



Bruxelas, 19.7.2018
COM(2018) 547 final

**COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO
CONSELHO**

Proteção do investimento intra-UE

I. Introdução

Incentivar e proteger o investimento na UE

O mercado único da União Europeia é um espaço ímpar de oportunidades de investimento. Um objetivo fundamental do *Plano de Investimento para a Europa*¹ é criar um ambiente regulamentar mais previsível, estável e claro para promover os investimentos. Como parte desta linha de trabalho, o *Plano de Ação para a criação de uma União dos Mercados de Capitais* («UMC») ² e a respetiva *Revisão intercalar* ³ salientaram que um ambiente empresarial estável é fundamental para incentivar mais investimento na União Europeia. A Comissão está empenhada na preservação e melhoria quer de um ambiente regulamentar previsível, estável e claro quer na aplicação efetiva dos direitos dos investidores. A presente Comunicação visa fornecer orientações sobre as regras da UE em vigor para o tratamento de investimentos transfronteiras na UE.

O direito da UE, tal como tem vindo a ser progressivamente desenvolvido ao longo de décadas, proporciona aos investidores um elevado nível de proteção, embora possa não resolver todos os problemas que os investidores possam ter de enfrentar nas suas atividades. O direito da UE tem sido a base para o desenvolvimento do mercado único como um espaço em que os investidores gozam de liberdade para estabelecer o seu negócio, investir em empresas, importar e exportar bens, fornecer serviços transfronteiras e beneficiar de tratamento igual e não discriminatório além-fronteiras. A livre circulação de capitais está subjacente a qualquer investimento e o Tratado proíbe medidas que impeçam ou dissuadam indevidamente a circulação de capitais e de pagamentos transfronteiras.

Ao mesmo tempo, as leis da UE permitem que os mercados sejam regulados para prosseguir os interesses gerais legítimos, tais como a segurança pública, a saúde pública, os direitos sociais, a proteção do consumidor ou a conservação do ambiente, que também podem ter consequências para os investimentos. As autoridades públicas da UE e dos Estados-Membros têm o dever e a responsabilidade tanto de proteger o investimento como de regular os mercados. Por conseguinte, a UE e os Estados-Membros podem legitimamente adotar medidas para proteger esses interesses, que podem ter um impacto negativo nos investimentos. Porém, só o podem fazer em determinadas circunstâncias e sob determinadas condições, e em conformidade com o direito da UE.

Os investidores transfronteiras na UE podem invocar os direitos da UE diretamente aplicáveis que têm primazia sobre o direito nacional. Os juízes nacionais têm um papel e uma responsabilidade especiais na proteção do investimento. Juntamente com o Tribunal de Justiça

¹ https://ec.europa.eu/commission/priorities/jobs-growth-and-investment/investment-plan-europe-juncker-plan_pt

² COM(2015) 468 final.

³ COM(2017) 292 final.

da União Europeia (a seguir «TJUE» ou «Tribunal de Justiça») através do processo de reenvio prejudicial⁴, os juízes nacionais devem garantir, em total independência, a aplicação plena do direito da UE e a proteção judicial dos direitos dos particulares em todos os Estados-Membros. Além disso, os direitos dos investidores transfronteiras estão protegidos na UE também através de uma série de mecanismos públicos destinados a impedir infrações e a resolver dificuldades que os investidores possam ter com as autoridades nacionais.

Nas últimas décadas, os governos encorajaram os investimentos transfronteiras através da celebração de tratados bilaterais de investimento (TBI). Estes TBI incluem, geralmente, o direito ao tratamento nacional e ao tratamento de nação mais favorecida, a um tratamento justo e equitativo, à proteção contra a expropriação e à liberdade de transferência de fundos. Os investidores podem invocar infrações dessas disposições perante tribunais arbitrais criados entre os investidores e o Estado. Encontram-se disposições similares no Tratado da Carta da Energia, um tratado de investimento multilateral iniciado pela UE para estimular os investimentos no setor energético⁵. A UE iniciou uma reforma substancial destes acordos no contexto externo da UE.

Desde então, aderiram à UE alguns países com os quais os Estados-Membros da UE tinham anteriormente celebrado um TBI. Na sequência da adesão, as normas substantivas dos TBI, tal como aplicadas entre os Estados-Membros (os denominados «TBI intra-UE») tornaram-se um sistema paralelo ao Tratado que se sobrepõe com as regras do mercado único, o que impede a plena aplicação do direito da UE. É este o caso, por exemplo, quando os TBI intra-UE são interpretados de modo a constituir a base para a concessão de auxílios estatais ilegais em violação das condições de concorrência equitativas no mercado único.

Os TBI intra-UE conferem direitos apenas em relação a investidores de um dos dois Estados-Membros em causa, em contradição com o princípio da não discriminação entre os investidores da UE no mercado único, ao abrigo do direito da UE. Além disso, através da criação de um sistema alternativo de resolução de litígios, os TBI intra-UE retiram da jurisdição nacional o litígio relativamente às medidas nacionais e que envolvem o direito da UE. Na ausência do diálogo jurisdicional indispensável com o Tribunal de Justiça, confiam este litígio a árbitros privados, que não aplicam corretamente o direito da UE.

Por estes motivos, a Comissão Europeia tem considerado sistematicamente que os TBI intra-UE são incompatíveis com o direito da União. Através dos seus pareceres fundamentados de 23 de setembro de 2016, a Comissão enviou um pedido formal à Áustria, à Eslováquia, aos Países Baixos, à Roménia e à Suécia para porem fim aos seus TBI intra-UE.

No recente processo prejudicial relativo ao processo *Achmea*⁶, o Tribunal de Justiça

⁴ Artigo 267.º do TFUE.

⁵ O Tratado da Carta da Energia foi assinado pela UE, os seus Estados-Membros e uma série de países terceiros.

⁶ C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, n.ºs 56 e 58.

confirmou que as cláusulas de arbitragem entre os investidores e o Estado nos TBI intra-UE são ilegais.

Na sequência do acórdão *Achmea*, a Comissão intensificou o diálogo com todos os Estados-Membros, instando-os a tomar medidas para denunciar os TBI intra-UE, dada a sua incompatibilidade incontestável com o direito da UE. A Comissão acompanhará os progressos neste domínio e, se necessário, poderá decidir prosseguir os processos por infração.

Na sequência do acórdão *Achmea*, a ilegalidade da arbitragem intra-UE de litígios entre os investidores e o Estado pode resultar na percepção de que o direito da UE não prevê garantias materiais e processuais adequadas para os investidores intra-UE. Todavia, o sistema jurídico da UE protege os investidores transfronteiras no mercado único, garantindo simultaneamente que outros interesses legítimos são devidamente tidos em conta. Quando os investidores exercem uma das liberdades fundamentais, beneficiam da proteção concedida: i) pelas regras do Tratado que instituem essas liberdades; ii) pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta»); iii) pelos princípios gerais do direito da União; e iv) pela ampla legislação setorial específica que abrange áreas como os serviços financeiros, os transportes, a energia, as telecomunicações, a contratação pública, as qualificações profissionais, os direitos de propriedade intelectual ou o direito das sociedades⁷.

Sem carácter exaustivo, a presente Comunicação relembra as principais normas substantivas e processuais do direito da UE relativas ao tratamento de investimentos transfronteiras na UE. Demonstra que o direito da UE protege todas as formas de investimentos transfronteiras na UE ao longo de todo o seu ciclo de vida. Relembra a obrigação de os Estados-Membros garantirem que as medidas nacionais que possam tomar para proteger os interesses gerais legítimos não restrinjam indevidamente os investimentos. Chama a atenção dos investidores para os direitos da UE que podem invocar perante as administrações e os tribunais.

O acórdão Achmea e as suas consequências

No acórdão *Achmea*, o Tribunal de Justiça considerou que as cláusulas de arbitragem entre os investidores e o Estado estabelecidas nos TBI intra-UE comprometem o sistema de vias de recurso previsto nos Tratados da UE e, assim, comprometem a autonomia, a eficácia, o primado e o efeito direto do direito da União, bem como o princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros. Prejudica o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º do TFUE e não é compatível com o princípio da cooperação leal. Tal implica que todas as cláusulas de arbitragem entre os investidores e o Estado estabelecidas nos TBI intra-UE são inaplicáveis e que qualquer tribunal arbitral constituído com base em tais cláusulas é incompetente devido à ausência de uma convenção de arbitragem válida. Por conseguinte, os

⁷ Embora esta Comunicação mencione alguns exemplos retirados da legislação setorial específica, uma análise detalhada da mesma excederia a sua competência.

órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados a anular qualquer sentença arbitral proferida nessa base e recusar a sua execução. Os Estados-Membros que são partes em processos pendentes, seja a que título for, devem igualmente tirar todas as consequências necessárias do acórdão *Achmea*. Além disso, em conformidade com o princípio da segurança jurídica, são obrigados a pôr termo aos seus TBI intra-UE formalmente.

O acórdão *Achmea* é igualmente relevante para o mecanismo de arbitragem entre os investidores e o Estado estabelecido no artigo 26.º do Tratado da Carta da Energia no que diz respeito às relações intracomunitárias. Esta disposição, se interpretada corretamente, não prevê uma cláusula de arbitragem entre os investidores e o Estado que seja aplicável entre os investidores de um dos Estados-Membros da UE e de outros Estados-Membros da UE. Tendo em conta o primado do direito da União, se for interpretada no sentido de que é aplicável a nível intracomunitário, esta cláusula é incompatível com o direito primário da UE e, por conseguinte, inaplicável. Com efeito, a fundamentação do Tribunal no que se refere ao acórdão *Achmea* aplica-se igualmente à aplicação intracomunitária desta cláusula que, tal como as cláusulas dos TBI intra-UE, abre a possibilidade de submeter os litígios a um organismo que não faz parte do sistema judicial da UE. O facto de a UE ser igualmente parte integrante do Tratado da Carta da Energia não afeta esta conclusão: a participação da UE neste Tratado apenas criou direitos e obrigações entre a UE e países terceiros e não afetou as relações entre os Estados-Membros da UE.

Âmbito da presente Comunicação

A presente Comunicação centra-se nos investimentos dentro da União Europeia e, por conseguinte, não diz respeito a investimentos feitos por investidores da UE em países terceiros ou a investimentos realizados por investidores de países terceiros na UE⁸. As regras do Tratado sobre a livre circulação aplicam-se a situações com um elemento transfronteiriço ou quando a circulação transfronteiriça é, pelo menos, possível⁹. Todavia, algumas diretivas e regulamentos da UE que especificam e desenvolvem mais as liberdades fundamentais podem

⁸ O Tratado também protege a circulação de capitais de e para países terceiros. Todavia, nos termos do artigo 64.º, n.º 3, do TFUE, o Conselho pode adotar, por unanimidade, medidas que constituam um retrocesso em relação à liberalização dos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes. Além disso, no âmbito da política comercial comum, em 14 de setembro de 2017, a Comissão propôs um quadro europeu para a análise dos investimentos diretos estrangeiros provenientes de países terceiros pelos Estados-Membros por razões de segurança ou ordem pública: Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro para a análise de investimentos diretos estrangeiros na União Europeia, COM/2017/0487 final: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0487&from=EN>

⁹ C-67/08, *Block*, ECLI:EU:C:2009:92, n.º 21; C-98/15, *Berlington Hungary*, ECLI:EU:C:2015:386, n.º 28; Processos apensos C-197/11 e C-203/11, *Libert*, ECLI:EU:C:2013:288, n.º 34; Processos apensos C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, ECLI:EU:C:2010:300, n.º 40; Processos apensos C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, ECLI:EU:C:2000:199, n.º 58.

aplicar-se também às situações puramente internas, beneficiando assim todos os investidores, inclusive os nacionais. Esta Comunicação centra-se na proteção dos investidores contra medidas nacionais e não contra as medidas adotadas pelas instituições e organismos da UE.

As liberdades fundamentais e a maioria do direito derivado conexo da UE também são aplicáveis, em substância, à Islândia, ao Listenstaine e à Noruega, no âmbito do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu («Acordo EEE»), que faz parte do direito da UE¹⁰. Por conseguinte, de uma maneira geral, o mercado único inclui estes três países¹¹.

II. O direito da UE protege os investimentos transfronteiras da UE ao longo de todo o seu ciclo de vida

Os investimentos no mercado único podem assumir muitas formas, como reflexo de uma realidade económica multifacetada. O direito da UE abrange e protege qualquer forma de investimento. Efetivamente, qualquer atividade económica enquadra-se no âmbito de pelo menos uma das liberdades fundamentais¹² e as liberdades fundamentais aplicam-se mesmo quando o objetivo da atividade não é a obtenção de lucro¹³.

Ao contrário do direito internacional em matéria de investimento, o direito da UE tende a não utilizar os termos «investimento» e «investidor» no contexto do mercado único, e os operadores económicos são normalmente referidos como «nacionais» (particulares ou sociedades)¹⁴, ou «residentes» ou «não residentes».

Em especial, o direito da UE abrange e protege os investimentos que impliquem circulação de capitais e o direito de estabelecimento. Estes termos referem-se a:

- atos de investimento para aquisição e criação de empresas;
- direito de adquirir, explorar e alienar bens imóveis;
- recompra de ações e obrigações negociadas e cotadas na bolsa;
- recebimento de dividendos e juros;
- concessão de créditos comerciais (incluindo créditos ao consumo);
- aquisição de unidades de um fundo de investimento; hipotecas, heranças e

¹⁰ O TJUE esclareceu que, à luz do objetivo do Acordo EEE de interpretar e aplicar de modo uniforme as suas disposições que são substancialmente idênticas às referidas no direito da UE, as liberdades fundamentais para a proteção do investimento aplicam-se *mutatis mutandis* aos investimentos entre a UE e os Estados da EFTA supramencionados. Ver C-476/10, *Pepic*, ECLI:EU:C:2011:422, n.ºs 33-35, e C-72/09, *Établissements Rimbaud*, ECLI:EU:C:2010:645, n.ºs 20-22.

¹¹ C-452/01, *Ospelt*, ECLI:EU:C:2003:493, n.º 29.

¹² C-452/04, *Fidium-Finanz*, ECLI:EU:C:2006:631, n.º32.

¹³ C-281/06, *Jundt*, ECLI:EU:C:2007:816, n.º 33.

¹⁴ Todas as pessoas coletivas constituídas em conformidade com o direito das sociedades em vigor num Estado-Membro é uma pessoa coletiva ao abrigo do artigo 54.º do TFUE e, por conseguinte, goza das liberdades fundamentais consagradas no Tratado (ver, por exemplo, C-6/16, *Eqiom*, ECLI:EU:C:2017:641, n.ºs 48-49).

empréstimos, etc.¹⁵, e

- aquisição de patentes, marcas comerciais e outros direitos de propriedade intelectual¹⁶.

O direito da UE protege o acesso ao mercado, as operações no mercado e a saída do mercado.

i) Acesso ao mercado

A criação de uma nova atividade económica está protegida principalmente pelas liberdades do mercado da UE. A saber: o direito do investidor de transferir capitais para outros Estados-Membros (artigo 63.º do TFUE), incluindo capital financeiro e físico (tais como máquinas, fábricas ou outros fatores de produção); e o direito de se estabelecer noutros Estados-Membros, e criar agências, sucursais ou filiais (artigo 49.º do TFUE)¹⁷. O direito derivado estabelece limites para os regimes de autorização que podem ser impostos pelos Estados-Membros¹⁸, ou proíbe determinados tipos de requisitos¹⁹.

«Estabelecimento» significa a assunção e a prossecução de uma atividade empresarial com vista a participar, de forma estável e contínua, na vida económica de um Estado-Membro diferente do Estado de origem.²⁰

Para os investidores dispostos a investir além-fronteiras na UE, o acesso aos contratos públicos é um elemento importante do ecossistema de investimento europeu, o qual assegura a igualdade de oportunidades no acesso ao mercado. Determinados tipos de propostas estão sujeitos a regras harmonizadas em matéria de contratos públicos²¹. Além disso, o direito da UE prevê que as concessões públicas e os contratos públicos que apresentem um interesse transfronteiriço devem ser adjudicados através de um processo aberto e não discriminatório, baseado em critérios objetivos, não discriminatórios e proporcionados²².

¹⁵ É jurisprudência constante que a Diretiva 88/361/CEE, juntamente com a nomenclatura que lhe está anexa, pode ser utilizada para definir um movimento de capitais, ver C-483/99, *Comissão/França*, ECLI:EU:C:2002:327, n.º 36; Processos apensos C-578/10 a C-580/10, *Van Putten*, ECLI:EU:C:2012:246, n.ºs 28 a 36.

¹⁶ C-255/97, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:1999:240.

¹⁷ O investimento numa sociedade pode assumir a forma de controlo (investimento direto) ou pode ser feito para fins lucrativos, sem qualquer intenção de controlar ou influenciar as decisões (investimento de carteira).

¹⁸ Ver, por exemplo, os artigos 5.º a 13.º da Diretiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (JO L 376 de 27.12.2006, p. 36) (Diretiva «Serviços»).

¹⁹ Por exemplo, as avaliações económicas foram proibidas ao abrigo do artigo 14.º da Diretiva «Serviços».
²⁰ C-221/89, *Factortame*, ECLI:EU:C:1991:320 n.º 20.

²¹ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 65). Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 243); Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão (JO L 94 de 28.3.2014, p. 1); Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos (JO L 395 de 30.12.1989, p. 33) posteriormente alterada.

²² C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605, n.º 72; C-380/05, *Centro Europa 7*, ECLI:EU:C:2008:59,

Exemplo 1 – Meios para assegurar uma concorrência efetiva aos novos operadores provenientes de outros Estados-Membros

C-442/02 – Caixa Bank

A França proibiu os bancos de oferecerem remuneração das contas de depósitos à ordem. O Tribunal de Justiça observou que essa proibição constituía, para as sociedades dos outros Estados-Membros que não a França, um sério entrave que afetava o seu acesso efetivo ao mercado francês. Essa proibição tornava mais difícil para as instituições de crédito que fossem filiais de empresas estrangeiras a angariação de capitais junto do público, privando-as da possibilidade de competir de uma forma mais eficaz com as instituições de crédito tradicionalmente estabelecidas no mercado interno.

Apesar de a proibição de remuneração das contas de depósitos à ordem visar um interesse geral legítimo, nomeadamente incentivar a poupança a médio e a longo prazo, foi além do que era necessário para alcançar esse objetivo. Assim, o Tribunal de Justiça considerou que violava a liberdade de estabelecimento.

ii) Atividade no mercado

Uma vez que os investidores da UE comecem a explorar uma empresa noutro Estado-Membro ou realizem outro tipo de investimento, o direito da UE, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, continua a ser aplicável. Esta protege-os, em geral, contra medidas públicas que privariam os investidores da utilização dos seus bens ou que limitariam a atividade profissional que desenvolvem, mesmo que tais medidas se aplicassem igualmente aos operadores nacionais²³.

Os investidores são livres de constituir uma sociedade num Estado-Membro à sua escolha e criar um estabelecimento secundário noutro Estado-Membro, independentemente do local onde a atividade principal, ou a sua totalidade, seja exercida²⁴. Os Estados-Membros devem reconhecer as sociedades validamente constituídas nos termos da lei de outro Estado-Membro, em especial no que diz respeito à capacidade jurídica da sociedade para intentar uma ação no âmbito de um litígio²⁵.

Se uma sociedade europeia pretender transferir-se e converter-se numa sociedade regida pelo direito de outro Estado-Membro, beneficia da liberdade de estabelecimento. A este respeito, o

n.º 120; Processos apensos C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, ECLI:EU:C:2016:558, n.ºs 64-65.

²³ Processos apensos C-52/16 e C-113/16, *SEGRO*, ECLI:EU:C:2018:157, n.º 65; C-179/14, *Comissão/Hungria*, ECLI:EU:C:2016:108.

²⁴ C-212/97, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126; C-167/01, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512, n.º 105.

²⁵ C-208/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632, n.º 9.

Estado-Membro de origem não pode impor qualquer restrição de movimento e conversão, exceto por razões imperiosas de interesse público e de forma proporcionada.²⁶ Por exemplo, a liquidação imperativa da sociedade no Estado de origem, como uma condição prévia para a sua transferência para outro Estado-Membro é desproporcionada e, por conseguinte, contrária ao direito da UE.²⁷ Os Estados-Membros podem prevenir ou sancionar fraudes em conformidade com o direito da UE. Todavia, o facto de se estabelecer a sede, estatutária ou efetiva, de uma sociedade noutro Estado-Membro com o objetivo de beneficiar de uma legislação mais vantajosa não constitui, em si, um abuso.²⁸

Recentemente, a Comissão propôs um quadro que permita às sociedades desenvolverem facilmente a sua atividade no Mercado Único, inclusive quando crescem e se reestruturam além-fronteiras para se adaptarem à evolução das condições de mercado²⁹. A iniciativa inclui procedimentos comuns da UE relativamente a transformações e cisões transfronteiriças e atualiza as regras em vigor em matéria de fusões transfronteiriças. Estabelece garantias sólidas para proteger os interesses e direitos legítimos dos trabalhadores, acionistas e credores, e para impedir a utilização destes procedimentos para a criação de disposições artificiais que têm sobretudo o intuito de obter vantagens fiscais indevidas, em conformidade com a jurisprudência.

Uma empresa da UE que pretenda prestar serviços de forma temporária em vez de se estabelecer noutro Estado-Membro tem direito de se equipar com a infraestrutura necessária no Estado-Membro de acolhimento³⁰. Os Estados-Membros não podem sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas a um estabelecimento, o que tornaria ineficaz a livre prestação de serviços³¹. Tal aplica-se, por exemplo, às qualificações profissionais³², prestações sociais para os trabalhadores³³, licenças de exploração³⁴, obrigações abrangentes de apresentação de relatórios para os prestadores de serviços³⁵, ou obrigações abrangentes para a tradução de documentos comprovativos³⁶.

Além disso, os investidores que exercem uma atividade de produção estão também protegidos, pois as mercadorias que estão presentes legalmente no mercado de um Estado-

²⁶ C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723, n.º 113.

²⁷ C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804, n.º 65.

²⁸ C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804, n.º 62.

²⁹ Ver as propostas da Comissão para uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM%3A2018%3A241%3AFIN>

³⁰ C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, n.º 27.

³¹ C-76/90, *Säger*, ECLI:EU:C:1991:331, n.º 13.

³² C-342/14, *X-Steuerberatungsgesellschaft*, ECLI:EU:C:2015:827; C-76/90, *Säger*, ECLI:EU:C:1991:331, n.º 21.

³³ C-272/94, *Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147, n.º 14 e 15.

³⁴ C-496/01, *Comissão/França*, ECLI:EU:C:2004:137, n.º 65.

³⁵ C-577/10, *Comissão/Bélgica* («*Limosa*»), ECLI:EU:C:2012:814, n.º 47; C-490/04, *Comissão/Alemanha*, ECLI:EU:C:2007:430, n.º 89.

³⁶ C-490/04, *Comissão/Alemanha*, ECLI:EU:C:2007:430, n.ºs 68 e 69.

Membro podem, em princípio, ser comercializados livremente no mercado único graças à livre circulação de mercadorias³⁷. Uma série de regras da UE veio harmonizar matérias pertinentes e definir mecanismos para tornar possível na prática o princípio do reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros para a livre circulação de mercadorias³⁸.

Quando investem noutro país, os investidores também podem contratar trabalhadores no Estado de acolhimento³⁹. Os trabalhadores da UE também têm o direito de circular livremente (artigo 45.º do TFUE). Para os prestadores que oferecem os seus serviços a título temporário noutro Estado-Membro, o Estado-Membro de acolhimento não pode sujeitar a deslocação do pessoal, incluindo os trabalhadores de países terceiros, a condições restritivas injustificadas ou desproporcionadas, tais como a obrigação de obter uma autorização de trabalho⁴⁰. A fim de conciliar a livre circulação no mercado único e a proteção dos trabalhadores, a legislação laboral do país de acolhimento aplica-se aos trabalhadores destacados no que se refere às matérias enumeradas na Diretiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores⁴¹.

A legislação da UE sobre o mercado único também se estende às regras fiscais, que são de vital importância para os investidores. Por exemplo, o IVA, os impostos especiais de consumo e a tributação da energia são regulados por diretivas da UE. Além disso, embora, no estado atual do direito da UE, a fiscalidade direta seja abrangida pelo âmbito da competência dos Estados-Membros, estes últimos devem, todavia, exercer essa competência em conformidade com o direito da UE, incluindo as liberdades fundamentais⁴². Adicionalmente, o direito derivado da UE também estabelece alguns limites a essa competência nacional. Por exemplo, a fim de garantir a neutralidade fiscal, a Diretiva Sociedades-mãe e Filiais⁴³ isenta os lucros que uma sociedade afiliada distribui à sua sociedade-mãe de retenção na fonte. Assim, os Estados-Membros não podem instituir unilateralmente medidas restritivas e sujeitar o direito a isenção da retenção na fonte nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da referida diretiva a várias condições⁴⁴.

³⁷ Artigos 28.º e 29.º do TFUE.

³⁸ Ver, nomeadamente, a Comunicação da Comissão «Pacote “Mercadorias”»: reforçar a confiança no mercado único», de 19 de dezembro de 2017 (COM/2017/0787 final).

³⁹ C-201/15, *AGET Iraklis*, ECLI:EU:C:2016:972, n.º 52.

⁴⁰ C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142, n.º 12.

⁴¹ Diretiva 96/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 1996, relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços (JO L 18 de 21.1.1997, p. 1). Ver igualmente Diretiva 2014/67/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, respeitante à execução da Diretiva 96/71/CE relativa ao destacamento de trabalhadores no âmbito de uma prestação de serviços e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 relativo à cooperação administrativa através do Sistema de Informação do Mercado Interno («Regulamento IMI») (JO L 159 de 28.5.2014, p. 11).

⁴² C-319/02, *Manninen*, ECLI:EU:C:2004:484, n.º 19.

⁴³ Artigo 5.º da Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO L 345 de 29.12.2011, p. 8) tal como alterada.

⁴⁴ Processos apensos C-504/16 e 613/16 *Deister Holding*, ECLI:EU:C:2017:1009, n.ºs 51-52.

Exemplo 2 – Fundos de pensões residentes noutros Estados-Membros têm direito ao mesmo tratamento fiscal que os fundos de pensões nacionais

Processo C-493/09 – Comissão/Portugal

Nos termos da legislação portuguesa, os dividendos recebidos por fundos de pensões portugueses estavam isentos do imposto na condição de que as ações fossem mantidas durante pelo menos um ano; em contrapartida, foi cobrado um imposto por retenção na fonte (em princípio, de 20 %) sobre os dividendos pagos aos fundos de pensões estabelecidos noutros Estados-Membros a título de rendimentos obtidos em território português. O Tribunal de Justiça confirmou que a legislação portuguesa era contrária à livre circulação de capitais consagrada no Tratado. Este Tribunal considerou que Portugal não justificara o tratamento discriminatório dos dividendos pagos aos fundos de pensões estabelecidos noutros Estados-Membros. Além disso, o facto de os fundos de pensões não residentes não poderem, em caso algum, beneficiar da isenção concedida aos fundos de pensões residentes em Portugal não era proporcionado relativamente às dificuldades alegadas por Portugal no que respeita à recolha de informações e à cobrança das dívidas fiscais.

iii) Saída do mercado

Nos termos do direito da UE, os direitos dos investidores incluem a liberdade de determinar a natureza e a amplitude da sua atividade económica. Assim, o Tribunal de Justiça também reconheceu o direito dos operadores económicos de decidir a dimensão do seu investimento e a liberdade de reduzir, seguidamente, o volume dessa atividade ou mesmo, se for o caso, de renunciar à mesma⁴⁵. Essa liberdade apenas pode ser afetada por motivos devidamente justificados e de uma forma proporcionada.

III. O direito da UE protege os investidores contra as restrições injustificadas

As restrições aos investimentos podem assumir muitas formas. Incluem, nomeadamente:

- a interdição de adquirir participações no capital de uma sociedade de outro Estado-Membro⁴⁶;
- a proibição da venda de ações no sistema de distribuição de gás e de eletricidade a investidores privados (ou seja, uma proibição de privatização);
- a proibição de os fundos de pensões investirem mais de 5 % dos seus ativos no

⁴⁵ C-201/15, *AGET Iraklis*, ECLI:EU:C:2016:972, n.º 53

⁴⁶ C-148/91, *Veronica*, ECLI:EU:C:1993:45, n.º 8 e seguintes.

estrangeiro⁴⁷;

- as regras que preveem o depósito obrigatório dos títulos emitidos ou pagáveis no estrangeiro num banco ou num banco estrangeiro escolhido por um banco aprovado⁴⁸;
- direitos especiais retidos pelos Estados-Membros em certas empresas após a sua privatização («ações douradas»)⁴⁹; e
- os regimes de autorização prévia para os investimentos imobiliários (por exemplo em terras agrícolas)⁵⁰.

Todavia, ao restringirem os direitos dos investidores da UE, as autoridades públicas têm de respeitar os limites previstos no direito da UE.

1. A discriminação e as restrições nacionais dos direitos dos investidores são, em princípio, proibidas

De acordo com o Tratado, a discriminação em razão da nacionalidade, bem como outras formas de discriminação, são proibidas, em princípio, e só são admissíveis em circunstâncias excepcionais. Esta proibição abrange a discriminação indireta e, por conseguinte, abrange as medidas que utilizam critérios que são aparentemente neutros, mas que levam, na prática, a um resultado equivalente a discriminação⁵¹.

O legislador da UE proibiu por completo toda e qualquer forma de discriminação com base na nacionalidade, de natureza direta ou indireta, em determinados domínios que estão exaustivamente ou parcialmente harmonizados, por exemplo na Diretiva «Serviços» ou nas diretivas relativas ao setor das telecomunicações⁵².

Para além das discriminações, o Tratado prevê também que uma restrição é também qualquer medida aplicável⁵³ indistintamente que é suscetível de proibir, impedir ou tornar menos atrativo o exercício de uma das liberdades fundamentais, mesmo que seja indireta e

⁴⁷ C-271/09, *Comissão/Polónia*, ECLI:EU:C:2011:855, n.º 51 (restrições aos fundos de pensões).

⁴⁸ C-157/85, *Brugnoli*, ECLI:EU:C:1986:258, n.º 21.

⁴⁹ Estas ações tiveram início no seguimento da «Comunicação da Comissão relativa a certos aspetos jurídicos dos investimentos intracomunitários», de 19 de julho de 1997:

[http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y0719\(03\)&from=en](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y0719(03)&from=en).

⁵⁰ Ver Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aquisição de terras agrícolas e o direito da União Europeia:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2017:350:FULL&from=EN>

⁵¹ C-83/14, *Razpredelenie Bulgaria*, ECLI:EU:C:2015:480, n.º 94. A discriminação não pressupõe que apenas os nacionais são privilegiados ou que só os estrangeiros são colocados em desvantagem (C-388/01, *Comissão/Itália*, ECLI:EU:C:2003:30, n.º 14).

⁵² Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização) (JO 2002 L 108 de 24.4.2002, p. 21), com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2009 (JO 2009 L 337 de 18.12.2009, p. 37); Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro) (JO 2002 L 108 de 24.4.2002, p. 33), com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2009/140/CE; Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas (JO L 249 de 17.9.2002, p. 21).

⁵³ Ou seja, igualmente aplicável tanto a nacionais como a estrangeiros.

potencialmente.

Tal restrição é proibida, salvo se devidamente justificada e conforme com os princípios gerais do direito da UE e os direitos fundamentais,⁵⁴ mesmo que seja de pequeno impacto ou de menor importância,⁵⁵ e também se tomada pelo Estado-Membro de origem do investidor⁵⁶. Esta proibição diz respeito, em especial, a leis nacionais, outras medidas geralmente aplicáveis e decisões administrativas individuais.

Exemplo 3 – A obrigação de notificação para os investidores pode também constituir uma restrição ilícita

C-577/10 – Comissão/Bélgica («Limosa»)

Ao abrigo da legislação belga, os prestadores de serviços estrangeiros devem enviar às autoridades nacionais competentes uma declaração prévia, na qual devem descrever a sua atividade na Bélgica. A Comissão contestou esta legislação no que se refere à sua aplicação aos prestadores de serviços por conta própria.

O Tribunal de Justiça considerou que o recurso era procedente. Em primeiro lugar, considerou que a medida em causa constituía uma restrição à livre prestação de serviços. O Tribunal de Justiça aceitou que a proteção dos trabalhadores, invocada pela Bélgica, releva de um interesse geral legítimo. Todavia, o Tribunal de Justiça considerou que a Bélgica não conseguiu dar uma justificação suficientemente convincente quanto à forma como o fornecimento de informações muito pormenorizadas é necessário para atingir os objetivos de interesse público que invoca e de que modo a obrigação de prestar previamente essas informações não excede o necessário para alcançar esses objetivos, não obstante o facto de que o deveria ter feito. O Tribunal de Justiça lembrou, nesse contexto, que qualquer presunção de abuso por parte de operadores económicos estrangeiros é incompatível com o Tratado.

2. As restrições nacionais têm de ser justificadas

As liberdades do mercado e os direitos fundamentais não são prerrogativas absolutas, mas devem ser equilibradas pelas autoridades públicas com outros objetivos das políticas públicas.

a. Determinadas restrições nunca poderão ser justificadas

Determinados tipos de restrições são, *per se*, incompatíveis com o Tratado como, por exemplo, as condições de reciprocidade relativamente aos outros Estados-Membros⁵⁷ ou uma

⁵⁴ C-492/14, *Essent Belgium*, ECLI:EU:C:2016:732, n.ºs 96-97.

⁵⁵ C-315/13, *De Clercq*, ECLI:EU:C:2014:2408, n.º 61.

⁵⁶ C-384/93, *Alpine Investments*, ECLI:EU:C:1995:126, n.ºs 29 a 31.

⁵⁷ C-5/94, *Hedley Lomas*, ECLI:EU:C:1996:205, n.ºs 19-20; C-266/03, *Comissão/Luxemburgo*,

presunção de fraude no que diz respeito aos estrangeiros⁵⁸.

Além disso, alguns tipos de restrição grave foram totalmente banidos pelo legislador da UE (por exemplo, a «lista negra» prevista no artigo 14.º da Diretiva «Serviços» proíbe a obrigação de ter um estabelecimento principal)⁵⁹.

Além disso, no que se refere a questões que não se encontrem plenamente harmonizadas, as regras da UE reduzem o poder discricionário das autoridades nacionais ou da UE, por exemplo, através da definição de critérios para a avaliação prudencial de participações qualificadas em instituições financeiras⁶⁰.

b. Determinadas restrições podem ser justificadas por objetivos legítimos de interesse geral

O direito da UE prevê restrições às liberdades fundamentais, desde que as mesmas sejam justificadas por objetivos expressamente enunciados no Tratado. Por exemplo, o artigo 52.º do Tratado permite restrições da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

As restrições que não introduzem uma discriminação em razão da nacionalidade, podem igualmente ser justificadas por razões imperiosas de interesse geral conforme reconhecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Estas incluem:

- proteção do ambiente⁶¹,
- coerência do sistema fiscal,⁶²
- combate à fraude fiscal,⁶³
- manter uma comunidade agrícola local e o combate à especulação fundiária excessiva,⁶⁴
- ordenamento do território (por exemplo, limitações em matéria de residências secundárias)⁶⁵,

ECLI:EU:C:2005:341, n.º 35.

⁵⁸ C-577/10, *Comissão/Bélgica* («Limosa»), ECLI:EU:C:2012:814, n.º 53; C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804, n.º 63.

⁵⁹ C-593/13, *Rina Services*, ECLI:EU:C:2015:399; C-179/14, *Comissão/Hungria*, ECLI:EU:C:2016:108, n.º 47.

⁶⁰ Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE (CRD IV) (JO L 176 de 27.6.2013, p. 338); Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/UE (MiFID II) (JO L 173 de 12.6.2014, p. 349); Diretiva 2009/138/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, relativa ao acesso à atividade de seguros e resseguros e ao seu exercício (Solvência II) (JO L 335 de 17.12.2009, p. 1).

⁶¹ C-400/08, *Comissão/Espanha* («superfícies comerciais na Catalunha»), ECLI:EU:C:2011:172, n.º 74. Ver, igualmente, artigo 3.º, n.º 3, do TUE e artigos 11.º e 191.º do TFUE.

⁶² C-204/90, *Bachmann*, ECLI:EU:C:1992:35, n.º 28.

⁶³ C-72/09, *Etablissements Rimbaud*, ECLI:EU:C:2010:645, n.º 33 e seguintes.

⁶⁴ C-370/05, *Festersen*, ECLI:EU:C:2007:59, n.º 27.

⁶⁵ C-213/04, *Ewald Burtscher/Josef Stauderer*, ECLI:EU:C:2005:731, n.º 46.

- proteção dos consumidores⁶⁶;
- proteção dos trabalhadores⁶⁷, e
- proteção dos credores e dos sócios minoritários⁶⁸.

A lista de razões imperiosas de interesse geral evoluiu na medida em que a jurisprudência do Tribunal reconheceu os interesses em constante evolução das nossas sociedades. Todavia, o direito da UE não permite que as medidas nacionais restrinjam as liberdades fundamentais por razões administrativas ou puramente económicas⁶⁹. Além disso, os interesses gerais legítimos admitidos no Tratado e a jurisprudência devem ser interpretados de forma estrita⁷⁰.

3. Todas as restrições devem respeitar os princípios gerais do direito da UE (proporcionalidade, segurança jurídica e confiança legítima)

Qualquer medida nacional adotada por um Estado-Membro no âmbito do direito da UE e que afete os direitos dos investidores da UE tem de respeitar os princípios gerais do direito da UE, que podem ser especificados mais pormenorizadamente na legislação da UE⁷¹.

Em primeiro lugar, as restrições nacionais têm de ser proporcionadas, o que significa que as disposições restritivas sejam adequadas para garantir a realização do objetivo invocado, devendo, nomeadamente, contribuir para a prossecução do objetivo legítimo de interesse geral de uma maneira coerente e sistemática⁷². Não devem ir além do que é necessário para alcançar objetivo de interesse geral⁷³. Uma medida restritiva não é proporcionada caso exista uma eventual medida alternativa suscetível de prosseguir o objetivo de interesse geral em causa de uma forma menos restritiva para a livre circulação⁷⁴.

Na prática, o princípio da proporcionalidade desempenha um papel central. O Tribunal de Justiça exerce uma análise aprofundada no que se refere à proporcionalidade das medidas nacionais restritivas das liberdades fundamentais. Ao avaliar a proporcionalidade, devem ser tidas em conta todas as circunstâncias factuais e jurídicas do processo concreto. Compete às autoridades nacionais demonstrar que a sua legislação respeita o princípio da proporcionalidade. A este respeito, as razões justificativas suscetíveis de ser invocadas por um Estado-Membro devem ser acompanhadas das provas apropriadas ou de uma análise da

⁶⁶ C-342/14, *X-Steuerberatungsgesellschaft*, ECLI:EU:C:2015:827, n.º 53.

⁶⁷ C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, n.º 103.

⁶⁸ C-106/16, *Polbud*, ECLI:EU:C:2017:804, n.º 53.

⁶⁹ C-367/98, *Comissão/Portugal*, ECLI:EU:C:2002:326, n.º 52; C-174/04, *Comissão/Itália*, ECLI:EU:C:2005:350, n.º 37.

⁷⁰ Ver, entre outros, os processos apensos [C-52/16](#) e C-113/16 *SEGRO/Horváth*, ECLI:EU:C:2018:157, n.º 96.

⁷¹ Ver, para este efeito, C-17/03 *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362, n.º 57 e seguintes, ver igualmente neste contexto C-195/12 *Industrie du bois*, ECLI:EU:C:2013:598.

⁷² C-243/01, *Gambelli*, ECLI:EU:C:2003:597, n.º 67; C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141, n.º 55 e jurisprudência aí referida.

⁷³ Processos apensos [C-52/16](#) e C-113/16 *SEGRO/Horváth*, ECLI:EU:C:2018:157, n.º 76.

⁷⁴ C-452/01, *Ospelt*, ECLI:EU:C:2003:493, n.º 41.

adequação e da proporcionalidade da medida restritiva⁷⁵.

Exemplo 4 – Expropriação indireta como uma restrição desproporcionada à livre circulação de capitais

Processos apensos C-52/16 e C-113/16 – *SEGRO/Horváth*

Uma sociedade húngara (detida por pessoas singulares residentes na Alemanha) e um cidadão austríaco adquiriram, antes de 30 de abril de 2014, direitos de usufruto em terrenos agrícolas situados na Hungria, que foram inscritos no registo predial. As alterações da lei húngara relevante em 2013 extinguiram todos os direitos de usufruto sobre terras aráveis, exceto se pudesse ser provado que haviam sido criados entre membros da mesma família. Por conseguinte, os direitos dos estrangeiros da UE em causa foram cancelados no registo predial.

O Tribunal de Justiça considerou que as referidas alterações da lei de 2013 restringiam a livre circulação de capitais, na medida em que privavam os requerentes do gozo de bens nos quais haviam investido capital, e que foram discriminatórias, pois visavam de facto os estrangeiros. As medidas não eram adequadas para atingir objetivos legítimos de política pública (por exemplo, preservar uma comunidade agrícola viável), iam além do que era necessário e poderiam ter sido substituídas por meios menos restritivos.

Em segundo lugar, a segurança jurídica constitui um princípio geral do direito da UE, que é também importante para os investidores. Exige que as regras nacionais ou da UE sejam claras, precisas e previsíveis nos seus efeitos, em especial quando podem ter sobre os indivíduos e as empresas consequências desfavoráveis⁷⁶. Esta exigência deve ser respeitada ainda mais estritamente no caso de regras que podem ter consequências negativas para os indivíduos e as empresas⁷⁷ ou se as regras forem suscetíveis de comportar encargos financeiros para os interessados⁷⁸. Quando as autoridades públicas atuam no âmbito do direito da UE, os Estados-Membros devem exercer o seu poder discricionário com base em critérios objetivos, não discriminatórios, suficientemente específicos e claros, conhecidos antecipadamente⁷⁹.

Além disso, a segurança jurídica também inclui a proteção da confiança legítima⁸⁰. Todavia, só em determinadas circunstâncias os investidores da UE podem contestar a alteração das

⁷⁵ C-333/14, *Scotch Whisky*, ECLI:EU:C:2015:845, n.º 53; processos apensos C-52/16 e C-113/16, *SEGRO/Horváth*, ECLI:EU:C:2018:157, n.º 85

⁷⁶ C-318/10, *SIAT*, ECLI:EU:C:2012:415, n.º 58.

⁷⁷ C-17/03, *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362, n.º 80; C-347/06, *ASM Brescia*, ECLI:EU:C:2008:416, n.º 69; C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, ECLI:EU:C:2013:834, n.º 44.

⁷⁸ C-17/01, *Sudholz*, ECLI:EU:C:2004:242, n.º 34.

⁷⁹ C-169/07, *Hartlauer*, ECLI:EU:C:2009:141, n.º 64; C-54/99, *Association Église de Scientologie de Paris*, ECLI:EU:C:2000:124, n.º 22; C-483/99, *Comissão/França* («*Elf Aquitaine*»), ECLI:EU:C:2002:327, n.º 50.

⁸⁰ C-17/03, *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362, n.ºs 73-74.

regras existentes ou a adoção de novas regras que se enquadram no âmbito do direito da UE, com base na proteção da sua confiança legítima.

Para poder invocar a proteção da confiança legítima, os operadores económicos devem agir de boa-fé⁸¹ e de forma prudente e avisada⁸². Isto significa que, se um investidor teve conhecimento, ou deveria razoavelmente ter tido conhecimento, de que a origem da sua alegação, as regras em que se basearam a sua alegação, o comportamento da autoridade pública de execução dessas regras, ou o procedimento seguido por esta autoridade, pública eram contrários à legislação da UE, não pode invocar o princípio da confiança legítima⁸³.

Os operadores económicos não podem esperar que um regime jurídico existente seja sempre mantido⁸⁴. Por outro lado, quando a UE ou um Estado-Membro tomar uma nova medida de uma forma que afete negativamente os interesses dos investidores, devem prever, se for caso disso, adaptações às novas regras que tenham em conta a situação particular dos investidores afetados, a não ser que uma razão imperiosa de interesse geral os impeça de prestar tais adaptações⁸⁵.

Exemplo 5 – Proteção da confiança legítima

C-201/08 – Plantanol GmbH & Co

O direito fiscal alemão previa uma isenção fiscal de um determinado tipo de biocombustível misturado até ao final de 2009. Esta isenção fiscal foi retirada em 18 de dezembro de 2006, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2007, ou seja, dois anos completos antes da data do seu termo.

O Tribunal de Justiça lembrou o teor dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. Todavia, também salientou que, quando um investidor prudente e avisado esteja em condições de prever a adoção de uma medida suscetível de afetar os seus interesses, não poderá invocar o benefício de tal princípio, quando essa medida for adotada. O Tribunal de Justiça concluiu que esta é uma apreciação factual efetuada pelo órgão jurisdicional nacional, mas confirmou que a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima não impedem, em princípio, que um Estado-Membro retire, antes do seu termo, um regime de isenção fiscal.

Em princípio, apenas ocasionalmente os investidores da UE devem ter necessidade de invocar a proteção da confiança legítima, porque normalmente podem confiar na aplicação das

⁸¹ C-316/88, *Krücken*, ECLI:EU:C:1988:201, n.ºs 23-24, C-5/89, *Comissão/Alemanha*, ECLI:EU:C:1990:320, n.º 14.

⁸² C-310/04, *Espanha/Conselho*, ECLI:EU:C:2006:521, n.º 81.

⁸³ C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:163, n.ºs 25 e 49. C-169/95, *Espanha/Comissão* ECLI:EU:C:1997:10, n.º 51.

⁸⁴ C-17/03, *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362, n.º 81; C-201/08, *Plantanol*, ECLI:EU:C:2009:539, n.º 53.

⁸⁵ C-17/03, *VEMW*, ECLI:EU:C:2005:362, n.º 81; C-201/08, *Plantanol*, ECLI:EU:C:2009:539, n.º 49.

liberdades fundamentais consagradas no Tratado (incluindo os princípios da proporcionalidade e da não discriminação) e no direito derivado da UE. Com efeito, as regras da UE produzem efeitos jurídicos a partir da data da sua entrada em vigor⁸⁶. São também imediatamente aplicáveis e vinculativas no caso de um novo Estado-Membro a partir da data da sua adesão, de modo que se aplica aos efeitos futuros das situações surgidas antes da adesão deste novo Estado-Membro à UE⁸⁷.

4. Todas as restrições nacionais têm de respeitar os direitos fundamentais

Os investidores transfronteiras também podem invocar, no âmbito do direito da UE, dos direitos fundamentais, tais como a liberdade de empresa, o direito de propriedade e o direito a uma proteção jurisdicional efetiva sempre que atuem no âmbito do direito da UE⁸⁸. Sempre que um Estado-Membro (incluindo o legislador nacional), adota uma medida que derroga uma das liberdades fundamentais garantidas pelo direito da UE, essa medida está abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da UE. Por conseguinte, aplica-se plenamente a proteção conferida pelo direito da UE, incluindo os direitos fundamentais consagrados na Carta⁸⁹.

A liberdade de empresa pode ser invocada com êxito contra graves restrições da liberdade contratual do investidor⁹⁰. O direito de propriedade (ou seja, a propriedade, utilização e capacidade de dispor dos bens legalmente adquiridos) é de importância fundamental para qualquer regime de proteção do investimento. Segundo o direito europeu, o direito fundamental de propriedade estende-se aos «bens», no sentido mais lato do termo⁹¹ e abrange igualmente o uso pacífico do direito. Implica diretamente um direito à indemnização pela privação da propriedade no interesse geral⁹². A proteção concedida nesta base é particularmente importante no caso de expropriação ou de medidas equivalentes.

Tais direitos não são absolutos e o seu exercício pode estar sujeito a restrições, desde que essas restrições sejam justificadas por objetivos de interesse geral reconhecidos pelo direito da

⁸⁶ Processos apensos C-10/97 e C-22/97, *IN.CO.GE.'90*, ECLI:EU:C:1998:498, n.º 23.

⁸⁷ C-122/96, *Saldanha*, ECLI:EU:C:1997:458, n.º 14.

⁸⁸ Os artigos 16.º, 17.º e 47.º da Carta. Nos termos do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção; esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.

⁸⁹ C-685/15, *Online Games Handels*, ECLI:EU:C:2017:452, n.º 56.

⁹⁰ C-426/11, *Alemo-Herron e o.* ECLI:EU:C:2013:521, n.º 35.

⁹¹ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já por várias vezes declarou que direitos similares ao de propriedade são abrangidos pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com fundamento no facto de o conceito de «posse» ter um significado autónomo que não está limitado à propriedade de bens físicos; por conseguinte, certos outros direitos e interesses que constituem bens podem igualmente ser considerados como «direitos de propriedade» e, assim, como «posses», para os efeitos desta disposição (ver, por exemplo, os acórdãos *Handyside/Reino Unido*, acórdão de 7 de dezembro de 1976; *James/Reino Unido*, de 21 de fevereiro de 1986, relativo a um arrendamento; *Wittek/Alemanha*, de 12 de dezembro de 2002, relativo a um direito de usufruto transferível sobre um terreno; *Bruncrona/Finlândia*, de 16 de fevereiro de 2005, relativo a um arrendamento).

⁹² Processos apensos C-78/16 e C-79/16, *Pesce e o.*, ECLI:EU:C:2016:428, n.º 86.

UE e sejam proporcionadas. A importância dos objetivos prosseguidos pelas medidas restritivas pode justificar consequências negativas, mesmo consideráveis, para alguns operadores. Todavia, no que diz respeito ao objetivo visado, as restrições não podem constituir uma intervenção desmedida e intolerável que atente contra a própria substância desses direitos⁹³.

5. Os investidores podem invocar as regras de concorrência da UE contra medidas nacionais

No mercado único da UE, devem ser garantidas condições de concorrência equitativas bem como a concorrência leal entre as empresas. Por conseguinte, os Estados-Membros não estão autorizados a conceder auxílios estatais, a menos que sejam compatíveis com o mercado interno⁹⁴. Além disso, os Estados-Membros não estão autorizados a impor ou favorecer a celebração de acordos, decisões ou práticas concertadas contrários ao artigos 101.º ou 102.º do TFUE, ou a reforçar os seus efeitos, ou a retirar à sua própria regulamentação a sua natureza estatal, delegando em operadores privados a responsabilidade de tomar decisões com impacto na esfera económica de operadores económicos privados⁹⁵. Verifica-se uma violação dos artigos 102.º e 106.º, n.º 1, do TFUE quando uma medida imputável a um Estado-Membro, designadamente quando esta atribui direitos especiais e exclusivos na aceção do artigo 106.º, n.º 1, do TCE, cria um risco de abuso de posição dominante⁹⁶.

IV. Aplicação dos direitos dos investidores ao abrigo do direito da UE

Ao passo que o direito internacional em matéria de investimentos (por exemplo, os tratados bilaterais de investimento em vigor) se centra essencialmente em compensar os investidores após a violação tiver ocorrido, o direito da UE permite a proteção dos investidores transfronteiras na UE de várias formas e a diferentes níveis. Os investidores transfronteiras são protegidos na UE através de diversos mecanismos que visam a prevenção ou resolução de violações dos seus direitos cometidos pelo legislador, pela administração ou pelo sistema judiciário. A execução judicial dos direitos resultantes do direito da UE é uma das várias soluções possíveis. Caso a execução judicial seja considerada a forma mais indicada ou se outras possibilidades tiverem sido esgotadas, os particulares podem confiar num sistema completo e de pleno direito de recurso judicial ao abrigo do direito da UE.

1. Mecanismos para a prevenção de violações e soluções extrajudiciais

⁹³ C-44/79, *Hauer*, ECLI:EU:C:1979:290, n.º 15 e seguintes; C-5/88, *Wachauf*, ECLI:EU:C:1989:321, n.º 18.

⁹⁴ Ver, em especial, os artigos 107.º a 109.º do TFUE.

⁹⁵ C-198/01, *CIF*, ECLI:EU:C:2003:430, n.º 46.

⁹⁶ C-49/07, *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, n.º 50; C-553/12 P, *C-553/12 P, Comissão/Grécia («DEI»)*, n.ºs 41-43.

Controlo prévio das medidas nacionais que possam prejudicar os direitos do indivíduo ao abrigo do direito da UE

A prevenção das violações dos direitos individuais ao abrigo do direito da UE revestem-se de especial valor para os investidores, que têm uma especial necessidade de planear e executar as suas decisões económicas num ambiente regulamentar estável e previsível.

Com vista a assegurar condições de concorrência equitativas entre as empresas no mercado único, o artigo 108.º do TFUE estabeleceu um sistema de notificação prévia, que visa autorizar a Comissão Europeia a assegurar a compatibilidade das medidas de auxílio estatal (incluindo a legislação nacional) com o Mercado Único antes da sua entrada em vigor.

No que diz respeito às regras da UE sobre a livre circulação, o legislador criou uma obrigação, para os Estados-Membros, de notificarem determinadas medidas de natureza legislativa ou administrativa antes da sua adoção e de submetê-las ao controlo da Comissão Europeia e, se for caso disso, dos outros Estados-Membros. Enquanto nalguns casos a Comissão apenas tem competências para emitir uma recomendação ao Estado-Membro em causa⁹⁷, noutros o legislador atribuiu-lhe competências para tomar decisões ao abrigo do artigo 288.º do TFUE, que são vinculativas para o Estado-Membro em causa⁹⁸. Este poder decisório para a Comissão é diferente e separado da competência do Tribunal de Justiça para decidir sobre as infrações cometidas pelos Estados-Membros⁹⁹. Por exemplo, a Diretiva «Serviços»¹⁰⁰ confere à Comissão um poder decisório no que se refere à justificação e proporcionalidade de determinadas barreiras nacionais novas, identificadas pelo legislador da UE como particularmente prejudiciais para a realização dos objetivos de um mercado único de determinados serviços. A fim de tornar o procedimento de notificação eficaz na prática, a

⁹⁷ Diretiva (UE) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de setembro de 2015, relativa a um procedimento de informação no domínio das regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação (JO L 241 de 17.9.2015, p. 1). Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão determinados regulamentos técnicos, antes da sua adoção, através de um controlo preventivo, para proteger a livre circulação de mercadorias e serviços, que são um dos fundamentos da União e, para que esse controlo seja eficaz, todos os projetos de normas técnicas abrangidos por essa diretiva devem ser notificados e, salvo exceções justificadas pela urgência, a sua adoção ou entrada em vigor devem ser suspensas durante os períodos fixados na diretiva (ver, no que diz respeito à livre circulação de mercadorias, C-443/98, *Unilever* ECLI:EU:C:2000:496, n.º 40 e seguintes). Ver também, a título de exemplo, o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a medidas destinadas a garantir a segurança do aprovisionamento em gás e que revoga a Diretiva 2004/67/CE.

⁹⁸ Ver, por exemplo, o artigo 9.º da Diretiva 96/67/CE do Conselho, de 15 de outubro de 1996, relativa ao acesso ao mercado da assistência em escala nos aeroportos da Comunidade (JO L 272 de 25.10.1996, p. 36). Com base nesse regulamento, a Comissão tomou uma decisão relativamente a, pelo menos, dez casos concretos, e emitiu ocasionalmente uma decisão negativa no que se refere à medida restritiva proposta. Ver também o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual») (JO L 95 de 15.4.2010, p. 1).

⁹⁹ Processos apensos C-15/76 e C-16/76 *França/Comissão*, ECLI:EU:C:1979:29, n.ºs 26-28; C-325/94, *P An Taisce*, ECLI:EU:C:1996:293, n.º 25.

¹⁰⁰ Ver artigo 15.º, n.º 7, da Diretiva «Serviços».

Comissão propôs recentemente uma Diretiva «Notificação»¹⁰¹.

Exemplo 6 – Medida que impõe a transferência de alguns voos do aeroporto de Linate para Malpensa

Processo C-361/98 – *Itália/Comissão* («*Malpensa*»)

O Regulamento 2408/92 tem por objetivo tornar aplicável a livre prestação de serviços no setor dos transportes aéreos. Em julho de 1996 e em outubro de 1997, a Itália adotou, respetivamente, dois decretos mediante os quais todo o tráfego aéreo deveria ser transferido do aeroporto de Linate, próximo do centro de Milão, para outros aeroportos mais afastados, sujeita a uma exceção que, na prática, dizia respeito apenas à rota Milão-Roma.

Em 16 de setembro de 1998, na sequência de queixas apresentadas pelas transportadoras aéreas internacionais, a Comissão adotou uma decisão que proibiu as medidas italianas em causa. Essa decisão foi adotada ao abrigo do artigo 8.º do Regulamento 2408/92 que autoriza a Comissão a tomar decisões relativas a medidas nacionais que regem a distribuição do tráfego em detrimento de prestadores de serviços no setor dos transportes aéreos. Na sua decisão, a Comissão considerou que a medida italiana em questão era indiretamente discriminatória e desproporcionada. A Itália contestou essa medida no Tribunal de Justiça, apresentando uma série de fundamentos tanto no que diz respeito ao poder da Comissão como sobre a avaliação efetuada.

No seu acórdão, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da Itália. O Tribunal declarou que a Comissão podia, com razão, examinar, em primeiro lugar, se as medidas nacionais fixadas nos decretos em questão impunham manifestamente restrições aplicáveis sem distinção e, em segundo lugar, se essas restrições eram de forma a atingir o objetivo que previam, sem ir além do que necessário para o alcançar. Este Tribunal examinou a avaliação relativa à justificação e à proporcionalidade feita pela Comissão na sua Decisão e concluiu que nenhum dos inúmeros fundamentos apresentados pela Itália era procedente.

Aplicação pela administração das normas em conformidade com o direito da UE

As administrações nacionais são, geralmente, o primeiro interlocutor, e o mais comum, que os investidores enfrentam num Estado-Membro desde o início de um investimento ou no âmbito do exercício das suas atividades. As autoridades administrativas nacionais devem aplicar de forma efetiva o direito da UE, interpretar o direito nacional em conformidade com essa legislação, eliminar as regras nacionais contrárias ao direito da UE e anular as consequências

¹⁰¹ Ver Proposta de Diretiva respeitante à aplicação da Diretiva relativa aos serviços no mercado interno, instituindo um procedimento de notificação para os regimes de autorização e os requisitos relativos aos serviços, (COM(2016) 821 final).

das violações desse mesmo direito (por exemplo, a devolução de encargos indevidos). Estes princípios, que decorrem do dever de cooperação leal dos Estados-Membros, nos termos do artigo 4.º, n.º 3, do TUE, e da primazia do direito da UE,¹⁰² permitem a aplicação correta e efetiva dos direitos decorrentes do direito da UE sem ter de se recorrer à via judicial. Devem ser respeitados, mesmo se as regras processuais nacionais não os previrem expressamente¹⁰³.

Exemplo 7 – Não aplicação das normas nacionais pelos órgãos administrativos

Processo C-476/10 – *Pepic*

Foi recusada a dois nacionais do Listenstaine uma autorização exigida pela lei austríaca para a aquisição de residências secundárias por cidadãos estrangeiros.

O Tribunal interpretou o caso à luz da livre circulação de capitais prevista nas disposições do artigo 40.º do Acordo EEE, que considerou ter o mesmo alcance jurídico do artigo 63.º do TFUE. Em primeiro lugar, o Tribunal considerou que a exigência de autorização constitui uma discriminação em razão da nacionalidade. Em seguida, o Tribunal declarou que todos os órgãos administrativos nacionais devem respeitar o primado do direito da União e, por conseguinte, devem ignorar essa legislação nacional discriminatória.

Qualquer pessoa tem direito a ser ouvida quando as autoridades dos Estados-Membros tomarem medidas individuais que entram no âmbito de aplicação do direito da UE, e que possam afetar essa pessoa¹⁰⁴. A administração deve aplicar as normas de forma imparcial, tendo em conta todas as informações pertinentes, e sem qualquer tipo de discriminação,¹⁰⁵ e deve fornecer uma fundamentação adequada para as suas decisões¹⁰⁶. Sempre que um Estado-Membro tenha cobrado impostos em violação das normas do direito da UE, é em princípio obrigado a reembolsar os montantes em causa, acrescidos de juros¹⁰⁷.

Reconhecendo a necessidade de soluções extrajudiciais rápidas para os problemas transfronteiriços de aplicação do direito da UE, a Comissão e os Estados-Membros criaram a rede SOLVIT em 2002. A rede SOLVIT visa proporcionar soluções pragmáticas para os cidadãos e empresas da UE/do EEE quando enfrentam dificuldades relativamente ao respeito

¹⁰² Ver, entre outros, C-103/88, *Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256, n.º 32; C-224/97, *Ciola*, ECLI:EU:C:1999:212, n.º 30; C-341/08, *Petersen*, ECLI:EU:C:2010:4, n.º 80.

¹⁰³ Ver, para esse efeito, C-349/07, *Sopropé*, ECLI:EU:C:2008:746, n.º 38.

¹⁰⁴ C-349/07, *Sopropé*, ECLI:EU:C:2008:746, n.º 36.

¹⁰⁵ C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411, n.º 37; C-269/90, *Technische Universität München*, EU:C:1991:438, n.º 14.

¹⁰⁶ C-19/92, *Dieter Kraus*, ECLI:EU:C:1993:125, n.º 40; C-34/17, *Donnellan*, ECLI:EU:C:2018:282, n.º 55.

¹⁰⁷ Processos apensos C-10/97 a C-22/97, *IN.CO.GE.90*, ECLI:EU:C:1998:498, n.º 24; C-591/10, *Littlewoods Retail e o.*, ECLI:EU:C:2012:478, n.ºs 25-26; C-69/14, *Dragoş*, ECLI:EU:C:2015:662, n.º 24 e jurisprudência aí referida.

dos seus direitos pelas autoridades públicas. Na sua Comunicação intitulada *Plano de Ação para Reforçar a Rede SOLVIT: Levar os Benefícios do Mercado Único aos Cidadãos e às Empresas*,¹⁰⁸ a Comissão comprometeu-se a adotar, em conjunto com os Estados-Membros, medidas adicionais para reforçar o papel estratégico da SOLVIT, para melhorar o funcionamento do Mercado Único na prática para os cidadãos e as empresas.

2. Proteção jurisdicional efetiva dos direitos dos investidores ao abrigo do direito da UE

Um sistema completo de vias de recurso judicial a nível da UE e dos Estados-Membros

Nos termos do artigo 19.º, n.º 1, do TUE, os Estados-Membros são obrigados a prever vias de recurso suficientes para assegurar uma proteção jurídica efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União¹⁰⁹. Nos termos do artigo 47.º da Carta, que é diretamente aplicável, todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo e a um julgamento justo¹¹⁰. Os sistemas judiciais nacionais na União estão sujeitos a padrões de independência, qualidade e eficiência, enunciados na ampla jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)¹¹¹.

Uma multiplicidade de vias de recurso à disposição dos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais

Um certo número de vias de recurso judiciais está à disposição dos particulares perante os órgãos jurisdicionais nacionais, que consistem nomeadamente em:

- medidas provisórias,¹¹²
- a obrigação de interpretar o direito nacional de uma forma que seja coerente com o direito da UE,¹¹³
- a obrigação de o juiz suspender por sua própria iniciativa qualquer lei (mesmo de natureza constitucional) que esteja em conflito com o direito da UE,¹¹⁴
- a eliminação das consequências de uma violação do direito da UE,¹¹⁵

¹⁰⁸

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0255&qid=1532101941805&from=EN>

¹⁰⁹ C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, n.º 29.

¹¹⁰ C-414/16, *Vera Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, n.º 78.

¹¹¹ Ver artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Humanos e das Liberdades Fundamentais. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Humanos é relevante para a interpretação dos direitos fundamentais, uma vez que o artigo 52.º, n.º 3, da Carta estabelece que, sempre que direitos previstos na Carta correspondam a direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Humanos e das Liberdades Fundamentais, o seu sentido e o seu alcance devem ser idênticos, a menos que o direito da UE conceda uma proteção mais elevada.

¹¹² C-213/89 *Factortame*, ECLI:EU:C:1990:257; Processos apensos C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik, Süderdithmarschen*, ECLI:EU:C:1991:65.

¹¹³ C-106/89, *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395; C-91/92, *Faccini Dori*, ECLI:EU:C:1994:292.

¹¹⁴ Processos apensos C-188/10 e 189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, n.ºs 43-44. Esta obrigação estende-se à anulação de jurisprudência contraditória: ver C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2016:199, n.º 38.

¹¹⁵ C- 503/04, *Comissão/Alemanha*, ECLI:EU:C:2007/432, n.ºs 33 e seguintes; C-276/07, *Delay*,

- a atribuição de indemnizações por violações do direito da UE (incluindo irregularidades judiciais)¹¹⁶.

Estas vias de recurso encontram uma base jurídica direta no direito da UE. Por conseguinte, quando as condições estão reunidas, os órgãos jurisdicionais nacionais devem providenciá-las, independentemente de estarem previstas no direito nacional ou não. Por sua vez, as decisões nacionais podem ser executadas através de todos os instrumentos previstos no direito nacional.

Exemplo 8 – Vias de recurso baseadas no direito da UE, não obstante o direito constitucional nacional

Processo C-213/89 – *Factortame* e processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*

Após as autoridades britânicas terem adotado regras novas e discriminatórias, várias empresas, proprietários ou operadores de navios de pesca foram privados dos seus direitos de pesca. As empresas solicitaram a fiscalização jurisdicional e a concessão de medidas provisórias. A Câmara dos Lordes reconheceu que os requerentes sofreriam um prejuízo irreparável se as medidas provisórias solicitadas não fossem adotadas e obtiveram provimento no recurso que interpuseram no processo principal. Todavia, nos termos do direito nacional, os órgãos jurisdicionais britânicos não tinham poder para conceder medidas provisórias num tal caso. Mais concretamente, a concessão dessas medidas provisórias foi excluída pela antiga regra de direito consuetudinário que prevê que não pode ser concedida uma injunção provisória contra a Coroa, ou seja, contra o governo, em conjugação com a presunção de que uma lei do Parlamento está em conformidade com o direito da União até à data em que for tomada uma decisão sobre a sua compatibilidade com o direito da UE. A Câmara dos Lordes remeteu a questão ao Tribunal, que, por sua vez, respondeu que um órgão jurisdicional nacional que, num caso que lhe seja submetido referente ao direito da União, considera que o único obstáculo que se opõe a que conceda medidas provisórias é uma norma do direito nacional, deve não aplicar essa norma.

Numa nova referência de outro tribunal britânico, relativamente aos mesmos investidores, o Tribunal concluiu que o princípio de que os Estados-Membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares por violações do direito da União que lhes são imputáveis é aplicável sempre que a legislatura nacional for responsável pela infração em causa. Por outro lado, a reparação de perdas e danos não pode estar subordinada à existência de culpa (intencional ou por negligência) por parte do órgão estadual responsável pela infração, que vá além de uma violação suficientemente caracterizada do direito da União.

Os Estados-Membros têm a obrigação, ao abrigo do direito da UE, de aplicar procedimentos eficazes que permitam aos cidadãos e às empresas, incluindo os investidores, solicitar indemnizações em caso de violação dos seus direitos ao abrigo do direito da UE pelos

ECLI:EU:C:2008:282, n.º 23. Ver também abaixo no que se refere à restituição de importâncias cobradas ilegalmente.

¹¹⁶ Ver, entre muitos outros, os processos apensos C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, ECLI:EU:C:1991:428; C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513.

Estados-Membros. A Comissão reconhece que os investidores transfronteiras podem ter dificuldades em invocar a responsabilidade do Estado devido à diversidade dos direitos processuais nacionais. Todavia, a jurisprudência do Tribunal não só estabelece o princípio dessa responsabilidade, como também prevê um conjunto de requisitos mínimos para a responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito da UE¹¹⁷.

Requisitos da UE e apoio no que se refere a independência, qualidade e eficiência do sistema judicial nacional

A independência do poder judicial a nível nacional é um princípio comum das tradições constitucionais dos Estados-Membros e do direito da UE,¹¹⁸ e é reconhecida como essencial para assegurar uma proteção jurisdicional efetiva¹¹⁹. As garantias de independência e de imparcialidade postulam a existência de regras no que respeita à composição da instância judicial, à nomeação, à duração das funções, bem como às causas de abstenção, de impugnação da nomeação e de destituição dos seus membros. Estas garantias permitem afastar qualquer dúvida legítima, no espírito dos que recorrem à justiça, quanto à impermeabilidade da referida instância em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto¹²⁰.

Tal como anunciado na Comunicação *Direito da UE: Melhores resultados através de uma melhor aplicação*¹²¹, a Comissão incentiva e auxilia os Estados-Membros a melhorarem a sua capacidade para fazer cumprir o direito da UE e a proporem soluções para assegurar que os utilizadores finais do direito da UE, sejam cidadãos ou empresas, possam beneficiar plenamente dos seus direitos.

A Comissão incentiva a modernização das autoridades responsáveis pela aplicação da lei no contexto do Semestre Europeu e, quando necessário, através de legislação específica. A Comissão tem vindo a colaborar com os Estados-Membros a fim de melhorar a eficácia dos sistemas judiciais, nomeadamente a sua independência, qualidade e eficiência. A melhoria da eficácia dos sistemas judiciais é uma prioridade do Semestre Europeu e o Conselho adota regularmente recomendações específicas por país sobre a melhoria dos sistemas judiciais nacionais, com base em propostas da Comissão.

A UE apoia financeiramente determinadas reformas judiciais através dos Fundos Europeus

¹¹⁷ Em princípio, as condições para a responsabilidade dos Estados-Membros por danos causados aos particulares por uma violação do direito da União não diferem das condições que regem a responsabilidade da UE e das suas instituições por tais danos, nos termos do artigo 340.º, n.º 2, do TFUE; processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79 n.ºs 40 a 42.

¹¹⁸ Artigo 47.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais e artigo 19.º do Tratado da União Europeia.

¹¹⁹ C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, n.º 41.

¹²⁰ C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587, n.ºs 50-53.

¹²¹ Comunicação - *Direito da UE: Melhores resultados através de uma melhor aplicação* (2017/C18/02), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0119\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0119(01)&from=EN)

Estruturais e de Investimento. Entre 2007 e 2023, 16 Estados-Membros terão despendido mais de 900 milhões de EUR para aumentar a qualidade e a eficiência dos seus sistemas judiciais¹²². Por exemplo, os fundos da UE facilitaram a introdução de novos serviços em linha conviviais e sistemas de gestão de processos nos tribunais.

Os procedimentos nacionais devem assegurar uma aplicação efetiva dos direitos individuais decorrentes do direito da UE

Exceto para o Regulamento n.º 1215/2012¹²³, que visa facilitar o acesso à justiça, proporcionando, nomeadamente, as regras sobre a competência dos tribunais da UE nos processos transfronteiras e sobre um reconhecimento e execução rápidos e simples de decisões em matéria civil e comercial¹²⁴, o direito da UE permite geralmente que as regras processuais sejam determinadas pela lei nacional¹²⁵. Existem, porém, exceções; por exemplo, as diretivas sobre processos de recurso que harmonizam os aspetos processuais relacionados com a aplicação da lei e vias de recurso no domínio dos contratos públicos¹²⁶.

Mesmo nos casos em que o direito da UE não harmoniza os procedimentos, estabelece, em qualquer caso, requisitos mínimos em relação aos mesmos. Por exemplo, os procedimentos relativos à aplicação efetiva dos direitos da UE não devem ser menos favoráveis do que os que regulam situações semelhantes de natureza interna (*princípio da equivalência*) e não devem, na prática, tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício desses direitos (*princípio da eficácia*)¹²⁷. Os custos de um processo não devem ser exageradamente dispendiosos e deve ser disponibilizado apoio judiciário às pessoas que não disponham de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir o acesso efetivo à justiça, incluindo, quando tal se justifique, a pessoas coletivas¹²⁸. Além disso, as pessoas singulares têm o direito a que o seu pedido seja apreciado num prazo razoável¹²⁹.

¹²² O Painel da Justiça na UE de 2018, disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf, figuras 2 e 3.

¹²³ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 351 de 20.12.2012, p. 1-32).

¹²⁴ O Regulamento n.º 1215/2012 apenas se aplica em litígios relativos à «matéria civil e comercial». Por conseguinte, não se aplica em litígios que envolvam uma parte (por exemplo, autoridade do Estado) no exercício do seu poder público. No âmbito da matéria civil e comercial, existem também vários regulamentos que instituem procedimentos europeus específicos que podem ser utilizados pelos investidores, tais como os Regulamentos que instituem o procedimento europeu de injunção de pagamento (n.º 18796/2006) ou a decisão europeia de arresto de contas (n.º 655/2014).

¹²⁵ C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, ECLI:EU:C:2013:834, n.º 31.

¹²⁶ Diretiva 2007/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos (JO L 335 de 20.12.2007, p. 31).

¹²⁷ C-169/14, *Sánchez Morcillo*, ECLI:EU:C:2014:2099, n.º 31.

¹²⁸ C-279/09, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811, n.º 59.

¹²⁹ C-612/15, *Kolev e o.*, ECLI:EU:C:2018:392, n.ºs 70-72.

Exemplo 9 – Desaplicação das regras nacionais em matéria de prazos de prescrição em virtude de conduta enganosa por parte das autoridades nacionais

Processo C-327/00 – *Santex*

Uma empresa italiana foi impedida de participar num concurso devido à não conformidade com uma das cláusulas do concurso incluída no anúncio do mesmo. Na sequência da publicação do anúncio, a entidade adjudicante tinha indicado à empresa candidata que, atendendo aos argumentos contra o cumprimento desta cláusula com o direito da UE, interpretá-la-ia de modo a permitir a sua participação. Todavia, posteriormente assumiu a posição contrária e decidiu excluí-la do concurso. Quando o processo foi apresentado ao tribunal, os prazos nacionais para impugnar os anúncios de concurso tinham expirado.

O Tribunal constatou que, em geral, o prazo fixado pela legislação nacional era razoável e assegurava assim, em princípio, a segurança jurídica aos participantes ao concurso. Todavia, o Tribunal entendeu que as circunstâncias de cada caso devem ser tidas em consideração para determinar se a eficácia das disposições do direito da UE não é colocada em causa. Neste processo, o Tribunal considerou que o comportamento da entidade adjudicante tinha criado uma situação de incerteza e que só na fase da decisão de exclusão foi essa incerteza dissipada. Por conseguinte, a autoridade tornou excessivamente difícil ao proponente lesado o exercício dos direitos que lhe são conferidos pelo direito da UE. Assim, o Tribunal concluiu que, nas circunstâncias específicas do caso em apreço, o órgão jurisdicional, a fim de permitir que a requerente suscitar o fundamento relativo à incompatibilidade da cláusula do anúncio de concurso com o direito da UE aplicável, deve interpretar as normas nacionais relativas aos prazos de prescrição em conformidade com o princípio da eficácia da UE ou, se tal interpretação não for possível, não as deve aplicar.

Recursos para o Tribunal de Justiça da União Europeia

Os tribunais nacionais atuam como «tribunais da UE» e têm a obrigação de não aplicar, por sua própria iniciativa, as disposições nacionais que sejam contrárias às disposições diretamente aplicáveis do direito da UE. Sempre que a aplicação dos direitos da UE depender de uma questão de interpretação do direito da UE perante um órgão jurisdicional nacional, esse órgão jurisdicional pode solicitar ao Tribunal de Justiça uma decisão prejudicial. Sempre tal questão for levantada perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado submeter a questão ao Tribunal de Justiça¹³⁰. As questões prévias podem também dizer respeito à validade das regras da UE: sempre que essas questões são pertinentes, um órgão jurisdicional nacional deve remetê-las para o Tribunal de Justiça, que tem competência exclusiva para fiscalizar a

¹³⁰ Artigo 267.º do TFUE.

validade dos atos jurídicos da UE¹³¹. A fim de poder ser considerado um «órgão jurisdicional de um Estado-Membro», nos termos do artigo 267.º do TFUE, e, por conseguinte, para que se possa fazer uma remissão para o Tribunal de Justiça, um órgão tem de cumprir um certo número de critérios¹³². Os árbitros privados e os tribunais arbitrais criados em TBI intra-UE não cumprem estes critérios e, por conseguinte, não podem ser considerados «órgãos jurisdicionais dos tribunais», nos termos do artigo 267.º do TFUE¹³³.

Um acórdão proferido a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça vincula o juiz nacional, quanto à interpretação, para a solução do litígio no processo principal¹³⁴. Todas as autoridades nacionais são obrigadas a tomar qualquer medida, seja geral ou especial, a fim de dar seguimento a um pedido de decisão prejudicial o mais rapidamente possível¹³⁵. Não é necessário que o juiz nacional tenha de pedir ou aguardar pela respetiva revogação prévia de disposições contrárias ao direito da UE por via legislativa ou através de qualquer outro mecanismo constitucional¹³⁶.

Nos termos do artigo 19.º do TUE, o Tribunal de Justiça tem autoridade para assegurar o respeito pelo direito da UE, e, por conseguinte, representa um papel fulcral no sentido de assegurar a eficiência e a uniformidade das normas da UE que concedem direitos aos investidores transfronteiras.

3. Papel da Comissão enquanto guardião do Tratado

O artigo 17.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia atribui à Comissão a responsabilidade pela aplicação, implementação e execução efetivas do direito da UE. Nesta função, a Comissão pode analisar medidas nacionais e agir de forma a assegurar a conformidade com as garantias que protegem os investidores. O principal objetivo do processo por infração é assegurar que as ações ou omissões dos Estados-Membros sejam retificadas em conformidade com o direito da UE (por exemplo, através da alteração da legislação nacional), como um objetivo de interesse geral. São da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais as ações instauradas por investidores individuais que visam anular medidas nacionais ou obter compensação financeira pelos danos causados por essas medidas.

Os Estados-Membros são obrigados a adotar todas as medidas necessárias para dar cumprimento a um acórdão do Tribunal de Justiça que declara a existência de uma infração. Em caso de incumprimento, a Comissão é competente para solicitar ao Tribunal de Justiça a

¹³¹ C-314/85, *Foto-Frost*, ECLI:EU:C:1987:452.

¹³² Para esse efeito, o Tribunal tem em conta um conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, a sua permanência, o caráter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência (C-54/96, *Dorsch Consult*, ECLI:EU:C:1997:413, n.º 23).

¹³³ Ver, respetivamente, C-102/81, *Nordsee*, ECLI:EU:C:1982:107, n.ºs 10 a 13, e C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, n.ºs 43 e seguintes.

¹³⁴ C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2016:199, n.º 38.

¹³⁵ Processos apensos C-231/06 a 233/06, *Jonkman*, ECLI:EU:C:2007:373, n.º 38.

¹³⁶ C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2016:199, n.º 40.

imposição de sanções financeiras sobre o Estado-Membro incumpridor¹³⁷.

A Comissão está empenhada em atuar com firmeza contra as infrações que entravam a execução de importantes objetivos da política da UE ou que corram o risco de comprometer as quatro liberdades fundamentais¹³⁸, que são essenciais para os investidores. A Comissão atribui elevada prioridade às infrações que revelem deficiências sistémicas e, em particular, as que afetam a capacidade dos sistemas judiciais nacionais de contribuírem para a aplicação efetiva do direito da UE. É de referir que uma série de processos de infração é resolvida antes de ser submetida ao Tribunal de Justiça, pois o Estado-Membro em causa altera ou revoga a sua legislação em causa ou toma medidas positivas destinadas a sanar a infração.

V. Conclusão

Incentivar, encorajar e proteger os investimentos estão entre as principais prioridades da UE no mercado único. O direito da UE, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça, estabelece um equilíbrio entre a proteção do investimento e outros objetivos legítimos de interesse geral que servem o bem-estar dos seus cidadãos. Este equilíbrio dos diferentes interesses gerais deve igualmente ter lugar quando os Estados-Membros agem a nível nacional, no âmbito de aplicação do direito da UE.

O direito da UE não resolve todos os problemas que os investidores enfrentam no exercício das suas atividades. Todavia, no mercado único, os direitos dos investidores da UE estão protegidos pelo direito da UE, que permite a prossecução e o desenvolvimento de atividades económicas em todos os Estados-Membros. Os investidores podem fazer valer os seus direitos perante as administrações e tribunais nacionais, nos termos das normas processuais nacionais que têm de assegurar que esses direitos sejam efetivamente protegidos.

Os investidores da UE não podem invocar os TBI intra-UE, que são incompatíveis com o direito da União e já não são necessários no mercado único. Não podem recorrer a tribunais arbitrais instituídos por esses TBI intra-UE ou, no caso de litígios intra-UE, a tribunais arbitrais criados ao abrigo do Tratado da Carta da Energia. Contudo, o sistema jurídico da UE oferece proteção efetiva e adequada para os investidores transfronteiras no mercado único, garantindo simultaneamente que outros interesses legítimos são devidamente tidos em conta. Quando os investidores exercem uma das liberdades fundamentais, tal como a liberdade de estabelecimento ou a livre circulação de capitais, atuam dentro do âmbito de aplicação do

¹³⁷ Artigo 260.º, n.º 2, do TFUE.

¹³⁸ Comunicação - *Direito da UE: Melhores resultados através de uma melhor aplicação* (2017/C18/02), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0119\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0119(01)&from=EN)

direito da União e, portanto, gozam da proteção conferida por esse direito.

Os Estados-Membros têm a responsabilidade e a competência para fazer valer o direito da UE, em geral, e os direitos dos investidores, em particular. A Comissão esforça-se por aumentar a eficiência do sistema de execução na UE, incluindo ações destinadas a apoiar a criação de capacidades administrativas ou reforçar sistemas de justiça, e por fazer face às violações do direito da UE praticadas pelas autoridades nacionais.