

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o tema «Proteção dos investidores e resolução de litígios entre os investidores e o Estado nos acordos comerciais e de investimento da União Europeia com países terceiros»

(2015/C 332/06)

Relator: Sandy BOYLE

Na reunião plenária de 10 de julho de 2014, o Comité Económico e Social Europeu decidiu, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.º 2, do Regimento, elaborar um parecer de iniciativa sobre a

«Proteção dos investidores e resolução de litígios entre os investidores e o Estado nos acordos comerciais e de investimento da União Europeia com países terceiros».

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a secção especializada de Relações Externas, que emitiu parecer em 28 de abril de 2015.

Na 508.ª reunião plenária, de 27 e 28 de maio de 2015 (sessão de 27 de maio), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 199 votos a favor, 55 votos contra e 30 abstenções, o seguinte parecer:

Glossário das siglas utilizadas no presente parecer

TBI — Tratado bilateral de investimento

AECG — Acordo Económico e Comercial Global (Canadá)

CDF — Carta dos Direitos Fundamentais

CEO — Corporate Europe Observatory

CESE — Comité Económico e Social Europeu

CR — Comité das Regiões

SC — Sociedade civil

OSC — Organização da sociedade civil

CEDH — Convenção Europeia dos Direitos do Homem

TCE — Tratado da Carta da Energia

TJUE — Tribunal de Justiça da União Europeia

PE — Parlamento Europeu

UE — União Europeia

IDE — Investimento direto estrangeiro

ACL — Acordo de comércio livre

CIRDI — Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos

AII — Acordo de investimento internacional

INTA — Comissão do Comércio Internacional do Parlamento Europeu

RLIE — Resolução de litígios entre os investidores e o Estado

LSE — London School of Economics

NAFTA — Acordo de Comércio Livre da América do Norte

OCDE — Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos

OMC — Organização Mundial do Comércio

ONG — Organizações não governamentais

PME — Pequenas e médias empresas

TBC — Transatlantic Business Council

TUE — Tratado da União Europeia

TFUE — Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TTIP — Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento

CNUDCI — Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

CNUCED — Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento

WTO-DSP — World Trade Organization — Dispute Settlement Procedure

1. Conclusões e recomendações

Conclusões

1.1. Sendo o investimento direto estrangeiro (IDE) um importante contributo para o crescimento económico, é necessário que os investidores estrangeiros beneficiem de uma proteção global contra a expropriação direta e a discriminação e tenham direitos equivalentes aos dos investidores nacionais.

1.2. O direito que assiste ao Estado de regulamentar em prol do interesse público é primordial e não pode ser posto em causa pelas cláusulas de nenhum acordo de investimento internacional (AII). Impõe-se, assim, a introdução de uma cláusula inequívoca que estipule horizontalmente este direito.

1.3. A resolução de litígios entre os investidores e o Estado (RLIE) não deve elevar o estatuto do capital transnacional a um patamar equivalente ao de um Estado soberano ou permitir que os investidores estrangeiros contestem o direito dos governos de regulamentar e determinar os seus assuntos internos.

1.4. Ao longo do tempo, a utilização da RLIE deu lugar a uma série de casos abusivos que precisam agora de ser tratados. Entre as deficiências sistémicas que resultam do funcionamento da RLIE contam-se a opacidade, a ausência de regras claras de arbitragem, a inexistência do direito de recurso, a discriminação dos investidores nacionais que não podem recorrer ao sistema, o receio de se dar proteção a investimentos puramente especulativos, que, nomeadamente, não criam postos de trabalho, e o receio de exploração por parte de escritórios de advogados especializados. O objetivo consiste agora em propor um mecanismo alternativo de resolução de litígios, a fim de conciliar as exigências legítimas dos investidores com as preocupações da sociedade civil resultantes destas perceções negativas da RLIE.

A consulta da Comissão Europeia sobre a RLIE, realizada no âmbito da Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (vulgarmente conhecida como TTIP), revelou que as opiniões manifestadas pela vasta comunidade empresarial e na grande maioria das respostas vindas da restante sociedade civil são muito díspares.

1.5. As atribuições cometidas a um painel de três advogados privados para conhecer e tomar decisões vinculativas em domínios fundamentais de interesse público suscitam preocupação. Ainda que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) tenha adotado recentemente novas regras em matéria de transparência, persiste o receio de que a maior parte do sistema atual careça de transparência, para além de não prever o direito de recurso.

1.6. O conceito original por detrás da RLIE há muito que se diluiu. Hoje em dia tornou-se num negócio altamente rentável para um número reduzido de escritórios de advogados especializados em investimentos, que dominam o setor.

1.7. Alguns destes escritórios estão, agora, a promover a RLIE como um importante instrumento de redução do risco logo na fase inicial de investimento. Em alguns casos notórios tornou-se num instrumento de lóbi em que a ameaça de litígio constitui um impeditivo regulamentar que inibe os legisladores de prosseguirem políticas legítimas de interesse público. Teme-se igualmente que a RLIE tenha atraído investimentos especulativos através de fundos de cobertura, etc.

1.8. Uma série de interpretações liberais sobre o que constitui uma expropriação aumentaram a preocupação de que os contribuintes sejam obrigados a pagar compensações por políticas de interesse público que, alegadamente, limitam os lucros.

1.9. O Acordo Económico e Comercial Global (AECG) com o Canadá, assinado no final de 2014, e o capítulo específico relativo ao investimento aditado ao Acordo de Comércio Livre UE-Singapura contêm os primeiros capítulos relativos a investimento alguma vez negociados pela União Europeia (UE) no âmbito de um acordo desde que esta se tornou competente em matéria de investimento ao abrigo do Tratado de Lisboa, em 2009. Embora estes capítulos procurem introduzir algumas melhorias no sistema atual de RLIE, bem como criar um modelo de RLIE da UE considerado vanguardista pela Comissão, estas ficaram muito aquém do que é necessário para dissipar os receios do público. Os modelos dos acordos com Singapura e com o Canadá não são idênticos e, no entender de muitos, a RLIE continua a ser um procedimento desequilibrado e muito dispendioso, que trava a democracia, não prevê o direito de recurso e põe em risco o direito dos governos de regulamentar, conferindo aos investidores estrangeiros mais direitos dos que os consagrados nas constituições nacionais e que se sobrepõem aos dos investidores nacionais. O Comité Económico e Social Europeu (CESE) verifica com preocupação que o texto do AECG sobre a RELIE serve atualmente de base para as negociações de um acordo de comércio livre com o Japão.

1.10. A inversão de funções entre a arbitragem e o aconselhamento jurídico configura um claro conflito de interesses que o AECG não consegue resolver. Esta situação reforça a ideia de que a RLIE não é um método justo, independente, nem equilibrado de resolução de litígios referentes a investimentos.

1.11. O CESE congratula-se com o exercício de consulta pública sobre a RLIE no âmbito da TTIP. Contrariamente ao AECG, contribuiu para que as negociações da TTIP fossem mais transparentes e cria um precedente importante que, segundo a firme convicção do Comité, deve ser agora seguido em todas as futuras negociações comerciais. Em resposta, a Comissão identificou quatro domínios específicos para prosseguir com uma reflexão mais aprofundada e, embora o CESE considere que esta não é uma lista exaustiva, fornece informações pormenorizadas sobre essas questões específicas nos capítulos 7 a 10 do presente parecer.

1.12. O Comité também acolhe favoravelmente o objetivo de eliminar «processos improcedentes» de qualquer futuro mecanismo de proteção dos investidores. É importante que as partes de qualquer AII sejam protegidas por um filtro político geral que lhes permita, mediante acordo entre si, bloquear, por razões justificadas, a passagem de um processo para a arbitragem.

1.13. Os investidores devem ser incentivados a optar pela resolução de litígios prevista nos Tratados apenas em último recurso e a procurar meios alternativos, como a conciliação e a mediação. Os seguros privados e a proteção contratual são também meios adequados a que os investidores estrangeiros podem recorrer para minimizar os seus riscos.

1.14. A necessidade de proteção do IDE varia de país para país. Em países com um sistema jurídico bem enraizado, que funciona democraticamente e sem corrupção, os litígios relativos a investimentos devem ser dirimidos através da mediação, de tribunais nacionais e de procedimentos de resolução entre Estados. Estas componentes estão presentes na UE, nos Estados Unidos e no Canadá e os níveis atualmente elevados de fluxos de investimento transatlântico permitem concluir que a não inserção de uma cláusula referente à RLIE não é impeditiva do investimento. Por conseguinte, o CESE considera desnecessária uma cláusula referente à RLIE na TTIP ou no AECG e opõe-se à sua inclusão.

1.15. A RLIE tem potencial para pôr em causa não só a TTIP como o AECG. A Comissão Europeia deve refletir se insistir na realização deste objetivo politicamente sensível e impopular junto do público será a opção mais sensata e indicada.

1.16. Os países em desenvolvimento são claros ao afirmar que a RLIE é um mecanismo inaceitável, ao qual se opõe um número cada vez maior de atores importantes em todo o mundo. Se não for desenvolvido um sistema alternativo, tornar-se-á cada vez mais difícil incorporar a proteção dos investidores nos futuros acordos com países que dela mais necessitam.

1.17. Há fortes preocupações quanto à relação das decisões em matéria de RLIE com o ordenamento jurídico da UE, tanto em termos dos tratados da UE como do direito constitucional. Os tribunais arbitrais privados também são suscetíveis de proferir decisões que desrespeitam a legislação da UE ou infringem a Carta dos Direitos Fundamentais (CDF). Assim, para que a RLIE respeite o direito da UE, o CESE considera imperativo que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) se pronuncie formalmente, sob a forma de um parecer, antes de as instituições competentes tomarem uma decisão e antes da entrada em vigor provisória de quaisquer acordos de investimento internacionais negociados pela Comissão Europeia.

Recomendações

1.18. Se o que se pretende é adotar uma solução global para a resolução de litígios relativos a investimentos, a mesma não poderá assentar numa tímida reformulação do atual sistema de RLIE, que não é bem recebido pelo público.

1.19. O empenho demonstrado pelos Estados do G7 nas negociações avançadas sobre acordos de comércio e de investimento abrangentes constitui uma oportunidade única de criar um sistema credível suscetível de conciliar os legítimos interesses dos investidores com os direitos de um Estado.

1.20. Se para tal for necessário criar uma única autoridade competente, esta não poderá ser constituída por advogados privados e deverá ser mais acessível às pequenas e médias empresas (PME), bem como garantir o direito de recurso.

1.21. O CESE insta veementemente a Comissão Europeia a ponderar as propostas da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e o Desenvolvimento (CNUCED) para a reforma da RLIE e conclui que a criação de um tribunal internacional para os investimentos constitui a melhor solução para garantir um sistema equitativo, transparente, justo e democrático.

2. Introdução

2.1. Ao adotar o seu parecer REX/390⁽¹⁾, por esmagadora maioria, o CESE decidiu elaborar um parecer de iniciativa sobre a RLIE. Embora esta recomendação dissesse especificamente respeito à TTIP, decidiu-se alargar o âmbito de aplicação por forma a contemplar a proteção do investimento e a RLIE nos acordos de comércio e investimento com países terceiros.

2.2. Apesar de o presente parecer abordar as vastas implicações da RLIE, inevitavelmente, a maior parte do material utilizado e das referências diz respeito à TTIP. Ao longo das negociações da TTIP, a RLIE tem sido um tema dominante para as partes interessadas da União Europeia e dos Estados Unidos.

2.3. A Comissão Europeia realizou uma consulta pública em linha durante 15 semanas (de março a julho de 2014) sobre a RLIE no âmbito da TTIP. O CESE considerou judicioso aguardar a publicação dos resultados desta consulta e realizar uma audição pública antes de finalizar o seu parecer. Os resultados foram publicados em meados de janeiro de 2015 e a audição teve lugar em 3 de fevereiro de 2015. Tanto a consulta pública como a audição foram de grande utilidade para a elaboração do presente parecer.

3. Contexto

3.1. O sistema

3.1.1. A RLIE é um instrumento de direito internacional público que concede a um investidor estrangeiro o direito de introduzir um procedimento de resolução de litígios contra um governo estrangeiro, no quadro de um AII. Os tratados são concebidos com o objetivo de estabelecer algumas obrigações básicas em matéria de investimento estrangeiro a cumprir pelas partes, incluindo garantias de que os governos respeitarão princípios fundamentais, tais como:

- a obrigação de não discriminação com base na nacionalidade e de garantia de um tratamento justo e equitativo;
- a proibição de expropriação direta ou indireta sem que haja lugar a compensação célere, adequada e protetora;
- a proteção da possibilidade de transferir capitais.

3.1.2. No caso de uma alegada violação destas obrigações por um Estado, os investidores estrangeiros abrangidos por um AII estão autorizados a intentar uma ação a ser dirimida por arbitragem internacional através do mecanismo de RLIE. Os requerentes têm de provar que as medidas em causa lhes causaram danos significativos. Em caso afirmativo, o Estado de acolhimento é solicitado a compensar os danos causados. Ao contrário do procedimento de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio (OMC), um Estado que perca um processo não é obrigado a alterar a sua legislação.

3.1.3. Um dos grandes argumentos a favor da RLIE é o facto de prever um espaço neutro despolitizado para resolução de litígios entre investidores estrangeiros e os Estados de acolhimento, que permite às empresas intentar ações contra Estados perante tribunais internacionais. Esta solução aplica-se apenas às sociedades estrangeiras ou às sociedades transnacionais que tenham uma filial transfronteiras. As comunidades afetadas, os cidadãos, os empresários nacionais e os governos não podem recorrer ao mesmo mecanismo.

3.1.4. Os árbitros não são juízes titulares com autoridade pública como nos sistemas judiciais nacionais. Os tribunais são constituídos essencialmente por três advogados privados que se reúnem à porta fechada e são nomeados numa base *ad hoc*. A decisão proferida por estes tribunais é definitiva e não é suscetível de recurso formal.

⁽¹⁾ Parecer do CESE sobre as «Relações comerciais transatlânticas e o ponto de vista do CESE sobre uma cooperação reforçada e um eventual acordo de comércio livre UE-EUA» (JO C 424 de 26.11.2014, p. 9).

3.1.5. Se ambas as partes em litígio assim o desejarem, os procedimentos de RLIE podem permanecer inteiramente confidenciais, mesmo no caso em que o objeto do litígio tem a ver com assuntos de interesse público. Embora o modelo de tratado bilateral de investimento (TBI) habitualmente seguido pelos Estados Unidos permita uma maior transparência, em muitos acordos atuais o sigilo continua a existir. As regras de transparência da CNUDCI melhorarão substancialmente a situação se forem aplicadas a nível mundial.

3.2. *Factos e estatísticas*

3.2.1. Noventa e três por cento dos TBI contêm cláusulas referentes à RLIE⁽²⁾, cláusulas essas que também foram incluídas em alguns acordos internacionais de comércio, como o Acordo de Comércio Livre da América do Norte (NAFTA), e em acordos internacionais de investimento, como o Tratado da Carta da Energia (TCE). Em 2014, o TCE superou o NAFTA como tratado que mais vezes foi invocado⁽³⁾.

3.2.2. Os Estados-Membros celebraram mais de 1 400 TBI desde a década de 1950, o que representa cerca de metade do total⁽⁴⁾. Todos estes acordos incluem, em larga medida, cláusulas semelhantes referentes à proteção do investimento e à RLIE. Segundo informações, à escala mundial, os investidores da UE estão entre os principais utilizadores da RLIE (50 % dos casos).

3.2.3. A UE está atualmente a negociar uma TTIP com os Estados Unidos e um acordo de comércio livre abrangente com o Japão, tendo também concluído recentemente negociações com o Canadá. Mais do que qualquer outro assunto, estes acordos suscitaram um grande debate público sobre a necessidade de incluir, no respetivo capítulo sobre investimentos, uma referência ao mecanismo de RLIE.

3.2.4. Apenas nove Estados-Membros da UE celebraram um TBI com os Estados Unidos) (Bulgária, Croácia, República Checa, Estónia, Letónia, Lituânia, Polónia, Roménia e Eslováquia), tendo sete Estados-Membros concluído um TBI com o Canadá. Até hoje ainda não foi celebrado nenhum TBI com o Japão. Todos eles foram celebrados antes da adesão à União Europeia.

3.2.5. O volume de investimento direto estrangeiro dos Estados Unidos nestes nove Estados-Membros equivale a 1 % do total dos investimentos diretos norte-americanos na UE. Por sua vez, os investimentos diretos efetuados por Estados-Membros nos Estados Unidos representam apenas 0,1 % do total dos investimentos diretos estrangeiros nos Estados Unidos⁽⁵⁾.

3.3. *Número de processos*

3.3.1. Entre 2002 e 2014, os processos de RLIE proliferaram de forma muito significativa (58 em 2013 e 42 em 2014)⁽⁶⁾, tendo o número de arbitragens realizadas ao abrigo dos tratados atingido os 610 no final de 2014. No entanto, uma vez que a maioria dos tribunais arbitrais não mantém um registo público das ações intentadas, estima-se que o número total de processos seja mais elevado.

3.3.2. Dos trezentos e cinquenta e seis processos conhecidos transitados em julgado, 25 % foram a favor do investidor e 37 % a favor do Estado. Em 28 % dos processos, os termos específicos permaneceram confidenciais.

3.4. *Duração e custos*

3.4.1. O custo médio de um processo de arbitragem é de 4 milhões de dólares para cada parte, sendo que perto de 82 % dos custos são despesas com honorários de advogados⁽⁷⁾. Alguns dos processos arrastam-se durante anos.

3.4.2. Os custos elevados levaram a um aumento dos processos financiados por terceiros. A redução do risco financeiro para as empresas contribui para o aumento do número de processos improcedentes, cujas custas são integralmente suportadas pelos Estados. O CESE opõe-se firmemente ao investimento especulativo dos fundos de cobertura em determinados processos de RLIE a troco de uma parte da compensação eventualmente concedida⁽⁸⁾.

⁽²⁾ OCDE (2012), *ISDS a scoping paper for the investment policy community* (RLIE — Documento-quadro para a política de investimento).

⁽³⁾ UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS* (CNUCED, As tendências recentes nos AII e na RLIE), n.º 1, fevereiro de 2015 (http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf).

⁽⁴⁾ Documento de apoio à consulta pública sobre a RLIE e a TTIP.

⁽⁵⁾ CNUCED — Nota informativa sobre a RLIE nos Estados Unidos e na União Europeia.

⁽⁶⁾ Ver nota 3.

⁽⁷⁾ E (SN/EP/6777), 10 de dezembro de 2013.

⁽⁸⁾ Serviço de Estudos do Parlamento Europeu, *ISDS and prospects for reform* (RLIE — Perspetivas de reforma): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/IPOL_BRI\(2015\)_545736_REV1_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/545736/IPOL_BRI(2015)_545736_REV1_EN.pdf)

4. Argumentos a favor da RLIE

4.1. À exceção da Irlanda, todos os Estados-Membros preveem nos respetivos TBI um procedimento de RLIE. Há também cento e noventa TBI entre os Estados-Membros da UE, que representam 16 % de todos os processos de RLIE conhecidos em todo o mundo.

4.2. O mandato de negociação conferido à Comissão Europeia, em 2012, pelos então 27 Estados-Membros inclui o objetivo de concretização da RLIE. O que se pretende é estabelecer um mecanismo de resolução de litígios eficaz e avançado.

4.3. A posição da Comissão Europeia⁽⁹⁾ é a de que a RLIE é um:

- *instrumento importante que visa proteger os investimentos e, por conseguinte, promover e assegurar o crescimento económico na União Europeia;*
- *meio eficaz para garantir o cumprimento das obrigações acordadas entre os nossos parceiros comerciais e os nossos investidores quando concluem tratados de investimento.*

4.4. Uma mesa-redonda organizada pelo Grupo dos Empregadores do CESE sobre a TTIP concluiu, numa declaração comum⁽¹⁰⁾, que um acordo internacional como a TTIP deve criar as condições adequadas para atrair um elevado nível de investimentos futuros no mercado transatlântico. Para tal, há que proporcionar um acesso amplo e um tratamento não discriminatório aos investidores de ambos os lados e melhorar a atual política em matéria de proteção dos investimentos, incluindo o mecanismo de RLIE, tornando-o mais acessível às PME, bem como procurar o justo equilíbrio entre os direitos dos investidores e o direito dos Estados e das autoridades locais de regulamentar no interesse do público. Entre as conclusões de uma reunião conjunta organizada em junho de 2014 sobre o tema das negociações transatlânticas pelas categorias dos Consumidores, Ambiente e Agricultores apontou-se igualmente a necessidade de assegurar que as disposições da TTIP relativas ao mecanismo de RLIE não comprometem de forma alguma a capacidade dos Estados-Membros da UE para legislar no interesse dos seus cidadãos.

4.5. A necessidade de um mecanismo de RLIE é sentida pelas comunidades empresariais de ambos os lados do Atlântico, que veem nela uma garantia fundamental para os investidores estrangeiros, invocando que:

- *é um elemento essencial da proteção dos investimentos, que prevê um mecanismo de resolução de litígios neutro e assente em factos, com normas para promover o cumprimento e prevenir ações abusivas;*
- *ajuda a determinar o direito dos Estados de regulamentar e o direito de proteção dos investidores ao abrigo do direito internacional.*

4.6. Consideram ainda que a RLIE só deve ser usada como último recurso em casos extremos, caso tenham falhado todas as outras possibilidades, e assinalam que cerca de noventa por cento dos TBI nunca foram utilizados para interposição de uma ação por parte dos investidores. Embora o volume de investimento direto estrangeiro em todo o mundo seja superior a 25 biliões de dólares, desde 1987 registaram-se apenas cerca de quinhentos casos. A arbitragem apenas pode exigir uma compensação pecuniária. Os árbitros não têm a possibilidade de alterar a legislação nem as medidas adotadas pelos Estados⁽¹¹⁾.

4.7. A comunidade empresarial também considera que um sistema de RLIE moderno e funcional é igualmente importante para as PME, que foram as autoras de 22 % das ações instauradas em todo o mundo⁽¹²⁾.

4.8. Pese embora os apelos da comunidade empresarial para que seja negociado um acordo de investimento liberal⁽¹³⁾, reconhece-se que devem ser tomadas medidas para tornar a RLIE num instrumento mais eficaz, moderno, previsível e transparente, incluindo a clarificação da definição de conceitos importantes, tais como «investidor/investimento», «tratamento justo e equitativo» e «expropriação indireta»⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Ficha informativa da Comissão Europeia sobre a RLIE, ponto 2, 3 de outubro de 2013.

⁽¹⁰⁾ Mesa-redonda do CESE — Declaração comum sobre a TTIP, 16 de dezembro de 2014.

⁽¹¹⁾ Business Europe, *ISDS — Overview of BusinessEurope position* (RLIE — Panorâmica da posição da BusinessEurope), fevereiro de 2015.

⁽¹²⁾ *Idem* e documento de posição da Eurochambres, *Views and priorities for the negotiations with the US for a TTIP* (Pontos de vista e prioridades para as negociações com os Estados Unidos da TTIP), 6 de dezembro de 2013.

⁽¹³⁾ Conselho Empresarial Transatlântico, *Comments of the TBC regarding the proposed TTIP* (Observações do Conselho Empresarial Transatlântico sobre a proposta de TTIP), 10 de maio de 2013.

⁽¹⁴⁾ Business Europe, *TTIP — An Indispensable Tool to Protect Investors* (TTIP: Um instrumento indispensável para proteger os investidores), 2 de maio de 2014. *ISDS — Overview of BusinessEurope position* (RLIE — Panorâmica da posição da BusinessEurope), fevereiro de 2015.

4.9. Atendendo ao elevadíssimo perfil das negociações para a TTIP, o CETA e o acordo de comércio livre UE-Japão, tem sido argumentado que a eventual incapacidade de alcançar um acordo negociado terá um impacto muito negativo nas perspetivas de negociação de uma cláusula referente à RLIE a inserir nos TBI a celebrar, uma vez que cada acordo terá impacto nos acordos que se seguirão.

5. Preocupações manifestadas e oposição

5.1. Noutros domínios essenciais da sociedade civil não há este apoio à RLIE. No entanto, é notório um amplo consenso quanto à necessidade de proteger os investidores estrangeiros contra a expropriação direta e a discriminação, os quais devem ter acesso às mesmas oportunidades que os investidores nacionais.

5.2. Os sindicatos, as organizações não governamentais (ONG) e as organizações que operam nas áreas da defesa do consumidor, do ambiente e da saúde pública manifestam forte oposição à parceria transatlântica.

5.3. A principal preocupação é a de que o sistema de RLIE prove não ser adequado ao objetivo e eleve o capital transnacional a um patamar jurídico equivalente ao de um Estado soberano. No entanto, o Comité assinala que, quando dois países pretendem reforçar as suas relações económicas de forma recíproca através de um AII, se comprometem a garantir um determinado nível de tratamento aos investidores e investimentos da outra parte.

5.4. A RLIE, que começou por ser um instrumento para apoiar o investimento direto estrangeiro na obtenção de compensação por expropriação direta da propriedade privada pelos governos nacionais de países em desenvolvimento com um sistema judicial ineficiente, acabou por se tornar num mecanismo que:

- altera fundamentalmente o equilíbrio de poder entre investidores, Estados e outras partes afetadas;
- sobrepõe os direitos empresariais ao direito dos governos de regulamentar e ao direito soberano das nações de determinar os seus assuntos internos.

5.5. A conceção de expropriação foi sendo ampliada para incluir medidas equivalentes a uma *expropriação*, a uma *expropriação indireta* e a uma *expropriação do direito de regulamentar*. Assim, passou a ser admitida a introdução de ações de reparação contra qualquer medida estatal potencialmente suscetível de afetar os lucros, os lucros futuros ou a expectativa razoável de lucro, mesmo quando a política ou a medida é de caráter geral e não se aplica a um investimento específico.

5.6. Sentenças contrárias proferidas por tribunais nacionais têm sido classificadas de «expropriações», por exemplo a ação judicial, no montante de quinhentos milhões de dólares, intentada pelo gigante farmacêutico norte-americano Eli Lilly contra o Canadá, alegando que as decisões do Tribunal Federal referentes a dois medicamentos patenteados violam os direitos de investimento da empresa. Esta foi a primeira vez que uma empresa farmacêutica titular de patentes tentou utilizar os privilégios extraordinários derivados de acordos comerciais dos Estados Unidos como instrumento para reforçar o monopólio de proteção das patentes⁽¹⁵⁾.

5.7. Atualmente, há escritórios de advogados especializados em direito das sociedades que prestam assessoria e tiram partido de processos que pouco têm a ver com a expropriação da propriedade privada. Este aumento acentuado de litígios deve-se a um punhado de escritórios de advogados especializados em investimentos, que dominam o setor.

5.8. A RLIE é necessária na TTIP?

5.8.1. É difícil sustentar que na TTIP os investidores têm motivo para se preocuparem com os sistemas jurídicos nacionais. Tanto a UE como os Estados Unidos dispõem de sistemas jurídicos enraizados e sólidos. Não há nenhum motivo óbvio que obste à proteção adequada dos direitos em matéria de IDE através da introdução de uma simples regra de proteção jurídica não discriminatória e de igualdade de acesso aos tribunais nacionais. O mesmo se aplica ao Canadá e ao Japão. Se se revelar difícil fazer cumprir os direitos internacionais através de negociação ou mediação ou nos tribunais nacionais nestas democracias altamente desenvolvidas, a questão deve ser resolvida antes de mais por um mecanismo de resolução entre os Estados.

⁽¹⁵⁾ <https://www.citizen.org/eli-lilly-investor-state-factsheet>

5.8.2. Um relatório da *London School of Economics*, que analisa o modelo de TBI de 2012 dos Estados Unidos, concluiu que há um número significativo de domínios específicos em que o TBI dos Estados Unidos vai mais além da legislação do Reino Unido. Assim, e tendo em conta o nível de investimento dos Estados Unidos no Reino Unido, o CESE considera haver um risco elevado de o abandono ou a modificação de futuras políticas preferenciais, em virtude de objeções dos investidores dos Estados Unidos no Reino Unido, resultar em custos políticos para este último.

5.8.3. Não é credível alegar que a falta de um mecanismo de RLIE constitui um obstáculo ao investimento estrangeiro. O volume de investimento estrangeiro varia consideravelmente na UE. Alguns dos Estados-Membros da UE que têm mecanismos de RLIE no âmbito de TBI com os Estados Unidos são os que beneficiam menos do investimento estrangeiro dos Estados Unidos:

- o volume de IDE entre os Estados Unidos e a UE representa atualmente mais de 2,5 biliões de dólares (1,5 biliões de euros) em ambos os sentidos. Só a Bélgica conta com um nível de IDE dos Estados Unidos quatro vezes superior ao da China;
- o Brasil, o maior beneficiário de IDE da América Latina, não celebrou nenhum acordo de investimento que preveja a RLIE;
- a Austrália é o exemplo de que um país pode excluir de forma credível a proteção dos investimentos de um acordo comercial com um país (Estados Unidos), mas prevê-la noutra (Coreia). Não há nenhuma razão que impeça a UE de fazer o mesmo.

5.8.4. É extremamente duvidoso que o facto de a TTPI não prever um mecanismo de RLIE possa comprometer a possibilidade de a UE incluir uma cláusula sobre esta matéria em futuros investimentos bilaterais e acordos de investimento com países não pertencentes à OCDE, como a China. A China já criou uma densa rede de mais de cento e trinta TBI (incluindo com vinte e seis Estados-Membros da UE). Tanto a China como a UE estão interessadas em concluir um acordo deste tipo. Mas a questão que aqui se põe é a de saber se será do interesse da UE autorizar as empresas estatais chinesas, que são essencialmente um braço do Governo chinês, a recorrer à RLIE para contestarem as políticas governamentais. Tal permitiria a um país estrangeiro recorrer àquilo que é suposto ser um procedimento comercial para tratar questões que devem ser resolvidas através da negociação e da diplomacia.

5.8.5. Um documento pormenorizado, publicado em março de 2015 pelo Centro de Estudos de Política Europeia, pelo Centro para as Relações Transatlânticas e pela Universidade Johns Hopkins, concluiu que inserir um capítulo sobre a proteção do investimento no âmbito da TTIP que preveja uma cláusula de RLIE não deverá trazer benefícios económicos ou políticos significativos para a UE. A nossa análise sugere igualmente que a inclusão de tais disposições resultaria em consideráveis custos económicos e políticos para a UE. Embora seja importante não exagerar a dimensão dos custos potenciais, a nossa avaliação geral é de que, muito provavelmente, os custos para a UE serão superiores aos benefícios que possa obter. Por conseguinte, a menos que a RLIE seja acompanhada de importantes concessões por parte dos Estados Unidos para compensar os custos decorrentes da RLIE, a UE deveria, por uma questão de prudência, avaliar as alternativas ⁽¹⁶⁾.

5.9. Cenário político atual

5.9.1. A África do Sul, a Bolívia, o Equador, a Venezuela e a Indonésia começaram a anular ou a suprimir progressivamente os TBI que haviam concluído. A Índia também estará a rever os seus tratados e, na sequência do caso da Philip Morris, a Austrália anunciou que não aceitará a inclusão de uma cláusula de RLIE em futuros acordos.

5.9.2. A Conferência Nacional de Legisladores, que representa os cinquenta órgãos parlamentares de Estado dos Estados Unidos, anunciou ⁽¹⁷⁾ que não apoiará nenhum acordo comercial que preveja a resolução de litígios entre os investidores e o Estado, uma vez que tal interfere na sua capacidade, enquanto legisladores do Estado, de adotar e executar regras equitativas e não discriminatórias que protejam a saúde pública, a segurança e o bem-estar, assegurem a saúde e a segurança dos trabalhadores e protejam o ambiente.

⁽¹⁶⁾ Transatlantic Investment Treaty Protection (Proteção do Investimento Transatlântico), publicado em simultâneo nos sítios *web* do Centro de Estudos de Política Europeia (www.ceps.eu) e do Centro para as Relações Transatlânticas (<http://transatlantic.sais-jhu.edu>).

⁽¹⁷⁾ <http://www.citizen.org/documents/State-Legislators-letter-on-Investor-State-and-TPP.pdf>

5.9.3. A resistência à RLIE também está a aumentar na Europa. Vejam-se os casos da Alemanha, Áustria, Grécia e França, que questionam os direitos dos investidores no quadro da TTIP.

5.9.4. Os membros da influente Comissão do Comércio Internacional do Parlamento Europeu (INTA) lançaram vários avisos, apelando à supressão da RLIE na TTIP.

5.9.5. O Comité das Regiões (CR) adverte que a criação de um mecanismo de RLIE entre a UE e os Estados Unidos, que contorna os órgãos jurisdicionais comuns, tem associados riscos elevados, pelo que é dispensável ⁽¹⁸⁾.

5.9.6. Esta posição reflete também o ponto de vista de inúmeras organizações da sociedade civil europeia que se opõem à RLIE no âmbito da TTIP. Um dos argumentos-chave é que um investidor que recorra primeiro ao sistema jurídico nacional para obtenção de uma decisão final poderá, ainda, vir a interpor uma ação perante um tribunal de investimento. Este tribunal converte-se assim em juiz de última instância, o que é considerado um anátema da democracia.

6. Consulta pública da Comissão Europeia sobre a proteção dos investidores e a RLIE no âmbito da TTIP

6.1. O CESE congratula-se com a decisão da Comissão Europeia de lançar uma consulta pública sobre a RLIE no TTIP. Se excluirmos os questionários enviados mais de uma vez, foram recebidas 143 053 respostas, o que demonstra o interesse que este tema desperta junto do público. O documento de trabalho dos serviços da Comissão publicado em janeiro de 2015 fornece uma análise aprofundada do conteúdo e da substância do contributo do público ⁽¹⁹⁾.

6.2. A consulta baseou-se num texto de referência sobre o AECG. Lamentavelmente este projeto de acordo e o projeto de acordo com Singapura não foram objeto de consulta pública. No entanto, o facto de o AECG, cujas negociações haviam já sido concluídas, ter sido utilizado como base para uma consulta pública apesar de a decisão já estar tomada, suscitou alguns receios de que a consulta pública fosse pouco mais do que uma formalidade, destinada a dar um «selo de aprovação» à nova geração de acordos de investimento propostos pela UE. Este receio é agravado pelo facto de o documento de consulta se centrar nas modalidades e não contemplar nenhuma questão específica quanto ao princípio da inclusão da RLIE na TTIP. No entanto, a consulta teve por objetivo conhecer a opinião das partes interessadas sobre as formas de melhorar a RLIE na TTIP.

6.3. A consulta acrescentou muito pouco à profusão de informações já disponíveis na sequência do vivo debate público em linha sobre a RLIE. No entanto, tratou-se de um exercício extremamente útil para criar um fio condutor entre as diferentes linhas de argumentação e para dar à sociedade civil a oportunidade contribuir diretamente.

6.4. É de lamentar que alguns partidários da RLIE tenham feito tábua rasa de 97 % das respostas enviadas de forma coletiva através das várias plataformas em linha. As respostas coletivas fazem legitimamente parte da consulta pública. O CESE congratula-se com a garantia dada pela Comissão Europeia de que todas as respostas foram tidas em conta numa base de igualdade.

6.5. O CESE assinala que menos de um por cento dos inquiridos afirmou ser investidor nos Estados Unidos, mas não considera este facto preocupante. Em questões como a democracia e o direito soberano dos Estados de determinar os seus assuntos internos, é essencial e indispensável obter o contributo e a vasta opinião da sociedade civil.

6.6. A Comissão Europeia identificou quatro domínios que devem ainda ser melhorados:

- proteção do direito de regulamentar;
- criação e funcionamento de tribunais arbitrais;
- relação entre os sistemas judiciais nacionais e a RLIE;
- revisão das decisões tomadas no âmbito do procedimento de RLIE através de um mecanismo de recurso.

⁽¹⁸⁾ Ver o parecer do CR, adotado em fevereiro de 2015, sobre a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) — ECOS-V-063.

⁽¹⁹⁾ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf

Estes domínios são desenvolvidos no documento de reflexão «O investimento no âmbito da TTIP e mais além — a via para a reforma», apresentado pela comissária Cecilia Malmström ao Parlamento Europeu e ao Conselho em maio de 2015.

6.7. O EESC observa com surpresa que, na reunião de diálogo com a sociedade civil, em 18 de maio, se confirmou que o modelo de proteção dos investidores atualmente em uso nas negociações do acordo do comércio livre (ACL) com o Japão é o acordado no âmbito do AECG. Dado que a comissária, no seu documento de reflexão «O investimento no âmbito da TTIP e mais além — a via para a reforma», apresentado ao Parlamento Europeu em 6 de maio, identificou inúmeros domínios passíveis de melhoria no texto do AECG, o Comité manifesta-se apreensivo pelo facto de ele continuar a constituir a base para a negociação com um parceiro global tão importante como o Japão.

7. Direito de regulamentar

7.1. Preocupa o CESE que, na sua resposta à consulta pública, o Fórum Europeu dos Serviços apele a uma redução ao mínimo das exceções e limitações e a que a Comissão Europeia utilize o mandato de negociação que lhe é conferido pelo Tratado de Lisboa para melhorar e reforçar, e não para diluir, a RLIE. Solicita-se, nomeadamente, a previsão de cláusulas sem reservas de nação mais favorecida, de tratamento nacional e de tratamento justo e equitativo, assim como uma cláusula de proteção abrangente, a inexistência de exceções para setores específicos e de mecanismos de filtragem, e uma compensação integral pela apropriação direta e indireta⁽²⁰⁾.

7.2. A RLIE é cada vez mais utilizada para contornar os sistemas jurídicos nacionais e para processar os governos em tribunais internacionais privados, exigindo compensações, a serem suportadas pelos contribuintes, por políticas de interesse público que, alegadamente, limitam os lucros. Este fenómeno ocorre particularmente nos domínios da proteção da saúde e do ambiente.

7.3. Alguns casos recentes de grande notoriedade reforçaram a oposição à RLIE:

- Philip Morris contra a Austrália num processo cujo objeto foram as embalagens de cigarros. A empresa argumenta ter ficado privada do valor do seu investimento em marcas registadas e outros tipos de propriedade intelectual.
- Com base em disposições do TCE, a Vattenfall reclama à Alemanha mais de 3,7 mil milhões de dólares como contrapartida da decisão de abandonar progressivamente a energia nuclear.
- Lone Pine contra o Canadá: a primeira reclama 250 milhões de dólares canadianos após a província do Quebec ter imposto uma moratória sobre a fraturação hidráulica por questões ambientais.
- Veolia contra o Egipto num processo que tem por objeto a decisão deste país de aumentar o salário mínimo, com base no argumento de que isso afeta os lucros da empresa.
- A Líbia foi condenada ao pagamento de 935 milhões de dólares a uma empresa koweitiana por lucros cessantes de oportunidades reais e seguras como resultado da anulação de um projeto de turismo⁽²¹⁾. O investidor apenas tinha investido 5 milhões de dólares no projeto e a construção nunca arrancou.
- A Roménia foi processada pela Micula na sequência de um investimento que efetuou antes de o país aderir à UE e para o qual recebeu um incentivo do governo a favor das empresas. Face à sua adesão e a fim de assegurar o respeito pelas regras em matéria de auxílio estatal, a Roménia interrompeu o seu programa de incentivos. O Tribunal acordou uma compensação de 116 mil dólares acrescidos de juros (total estimado de 250 mil dólares) pelo não respeito das obrigações decorrentes do TBI. Em 2014, a DG Concorrência emitiu uma injunção proibindo provisoriamente a Roménia de pagar este valor, dado que tal seria considerado um auxílio estatal ilegal. Não obstante, os árbitros autorizaram a Micula a exigir uma compensação junto dos tribunais dos Estados Unidos, recorrendo a uma cláusula de remissão para a Convenção de Nova Iorque.

⁽²⁰⁾ Resposta do Fórum dos Serviços Europeu à consulta pública sobre a RLIE, 20 de junho de 2014.

⁽²¹⁾ <http://www.iisd.org/itn/2014/01/19/awards-and-decisions-14/>

7.4. Os tratados de investimento proíbem quaisquer restrições ao repatriamento de fundos ou lucros. Os governos não podem impor controlos à circulação de capitais para impedir ataques às suas moedas ou restringir os fluxos de capitais flutuantes em situações de crise, não obstante o FMI considerar que esses controlos são uma medida política imprescindível. Nenhum país foi mais afetado por processos de RLIE do que a Argentina, que teve de pagar mais de quinhentos milhões de dólares na sequência da sua decisão de dissociar o peso do dólar em 2002.

7.5. O capítulo 11 do AECG (comércio transfronteiras de serviços) prevê algumas exceções para os serviços públicos. No entanto, estes serviços não beneficiam de qualquer isenção ou exceção no capítulo 10 (proteção dos investimentos). Embora, em princípio, seja legítimo proteger os investidores dos atos arbitrários das autoridades estatais, a definição de «expropriação» e, em especial, de «expropriação indireta» suscita inquietude quanto à capacidade de os Estados voltarem a chamar a si, por motivos legítimos de política pública, atividades atualmente exercidas por entidades comerciais. Nos termos do capítulo 10, «expropriação» inclui toda a legislação que tenha por efeito diminuir o valor das empresas privadas. A compensação deve traduzir a «perda real». Tal poderia tornar economicamente proibitiva a possibilidade de os Estados retomarem a prestação de serviços.

7.6. No AECG reconhece-se que a definição de expropriação indireta é demasiado geral e o anexo X.11, ponto 3, procura clarificar a questão definindo os objetivos de política pública que não constituiriam uma expropriação indireta, como a saúde, a segurança ou o ambiente. Há, no entanto, o perigo de que esta disposição possa ser interpretada como sendo prescritiva, permitindo que outros objetivos mais vastos de política pública, como a política económica e orçamental ou a renacionalização de serviços-chave, possam ser objeto de processos por expropriação indireta no âmbito da RLIE. É fundamental esclarecer esta questão.

7.7. Ao anunciar os seus planos para impedir os investidores de abusar da RLIE, a Comissão Europeia afirma que gostaria de incluir na TTIP cláusulas para evitar ações improcedentes⁽²²⁾. O projeto de AECG também prevê um procedimento acelerado para indeferir processos infundados e improcedentes. No entanto, a definição do termo «improcedente» na terminologia estritamente jurídica será extremamente difícil e os advogados especializados em investimentos poderão encontrar aí um terreno fértil.

7.8. O projeto de AECG também inclui uma definição estrita de «tratamento justo e equitativo». Os críticos da RLIE consideram-na demasiado abrangente e a comunidade empresarial entende que não é suficientemente flexível. Esta ainda oferece ao tribunal uma margem de interpretação e carece de um mecanismo flexível de revisão.

7.9. A simples ameaça de um processo no âmbito da RLIE pode gerar um impeditivo regulamentar que inibe os governos de regulamentar em prol do interesse público por receio de litígios e dos custos de compensação daí resultantes. Por exemplo, o Governo da Nova Zelândia suspendeu a sua própria legislação em matéria de embalagens uniformizadas de tabaco até que seja proferida a decisão no processo da Philip Morris contra a Austrália.

7.10. Numa nota de informação do escritório de advogados Freshfields Bruckhaus Deringer aos seus clientes internacionais, sustentava-se que as empresas estão hoje mais atentas à importância que podem ter os tratados de investimento, uma vez que estes constituem não só uma proteção de última instância quando as coisas correm mal, mas também um importante instrumento de mitigação do risco inicial quando do lançamento dos investimentos.

7.11. Embora a Comissão Europeia se tenha comprometido a assegurar que, no âmbito de futuros acordos comerciais e de investimento da UE, um Estado não pode ser obrigado a revogar uma medida, tal ignora o potencial impacto da ameaça de uma sanção pecuniária colossal uma vez intentada uma ação em que estejam em jogo muitos milhares de milhões de dólares.

7.12. O projeto de AECG prevê também que os custos decorrentes da arbitragem devem ser suportados pela parte vencida no litígio. Isto significa que as partes que movam processos manifestamente infundados terão de suportar todos os custos. No entanto, tendo em conta os potenciais ganhos e dada a magnitude de muitos dos processos mais recentes, é pouco provável que tal dissuada as empresas multinacionais, a quem não falta liquidez, e os escritórios de advogados especializados. Em contrapartida, o custo médio de 4 milhões de dólares a suportar por cada parte constitui um fator dissuasor importante para as PME quando estas pretendam mover uma ação ao abrigo das cláusulas referentes à RLIE.

⁽²²⁾ Ficha informativa da Comissão Europeia sobre a RLIE, ponto 8, publicada em 3 de outubro de 2013.

8. Criação e funcionamento de tribunais arbitrais

8.1. O sistema vigente é explicado no ponto 3. Trata-se de uma questão que suscitou uma grande preocupação na consulta.

Há um consenso geral de que a RLIE não pode prosseguir na sua forma atual.

8.2. *Árbitros de investimento*

8.2.1. Os árbitros de cada processo são nomeados por ambas as partes, que escolhem o seu árbitro e têm de chegar a acordo quanto a um terceiro. Caso não cheguem a acordo, é geralmente uma autoridade de nomeação que decide. Isto difere do que sucede com os juízes nacionais, que são nomeados sem qualquer intervenção das partes. Normalmente provêm do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (CIRDI) e da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) e são membros eminentes da profissão jurídica, nomeadamente advogados experientes, professores catedráticos e antigos juízes. Contrariamente à prática em vigor na OMC, nada indica que em processos que envolvam outros Estados tenham sido escolhidos para árbitros advogados de defesa em matéria de RLIE ou negociadores de tratados de investimento oriundos dos círculos governamentais.

8.2.2. Como assinalado pelo *Corporate Europe Observatory* (CEO) ⁽²³⁾, muitos deles também prestaram aconselhamento a uma das partes noutros processos: 50 % a investidores, 10 % aos Estados. Por vezes, considera-se que esta inversão de papéis no âmbito de um grupo relativamente restrito (quinze advogados desempenharam o papel de árbitros em 55 % dos casos) ⁽²⁴⁾ cria uma solidariedade corporativa mútua que pode resultar em «compromissos pouco saudáveis» ⁽²⁵⁾. Um aumento da contestação pela parte oponente dos árbitros propostos indica que há preocupação quanto à imparcialidade do grupo de candidatos ⁽²⁶⁾.

8.3. Ainda que, de uma forma geral, se reconheça que as cláusulas do AECG relativas à seleção e conduta dos árbitros e ao desenrolar dos processos foram melhoradas em certos domínios, é manifesto que não têm o amplo apoio da sociedade civil. Há uma grande apreensão quanto à criação e ao funcionamento dos tribunais arbitrais:

- As propostas do Estado para regulamentar em prol do interesse público poderão ser ainda sujeitas a um pedido de indemnização, que será avaliado por um painel de três advogados privados.
- As garantias em matéria de conflitos de interesses são frágeis e pouco contribuem para dissipar os receios de que possam deixar de existir no âmbito de um sistema de RLIE. O artigo X.25 do AECG estipula que os árbitros devem respeitar as orientações da Ordem dos Advogados Internacional (*International Bar Association*) em matéria de conflitos de interesses no quadro de uma arbitragem internacional. No entanto, isto não resolve o problema fundamental de, em processos diferentes, pessoas concretas intervirem enquanto advogados e árbitros de uma mesma parte, que é a questão principal do conflito de interesses.
- O projeto de AECG prevê que as regras de transparência da CNUDCI, se apliquem à divulgação de informações ao público e que as audições sejam abertas ao público. Este esforço de transparência, à primeira vista animador, é fortemente moderado pelo facto de o tribunal dispor de um amplo poder de apreciação para realizar audições à porta fechada e para não divulgar documentos.

⁽²³⁾ O *Corporate Europe Observatory* é um grupo de participação ativa e de investigação sem fins lucrativos que faz investigação e publica relatórios sobre as atividades de lóbi a nível da UE (<http://corporateeurope.org/>).

⁽²⁴⁾ Serviço de Estudos do Parlamento Europeu, *ISDS State of Play and Prospects for Reform* (Ponto da situação da RLIE e perspetivas de reforma), 21 de janeiro de 2014.

⁽²⁵⁾ *OECD Working Papers on International Investment* (Documentos de Trabalho da OCDE sobre Investimento Internacional) 2012/3, p. 44-45.

⁽²⁶⁾ CNUED, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap* (Reforma da resolução de litígios entre os investidores e o Estado: Em busca de um roteiro), *Issues Note* n.º 2, junho de 2013, p. 4.

9. Relação entre os sistemas judiciais nacionais e a RLIE

9.1. Os IDE beneficiam atualmente de um direito quase ímpar que permite a qualquer um levar um Estado à arbitragem ao abrigo do direito internacional. A legislação em matéria de direitos humanos acorda direitos específicos mas, em grande medida para evitar o contorno dos sistemas jurisdicionais nacionais, o queixoso deve esgotar as vias de recurso internas antes de poder intentar uma ação perante um tribunal internacional. O AECG não exige o esgotamento das vias de recurso internas. Os investidores só têm o dever de consulta.

9.2. Os Estados-Membros assinalaram as principais preocupações que a RLIE, tal como inscrita no AECG e prevista para a TTIP⁽²⁷⁾, levanta de um ponto de vista dos Tratados e do direito constitucional. As melhorias propostas até à data em matéria de RLIE nos TBI não deram resposta a estas preocupações⁽²⁸⁾. Na sua política comercial (artigos 205.º e 207.º do TFUE), a UE está vinculada pelos princípios consagrados no artigo 3.º do TUE, na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e noutras normas jurídicas da União Europeia.

No entanto, no quadro de um acordo de comércio, em que os litígios em matéria de investimento são dirimidos por processos de arbitragem internacionais que não estão vinculados da mesma forma, é possível que sejam proferidas decisões que não cumpram a legislação da UE (ver ponto 7.3 — Micula contra a Roménia).

9.3. É possível que esta delegação de competências nos tribunais de arbitragem privados, que não estão vinculados pelos princípios da UE, não esteja coberta pelo Tratado de Lisboa e exceda largamente as competências previstas. O TJUE condicionou o estabelecimento desta jurisdição internacional à inexistência de violação do princípio do respeito da autonomia do sistema jurídico da UE e da repartição de competências estabelecida pelos Tratados⁽²⁹⁾.

9.4. Uma vez que a RLIE da TTIP tem de ser estabelecida no quadro de um acordo misto, é necessário o consentimento dos 28 parlamentos dos Estados-Membros antes da sua entrada em vigor (provisória). O princípio da subsidiariedade deve ser tido em conta no que toca à exclusão dos tribunais nacionais.

9.5. Cabe reconhecer que há uma tensão entre o direito da UE e o direito internacional, designadamente no que se refere ao monopólio jurisdicional do TJUE (artigo 19.º do TUE e artigos 263.º e seguintes do TFUE). O parecer do TJUE sobre a adesão da UE à Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁽³⁰⁾ e a abordagem da Comissão Europeia, que reclama a prevalência do direito da UE no processo «Micula contra a Roménia», são prova disso mesmo. O artigo 14.16 do projeto de AECG nega o efeito direto do acordo e exige que as suas disposições sejam incorporadas na legislação da UE ou dos Estados-Membros, de forma a serem invocadas pelos investidores. Esta situação complica ainda mais as relações entre o ordenamento jurídico da UE e os processos de RLIE julgados pelos tribunais arbitrais.

9.6. No que diz respeito à instituição do primeiro mecanismo de RLIE em tratados de comércio livre da UE com um impacto mundial para os Estados-Membros e muitos cidadãos da UE, o CESE considera que é imprescindível que o TJUE analise previamente a sua conformidade com o direito da UE. Este aspeto é particularmente importante de um ponto de vista dos valores fundamentais da UE e da Carta dos Direitos Fundamentais, assim como do monopólio do TJUE em matéria de interpretação jurídica e subsidiariedade. Por conseguinte, importa obter um parecer jurídico adequado e tê-lo em consideração antes da entrada em vigor do acordo, inclusivamente a título provisório (artigo 218.º do TFUE). A este respeito, é de notar que, se entrar em vigor, o AECG inclui uma cláusula de sobrevivência que, em caso de denúncia, prorroga as suas disposições por um período de vinte anos para investimentos efetuados antes da denúncia.

⁽²⁷⁾ Parecer jurídico: *Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben für das Comprehensive Economic and Trade Agreement der EU und Kanada (CETA)* [Disposições constitucionais e da legislação da UE para o Acordo Económico e Comercial Global (AECG) entre a UE e o Canadá], Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Brema, outubro de 2014; *Modalities for investment protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP from a trade union perspective* [Modalidades de proteção do investimento e resolução de litígios entre os investidores e o Estado (RLIE) na TTIP de um ponto de vista sindical], Prof. Dr. Markus Krajewski, Universidade Friedrich-Alexander, Erlangen-Nuremberga, FES, outubro de 2014; *Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit* (Acordos de comércio livre: algumas observações sobre a questão das arbitragens privadas), Prof. Dr. Siegfried Broß, Relatório sobre a promoção da codeterminação (*Mitbestimmungsförderung*), n.º 4, H.Böckler Stiftung, 2015.

⁽²⁸⁾ CETA: *Verkaufte Demokratie* (AECG: Democracia vendida), Observatório Europeu para as PME.

⁽²⁹⁾ TJUE, parecer 1/91 de 14.12.1991 — EEE 1; parecer 1/00 de 18.4.2002 — EACE; parecer 1/09 de 8.3.2011 — Tribunal de Patentes.

⁽³⁰⁾ Parecer 2/13 do TJUE, de 18 de dezembro de 2013.

9.7. É urgente que a Comissão Europeia reflita sobre a forma de lidar com os TBI em vigor entre os Estados-Membros da UE e entre estes e países terceiros, especialmente os países desenvolvidos, como os Estados Unidos e o Canadá, que preveem mecanismos de RLIE não reformados e que atualmente podem ser utilizados para recusar o direito do Estado de regulamentar e de desenvolver políticas públicas legítimas. A maior parte destes acordos também prevê cláusulas de sobrevivência, que complicam ainda mais o processo de denúncia.

10. Mecanismo de recurso

10.1. A consulta pública revelou que a sociedade civil é largamente a favor de um mecanismo de recurso, apoio esse reafirmado por ocasião da audição pública organizada pelo CESE.

10.2. A proposta de AECG não prevê qualquer sistema de recurso. No entanto, abre a possibilidade de se criar tal sistema. O AECG não prevê consultas futuras sobre sistemas e meios de recurso. Esta perspetiva de deixar ficar para as «calendas gregas» retira importância à questão. Há que encontrar uma solução urgentemente.

10.3. Em princípio a decisão proferida por um tribunal é definitiva e só pode ser revista ou anulada em circunstâncias muito excecionais⁽³¹⁾. Esta situação está muito distante da realidade dos sistemas judiciais nacionais e não permite dar resposta às preocupações expressas na consulta.

11. Como reformar o sistema da RLIE

11.1. A CNUCED determinou cinco opções para reformar a RLIE:

- adaptar os sistemas existentes através de acordos internacionais de investimento;
- limitar o acesso dos investidores à RLIE;
- promover a resolução estatal alternativa;
- introduzir um mecanismo de recurso;
- criar um tribunal internacional para os investimentos permanente.

11.2. O CESE considera que estas opções merecem uma análise aprofundada. A Comissão Europeia debruçou-se sobre estas primeiras quatro opções quando procurava definir uma nova abordagem da proteção do investimento e da RLIE no projeto de AECG e no projeto de acordo entre a UE e Singapura. O processo de consulta demonstrou que subsistem receios profundamente enraizados. O Comité considera que a ideia de criar um tribunal internacional para os investimentos constitui a melhor solução, uma vez que contribuiria de forma significativa para garantir a legitimidade e a transparência do sistema e resultaria numa interpretação mais coerente e em decisões mais corretas. Neste contexto, o CESE congratula-se com a declaração feita pelo comissário responsável pelo Comércio perante a Comissão INTA, em 18 de março, em que afirma que um tribunal multilateral teria mais legitimidade e utilizaria os recursos de forma mais eficaz.

11.3. Contudo, o CESE considera que não é viável prosseguir paralelamente as negociações sobre a RLIE no âmbito da TTIP com uma opção a médio prazo de um tribunal internacional para os investimentos. Se se chegar a acordo no âmbito da TTIP, é muito provável que este se converta na referência máxima, comprometendo qualquer possibilidade de obter apoios para um tribunal internacional. A situação é ainda mais complicada pelo facto de a TTIP não ser diretamente aplicável no AECG. É importante sublinhar que as negociações sobre o AECG foram concluídas e que não há garantias de que o Governo canadiano dê o seu acordo à incorporação das alterações acordadas na TTIP.

⁽³¹⁾ Convenção CIRDI, artigo 52.º

11.4. Ao adotar a atual estratégia, a Comissão Europeia poderá ver a sua primeira experiência em negociações sobre a proteção dos investidores resultar em três sistemas diferentes, aplicáveis respetivamente aos Estados Unidos, ao Canadá e a Singapura. Por outro lado, se a Comissão não lograr estabelecer um sistema uniforme, serão necessárias negociações muito difíceis até se chegar a um entendimento. O CESE considera que seria então praticamente impossível obter o apoio necessário para recentrar os esforços na criação de um tribunal internacional.

11.5. Por conseguinte, o CESE conclui que esta é uma oportunidade única para se avançar na criação de um tribunal internacional para os investimentos com os principais parceiros mundiais, como os Estados Unidos, o Canadá e o Japão, todos envolvidos nas novas negociações em matéria de comércio e investimentos que decorrem em paralelo. O Comité considera igualmente que esta será a melhor forma de persuadir os países em desenvolvimento, onde a necessidade de proteção dos investidores é certamente maior, a aderirem a um novo sistema global.

Bruxelas, 27 de maio de 2015.

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu
Henri MALOSSE

ANEXO

ao parecer do Comité Económico e Social Europeu

A seguinte proposta de contraparecer, que obteve pelo menos um quarto dos votos, foi rejeitada durante o debate.

Substituir todo o texto do parecer pelo seguinte:**1. Conclusões e recomendações**

1.1. O investimento direto estrangeiro (IDE) dá um contributo importante para o crescimento económico e para o emprego. As empresas que investem noutro país assumem, *ipso facto*, um risco específico, mas as empresas estrangeiras devem estar protegidas contra um tratamento desproporcionado e abusivo por parte do Estado de acolhimento em que investiram, através de práticas como a expropriação direta, a discriminação em função da nacionalidade e o tratamento injusto e desigual em relação aos investidores nacionais. É importante que exista um mecanismo de resolução de litígios imparcial. Os investimentos são amiúde de muito longo prazo e as circunstâncias políticas nos Estados de acolhimento podem mudar.

1.1.1. Um acordo de investimento internacional (AII) entre dois Estados (ou regiões) recai sob a alçada do direito internacional. A sua eficácia requer um mecanismo de resolução de litígios internacional que seja eficiente e equilibrado.

1.1.2. No entanto, na maioria dos AII, o mecanismo de resolução de litígios põe frente a frente empresas a título individual e o Estado de acolhimento através da RLIE (resolução de litígios entre os investidores e o Estado) ⁽¹⁾. A RLIE tem um caráter retrospectivo. Ao contrário do procedimento de resolução de litígios da OMC, um Estado que perca um processo deve apenas pagar uma indemnização, sem ser obrigado a revogar a legislação em causa. O investimento não é uma competência da OMC, tendo sido uma das questões abandonadas nas negociações da Ronda de Doa, em 2003.

1.2. A UE é o maior investidor internacional e o maior beneficiário de investimento estrangeiro, pelo que esta questão se reveste de interesse fundamental para as empresas europeias, incluindo as PME. Por conseguinte, o CESE regozija-se com a posição da Comissão ⁽²⁾, segundo a qual a RLIE é:

- um instrumento importante que visa proteger os investimentos e, por conseguinte, promover e assegurar o crescimento económico na UE;
- um meio eficaz para garantir o cumprimento das obrigações acordadas entre os nossos parceiros comerciais e os nossos investidores quando concluem tratados de investimento.

1.2.1. Uma mesa-redonda organizada pelo Grupo dos Empregadores do CESE sobre a Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) concluiu ⁽³⁾ que um acordo internacional como a TTIP deve criar as condições adequadas para atrair um elevado nível de investimentos futuros no mercado transatlântico. Para tal, há que proporcionar um acesso amplo e um tratamento não discriminatório aos investidores de ambos os lados e melhorar a atual política em matéria de proteção dos investimentos, incluindo o mecanismo de RLIE, tornando-o mais acessível às PME, bem como procurar o justo equilíbrio entre os direitos dos investidores e o direito dos Estados e das autoridades locais de regulamentar no interesse do público.

⁽¹⁾ Cerca de 93 % dos mais de 3 250 AII assinados até à data preveem disposições de RLIE, embora só se tenha recorrido a este procedimento em menos de 100 destes acordos, ou seja, uma percentagem inferior a 3 %.

⁽²⁾ Ficha informativa da Comissão Europeia sobre a RLIE, ponto 2, 3 de outubro de 2013.

⁽³⁾ Mesa-redonda do CESE — Declaração comum sobre a TTIP, 16.12.2014.

1.3. O acordo comercial entre a UE e o Canadá (AECG), ainda não ratificado, inclui um vasto capítulo sobre a proteção do investimento, incluindo disposições de RLIE. Juntamente com o capítulo do Acordo de Comércio Livre UE-Singapura relativo ao investimento ⁽¹⁾, é o primeiro acordo comercial negociado pela UE desde que esta se tornou competente em matéria de investimento em virtude do Tratado de Lisboa, em 2009. Isto contribuiu em muito para dar resposta a algumas preocupações subsistentes, mas é necessário que a RLIE evolua ainda mais.

1.4. À parte o princípio da «nação mais favorecida» (NMF) e da dotação normalmente incluída pela Comissão para fazer face a indemnizações em casos de guerra, revolução e semelhantes, o Comité solicita que a proteção dos investidores nos AII — que inclui a possibilidade de recorrer a RLIE — seja limitada a quatro proteções fundamentais, nomeadamente:

- a proibição de discriminar um investidor com base na sua nacionalidade;
- a garantia de um padrão mínimo de tratamento, geralmente descrito como «justo e equitativo»;
- a compensação imediata, adequada e eficaz em caso de expropriação (não discriminatória e com base num processo justo);
- a possibilidade de transferência de fundos relacionados com o investimento.

1.5. Ao longo do tempo, a utilização da RLIE deu lugar a uma série de abusos, ou perceção de abusos, que precisam de ser sanados. Há que atualizar a RLIE. O Comité congratula-se com as quatro áreas da proteção do investimento e da RLIE que requerem um exame mais aprofundado, conforme identificadas pela Comissão em janeiro de 2015, na sequência da sua consulta pública sobre a proteção do investimento e a RLIE no âmbito da TTIP, após esta questão ter sido incluída no mandato de negociação concedido unanimemente pelos Estados-Membros.

1.5.1. As quatro áreas são:

- proteção do direito do Estado de regulamentar;
- criação e funcionamento de tribunais arbitrais;
- revisão das decisões tomadas no âmbito do procedimento de RLIE através de um mecanismo de recurso;
- relação entre a RLIE e os sistemas judiciais nacionais.

1.5.2. O Comité considera essencial proteger devidamente o **direito do Estado de regulamentar** e eliminar eventuais ambiguidades. Como afirma o parecer do Comité sobre a TTIP ⁽²⁾, é «essencial que quaisquer disposições em matéria de RLIE previstas na TTIP não prejudiquem a capacidade de os Estados-Membros da UE legislarem a favor do interesse público». Os AII anteriores foram elaborados essencialmente tendo em vista a necessidade de proteger os investimentos. Tanto o AECG como o acordo com Singapura afinaram as definições fundamentais de modo a evitar interpretações injustificadas, e ambos referem especificamente no seu preâmbulo o direito de regulamentar. O CESE entende que esta questão deve passar a constar do corpo do texto de todo e qualquer acordo comercial, sob a forma de um artigo específico.

1.5.3. É essencial que os **árbitros dos tribunais de RLIE** sejam totalmente imparciais e não estejam expostos a conflitos de interesses. O Comité insta a que todos os árbitros sejam selecionados a partir de uma lista previamente estabelecida pelas partes do acordo em causa, e que as suas qualificações sejam claramente definidas, determinando, nomeadamente, que estão habilitados para o exercício das funções judiciais e que têm comprovadamente conhecimentos especializados nos domínios pertinentes do direito internacional.

⁽¹⁾ Este acordo também ainda não foi ratificado e é passível de recurso judicial junto do Tribunal de Justiça da União Europeia para determinar se constitui um acordo «misto», em cujo caso requereria a aprovação dos parlamentos de todos os Estados-Membros.

⁽²⁾ Parecer do CESE sobre as «Relações comerciais transatlânticas e o ponto de vista do CESE sobre uma cooperação reforçada e um eventual acordo de comércio livre UE-Estados Unidos» — 4 de junho de 2014 (JO C 424 de 26.11.2014, p. 9).

1.5.4. É igualmente essencial prever um mecanismo de recurso. Os processos que não preveem o direito de recurso são, a justo título, muito raros, embora os hajam nos AII em vigor. O CESE observa que foi feita referência a um mecanismo de recurso nas diretrizes iniciais de negociação da TTIP. A conceção deste mecanismo, nomeadamente os métodos de designação dos membros, as suas qualificações e remuneração, assim como os prazos a aplicar, revestirá uma importância capital. O mecanismo deve abranger erros de direito e erros de facto. Importa ponderar numa fase precoce se é possível tornar um mecanismo bilateral em mecanismo multilateral, recorrendo eventualmente ao modelo do órgão de recurso da OMC. Um mecanismo deste tipo acarretará custos acrescidos que importa ter em consideração.

1.5.5. A relação entre a **RLIE e os sistemas judiciais nacionais** será mais difícil de resolver. Os AII são acordos internacionais e os tribunais nacionais não são necessariamente competentes para interpretar questões de direito internacional. Mesmo o melhor sistema pode cometer erros, mas a duplicação de processos deve ser interdita. Os potenciais litigantes ou fazem uma escolha definitiva no início do processo ou perdem o direito de recorrer aos tribunais nacionais a partir do momento em que recorrerem à RLIE.

1.6. Um **tribunal internacional** multilateral é a solução a mais longo prazo. Este deve ser constituído de forma paralela ao desenvolvimento da RLIE na TTIP e não só. É imperativo garantir uma forma ou outra de proteção internacional dos investidores durante o processo de negociação e constituição de um órgão internacional desta natureza.

1.6.1. Há que assegurar uma massa crítica em favor da criação de um tribunal internacional enquanto objetivo a mais longo prazo para a resolução de litígios em matéria de investimento. Um mecanismo de recurso internacional terá provavelmente uma aceitação mais generalizada se for criado por consenso, o que exige fazer face aos potenciais problemas inerentes que todas as novas instituições internacionais enfrentam, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional.

1.6.2. O CESE alerta contra o perigo da ideia de que, uma vez que todos os membros do «G7» estão atualmente envolvidos nas negociações de AII, deveriam começar a criar separadamente um tribunal internacional. Só será possível atingir uma massa crítica se um número bem mais alargado de países participar desde o início e se deixar a porta aberta para que outros se possam associar quando assim o desejarem.

1.6.3. Entretanto, o CESE recomenda à UE e aos Estados Unidos que trabalhem na constituição de um mecanismo bilateral de resolução de litígios de investimento no âmbito da TTIP.

2. Contexto

2.1. O Comité assinala que, quando dois países pretendem reforçar as suas relações económicas através de um AII, comprometem-se mutuamente a garantir um determinado nível de tratamento aos investidores e investimentos da outra parte. Este compromisso, assumido voluntariamente, precisa, numa fase posterior, de ser submetido a todo um processo de ratificação nacional e não privilegia, de nenhum modo, os interesses das empresas em detrimento do direito dos governos de regulamentar. No entanto, a bem do Estado de direito, os governos têm de respeitar as garantias dadas.

2.2. O Comité reconhece que, embora os Estados envolvidos em negociações procurem incluir disposições para proteger as suas próprias empresas contra ações discriminatórias dos parceiros comerciais, é irrealista para uma empresa lesada esperar que qualquer litígio seja automaticamente tratado entre Estados, elevando assim a questão para o nível político ou diplomático.

2.2.1. Se as empresas dependessem da UE para que os seus litígios fossem dirimidos a nível intergovernamental, raros seriam os litígios que conheceriam uma decisão final e as empresas mais pequenas teriam menos probabilidades de fazer ouvir a sua voz. É pouco provável que haja muitos litígios entre dois sistemas jurídicos democráticos maduros, mas se a resolução de litígios entre Estados se tornasse a regra, o número de processos potenciais estaria condenado a aumentar, o que teria grandes repercussões nos recursos dos Estados.

2.2.2. Como a própria comissária Cecilia Malmström salientou⁽¹⁾ no contexto das negociações sobre a TTIP, o direito internacional não pode ser invocado perante os tribunais dos Estados Unidos e não existe legislação neste país que proíba a discriminação contra investidores estrangeiros. Noutros países, os tribunais nacionais podem ser menos fiáveis.

⁽¹⁾ Parlamento Europeu, 6 de maio.

2.2.3. Investimento não é a mesma coisa que comércio. Nos litígios comerciais, incumbe claramente a um Estado intervir. Estes litígios dizem frequentemente respeito a um determinado tipo de produto, como bananas, painéis solares ou têxteis: o *dumping* é uma questão crucial no quadro do procedimento de resolução de litígios da Organização Mundial do Comércio.

3. Evolução da RLIE

3.1. Embora o número total de processos de RLIE ⁽¹⁾ continue a ser reduzido, o recurso a este mecanismo tem aumentado substancialmente desde 2002. Este aumento tem sido proporcional ao aumento global do investimento direto estrangeiro, que, em 2013, já ultrapassava os 25 biliões de dólares a nível mundial. Os investidores europeus foram os autores de cerca de 50 % de todas as ações intentadas desde 2002. Parte considerável destas ações foi movida por empresas de pequena dimensão ou especializadas ⁽²⁾. É importante que qualquer reforma do procedimento de RLIE o torne mais acessível às PME.

3.1.1. Dos trezentos e cinquenta e seis processos conhecidos transitados em julgado, 25 % foram decididos a favor do investidor e 37 % a favor do Estado. Nos demais chegou-se a acordo ⁽³⁾.

3.2. Alguns problemas — reais ou supostos — originados após uma série de processos de RLIE a nível mundial (dos quais alguns estão ainda em curso) suscitaram uma preocupação crescente junto de grandes camadas da opinião pública na UE, lideradas por sindicatos, ONG e outras organizações, quanto à utilização da RLIE, constatando-se um recrudescimento da oposição à inclusão de um capítulo sobre o investimento e a RLIE na TTIP.

3.3. Sem a reforma da RLIE e a inclusão de um capítulo consagrado ao investimento na TTIP, o Comité assinala que as anteriores disposições, resultantes de 1 400 tratados bilaterais de investimento (TBI) negociados por cada Estado-Membro (com exceção da Irlanda), e em especial dos concluídos por nove Estados-Membros com os Estados Unidos continuariam a aplicar-se e permaneceriam, evidentemente, válidas.

Resultado da votação

Votos a favor: 94

Contra: 191

Abstenções: 25

⁽¹⁾ 610 ações até ao final de 2014.

⁽²⁾ Segundo a Câmara de Comércio de Estocolmo, dos cerca de 100 processos transitados em julgado entre 2006 e 2011, aproximadamente 22 % foram movidos por PME e, segundo o BDI, cerca de 30 % dos processos movidos por empresas alemãs foram da responsabilidade de PME.

⁽³⁾ Ficha informativa da Comissão Europeia sobre a RLIE, 3 de outubro de 2013.