

# A ARBITRAGEM NO ACORDO DE PARCERIA TRANSATLÂNTICA DE COMÉRCIO E INVESTIMENTO ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (TTIP): O ESTADO DA QUESTÃO E OS “PRÓS E CONTRAS”

RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA

Advogado na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

## I. O SISTEMA DE ISDS NO TTIP

1. Entre 27 de Março e 13 de Julho de 2014, a Comissão Europeia realizou uma consulta pública sobre um conjunto de propostas respeitantes à negociação do chamado TTIP – Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento entre a União Europeia (UE) e os Estados Unidos da América (EUA)<sup>1</sup>. Essa consulta incidiu, por um lado, sobre as normas substantivas de protecção do investimento estrangeiro (tais como as relativas a não discriminação, tratamento justo e equitativo e proibição de expropriação sem compensação) e a sua harmonização com o direito de regulação pública dos Estados e, por outro lado, sobre o sistema de *investor-state dispute settlement* (ISDS) proposto para a resolução dos litígios – entre os investidores estrangeiros e os Estados – resultantes da violação dessas normas substantivas.

O sistema de ISDS apresentado pela UE na consulta pública tem as seguintes características:

- Possibilidade de o investidor estrangeiro demandar o Estado de acolhimento do seu investimento nos tribunais judiciais desse Estado, em alternativa à via arbitral;

<sup>1</sup> Cf. [http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul\\_id=179](http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=179).

- Maior transparência do processo arbitral através da integração das *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL)<sup>2</sup>;
- Vinculação dos árbitros a um código de conduta, estabelecendo obrigações de independência e de qualificação, e criação de uma lista de árbitros para escolha do presidente do tribunal arbitral na falta de acordo das partes;
- Estabelecimento de mecanismos de filtragem para a redução do risco de ações manifestamente infundadas, nomeadamente o indeferimento liminar dessas ações, o pagamento de todos os custos do processo pela parte vencida e a possibilidade de as partes contratantes do TTIP (UE e EUA) poderem intervir nos processos no sentido de sustentar que determinada medida estatal que está a ser posta em causa foi tomada por razões legítimas de defesa do sistema financeiro;
- Possibilidade de as partes do TTIP acordarem quanto à interpretação de normas desse Tratado;
- Criação de um mecanismo de recurso para um órgão arbitral com competência para apreciar a conformidade processual e substantiva das decisões arbitrais.

Na sequência da consulta pública, foram expressas diversas opiniões contrárias e a favor de um sistema de ISDS de natureza arbitral no TTIP.

## II. CONTRA O SISTEMA ARBITRAL DE ISDS

2. Em sentido contrário à introdução de um sistema de arbitragem de investimento no TTIP, destacam-se as posições manifestadas por alguns académicos europeus e americanos<sup>3</sup>, pelo *Corporate Europe Observatory*<sup>4</sup> e

<sup>2</sup> Cf. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.

<sup>3</sup> Cf. [https://www.kent.ac.uk/law/downloads/ttip\\_isds\\_public\\_consultation\\_final.pdf](https://www.kent.ac.uk/law/downloads/ttip_isds_public_consultation_final.pdf), [http://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose\\_ISDS\\_Letter.pdf](http://www.washingtonpost.com/r/2010-2019/WashingtonPost/2015/04/30/Editorial-Opinion/Graphics/oppose_ISDS_Letter.pdf) e <http://www.citizen.org/documents/lawyers-isds-letter-march-2015.pdf>.

<sup>4</sup> Cf. <http://corporateeurope.org/international-trade/2015/04/lobby-group-efila-stake-investment-arbitration> e [http://corporateeurope.org/sites/default/files/efila\\_report-web.pdf](http://corporateeurope.org/sites/default/files/efila_report-web.pdf).

por Estados como a Alemanha, a França e o Reino Unido<sup>5</sup>. Essas posições assentam, nomeadamente, nas seguintes críticas ao sistema arbitral:

- A arbitragem fazia sentido nos tratados bilaterais de investimento (BITs) celebrados com Estados em desenvolvimento, os quais, em grande medida, afirmavam a sua soberania através da nacionalização dos investimentos estrangeiros, sendo que os sistemas judiciais desses Estados não ofereciam aos investidores afectados garantias de acesso à justiça, contrariamente ao que sucede na UE e nos EUA;
- Os tribunais arbitrais de investimento constituem um privilégio dos investidores estrangeiros (sem paralelo noutros contenciosos), não existindo um controlo público da sua constituição nem das suas decisões;
- Os árbitros têm um incentivo financeiro para decidirem a favor dos investidores;
- A arbitragem põe em causa o direito de regulação pública dos Estados, porquanto permite que os investidores contestem medidas legais ou regulamentares tomadas pelos Estados no interesse público – a este respeito, são enunciados vários casos de arbitragens iniciadas por investidores na sequência de medidas estatais tomadas em contextos de crises económicas e financeiras e em matéria de saúde e ambiente, nomeadamente os casos *Vattenfall* contra a Alemanha, em resultado da decisão deste Estado de suprimir a energia nuclear, e os casos *Philip Morris* contra o Uruguai e a Austrália, por causa de legislação antitabagismo aprovada nesses países<sup>6</sup>.

### III. A FAVOR DO SISTEMA ARBITRAL DE ISDS

3. A favor de um sistema de *investor-state arbitration* no âmbito do TTIP, destacam-se as seguintes posições manifestadas por alguns académicos

<sup>5</sup> Cf. a posição da Câmara dos Lordes do Reino Unido publicada em 13 de Maio de 2014, em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201314/ldselect/ldcom/179/179.pdf>.

<sup>6</sup> Quanto aos casos *Vattenfall* contra Alemanha, cf. processos nºs ARB/09/6 e ARB/12/12 junto do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), em <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>; quanto ao caso *Philip Morris* contra Uruguai, cf. processo ICSID nº ARB/10/7, no mesmo *site* anterior; quanto ao caso *Philip Morris* contra Austrália, cf. processo nº 2012-12 do Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia, em [http://www.pca-cpa.org/showpage3619.html?pag\\_id=1494](http://www.pca-cpa.org/showpage3619.html?pag_id=1494).

americanos<sup>7</sup>, pela *International Bar Association (IBA)*<sup>8</sup> e pela *European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA)*<sup>9</sup>:

- A arbitragem apresenta neutralidade face às partes no litígio: se a arbitragem fosse, em tese, mais favorável aos investidores, também os tribunais nacionais seriam, em tese, mais favoráveis aos Estados;
- As estatísticas mostram que os Estados ganham mais processos arbitrais do que os investidores e que os investidores vencedores recebem menos de metade do valor das indemnizações que reclamam nos processos<sup>10</sup>;
- Existem mecanismos para garantir a independência dos tribunais arbitrais e a legalidade das suas decisões, bem como para assegurar a transparência dos processos arbitrais;
- A arbitragem não põe em causa o direito de regulação pública dos Estados, pois só as medidas arbitrárias e discriminatórias dos Estados poderão ser contestadas nos processos arbitrais.

#### IV. ESTADO ACTUAL DA QUESTÃO

4. Em 13 Janeiro de 2015, a Comissão Europeia produziu um relatório sobre o resultado da consulta pública<sup>11</sup>. Nessa sequência, e através de um *Concept Paper* de Maio de 2015, a Comissão apresentou novas propostas relativas a quatro áreas que identificou como sendo mais importantes e carecendo de melhoria face ao resultado da consulta pública<sup>12</sup>:

- Direito de regulação pública dos Estados: introdução de normas substantivas no TTIP estabelecendo o direito de os Estados tomarem medidas em vista de objectivos legítimos de interesse público;

<sup>7</sup> Cf. <https://www.mcgill.ca/fortier-chair/isds-open-letter>.

<sup>8</sup> Cf. <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=1dfff6284-e074-40ea-bf0cf19949340b2f>.

<sup>9</sup> Cf. [http://efila.org/wp-content/uploads/2014/07/EFILA\\_TTIP\\_final\\_submission.pdf](http://efila.org/wp-content/uploads/2014/07/EFILA_TTIP_final_submission.pdf), <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/business-innovation-and-skills-committee/transatlantic-trade-and-investment-partnership-ttip/written/17984.pdf> e [http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA\\_in\\_response\\_to\\_the-criticism\\_of\\_ISDS\\_final\\_draft.pdf](http://efila.org/wp-content/uploads/2015/05/EFILA_in_response_to_the-criticism_of_ISDS_final_draft.pdf).

<sup>10</sup> Cf. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153046.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153046.pdf).

<sup>11</sup> Cf. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf) e [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153045.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153045.pdf).

<sup>12</sup> Cf. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

- Funcionamento dos tribunais arbitrais: os árbitros devem ser selecionados de uma lista pré-estabelecida pelas partes do TTIP e ter qualificações semelhantes às dos juízes nos seus países de origem;
- Relação entre arbitragem e tribunais nacionais: os investidores têm de optar entre a arbitragem e os tribunais nacionais, devendo evitar-se processos paralelos e a obtenção de dupla compensação por essas duas vias;
- Recurso das decisões arbitrais: o mecanismo de recurso deverá basear-se, em termos institucionais, no órgão de recurso da Organização Mundial de Comércio.

No mesmo *Concept Paper*, a Comissão Europeia propôs uma reflexão mais profunda sobre a eventual criação de um tribunal de investimento permanente, em primeira instância, e de um órgão de recurso, ambos com juízes.

5. Em 8 de Julho de 2015, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução recomendando à Comissão Europeia “*substituir o sistema de resolução de litígios entre os investidores e os Estados por um novo sistema de resolução de litígios entre os investidores e os Estados sujeito aos princípios e ao controlo democráticos, mediante o qual os eventuais processos sejam tratados de forma transparente por juízes profissionais, independentes e nomeados pelo poder público em audições públicas e que inclua um mecanismo de recurso capaz de garantir a coerência das decisões judiciais e o respeito da competência dos tribunais da UE e dos Estados-Membros e que não permita que os interesses privados comprometam os objectivos das políticas públicas*”<sup>13</sup>.

Por fim, em 16 de Setembro de 2015, a Comissão Europeia publicou, para efeitos de discussão, os textos propostos para o capítulo do TTIP relativo ao investimento, do qual constam normas sobre um sistema quase-judicial de resolução de litígios de investimento, estabelecendo a criação de um Tribunal de Investimento, em primeira instância, composto por quinze juízes nomeados pela UE e pelos EUA, cabendo-lhe decidir ao abrigo das regras de arbitragem do ICSID ou da UNCITRAL, bem como a criação de um Tribunal de Recurso, composto por seis juízes,

<sup>13</sup> Cf. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//PT>.

competente para apreciar, incluindo quanto ao mérito, as decisões proferidas em primeira instância<sup>14</sup>. Estas propostas da UE foram apresentadas aos EUA na 12.<sup>a</sup> ronda de negociações do TTIP, realizada entre 22 e 26 de Fevereiro de 2016, encontrando-se ainda hoje em discussão.

## V. APRECIÇÃO/CONCLUSÃO

6. Conforme se disse, uma das principais críticas ao sistema ISDS de natureza arbitral reside na circunstância, apontada pelos críticos, de esse sistema poder pôr em causa o direito de regulação pública dos Estados, permitindo a *impugnação* de medidas tomadas pelos Estados no interesse público e *politizando* os litígios entre os investidores e os Estados. Consideramos, porém, que esse problema está a montante do sistema processual de resolução de litígios e apenas se resolve no plano da protecção substantiva do investimento, isto é, no equilíbrio que deve ser encontrado entre os direitos dos investidores e o direito de regulação dos Estados.

É certo que o sistema processual deverá permitir que os tribunais apliquem melhor as normas substantivas de protecção do investimento: a transparência do processo arbitral, a independência e qualificação dos decisores e um mecanismo de recurso poderão contribuir para esse intento. No entanto, não chega reformar o sistema processual, nomeadamente substituindo um sistema arbitral por um sistema quase-judicial: só através da clarificação das normas substantivas de protecção do investimento (definindo, de forma clara, os direitos dos investidores) e da salvaguarda do direito de regulação pública dos Estados (através de normas também substantivas, em domínios como a regulação prudencial, a saúde e o ambiente, e não apenas de princípios ou preâmbulos proclamatórios) poderá assegurar-se que os tribunais, sejam eles arbitrais ou judiciais, farão uma melhor aplicação do direito em causa.

Esperamos que a UE, apesar da desconfiança que se gerou relativamente à arbitragem de investimento, compreenda que de nada serve um sistema processual teoricamente à prova de bala quando esse sistema se limita a aplicar normas substantivas insuficientes ou ambíguas: como afirmou a Comissão Europeia na consulta pública, “*in the end, the decisions of arbitral tribunals are only as good as the provisions that they have to interpret and apply*”.

<sup>14</sup> Cf. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).