias (*Tratado de Roma, 1957*), para incluir outros aspetos como sejam, o comércio dos serviços, os aspetos comerciais da propriedade intelectual (*Tratado de Amesterdão, 1997 e Tratado de Nice, 2003*), fazendo notar um paralelismo entre a regulação do comércio no plano mundial e o protagonismo que a UE assume através da PCC. Com o Tratado de Lisboa, a UE dá um passo adiante relativamente à OMC ao incluir na esfera da regulação do comércio externo o investimento direto estrangeiro.⁵

2 A COMPETÊNCIA DA UE PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO – TENSÕES NO PÓS-LISBOA

A abrangência dos temas incluídos nos acordos internacionais de comércio da Nova Era (*inter alia*, CETA, TTIP, UE/Singapura)⁶ estaria na origem, porém, de controvérsia relativamente à competência para a celebração desses acordos – se a

3 Em vigor a partir de dezembro de 2009.

4 O Acordo GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) tem por objeto a liberalização do comércio de mercadorias no plano mundial. O Acordo OMC acenta em três pilares: GATT (mercadorias); GATS (*General Agreement on Trade in Services*) e TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*).

5 O Acordo TRIMS (*Trade Related Investment Measures*), anexo aos Acordos OMC, refere-se, apenas, à livre circulação de capitais conexa com a livre circulação de mercadorias.

6 Na doutrina, Pedro INFANTE MOTA designa estes acordos de Mega-regionais, pois são “... suficientemente grandes e ambiciosos para influenciar as regras do comércio e os fluxos comerciais para além das respetivas áreas de aplicação” – “Os Acordos Mega-Regionais”, in *União Europeia, Reforma ou Declínio*, Coordenação e Introdução de Eduardo Paz FERREIRA, ed. Veja, 2016, p. 381.

UE *per se*, ou se a UE conjuntamente com os vários Estados-Membros – a *vaexata questio da mixity*^{7,8}

Recorde-se que o Acordo CETA⁹ seria o pioneiro num feixe de Acordos do *pós-Lisboa*. As negociações seriam iniciadas em maio de 2009, e concluídas em

7 Tratámos esta questão no nosso “A Proteção do Investimento Estrangeiro – uma Nova Política Europeia”, publicado no nº 1 desta Revista (2016), p. 124 e segs. <http://www.apeeuropeus.com/analiseeuropeia-1-1.html>.

8 Sempre que o objeto dos acordos internacionais ultrapasse as competências exclusivas da UE, envolvendo, também, competências dos Estados-Membros, quer sejam partilhadas entre estes e a UE, ou reservadas aos Estados-Membros, ou inclusivamente uma combinação dos três tipos de competências (exclusivas da UE, partilhadas entre a UE e os Estados-Membros e reservadas aos Estados-Membros), tais acordos devem ser conjuntamente celebrados pela UE e pelos Estados-Membros (acordo misto). Por celebração entende-se não só o ato formal da assinatura do acordo, mas, também, a intervenção de todos os proponentes, i.e, Estados-Membros e Conselho em nome da UE, sendo que, a ratificação dos parlamentos nacionais será necessária nos termos das Constituições dos vários Estados-Membros e, reportar-se-á às partes do acordo onde residam essas competências (partilhadas ou dos Estados-Membros).

A figura do acordo misto é fruto de uma construção jurisprudencial, maxime, através do Parecer 1/94, de 15 de novembro de 1994, onde o TJUE apreciou a competência da, à data, Comunidade Europeia e dos Estados-Membros para a celebração dos acordos que instituíram a Organização Mundial do Comércio (OMC), tendo concluído pela sua natureza mista. Sobre o conceito de acordo misto, vide, MARISE CREMONA – “External Relations of the EU and the Member States: competence, mixed agreements, international responsibility and effects of international law”, European University Institute working papers, Law ° 2006/22, <http://ssm.com7abstract=963316>. Entre nós, vide, MARIA LUÍSA DUARTE – A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, Lex, Lisboa, 1997, p. 600.

No texto dos Tratados pode apenas encontrar-se uma alusão aos acordos mistos no 2º parágrafo do n.º 6 do artigo 133º do TCE introduzido pelo Tratado de Nice (“... Os acordos assim negociados são celebrados conjuntamente pela Comunidade e pelos Estados-Membros), tendo a mesma desaparecido com a revisão efetuada com o Tratado de Lisboa que suprimiu este parágrafo.

Hodiernamente, os acordos mistos tem vindo a assumir uma importância fulcral na implementação da PCC. Por esse facto, entendemos que o tratamento dos acordos mistos pelos Tratados devia ser recuperado e ampliado numa próxima revisão dos Tratados – por um lado, a definição de acordo misto deveria ser introduzida nos Tratados nos artigos iniciais do TFUE (Título I – as categorias e os domínios de competências da União); também a respetiva tramitação deveria ser expressamente regulada – necessidade de duplo mandato outorgado pelos Estados-Membros e pelo Conselho em nome da União à Comissão Europeia, a quem continuaria a competir a negociação de ambos em nome da unidade da representação externa da UE; ao Parlamento Europeu competiria a aprovação do acordo por parecer favorável onde incumbiria, entre outras, a função de verificação do acordo à luz do artigo 21º do TUE; por fim, a determinação expressa da necessidade de aprovação unanime do acordo por todos os Estados-Membros, em momento posterior à assinatura pelos membros do Conselho, nos termos das respetivas Constituições.

Importante, também, esclarecer no corpo do Tratado que o princípio da subsidiariedade (artigo 5º do TUE) regula o exercício das competências partilhadas no que se refere ao direito derivado, mas não tem aplicação no que se refere ao exercício das competências externas, assim se compreendendo a necessidade da utilização da fórmula dos acordos mistos quando estejam em causa competências partilhadas (infra).

9 Em 2015, a UE importava bens do Canadá no valor correspondentes a 28.3 biliões de euros e exportava 35.2 biliões de euros, valores que se calcula aumentem para mais de 20% quando o acordo entrar definitivamente em vigor. Cfr. www.europarl.europa.eu/news/en/news.../ceta-meps-back-eu-canada-trade-agree.

setembro de 2014, tendo o acordo sido, entretanto, assinado pela UE e pelo Canadá, a 30 de outubro de 2016. O percurso até aqui seria, porém, turbulento.

Em paralelo às negociações do Acordo CETA decorriam as negociações relativas a outros acordos (*supra*), nomeadamente, o Acordo UE/Singapura.

A Comissão, em 10 de julho de 2015, submeteu o Acordo UE/Singapura ao TJUE para obtenção de um Parecer sobre a competência exclusiva ou mista para a celebração do acordo (Parecer 2/2015),¹⁰ ao abrigo do artigo 218º, n.º 11 do TFUE, defendendo a competência exclusiva da UE para a celebração do mesmo.¹¹

Entretanto, a julho de 2016, a Comissão declarou que o Acordo CETA seria *um acordo misto*, pese embora, sublinhamos, se tratasse de um acordo idêntico ao UE/Singapura pela abrangência das matérias¹² e a tese perfilhada por aquela em defesa da competência exclusiva da UE no Parecer 2/2015 relativamente à totalidade das matérias cobertas pelo acordo UE/Singapura. A Comissão enveredaria, destarte, por uma *hábil estratégia de recuo*, no CETA, propugnando a entrada em vigor provisória do acordo apenas relativamente às matérias da competência exclusiva da UE.¹³ Nesta medida, a entrada em vigor definitiva do Acordo CETA irá depender da ratificação de todos os parlamentos nacionais e regionais dos vários Estados-Membros (cerca de 38), sendo que, sublinhe-se, cada um destes parlamentos disporá de “*poder de veto*” para chumbar o acordo na íntegra, invocando, para o efeito, razões de competência nacional.¹⁴

10 O TJUE irá pronunciar-se a 16 de maio de 2017.

11 Saliente-se que, a Comissão poderia ter submetido o Acordo CETA à apreciação do TJUE ao invés do Acordo UE/Singapura, uma vez que as negociações se tinham iniciado em primeiro lugar no caso do CETA e, na altura, os pressupostos para apresentar o caso ao TJUE estavam reunidos relativamente a ambos os acordos. Em nosso entender, o acordo UE/Singapura terá sido usado com *caso teste*, prosseguindo as diligências necessárias à entrada em vigor provisória do CETA.

¹² Há quem na doutrina identifique um “Modelo Invisível” de Acordo de proteção do Investimento pela UE face ao clausulado similar que trespassa os Acordos em negociação, *Vide*, M. BUNGENBERG and A. REINISCH – “The anatomy of the Invisible EU Model BIT in *The Journal of World Investment and Trade*, (2014), 15, p. 375.

13 Técnica anteriormente utilizada, por exemplo, relativamente ao Acordo UE/Coreia do Sul (*supra*), o primeiro dos acordos da “segunda geração” de zonas de comércio livre, incluindo comércio, serviços, propriedade intelectual e outros assuntos relacionados com o comércio (concorrência, assuntos sociais). O Acordo UE/Coreia do Sul foi assinado a 6 de outubro de 2010, tendo entrado em vigor provisoriamente a 1 de julho de 2011, e de forma definitiva a 13 de dezembro de 2015.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2015:307:FULL&from=EN>

<http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2010036>. De referir outros casos de acordos que entraram provisoriamente em vigor, à semelhança do UE/Coreia do Sul: UE/Colômbia, UE/Peru e UE Ucrânia, e onde não houve tanta polémica como no caso dos acordos atuais. Tratando-se de acordos cuja negociação fora iniciada no pré-Lisboa e, não sendo o âmbito da PCC tão abrangente, a *mixity* assumia-se de modo mais nítido.

14 No sentido de que a não ratificação por parte de um Estado-Membro derruba o acordo na íntegra, pronunciou-se a Advogada Geral *Sharpston* nas Observações apresentadas no Parecer UE/Singapura, ainda pendente no TJUE, ponto 568 (*supra*). Entendemos, porém, ser defensável uma posição mitigada, segundo a qual, a não ratificação do acordo por parte de um Estado-Membro só poderá derrubá-lo, no seu todo, caso se considere que o acordo foi negociado numa lógica *single undertaking*, o que caberá, eventualmente, ao TJUE determinar no âmbito da sua atividade interpretativa, em caso de discórdia (artigo 218º, nº 11 do TFUE). Prevalecendo o entendimento segundo o qual a lógica *single undertaking* que presidiu à negociação do acordo não foi a de *single undertaking*, uma eventual não ratificação por parte de um Estado-Membro não será impeditiva da convalidação em definitiva da vigência provisória do acordo,

Entretanto, em outubro de 2016, sucede-se um conjunto de situações que aumentaram a pressão em torno da celebração do Acordo CETA: a 5 de outubro, o Conselho aprova uma Decisão no sentido da entrada em vigor provisória do Acordo CETA.¹⁵ Porém, a 13 de outubro, o Tribunal Constitucional Federal Alemão pronuncia-se, num processo com carácter de urgência, em sentido favorável à entrada em vigor do acordo CETA a título provisório mas sujeita a certas condições.¹⁶ Como mais significativas dessas condições, salientamos a entrada em vigor limitada às competências exclusivas da UE¹⁷ e à possibilidade de a Alemanha poder denunciar unilateralmente o Acordo CETA no caso de a decisão final do TC vir a ser desfavorável à entrada em vigor definitiva do acordo, uma vez que este irá pronunciar-se, posteriormente, no que se refere, nomeadamente, ao Tribunal de Investimento.¹⁸

As tensões em torno do Acordo CETA atingem um pico a 18 de outubro de 2016, quando o Parlamento Regional da Valónia (Bélgica), recusou dar o seu consentimento ao Governo belga para a ratificação do Acordo. A assinatura seria adiada, por duas semanas, vindo a ocorrer a 28 de outubro de 2016, após a Comissão ter negociado diretamente com aquela pequena região.¹⁹ Daqui resultou, entre outros pontos, o compromisso de que o CETA será acompanhado de um instrumento de cariz obrigatório no sentido de que não incluirá qualquer mecanismo privado de arbitragem.²⁰

dando-se, para o efeito, um aproveitamento do acordo relativamente às matérias de competências exclusivas da UE, às quais os Estados-Membros deram o seu aval enquanto membros do Conselho. Tal convalidação da vigência provisória em definitiva dar-se-á mediante uma nova decisão do Conselho e nova concordância da parte contrária no acordo, *in casu*, o Canadá. Tal decisão só será possível após obtenção de parecer favorável do PE, desta vez por imposição do TFUE e não decorrente de mera prática, como no caso da vigência provisória. A decisão do Conselho obedecerá, em princípio, à regra da maioria qualificada, nos termos do Artigo 207º do TFUE, embora a prática tenha ditado a regra do consenso para a aprovação dos acordos comerciais no Conselho.

15 Vide, Decisão do Conselho (10974/16), de 5 de outubro de 2016, contendo a enumeração das disposições que serão aplicadas provisoriamente, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10974-2016-INIT/pt/pdf>

16 A “yes but” decision” <http://www.osborneclarke.com/insights/ceta-update-german-constitutional-court-allows-provisional-application-of-ceta/>. Para um comentário crítico, vide, JELENA BAUMLER – “Yes, but ... – for now! The German Federal Constitutional Court’s judgement on CETA” in, <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/10/jelena-b%C3%A4umler-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html>

17 O TC Alemão enumerou as disposições cuja entrada em vigor provisória não seria possível, concretamente, capítulos 8 e 13 (proteção de investimento incluindo o sistema de resolução de litígios e o portfólio), capítulo 14 (transporte marítimo), capítulo 11 (reconhecimento mútuo de qualificações profissionais) e o capítulo 23 (comércio e trabalho). Desta enumeração resulta que, o TC Alemão considerou, indiretamente, o acordo CETA, como sendo misto.

18 O Tribunal Constitucional Alemão deverá pronunciar-se a título definitivo, em 2018, altura em que apreciará o CETA nos seus termos substantivos.

19 <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/nov/14/wallonia-ceta-ttip-eu-trade-belgium>.

20 É conhecida a polémica em torno do recurso à arbitragem privada nos litígios entre investidores privados e o Estado de acolhimento. Uma resenha dessa argumentação pode ser encontrada no artigo de RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA – “A Judicialização do Sistema de ISDS no TTIP”, in, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 114. Vide, ainda, MAUDE BARLOW E RAOUL MARC JENNER – “O flagelo da arbitragem internacional”, *Le Monde diplomatique*, 01.02.2016.

A saga continua quando, a 21 de dezembro de 2016, a Advogada Geral *Sharpston* apresenta as Observações no âmbito do Parecer 2/2015 (*supra*), no sentido da competência mista do Acordo UE/Singapura, por razões que são, assim o entendemos, *mutatis mutandis*, aplicáveis ao Acordo CETA. Assim, no caso de o TJUE vir a partilhar o entendimento da Advogada Geral e se pronunciar pela competência mista do acordo UE/Singapura, tal decisão constituirá um “*padrão*” aplicável ao feixe de Acordos em negociação, com todo o peso institucional que isso acarreta, nomeadamente, a necessidade de aval dos cerca de 38 parlamentos nacionais e regionais dos vários Estados-Membros, para a entrada em vigor definitiva desse conjunto de acordos.²¹

A 15 de fevereiro de 2017, o Acordo CETA mereceu *parecer favorável* do plenário do Parlamento Europeu, possibilitando, assim, a entrada em vigor provisória na parte referente à competência exclusiva da EU. O Acordo aplicar-se-á provisoriamente a partir do primeiro dia do segundo mês após a data em que ambos os lados tenham notificado a outra parte de que completaram todos os passos internos necessários,²² o que os membros do Parlamento Europeu calculam que ocorra a partir de 1 de abril de 2017.

3 POLÉMICA EM TORNO DA ENTRADA PROVISÓRIA EM VIGOR DOS ACORDOS COMERCIAIS – CONSIDERAÇÕES DE *IURE CONDENDO*

O Tratado regula a entrada em vigor provisória dos acordos internacionais no artigo 218º, nº 5 do TFUE, determinando: “O Conselho, sob proposta do negociador, adota uma decisão que autoriza a assinatura do acordo e, se for caso disso, a sua aplicação provisória antes da respetiva entrada em vigor”.²³ A este respeito, importa referir, em primeiro lugar que, a obtenção do parecer favorável por parte do PE para a entrada em vigor provisória dos acordos comerciais não resulta do Tratado mas da prática institucional, precedente iniciado com o Acordo UE/Coreia do Sul (*supra*), prática que consideramos merecedora de acolhimento constituinte numa futura revisão dos Tratados. Em termos práticos, as disposições que são consideradas “*aptas*” a entrar em vigor são plenamente eficazes e, nessa medida, a concordância do PE é absolutamente essencial.

Por outro lado, importa sublinhar que o Tratado é omissivo quanto à entrada em vigor provisória “parcial” do acordo, o que permite duas interpretações possíveis: ou adotar a máxima a maior ad minus (quem pode o mais pode o menos), de onde retiramos a possibilidade de entrada provisória apenas de uma parte do

21 Sufragamos as considerações sobre os acordos mistos tecidas por JELENA BAUMLER quando refere: “*What became again apparent is that the whole idea of a “mixed agreement is a nightmare for all involved, i.e., the EU and its organs, the Member States, the European people and the courts that have to deal with the construction”*, *op. cit.*

22 Assim determina o artigo 30º.7, nº 3 do Acordo CETA que prevê a possibilidade de aplicação provisória do mesmo.

23 A versão inglesa do nº 5 aponta no mesmo sentido: “*The Council, on a proposal by the negotiator, shall adopt a decision authorising the signing of the agreement and, if necessary, its provisional application before entry into force.*” (nosso sublinhado).

acordo;²⁴ ou a interpretação segundo a qual a fragmentação dos acordos quanto à sua vigência não terá sido desejada pelos redatores dos Tratados que terão entendido os acordos como um todo.²⁵ Ora, tendo em consideração a recente vaga de entradas em vigor provisórias de acordos de comércio da UE cujo critério para eleição das “partes ou disposições” do acordo à vigência prévia tem sido a fronteira competencial (competências exclusivas da UE versus mistas)²⁶ e, tendo em consideração as controvérsias que tal fronteira coloca,²⁷ seria conveniente, de iure condendo, introduzir no Tratado critérios que permitissem, por um lado, disciplinar tal escolha, onde, entre outras, notamos a dificuldade de identificação das competências nacionais por omissão de listagem no corpo do Tratado,²⁸ e, por outro lado, a inclusão de previsão que regule as consequências da não ratificação por um ou mais Estados-Membros: ou o “chumbo” integral do acordo, ou em alternativa, a convalidação da provisoriedade em vigência definitiva da parte referente às competências exclusivas da UE. A convalidação deverá ser sujeita a parecer favorável do Parlamento Europeu, a quem incumbirá, também neste momento, a verificação do artigo 21º do TUE.

A este respeito, cumpre referir que, desde o Tratado de Lisboa que a PCC passou a estar sob a égide das disposições gerais relativas à “Ação Externa da União”²⁹ onde se inclui o artigo 21º do TUE que estabelece que a União deve “promover em todo o mundo: a democracia, o Estado de Direito ... a dignidade humana ...” (nº 1), mas também, “assegurar um elevado grau de cooperação em todos os domínios das relações internacionais” (nº 2), a fim de, *inter alia*, “(d) apoiar o desenvolvimento sustentável, nos planos económico, social e ambiental dos países em desenvolvimento, tendo por objetivo erradicar a pobreza; (e) incentivar a integração de todos os países na economia mundial, inclusivamente através da eliminação progressiva dos obstáculos ao comércio internacional; (f) contribuir para o desenvolvimento de medidas internacionais para preservar e melhorar a qualidade do ambiente e a gestão sustentável dos recursos naturais à escala mundial, a fim de assegurar um desenvolvimento sustentável”.³⁰

24 Seguindo esta leitura aberta, a UE, no exercício do *ius tractum* e nos termos do artigo 25º da Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969, opta, alinhada com a parte terceira, pela vigência provisória parcial ou total do acordo.

25 Tendo os redatores do Tratado estabelecido um regime próprio, desviante da abertura do artigo 25º da Convenção de Viena.

26 Nas competências mistas englobamos os casos em que às competências exclusivas da UE se somam a reservadas aos Estados-Membros e/ou partilhadas entre a EU e os Estados-Membros (*supra*).

27 No que se refere ao CETA, por exemplo, a enumeração das competências partilhadas feita pelo Conselho (nota 15) não é necessariamente coincidente com a enumeração feita pelo TC Alemão (nota 17).

28 O Tratado de Lisboa introduziu uma lista taxativa das competências exclusivas no artigo 3º do TFUE e uma lista enunciativa das competências partilhadas no artigo 4º do TFUE. Julgamos útil um exercício que equacione a inclusão de uma listagem enunciativa das competências nacionais, sempre com o respaldo cautelar do virtuoso *princípio da competência por atribuição*, i.e., garantindo-se que apenas pertencem à UE as competências (expressa ou implicitamente) atribuídas.

29 O artigo 207º do TFUE determina, *in fine*: “A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objetivos da ação externa da União”.

30 O artigo 21º do TUE inclui disposições cujo cumprimento em sede de celebração de acordos internacionais de comércio determinam a remissão para bases jurídicas dos Tratados onde primam as competências partilhadas, *inter alia*, em matéria social e ambiental. Os acordos de comércio assumem ou,

A verificação do cumprimento destes requisitos deve imperar ao longo de todo o processo de negociação dos acordos internacionais de comércio, com ênfase para o momento do parecer favorável por parte do Parlamento Europeu, quer quando seja proferido relativamente a todo o acordo, quer nas situações excepcionais de entrada provisória “parcial” do acordo em vigor, quer relativamente à entrada em vigor definitiva em caso de convalidação.³¹

Entendemos, também, que essa verificação incumbe aos parlamentos nacionais, sobretudo na fase de ratificação, tal justificando uma maior participação e envolvimento dos mesmos durante a fase negocial dos acordos.³²

Num mundo globalizado, o comércio não pode ser uma questão tratada de forma isolada – a liberalização do comércio interage com outras áreas – laborais, sociais, ambientais – cuja boa vizinhança deve ser escrutinada pelos parlamentos europeu e nacionais.³³

Resta, ainda, saber como irão decorrer os processos de ratificação nos vários parlamentos nacionais numa época em que existe viva discussão sobre estes acordos,³⁴ nomeadamente, as críticas levantadas pela sociedade civil no sentido de que os acordos apenas cuidam do comércio deixando à margem, ou regulando de modo não imperativo, as questões sociais, laborais e ambientais, e, por outro lado, qual será o sentido da pronúncia do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 2018.³⁵

Em suma, pelo melindre envolvido, a entrada em vigor provisória dos acordos internacionais alicerçada na destrinça entre diferentes tipos de competências é merecedora de um exercício da pena do legislador constituinte.

mesmo, devem assumir objetivos que vão além da mera liberalização do comércio. Assim, em virtude da submissão da PCC ao artigo 21º do TUE, os acordos de comércio da *Nova Era* são tendencialmente de competência mista.

31 A entrada provisória parcial deve colocar em perspetiva a possibilidade de fazer o conjunto do acordo evoluir para o cumprimento das obrigações contidas no artigo 21º do TUE. Por outro lado, em caso de convalidação será necessário que as “*partes ou disposições do acordo*” que são deixadas cair não sejam consideradas essenciais ao cumprimento dos ditames do artigo 21º do TUE.

32 A este respeito, uma nota sobre a necessidade de reforço do papel da Assembleia da República no processo de negociação dos acordos internacionais que caberá introduzir na Lei de acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do Processo de Construção da União Europeia, Lei nº 43/2006, de 25 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei nº 21/2012, de 17 de maio, mormente quando em presença de um processo negocial de um acordo misto (vide, *infra*, ponto 4).

33 O artigo 21º do TUE foi gizado para determinar a necessária acomodação da ação externa da UE, onde se incluiu a PCC, ao desenvolvimento sustentável nos planos económico, social, ambiental e a irradicação da *pobreza mundial*.

34 A decisão de saída unilateral do TTP (*Acordo de Parceria Transpacífico*) pelos EUA, a 23 de janeiro de 2017, também produzirá os seus efeitos a este nível. Entretanto, o TTIP não fez parte da agenda do Presidente Trump e a UE “congelou” as negociações relativas ao mesmo, de acordo com Cecilia Malmstrom – Conferência sobre o Acordo CETA, Palácio Foz, Lisboa, 23 de março de 2017.

35 A questão da constitucionalidade do Acordo CETA está também pendente no Conseil constitutionnel francês, recours nº 2017-749 DC, esperando-se uma decisão ainda no Verão de 2017.

4 ACOMPANHAMENTO DO PROCESSO NEGOCIAL DOS ACORDOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO PELOS PARLAMENTOS NACIONAIS

O Protocolo relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade e o Protocolo relativo ao papel dos Parlamentos nacionais na União Europeia (anexos com o Tratado de Lisboa, 2009) assumem o papel conjunto de agilizar a gestão do exercício das competências partilhadas entre a UE e os Estados-Membros, apelando aos bons ofícios dos parlamentos nacionais a quem atribuem o papel de “árbitros” em matéria de aprovação de direito derivado da UE, sendo omissos no que se refere à celebração de acordos internacionais, mormente acordos mistos.

Cumprir esclarecer que o princípio da subsidiariedade é aplicável apenas no que se refere ao direito derivado, onde o exercício das competências é ditado por um jogo de exclusão, ou seja, a competência só será exercida no patamar da UE “... se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União” (artigo 5º do TUE).

No caso do exercício da competência externa, i.e., relativa à celebração de acordos internacionais, estamos perante não um jogo de exclusão mas um jogo de acumulação – i.e, perante uma competência partilhada, quer os Estados-Membros, quer a UE têm de estar envolvidos no exercício da competência, ou seja, desde a outorga do mandato negocial à Comissão que deve ser conjunta (duplo mandato), até à celebração do acordo internacional que também o deve ser. A definição de acordo misto e respetiva tramitação não resulta do Tratado mas da jurisprudência do TJUE (maxime, Parecer 1/94) e da prática institucional que a dinamiza.³⁶

Esta ausência de regulação da figura dos acordos mistos no corpo dos Tratados acabou por se refletir, também, nos referidos Protocolos que apenas cuidam da gestão das competências mistas no plano interno.

Se essa ausência se afigura correta no que se refere ao Protocolo sobre o Princípio da Subsidiariedade, i.e., a falha não está no Protocolo mas no artigo 5º do TUE que não refere que a subsidiariedade não é princípio regulador do exercício das competências externas – já o mesmo não se poderá afirmar relativamente ao Protocolo sobre o Papel dos Parlamentos Nacionais, uma vez que o papel por estes desempenhado é importante, quer no que concerne ao direito derivado da UE, quer no que se refere à celebração dos acordos internacionais da UE que envolvam competências mistas, sendo que neste caso compete-lhes a ratificação do acordo, com poder de veto (*supra*).

36 Questões que sugerimos *supra* sejam reguladas pelos Tratados, i.e., a definição e a tramitação dos acordos mistos.

Tal poder “capital” determina, em nosso entender que, os parlamentos nacionais devam estar envolvidos no processo negocial dos acordos internacionais mistos.

Porém, o Protocolo sobre o Papel dos Parlamentos Nacionais refere ad abundantiam o acompanhamento que os parlamentos nacionais deverão fazer dos “projetos de atos legislativos” – que, note-se, são enviados diretamente aos parlamentos nacionais pelos proponentes – omitindo qualquer referência aos acordos internacionais onde estejam em causa competências mistas, ainda que feita sob o resguardo da organização e prática constitucional própria de cada Estado-Membro.^{37, 38}

Por seu turno, a Lei de acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do Processo de Construção da União Europeia, Lei nº 43/2006, de 25 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei 12/2012, de 17 de maio, enfatiza o papel da Assembleia da República no que se refere à verificação da aplicação do princípio da subsidiariedade do direito derivado pelos parlamentos nacionais, fazendo apenas uma singela referência a um dever de informação do Governo à AR relativamente a projetos de acordos ou Tratados a concluir pela UE ou entre Estados-Membros no contexto da UE – vide, alínea a) do nº 1, do artigo 5º.

Também a redação do nº 4 do artigo 5º nos parece não enfatizar o papel de relevo dos acordos mistos ao dar como exemplo de deliberação de maior impacto para Portugal a transposição de diretivas.³⁹

Tendo em consideração a dignidade e implicações das competências nacionais envolvidas nos acordos mistos, parece-nos que seria pertinente introduzir uma referência expressa aos mesmos no artigo 4º – Meios de acompanhamento e apreciação – afirmando, destarte, expressamente, um papel pró-ativo da AR nesta sede.⁴⁰

Mais do que um direito a ser informada (artigo 5º) deve assistir, de modo claro e inequívoco, um direito ao acompanhamento e apreciação dos acordos mistos, por parte da AR (artigo 4º).⁴¹

37 Aparece apenas uma referência a “*outras questões*” no Preâmbulo.

38 Enfatize-se que o Protocolo não é aplicável apenas a direito derivado, *vide*, o artigo 1º que se refere a documentos de consulta. O título II sobre cooperação parlamentar também é omissivo no que tange a acordos internacionais.

39 Artigo 5º, nº 4: “*O Governo apresenta à Assembleia da República, no 1º trimestre de cada ano, um relatório sucinto que permita o acompanhamento da participação de Portugal no processo de construção da União Europeia, devendo aquele relatório informar, nomeadamente, sobre as deliberações com maior impacto para Portugal tomadas no ano anterior pelas instituições europeias e as medidas postas em prática pelo Governo em resultado dessas deliberações, com particular incidência na transposição de diretivas*”.

40 Sem prejuízo das regras de reserva ou confidencialidade que vigorem para o processo negocial.

41 É certo que esse direito pode ser enquadrável no parágrafo 4 que dispõe: “*A Assembleia da República ou o Governo podem ainda ... suscitar o debate sobre todos os assuntos e posições em discussão nas instituições europeias que envolvam matéria da sua competência*”. Todavia, pela sua importância, consideramos que a referência aos projetos de acordos que envolvam competências nacionais deveria ser expressa e não resultar apenas do enquadramento numa disposição residual.

À guisa de conclusão, o exercício disciplinador aflorado pelo artigo 133º, nº 6 do TCE (Tratado de Nice)⁴² deveria ser retomado e desenvolvido incluindo respetivos reflexos no corpo legislativo nacional – as consequências de um “veto” no patamar nacional de um acordo misto são demasiado severas para deixar a participação e envolvimento dos parlamentos nacionais, ao longo do processo negocial, sem um enquadramento expresso que agilize tal envolvimento.

5 O PARECER 2/2015 DO TJUE – POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES

A polémica em torno das competências para a celebração dos modernos acordos de comércio (exclusividade *versus mixity*) deverá ser aclarada pelo TJUE através do Parecer 2/2015.⁴³

Através do pedido de Parecer interposto a 22 de setembro, de 2015, ao abrigo do artigo 218º, nº 11 do TFUE,⁴⁴ a Comissão questionou o TJUE sobre a competência para a celebração do acordo UE/Singapura,⁴⁵ da seguinte forma:

«A União tem a competência necessária para assinar e celebrar por si só o acordo de comércio livre com Singapura? Mais concretamente, — que disposições do acordo são da competência exclusiva da União? — que disposições do acordo se inserem na competência partilhada da União?; e — existe alguma disposição do acordo que seja da competência exclusiva dos Estados-Membros?»

A Comissão alicerçou o seu pedido de apreciação nas dúvidas manifestadas, especialmente pelos Estados-Membros, relativamente ao âmbito e à natureza da competência da União no que diz respeito a certas disposições do acordo UE/Singapura, em particular as relativas à proteção do investimento estrangeiro, aos serviços de transporte, à propriedade intelectual, à transparência e ao desenvolvimento sustentável. O pedido de parecer dirigido ao TJUE destina-se a esclarecer se a União dispõe de competência necessária para assinar e celebrar este

42 Recorde-se o artigo 133º, nº 6, do TCE na parte em que referia o regime dos acordos mistos em sede de PCC: “... os acordos no domínio do comércio de serviços culturais e audiovisuais, de serviços de educação, bem como de serviços sociais e de saúde humana, são da competência partilhada entre a Comunidade e os seus Estados-Membros, pelo que a sua negociação requer, para além de uma decisão comunitária tomada nos termos do disposto no artigo 300º, o comum acordo dos Estados-Membros. Os acordos assim negociados são celebrados conjuntamente pela Comunidade e pelos Estados-Membros.” (o sublinhado é nosso). Estes serviços passariam, com o Tratado de Lisboa, para a esfera da competência exclusiva da UE, alteração que levou à supressão da referência ao regime dos acordos mistos. A figura mantém, porém, atualidade para matérias não abrangidas pelo artigo 207º do TFUE mas relevantes em termos de acordos de comércio (*infra*).

43 A pronúncia do TJUE irá ter lugar a 16 de maio deste ano.

44 Este processo permite a qualquer Estado-Membro, ao Parlamento Europeu, ao Conselho ou à Comissão obter o parecer do TJUE sobre a compatibilidade de um acordo entre a UE e um país terceiro com os Tratados. Em caso de parecer negativo do TJ, o acordo deve ser alterado (ou revistos os Tratados) antes de poder entrar em vigor.

45 A 20 de setembro de 2013, a UE e Singapura rubricaram o texto de um acordo de comércio livre, sem a participação dos Estados-Membros.

acordo *per se* ou se será necessária uma celebração conjunta pela UE e pelos Estados-Membros.

De modo sumário, as posições assumidas pelos vários intervenientes podem retratar-se do seguinte modo: a Comissão Europeia defendeu a competência exclusiva da UE relativamente a todo o acordo. O Parlamento Europeu concordou em termos gerais com a Comissão. O Conselho e os Governos de todos os Estados-Membros que apresentaram observações escritas consideraram que a UE não pode celebrar o acordo por si só, uma vez que certas partes do acordo estão abrangidas pela competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros e, mesmo, inclusivamente pela competência exclusiva dos Estados-Membros.⁴⁶

Pela questão teórica envolvida – competência para a celebração de um acordo da UE com terceiros, em matéria de comércio externo e aspetos conexos, e pela simetria do posicionamento das diferentes instituições e dos Estados-Membros (Comissão *versus* outros), este pedido de Parecer assemelha-se ao Parecer 1/94 relativo à competência da UE para a celebração dos Acordos OMC. Tal simetria prenuncia, assim cremos, uma decisão simétrica do TJUE ... uma pronúncia favorável à *mixity* ...

A complexidade jurídica é terreno fértil para a *realpolitik* – a escolha das bases jurídicas têm, por vezes, subjacente uma batalha pelo poder entre a UE e os Estados-Membros – optar pela competência exclusiva dá poder à UE e retira aos Estados-Membros e, a Comissão Europeia assumiu-se, aqui, a protagonista na disputa.⁴⁷

A questão central deste Parecer é, pela sua novidade e importância, a competência relativa ao investimento estrangeiro, cuja inclusão no âmbito da PCC, com o Tratado de Lisboa, tem suscitado vivo interesse por parte da doutrina,⁴⁸ em

46 Apresentaram observações escritas todos os Estados-Membros, com exceção da Bélgica, Croácia, Estónia e Suécia. Entretanto, a Bélgica apresentou observações orais. *Vide*, Tribunal de Justiça da União Europeia, Comunicado de Imprensa nº 147/16, Luxemburgo, 21 de dezembro de 2016. curia.europa.eu/jcms/jcms/pl_269097/jfr/

47 *Vide*, ANDRÉS DELGADO CASTELEIRO – “*In realpolitik terms, the discussion on whether a certain agreement should be mixed or not hides a battle for power between the EU (mostly the European Commission) and the Member States. As mixed agreements give more power to the Member States (often more than they are constitutionally entitled to), it seems rather logical that the EU Commission would like to restrict their use to the bare minimum. This is the underlying conflict in Opinion 2/15: if the Court decides that the EU-Singapore FTA falls within the EU’s exclusive competence, the EU would be able to conclude the agreement alone. If, on the contrary, the CJEU decides that the FTA does not only cover areas of EU exclusive competence, but also shared competence, or even Member States’ exclusive competence, the agreement will be concluded jointly by the EU and its Member States*”, in “*Opinion 2/15 on the scope of EU external trade policy: some background information before next week’s hearing*”, in <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/09/opinion-215-on-scope-of-eu-external.html>

48 A questão foi por nós anteriormente analisada, *vide*, MARIA JOÃO PALMA – “A nova Política Europeia de Investimento Estrangeiro decorrente do Tratado de Lisboa: o Regulamento *Grandfathering* e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Almedina, Vol. VIII, 2015, p. 83 a 110 e MARIA JOÃO PALMA – “A proteção do investimento estrangeiro – uma Nova Política Europeia?”, in *Revista Análise Europeia*, nº 1, 2016, p. 124 a 134, www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_joão_2016_.pdf. Em ambos os artigos defendemos o entendimento segundo o qual apenas o investimento direto se encontra coberto pelo âmbito

especial, no que se refere ao investimento em carteira, ou de *portfolio*, e à resolução de litígios relativamente a todo o investimento (direto ou indireto).⁴⁹

Entretanto, a Advogada Geral *Sharpston* apresentou as suas conclusões a 31 de dezembro de 2016, concluindo que o acordo UE/Singapura terá de ser celebrado conjuntamente pela UE e pelos Estados-Membros.⁵⁰

De particular interesse sublinhar que *Sharpston* considera competência partilhada a relativa ao *portfolio*, assim afastando a tese da Comissão segundo a qual a competência exclusiva para tal tipo de investimento, muito embora refira não encontre a sua base jurídica no artigo 207º do TFUE, encontrá-la-ia no artigo 63º do TFUE de onde a Comissão, numa posição desviante da jurisprudência do TJUE retira uma *competência externa exclusiva implícita* que descobre numas supostas “*regras comuns*” contidas nesse normativo (*infra*).⁵¹

Também de distinguir o paralelismo que *Sharpston* estabelece ao nível das competências sobre resolução de litígios relativos a investimento estrangeiro, identificando uma *competência exclusiva externa implícita* para a resolução de litígios relativa ao IDE, e uma *competência externa partilhada implícita* em matéria de litígios no que se refere ao investimento indireto.⁵²

Uma nota crítica para o facto de *Sharpston* não ter identificado uma competência reservada aos Estados-Membros em matéria de expropriação – *maxime*, no que se refere a regras sobre resolução de litígios.⁵³

do artigo 207º do TFUE, devendo afirmar-se uma competência partilhada no que concerne ao investimento de *portfolio*.

49 Percebe-se a sensibilidade da questão quando pensamos no foro competente para dirimir um litígio respeitante a um ato praticado por um Estado no exercício dos seus poderes soberanos, *maxime*, expropriação, gerador de danos na esfera jurídica do investidor.

50 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=324328>

51 A tese da Comissão vai ao arrepio da jurisprudência do TJUE afirmada, *inter alia*, no *AETR, Open Skies e Parecer 2/03*, onde o TJUE considerou que as *competências externas implícitas* pressupõem o exercício prévio da competência, ou seja, a aprovação de regras comuns contidas em direito derivado. Acresce referir que o artigo 63º do TFUE regula a liberdade de capitais que se insere no mercado interno, matéria que segundo o artigo 4º do TFUE é de competência partilhada. Em suma, a Comissão pretende retirar de uma competência partilhada expressa uma competência exclusiva implícita – ora, não é esta a lógica que preside ao *princípio do paralelismo de competências*.

52 As competências implícitas assentam numa lógica de matemática pura da qual *Shapston* soube bem extrair as consequências. As competências externas implícitas assentam numa lógica de funcionalidade e são o reflexo das competências internas em que se baseiam. Na doutrina, *vide*, entre nós, MARIA LUÍSA DUARTE – “A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros”, Lisboa, Lex, 1997.

53 Sobre a natureza reservada aos Estados-Membros de certas competências em matéria de investimento estrangeiro, *vide*, MARIA JOAO PALMA (2015), p. 95.

5.1 Alinhavo das principais questões técnico-jurídicas que o TJUE enfrenta no Parecer 2/2015

De modo esquemático, e para poder determinar se o acordo UE/Singapura é, ou não, um acordo misto, será, em nosso entender, importante que o TJUE assumira uma posição sobre as seguintes questões:

1. O artigo 207º do TFUE ao referir o investimento direto estrangeiro inclui o investimento de carteira?⁵⁴
2. Qual a natureza jurídica do artigo 345º do TFUE⁵⁵ – base jurídica ou norma travão? A Comissão sustenta que o artigo 345º não impede a UE de aprovar normas sobre expropriação. Tal afirmação não determina, porém, que esse normativo assumira as virtualidades de base jurídica, ora não havendo base jurídica no Tratado – estamos perante uma competência de reserva nacional.⁵⁶
3. Pode o artigo 63º do TFUE ter as virtualidades pretendidas pela Comissão e nele poderem encontrar-se “*regras comuns*”⁵⁷ para daí extrair uma competência implícita para a celebração de um acordo internacional em termos exclusivos no que se refere ao *portfolio*? De acordo com jurisprudência constante, as “*regras comuns*” encontram-se no direito derivado que implementa os Tratados e não no corpo do Tratado.⁵⁸
4. Em termos de litígios sobre investimento, deverá estabelecer-se um paralelismo de competências? Para tal, o TJUE deverá considerar que a regulação dos litígios é funcional às regras substantivas e, assim, considerar que os litígios relativos a competências exclusivas da UE são de competência exclusiva desta, ao passo que a regulação dos litígios relativos a competências partilhadas, são de competência partilhada entre a UE e os Estados-Membros.

54 Parece consensual que não.

55 O artigo 345º do TFUE afirma: “*Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*”.

56 De acordo com o princípio da competência por atribuição – artigo 5º, nº 2 do TUE: “... a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas nos Tratados pertencem aos Estados-Membros”.

57 Vide, artigo 3º, nº 2 do TFUE que constitucionaliza a jurisprudência do TJUE sobre competências exclusivas. Tal normativo não dispensa, porém, os esclarecimentos contidos nas decisões pretorianas em que o mesmo se baseia, nomeadamente, o que deva ser entendido por “*regras comuns*”.

58 Refira-se que, sendo o princípio do paralelismo das competências um desvio ao princípio da competência por atribuição, o mesmo deve ser interpretado de modo restrito, o que vai contra a tese da expansão da jurisprudência do TJUE pretendida pela Comissão.

5. Importante também seria, embora possa considerar-se que extravasa o âmbito da pergunta colocada, que o TJUE se pronunciasse, como fez a advogada geral, sobre a competência para a revogação dos BITs anteriormente celebrados pelos Estados-Membros com o parceiro do novo acordo. Deve o princípio da substituição atuar de modo automático, determinando a caducidade dos acordos anteriores ou os Estados-Membros mantêm a competência para revogar os acordos como uma competência nacional (tese *Sharpston*)?⁵⁹
6. Na mesma linha de raciocínio da questão anterior, seria importante que o TJUE se pronunciasse sobre as consequências que poderão advir do veto por um parlamento nacional na fase da ratificação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Olhando para o emaranhado de posições resultante deste percurso de avanços e recuos, e considerando a prossecução de objetivos “além comércio” ditados pela sujeição da política comercial comum aos objetivos da Ação Externa da União, decorrentes do Tratado de Lisboa (artigo 21º do TUE), entendemos que, à guisa de conclusão, deveria ser assegurado um maior diálogo entre a UE e os seus cidadãos, nomeadamente, mediante uma maior envolvência dos parlamentos nacionais ao longo do próprio processo de negociação dos acordos internacionais a celebrar pela UE que incluam competências do foro nacional e/ou partilhadas entre a UE e os Estados-Membros e não apenas na fase da ratificação, o que os Tratados não asseguram devidamente.

A posição a tomar pelo TJUE, no Parecer 2/2015,60 sobre o Acordo UE/Singapura será crucial para o feixe de acordos em negociação por parte da UE, uma vez que sendo o clausulado dos mesmos muito idêntico urge clarificar a questão nevrálgica das competências para a celebração dos acordos. Enfatize-se que uma pronúncia favorável à *mixity* legitima uma necessidade de maior participação dos parlamentos nacionais no processo negocial dos modernos acordos de comércio.

Uma Europa transparente e cuidadora dos direitos sociais, ambientais, laborais, será, seguramente, mais robusta e resistente a futuros Brexits⁶¹: a União Europeia precisa de se reconciliar, a breve trecho, com os seus cidadãos ...

59 O automatismo da substituição parece resultar do artigo 3º do *Regulamento Grandfathering* (Regulamento UE nº 1219/2012, de 12 de dezembro de 2012). Entendemos, porém que, para caírem os BITs os Estados-Membros devem ser outorgantes no acordo no exercício de uma competência nacional.

60 Adenda: o TJUE viria, entretanto, a pronunciar-se a 16 de maio de 2017 no sentido da competência mista.

61 A 29 de março de 2017 seria acionado o artigo 50º do TUE (saída) pelo Reino Unido.

REFERÊNCIAS

BARLOW, M. and MARC JENNAR, R. (2016). “Le fléau de l'arbitrage international”. *Le Monde diplomatique*, 2016/2 (743), p. 6.

BAUMLER, JELENA (2017). “Yes, but... – for now! The German Federal Constitutional Court's judgement on CETA”. [em linha] World Trade Law. Disponível em: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2016/10/jelena-b%C3%A4umler-on-the-german-federal-constitutional-courts-judgment-on-ceta-.html> [Consultado em 2 de abril de 2017].

BUNGENBERG, M. and REINISCH, A. (2014). “The Anatomy of the (Invisible) EU Model BIT”. *The Journal of World Investment & Trade*, 15 (3-4), pp. 375-378.

CREMONA, MARISE (2006). “External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law”. [em linha] *European University Institute*, LAW Working Papers (22). Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6249> [Consultado em 2 de abril de 2017].

DELGADO CASTELEIRO, A. (2017). “Opinion 2/15 on the scope of EU external trade policy: Some background information before next week's hearing”. [em linha] Disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/09/opinion-215-on-scope-of-eu-external.html> [Consultado em 2 de abril de 2017].

DUARTE, MARIA LUISA (1997). *A Teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros*. Ed. Lex, Lisboa.

MOTA, PEDRO INFANTE (2016) – “Os Acordos Mega-Regionais”, in *União Europeia, Reforma ou Declínio*. Coordenação Eduardo Paz Ferreira, Ed. Veja, Lisboa, pp. 376-399.

NASCIMENTO FERREIRA, RICARDO DO. (2015). “A Judicialização do Sistema de ISDS no TTIP”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, VIII, p. 111-124.

PALMA, MARIA JOÃO (2015). “A nova Política Europeia de Investimento Estrangeiro decorrente do Tratado de Lisboa: o Regulamento *Grandfathering* e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados- Membros”. *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, VIII, pp. 83-110.

PALMA, MARIA JOÃO (2016). “A proteção do investimento estrangeiro – uma Nova Política Europeia?”. *Revista Análise Europeia*, 1(1), pp. 124-134. Disponível em:

http://www.apeeuropeus.com/uploads/6/6/3/7/66379879/palma_maria_joao__2016_.pdf [Consultado em 5 de junho de 2017].

PARLAMENTO Europeu (2017). *CETA: Meps Back EU Canada Trade Agree.* [Comunicado de Imprensa] 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20170209IPR61728/ceta-meps-back-eu-canada-trade-agreement> [Consultado em 7 de abril de 2017].

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia (2016a). *Advocate General Sharpston considers that the Singapore Free Trade Agreement can only be concluded by the European Union and the Member States acting jointly* – Press release n. 147/16. [Comunicado de Imprensa] 21 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160147en.pdf> [Consultado em 2 de abril de 2017].

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia (2016b). *OPINION OF ADVOCATE GENERAL SHARPSTON delivered on 21 December 2016 - Opinion procedure 2/15 initiated following a request made by the European Commission.* [em linha]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186494&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1215588> [Consultado em 2 de abril de 2017].

TRIBUNAL de Justiça da União Europeia (2017). *Opinion 2/15 of the Court – 16 May 2017.* [em linha]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190727&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1215588> [Consultado em 29 de outubro de 2017].

Recebido em 07.11.2017

Aceito em 13.11.2017