



LISBON
**SCHOOL OF
ECONOMICS &
MANAGEMENT**
UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO
ECONOMIA INTERNACIONAL E ESTUDOS
EUROPEUS

TRABALHO FINAL DE MESTRADO
DISSERTAÇÃO

**O MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS INVESTIDOR-ESTADO
NO TTIP**

JOANA ISABEL CANELAS BELO COSTA

ORIENTAÇÃO:

PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO GOUCHA SOARES

OUTUBRO DE 2016

“(...) not only justice must be done, but it must also be seen to be done.”

(Kuijper, et al., 2014)

Quero agradecer ao meu Orientador,
Professor Doutor António Goucha
Soares, à Fundação Luso-Americana
para o Desenvolvimento, à minha
mãe, ao Sérgio, à Carolina e ao
João.

RESUMO

A presente dissertação estuda o mecanismo de resolução de litígios Investidor-Estado, na sua sigla em inglês ISDS, na Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, na sua sigla em inglês, TTIP. Sendo o principal objectivo analisar o impacto da inclusão deste mecanismo no TTIP. A análise não pode ser feita sem antes ser estudado o mecanismo e a parceria de uma forma isolada, o que implica a investigação da origem, génese e funcionamento do ISDS, bem como a contextualização do TTIP e a verificação da sua situação actual. A metodologia utilizada para o estudo é maioritariamente qualitativa, tendo por base estudos, relatórios, artigos teóricos e históricos sobre a temática. A importância e controvérsia do ISDS como mecanismo de arbitragem internacional constroem a pertinência desta dissertação, fazendo com que o seu estudo aliado ao TTIP valorize a relevância do tema.

Palavras-chave: Investimento, ISDS, TTIP, Tratados de Investimento Bilaterais, União Europeia, Estados Unidos da América

ABSTRACT

The following dissertation studies the Investor-State Dispute Settlement, in its English acronym ISDS, in the Transatlantic Trade and Investment Partnership in its English acronym TTIP. The main purpose is to analyze the impact of the inclusion of this mechanism in the TTIP. The analysis cannot be done without first being studied the mechanism and partnership in isolation, which implies the investigation of the origin, genesis and operation of ISDS, and the contextualization of TTIP and verification of their current situation. The methodology used for the study is mostly qualitative, based on studies, reports, theoretical and historical articles on the subject. The study of the importance and controversy of ISDS as an international arbitration mechanism is a recurrent topic in this dissertation, which allied to an analysis of TTIP, enhances the relevance of the theme in question.

Key words: Investment, ISDS, TTIP, Bilateral Investment Treaties, European Union, United States of America

Lista de Acrónimos

TTIP - Transatlantic Trade and Investment Partnership

ISDS - Investor-State Dispute Settlement

ICSID - International Center for Settlement of Investment Disputes

UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law

IDE - Investimento Directo Estrangeiro

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	1
2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO	4
2.1 Origem do ISDS: Tratados Bilaterais de Investimento	4
2.2. Origem do ISDS: Evolução do mecanismo de resolução de litígios Investidor-Estado	7
3. Investor-State Dispute Settlement – ISDS	10
3.1 Estudos de caso	13
3.1.1 Philip Morris Asia vs. Austrália	13
3.1.2 Vattenfall vs. Alemanha	15
3.1.3 Cargill vs. Polónia	17
4. O ISDS NO TTIP	19
4.1 A Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento – TTIP	19
4.2 Impacto do ISDS no TTIP.....	22
4.3 O novo ISDS da UE	27
5. CONCLUSÃO	29
BIBLIOGRAFIA.....	32
ANEXOS.....	38

1. INTRODUÇÃO

Após três anos de negociações, o desenvolvimento da Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, doravante designada pela sua sigla em inglês - TTIP, está longe do objectivo inicial. A um mês das eleições norte-americanas, o futuro deste acordo é cada vez mais incerto. Apesar do elevado esforço por parte dos Estados Unidos da América e da União Europeia para chegar a um entendimento sobre tópicos muito sensíveis, a falta de credibilidade da aprovação do acordo nos respectivos parlamentos faz com que possa ser um trabalho em vão. Não só este último factor pode ser preponderante para a sobrevivência do TTIP, como também o resultado das eleições norte-americanas, tendo em conta que se o acordo fosse fechado ainda com a administração Obama, as possibilidades de entrada em vigor seriam superiores. No entanto, outros acontecimentos desafiam a continuidade do TTIP, nomeadamente as recentes declarações do vice-chanceler alemão, Sigmar Gabriel, em que o mesmo assume o falhanço das negociações, em adição o primeiro-ministro francês, Manuel Valls que solicitou o término das negociações do acordo (Nunes, 2016). A credibilidade do TTIP foi totalmente colocada em causa, bem como a continuação das negociações.

À semelhança dos últimos acordos celebrados entre as diversas potências económicas mundiais, este é um acordo que propõe a inclusão do investimento. Se até ao século XIX, não existia necessidade de incluir o investimento nos tratados internacionais, actualmente representa um pilar base em qualquer acordo internacional. Apesar dos acordos que incluem ou são exclusivamente sobre investimento não serem uma novidade, os mesmos são ainda muito complexos e criticados pelo sistema internacional. Maioritariamente os acordos que envolvem investimento são acompanhados por um capítulo específico sobre protecção de investimento, no qual é

incluído invariavelmente o mecanismo de resolução de litígios entre Investidor e Estado, doravante designado pela sigla em inglês - ISDS. A inclusão deste mecanismo como salvaguarda da protecção de investimento nos acordos internacionais despoletou um aumento dos fluxos de capitais entre países, principalmente direccionados para os países em desenvolvimento.

A inclusão do “I” – Investment – no TTIP pode representar um dos principais desafios para a aceitação do acordo, sendo que com este capítulo é incluído o ISDS, mecanismo fortemente acusado pelo sistema internacional de permitir que os investidores possam processar os Estados em prol dos seus lucros, não tendo em consideração o direito regulador dos Estados. Como tal, perceber se a inclusão do ISDS no TTIP fará sentido ou não, seguida da análise sobre o seu impacto, serão os principais objectivos desta dissertação.

Tendo em conta a forte componente teórica do tema em análise, a metodologia utilizada será essencialmente qualitativa, com forte recurso a estudos, relatórios, artigos teóricos e históricos sobre a temática. Pontualmente poderá existir recurso a uma abordagem quantitativa como complemento da metodologia principal, nomeadamente estudos sobre o impacto do TTIP.

A investigação será faseada, permitindo ao leitor a construção de uma opinião crítica sobre a questão principal. Pretende-se com esta dissertação perceber o que é o ISDS na sua génese, as suas problemáticas, modo de aplicação e como poderá afectar o TTIP.

Em primeiro lugar será feito um enquadramento histórico, que analisa a história dos tratados de investimento bilaterais e posteriormente a forma como estes introduziram o ISDS, por conseguinte a sua origem e desenvolvimento será analisada.

No terceiro capítulo será feita uma síntese do ISDS como mecanismo, ou seja, quais os seus pressupostos base, qual o seu modo de funcionamento, bem como das suas principais características. Como componente prática, serão analisados três estudos de caso, exemplificando a aplicabilidade do ISDS, em primeiro lugar o caso Philip Morris vs. Austrália, seguido do caso Vattenfall vs. Alemanha e por fim o caso Cargill vs. Polónia.

O quarto capítulo será dedicado ao TTIP, numa primeira fase, iniciando-se com uma breve introdução sobre o acordo, nomeadamente o ponto de situação das negociações, permitindo assim o enquadramento à segunda parte deste capítulo, a avaliação da inclusão do ISDS no TTIP, em primeiro lugar será analisado o impacto da mesma e em segundo lugar será apresentada a proposta da União Europeia relativa à reforma do ISDS.

Por último, no quinto capítulo, serão apresentadas as conclusões desta dissertação, tendo em conta a questão principal, bem como todos os elementos contextuais.

2. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO

2.1 Origem do ISDS: Tratados Bilaterais de Investimento

O ISDS, tal como o conhecemos hoje, teve a sua origem nos tratados de investimento bilaterais. Apesar do primeiro tratado de investimento ter sido celebrado na segunda metade do século XX, em 1959, a sua origem é muito anterior (Kuijper, et al., 2014). No século XVII, aquando a formação dos novos Estados-nação, a celebração de tratados que continham isenção de impostos para as partes assinantes tornaram-se uma prática comum, facilitando o investimento (Kuijper, et al., 2014). A evolução deste tipo de tratados acompanhou a evolução do comércio mundial, no século XVIII surgem os *Friendship, Commerce and Navigation Treaties*, designados como antecessores directos dos tratados de investimento bilaterais. A antecedência, pode num primeiro momento, parecer estranha, pois tratados de comércio e tratados de investimento são na sua génese muito diferentes, no entanto no século XVIII a propriedade era o capital, ou seja, a necessidade de protecção do capital era a mesma necessidade de protecção do investimento, sendo que a única diferença é o tipo de capital em causa. (Kuijper, et al., 2014).

Devido aos conflitos entre os Estados da América Latina e entre Estados Ocidentais com os Estados Unidos da América a necessidade de protecção de investimento surge como uma prioridade no século XIX e inícios do século XX, tendo em conta o princípio de protecção de investimento estrangeiro, ou como era denominado “*the standard of treatment of aliens and their property*” (Kuijper, et al., 2014). Os Estados da América Latina aderiram à Calvo-Doctrine, doutrina que defendia o acesso ao tratamento internacional por parte dos investidores estrangeiros, dando-lhes acesso ao sistema judicial nacional, outras formas de resolução de disputas ou princípios internacionais

eram totalmente rejeitados. Os países ocidentais e os EUA regiam-se pela lei internacional cuja base era o *'international minimum standard'*, o principal objectivo era a protecção de investidores estrangeiros que estavam expostos a princípios de tratamento nacional com pouca efectividade e à instabilidade política e económica dos países receptores do investimento (Kuijper, et al., 2014). Na sequência dos golpes de Estado e guerras civis na América Latina, bem como com a socialização dos factores de produção por parte da União Soviética e revolução russa, as teorias anteriormente mencionadas entraram em contradição. Na tentativa de amenizar esta situação o Tribunal Internacional de Justiça Permanente juntamente com outros tribunais instituíram *"the minimum standard of treatment"* como um princípio aceite pela lei internacional, no decorrer de 1920 (Kuijper, et al., 2014).

Apesar de várias tentativas para criar uma base legal comum no que respeita ao investimento e à protecção deste, gerar um consenso tornou-se o principal obstáculo. Por iniciativa própria a Alemanha começou a negociação de tratados de investimento bilaterais. As negociações terminaram em 1959 com a assinatura do primeiro tratado de investimento bilateral entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão (Kuijper, et al., 2014). O principal objectivo da Alemanha era garantir a segurança do investimento a ser feito naquele país.

A evolução em matéria de tratados de investimento era notória, no entanto o conteúdo não era preciso, principalmente *"the minimum standard of investment"*, suscitando dúvidas por parte dos países em desenvolvimento sobre a sua viabilidade. Perante a insatisfação, durante os anos 60 e 70, este grupo de países uniu-se na Assembleia Geral das Nações Unidas, opondo-se veemente a este princípio (Kuijper, et al., 2014).

A Alemanha tornou-se um exemplo a seguir, durante os anos 60 e 70, a propagação dos tratados de investimento bilaterais pelos países ocidentais foi notável. A elevada ocorrência de expropriações neste período foi um dos principais motivos. Os EUA só iniciariam as negociações para este tipo de tratados mais tarde, durante os anos 80. Mas este foi apenas o início da proliferação dos tratados de investimento bilaterais, outros factores desencadearam um rápido crescimento do número de tratados deste género, nomeadamente, a queda da União Soviética, que por sua vez levou à construção de novas economias na Europa Central e de Leste, bem como a maior disposição por parte da América Latina para aceitar tratados de investimento bilaterais, ou seja, normas internacionais (Kuijper, et al., 2014). Se em 1989 o número de tratados de investimento bilaterais era de 400, actualmente são mais de 3000 (European Commission, 2015).

Todavia, este é apenas um breve enquadramento histórico dos tratados bilaterais de investimento, sendo que a principal ideia a ser retirada deverá ser o desencadeamento das acções, ou seja, com a evolução do comércio mundial, as trocas passaram a ser mais do que materiais, surgindo assim os fluxos de investimento, com o aumento destes os países sentiram necessidade de proteger os seus investimentos, criando os tratados de investimento bilaterais, que por sua vez continham mecanismos de resolução de litígios Investidor-Estado.

2.2. Origem do ISDS: Evolução do mecanismo de resolução de litígios Investidor-Estado

Os mecanismos de resolução de litígios entre Investidor-Estado por via arbitral não foram imediatamente introduzidos nos tratados sobre investimento. Inicialmente a resolução de litígios era feita por via diplomática, fazendo com que a vontade política fosse soberana aquando da decisão referente à defesa dos investidores nacionais neste tipo de casos. Sendo que o pouco interesse em investir nos países em desenvolvimento por parte de investidores estrangeiros se devia essencialmente aos riscos políticos e económicos, o facto de a resolução de litígios estar dependente da política não era um factor a favor da promoção do investimento. Este constrangimento político levou a que durante os anos 50 fossem feitas tentativas de criação de um sistema multilateral de protecção de investimento, com o objectivo de criar um mecanismo de arbitragem. Devido à dificuldade e controvérsia deste tipo de mecanismo, a arbitragem directa em resolução de litígios Investidor-Estado só viria a fazer parte dos tratados de investimento bilaterais muito perto de 1970. (Kuijper, et al., 2014)

A inserção de normas relativas a resolução de disputas sobre investimento nos tratados de investimento bilaterais foi um processo moroso, não esquecendo que os primeiros tratados deste género não faziam qualquer menção a este mecanismo, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) e o Banco Mundial reuniram esforços para tentar estabelecer um mecanismo comum, ou pelo menos um centro que funcionasse como fonte para todos os tratados de investimento. Anterior a esta tentativa, o Banco Mundial iniciou um *draft* para a resolução de disputas entre Estados e nacionais de outros Estados, os trabalhos duraram até 1965, culminando, em Outubro de 1966, com a criação do International Centre for the Settlement Investment

Disputes, doravante denominado pela sua sigla em inglês - ICSID (Kuijper, et al., 2014).

A criação do ICSID determinou o início da adopção deste modelo de arbitragem por parte dos tratados de investimento bilaterais, mas só em 1968. O processo de aceitação tornou-se o principal obstáculo para a proliferação e sucesso do ICSID, os países eram renitentes à ideia de existir uma entidade externa a desempenhar o papel de árbitro, a preferência pelos sistemas judiciais nacionais persistia. Perante esta resistência por parte dos Estados, as perspectivas de futuro deste centro mostravam-se muito negativas, no entanto o diminuto recurso ao ICSID levou à sua especialização noutras áreas, sempre ligadas ao investimento, que lhe permitiram ganhar notoriedade junto do sistema internacional (Kuijper, et al., 2014)

Com o passar dos anos este tipo de Centros/Tribunais foram surgindo, sendo o mais antigo o Tribunal Permanente de Arbitragem (1899). Tal como o ICSID, o London Court for International Arbitration, a International Chamber of Commerce e a Stockholm Chamber of Commerce, são os principais tribunais e centros referentes à protecção de investimento (Kuijper, et al., 2014). Existe ainda a arbitragem independente, pelas regras criadas pela United Nation Commission on International Trade Law, doravante denominada pela sua sigla em inglês – UNCITRAL, numa primeira fase esta comissão apenas trabalhava em direito privado e arbitragem comercial, no entanto entre a primeira versão do conjunto de regras arbitrais de 1976 e a segunda versão de 2011, ocorreu uma evolução e as regras passaram a abranger também a arbitragem Investidor-Estado. A UNCITRAL é, em vários aspectos, diferente do ICSID, em primeiro lugar não é um centro de arbitragem, portanto não presta apoio administrativo e as suas regras podem ser utilizadas por outros procedimentos, como o ICSID. Em suma, a UNCITRAL é uma comissão independente que fornece as suas

regras para os centros de arbitragem, como seja o ICSID, este pode utilizar as suas próprias regras ou recorrer à UNCITRAL. (Kuijper, et al., 2014) O ISDS vem beber às regras criadas nestes centros sempre que é utilizado num tratado bilateral de investimento, ou nouro tipo de tratado de investimento. Em qualquer tipo de tratado de investimento bilateral, de uma ou de outra forma, este tipo de normas referentes aos mecanismos de resolução de litígios têm que estar presentes.

3. Investor-State Dispute Settlement – ISDS

Após a análise da origem dos tratados de investimento, que por sua vez dão origem ao mecanismo de resolução de disputas Investidor-Estado, de uma forma prática e sucinta será relevante entender o que é o ISDS, a sua forma de funcionamento, bem como as variações da sua aplicação.

Segundo a Comissão Europeia:

“Investor-State Dispute Settlement (ISDS) is a mechanism included in international investment agreements to ensure that commitments that countries have made to one another to protect mutual investments are respected”

European Commission, “ISDS: some facts and figures”, 2015

O ISDS é um mecanismo criado essencialmente para a protecção de investimento, obrigando os Estados a reger-se por princípios base que asseguram o cumprimento da conduta entre investidor e Estado de acolhimento do respectivo investimento. No que respeita aos referidos princípios base existem quatro cláusulas que, geralmente, estão contidas nos tratados sobre investimento. Em primeiro lugar a protecção contra discriminação, fazem parte desta cláusula os princípios de tratamento nacional, o investidor estrangeiro e nacional deverão ser tratados de igual forma à luz do sistema nacional, bem como o princípio da nação mais favorecida, que assegura a igualdade de benefícios, ou seja, se um investidor tem determinados benefícios, os seus pares, independentemente da sua nacionalidade, deverão ter acesso aos mesmos benefícios (Latek & Puccio, 2015). Em segundo lugar, a cláusula sobre protecção contra expropriação sem a devida compensação. A expropriação, inibição ou proibição da continuidade do investimento, pode ser feita de forma directa ou indirecta por parte do

Estado (Latek & Puccio, 2015). A expropriação directa ocorre quando o Estado toma posse dos bens/capital do investidor, por via da nacionalização, a expropriação indirecta ocorre quando o Estado por via de alterações ao nível de regulamentação condiciona os activos do investidor (Puccio, 2015). A expropriação pode ser distinguida pela sua legalidade, a expropriação legal é feita por motivos de ordem pública, esta é não discriminatória e é feita com a devida compensação. Contrariamente a expropriação ilegal viola todas as condições anteriormente referidas (Puccio, 2015). A definição de compensação pode variar de tratado para tratado. Em terceiro lugar, a cláusula sobre tratamento justo e equitativo para com os investidores, nomeadamente restrição do acesso ao sistema judicial nacional, acções discriminatórias baseadas no género, cor ou crença religiosa (Latek & Puccio, 2015). Por último, a protecção das transferências de capitais, esta cláusula assegura a livre transferência dos capitais dos investidores estrangeiros, relacionados com investimentos de e para o seu país (Latek & Puccio, 2015).

Estes quatro princípios ou garantias base, são alvos de variadas críticas e interrogações. A garantia do tratamento justo e equitativo, em vários tratados sobre investimento, é uma cláusula pouco precisa, que deixa espaço para várias interpretações (Latek & Puccio, 2015). No entanto, é em torno da expropriação que se gera maior controvérsia, pois a acusação de expropriação por parte de um investidor entra muitas vezes nos limites do direito regulador do Estado. A questão em torno deste tema é, se uma medida regulamentar por parte do Estado que afecte indirectamente o investidor e a sua expectativa de lucro pode ser alvo de uma queixa por parte do investidor (Mildner, et al., 2015). Os Estados no exercício da soberania deverão preservar o direito de regular, sempre com fins públicos, pelo que as acusações de um investidor serão infundadas. Esta situação inibe muitas vezes os Estados de exercerem a sua função de regulador, por

receio de que os investidores iniciem processos judiciais por verem o seu lucro prejudicado.

Apenas e só se alguma destas quatro garantias for violada os investidores podem processar o estado e activar o mecanismo de resolução de litígios entre Investidor-Estado (Puccio, 2015).

Após a identificação dos pressupostos que deverão estar incluídos nos tratados de investimento, será explicado o modo de funcionamento do ISDS, no caso de algum dos princípios ser violado e o investidor recorra ao início do processo judicial.

Quando um investidor acciona o pedido de arbitragem recorre a um tribunal arbitral, os procedimentos deste podem variar, mas maioritariamente regem-se pelo ICSID, no entanto a escolha do tipo de arbitragem pertence sempre às partes assinantes dos tratados sobre investimento (Latek & Puccio, 2015). Se o processo for conduzido sobre as normas do ICSID (ver anexo 1), o procedimento é iniciado pelo pedido de arbitragem por parte do investidor, de seguida é feito o registo, segue-se a constituição do tribunal, esta é feita pelas partes, ou seja, investidor e Estado devem nomear um árbitro cada um e o juiz da arbitragem deverá ser escolhido por ambos, após estas três fases é feita uma primeira sessão, desta irá resultar o procedimento escrito e o procedimento oral, posteriormente é feita uma deliberação, sendo decidido o montante da compensação, por fim existe uma decisão suplementar e rectificação. As soluções pós-decisão neste caso, serão a anulação, interpretação e revisão, não existindo um mecanismo de recurso (Kuijper, et al., 2014).

3.1 Estudos de caso

A aplicabilidade do ISDS irá sempre depender do conjunto de regras adoptadas no tratado de investimento bilateral, ou seja, os tratados podem reger-se pelo ICSID, pela UNCITRAL ou por outro tipo de normas, no entanto estes são os mais utilizados. A fim de perceber como funciona o mecanismo de resolução de litígios Investidor-Estado, foram seleccionados três estudos de caso, com um teor exemplificativo elevado pois envolvem grandes empresas, cujos processos geraram enorme controvérsia no sistema internacional.

3.1.1 Philip Morris Asia vs. Austrália

Sob o tratado bilateral de investimento entre Austrália e Hong Kong, cujas regras arbitrais são da UNCITRAL, a Philip Morris iniciou um processo de arbitragem, acusando o governo australiano de violação das obrigações contratuais através da legislação referente ao tabaco (Mildner, et al., 2015). A situação que despoletou este processo foi a adopção por parte da Austrália, em 2011, de uma nova lei sobre tabaco, *Tobacco Plain Packaging Act*, que altera o design da embalagem, ou seja, avisos com imagens sobre as consequências do tabaco teriam que ocupar 75% da parte da frente e 90% da parte de trás da embalagem, retirando espaço para o logotipo da marca. No mesmo ano a Philip Morris Asia processou o governo australiano com base no tratado de investimento bilateral entre Austrália e Hong Kong, devido ao facto de a empresa mãe da Philip Morris Asia se situar em Hong Kong, onde até 2014 funcionou a sua fábrica. A acusação feita pela Philip Morris Asia baseava-se na violação da propriedade intelectual e direitos de imagem por parte da legislação aplicada pelo governo australiano, levando a que a empresa inclísse nesta acusação a expropriação indirecta e tratamento não igualitário e justo (Mildner, et al., 2015). O governo australiano não

assumiu as acusações feitas pela Philip Morris Asia. O processo ainda se encontra pendente, aguardando decisão (Mildner, et al., 2015).

A questão mais problemática neste processo, é a verificação ou não da ocorrência de expropriação indirecta por parte do governo australiano, que por sua vez implica o direito regulador por parte do Estado. A acusação da Philip Morris Asia não se direcciona à legislação adoptada pelo governo australiano, mas sim à discriminação em relação aos seus pares e à perda do direito de utilização da sua marca (Mildner, et al., 2015). Este caso está longe de ser resolvido, no entanto despertou a atenção para a maior crítica feita ao ISDS, o seu efeito inibidor do direito de regular por parte dos Estados. Neste caso em específico, apesar de se tratar de legislação sobre saúde pública para não gerar litígios entre investidor e Estado, a mesma deve ser aplicada de igual forma e as empresas deverão ser devidamente compensadas, se for o caso de se verificar expropriação. Antes do início deste processo judicial é de salientar uma interessante mudança política por parte do governo australiano. Em Abril de 2011, o governo australiano anunciou que não iria incluir normas do ISDS nos seus próximos tratados de investimento bilaterais e regionais, declaração muito contrária à política sobre investimento do país, que até então sempre apoiou a inclusão do ISDS nos seus tratados de investimento (Kwan, 2015). Na base desta alteração política, alegadamente, está a intenção de proteger o direito regulador do Estado sobre matérias do interesse público, bem como a anulação de maiores regalias dadas aos investidores estrangeiros (Kwan, 2015). Esta decisão política foi posteriormente repensada, no entanto deixa o alerta para o receio por parte dos Estados no que ao seu direito regulador diz respeito.

3.1.2 Vattenfall vs. Alemanha

A Vattenfall, empresa de energia eléctrica, térmica e gás, em 2012, sob o tratado bilateral de investimento entre Alemanha e Suécia, *Energy Charter Treaty*, cujas regras arbitrais são do ICSID, processou a Alemanha pela violação das regras contratuais. A Vattenfall, proprietária de uma central de energia nuclear na Alemanha, acordou em 2000 fazer uma redução progressiva da produção deste tipo de energia sem um prazo para o seu fecho na totalidade, até 2010. Em 2003 e 2005, as centrais de Stade e Obrigheim foram totalmente encerradas. No entanto, a Alemanha mudou completamente o acordo, em 2011, após a catástrofe na central nuclear de Fukushima no Japão, o governo alemão decidiu fechar oito estações nucleares, bem como estabelecer o fim progressivo da energia nuclear até 2022. Em suma, o período de extensão da operação dado em 2010 ficou sem efeito. (Mildner, et al., 2015) Tendo em conta a rápida inversão da política nuclear alemã, em 2012, a Vattenfall accionou o mecanismo de resolução de litígios, acusando a Alemanha de violação dos direitos estabelecidos na *Energy Charter*, que provocaram elevados danos à empresa, tendo em conta que as duas centrais nucleares em que a empresa estava envolvida, Brünsbüttel e Krümmel, tiveram que ser imediatamente fechadas pela lei de 2011, fazendo com que a Vattenfall fosse a única empresa obrigada a fechar a totalidade da sua operação, reclamando a compensação de 4.7 biliões de euros (Mildner, et al., 2015). Este caso não é público e contínua pendente (Mildner, et al., 2015).

Várias questões podem ser levantadas sobre este caso, em primeiro lugar a discriminação feita à Vattenfall, claramente esta empresa foi mais prejudicada que os seus pares, resta perceber se foi propositadamente ou não. Em segundo lugar, pode ser questionada a violação do tratamento justo e equitativo por parte do governo alemão, mais uma vez deve ser tido em conta o facto de esta ter sido a única empresa que foi

obrigada a fechar a totalidade da sua operação. Por último, neste aspecto muito semelhante ao caso anterior, a verificação de expropriação, no entanto existe uma pequena diferença, pois neste caso a expropriação é evidente, mas a sua compensação não.

Mais uma vez, este é um caso que interfere com o direito regulador do Estado, por conseguinte é fundada a dúvida sobre a utilização do ISDS por parte dos investidores como um mecanismo que desafia e inibe os direitos do Estado. Neste caso, em particular, a reclamação não se dirige directamente à regulação imposta pelo governo alemão, pois o acordo sobre a eliminação progressiva da energia nuclear já existia, esta é sim uma pretensão sobre a forma como é exercido este direito regulador e como é aplicado.

Se por um lado os investidores não devem utilizar o ISDS para salvaguardar as suas perspectivas de lucro, por outro os Estados não devem utilizar o seu direito regulador sem ter em conta o grau de afectação às empresas.

3.1.3 Cargill vs. Polónia

A empresa norte-americana Cargill, produtora de *isoglucose*¹ na Polónia, processou em 2004 este Estado, sob o tratado de investimento bilateral entre os Estados Unidos da América e a Polónia que recorreu às regras do ICSID e da UNCITRAL. A acusação da Cargill prende-se com a entrada da Polónia para a União Europeia, pois devido às directivas sobre açúcar e à Política Agrícola Comum, a Polónia viu-se forçada a adoptar quotas de produção (Mildner, et al., 2015). Estas medidas viriam a afectar todas as empresas produtoras de açúcar, obrigando a que todo o excedente das quotas fosse exportado. Perante esta situação a Cargill viu o seu investimento na Polónia desvalorizado, processando o país em 150 milhões de dólares. O processo foi iniciado em 2004 no ICSID, tendo em 2005 sido transferido para a UNCITRAL por escolha das partes. (Mildner, et al., 2015) Após todos os procedimentos necessários, o tribunal chegou a um veredicto em 2008, tendo a Cargill ganho o processo, com base nos factos de que tinha existido discriminação por parte da Polónia e não tinha sido cumprida a cláusula de tratamento justo e equitativo. No entanto, a Cargill também foi dada como culpada pelo tribunal por ter violado o princípio de transparência. Apesar de a reclamação ter sido no valor de 150 milhões de dólares, o tribunal decidiu que a Polónia teria que pagar uma compensação no valor de 16.3 milhões de dólares, em resultado dos danos causados à Cargill. (Mildner, et al., 2015)

O caso Cargill vs. Polónia é o exemplo de um processo concluído, em que a decisão foi justa, pois o facto de se tratar de matérias sobre regulamentação nacional não fez com que desse vantagem ao Estado. É importante salientar que a Cargill não se queixou directamente sobre a entrada da Polónia na União Europeia, mas sim sobre a adaptação

¹ *Isoglucose* é o produto extraído da glucose que por sua vez é extraída do trigo, concorrente directo do açúcar. (European Union, 2007)

das quotas sem qualquer tipo de consulta às empresas produtoras do sector agro-alimentar. Mais uma vez o direito de regular do Estado é colocado em questão. A decisão do tribunal deve ser analisada não como resultado de um ganhador e perdedor, mas como uma decisão equitativa. Se por um lado foi dada razão às queixas da Cargill, por outro lado a quantia reclamada em causa foi significativamente reduzida por se ter apurado que os danos causados não justificavam o pedido inicial. Contrariamente aos casos analisados anteriormente, neste processo o argumento de expropriação não entra na acusação, apenas a violação do tratamento justo e equitativo, no entanto a controvérsia em volta deste princípio prende-se com a sua clareza e precisão, que pode dar espaço a diferentes interpretações, quer a favor do Estado, quer a favor do investidor.

4. O ISDS NO TTIP

4.1 A Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento – TTIP

As negociações do TTIP foram iniciadas em 2013, pelo presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, pelo anterior presidente do Conselho Europeu, Van Rompuy e pelo anterior presidente da Comissão Europeia Durão Barroso, encontrando-se, actualmente, na 15ª ronda. A Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, pretende criar aquela que seria a maior zona de comércio livre do mundo, com tudo o que isso implica, ou seja, eliminação de barreiras tarifárias, harmonização de políticas e barreiras técnicas, simplificação dos processos de certificação e uniformização de regras do comércio internacional, entre outros. Estima-se que o impacto deste acordo seja aproximadamente 120 mil milhões de euros no PIB da União Europeia e de 95 mil milhões de euros no PIB dos Estados Unidos da América (anexo 2) (Francois, et al., 2013). Em Portugal, calcula-se o aumento do PIB na ordem dos 0.57% e 0.76% num cenário modesto e ambicioso², respectivamente (anexo 3) (Francois & Manchin, 2014). O progresso das negociações é evidente, no entanto o seu resultado é o maior motivo de preocupação. No discurso referente à 14ª ronda³, Ignacio García Bercero, Chefe das Negociações da União Europeia para o TTIP, divulgou que já existiam propostas para quase todos os capítulos, sendo que o acordo deverá ter entre 25 a 30 capítulos (Bercero, 2016). García Bercero, acrescenta os progressos alcançados tendo em conta os três pilares base do acordo, *Market access*, *Regulatory Issues* e *Rules*. No que respeita ao pilar de *Market Access*, a negociação referente a tarifas encontra-se numa fase muito avançada, no entanto o acesso aos contratos públicos e indicações geográficas de

² O cenário ambicioso pressupõe a eliminação a 100% das tarifas e eliminação de 25% das barreiras não tarifárias. O cenário modesto prevê a eliminação de 98% das tarifas e eliminação de 10% das barreiras não tarifárias. (Francois & Manchin, 2014)

³ Ocorreu entre 11 e 15 de Julho de 2016 em Bruxelas.

origem são ainda temas muito sensíveis para discussão (Bercero, 2016). Dentro do pilar *Regulatory Issues*, foram trocadas várias propostas em diferentes sectores, nomeadamente químicos, cosméticos, dispositivos médicos, entre outros. As matérias mais problemáticas ou aquelas em que alcançar consenso será mais difícil são as questões sanitárias e fitossanitárias, saúde animal e barreiras técnicas (Bercero, 2016). Segundo García Bercero, no seu discurso, “A cooperação só será possível se o nível de protecção dos cidadãos melhorar, ou que pelo menos se mantenha”⁴. No terceiro pilar, *Rules*, deve ser dado destaque para o facto de o acordo incluir um capítulo exclusivo para as Pequenas e Médias Empresas, embora também neste pilar se encontrem dificuldades em algumas matérias, como por exemplo imposições por parte dos EUA no que respeita a fornecimento de energia (Bercero, 2016). O resumo geral desta ronda é positivo, com vários incentivos das partes para dar continuidade às negociações, no entanto o resultado das eleições norte-americanas poderá ser determinante.

Ocorreu entre 3 a 7 de Outubro de 2016 a 15ª ronda de negociações, em Nova Iorque, o Chefe das negociações da UE para o TTIP, García Bercero, no seu discurso, salientou a solidez da continuidade do processo negocial, reiterando os motivos pelos quais a UE deve assinar este acordo, nomeadamente o racional económico e geopolítico. No que respeita aos resultados da ronda, a conclusão é positiva, sendo o progresso alcançado na consolidação dos textos, resolvendo diversas diferenças entre as partes, o aspecto mais importante a salientar. Não foi anunciada data para nova ronda, pois a fase seguinte serão conversações internas. (Bercero, 2016)

No quadro geral o TTIP é um acordo complexo e extenso, com temáticas muito caras para a UE e EUA, sendo natural a morosidade das negociações. Não obstante, vários acontecimentos têm enfraquecido a continuidade deste acordo, nomeadamente a decisão

⁴ Tradução livre.

de saída do Reino Unido da União Europeia, a contestação à assinatura do acordo por parte da Alemanha e França (Nunes, 2016) e o desenrolar da campanha eleitoral para as eleições norte-americanas.

O principal desafio do TTIP poderá não ser o consenso nas negociações em matérias mais sensíveis, mas o resultado das eleições norte-americanas, tendo em conta que os dois candidatos na corrida não apoiam o acordo da mesma forma que o actual presidente dos Estados Unidos da América. Se por um lado Donald Trump já se mostrou contra este tipo de acordos comerciais, dando como exemplo a Trans-Pacific Partnership – TPP, na sigla inglesa (Kottasova, 2016), por outro lado a candidata Hillary Clinton não se opõe na totalidade mas também não apoia de forma veemente, ou seja, em relação ao TPP a candidata já anunciou que irá bloquear esta parceria caso venha a ser eleita, tendo em conta que o TTIP se baseia nos mesmos pressupostos que o TPP prevê-se que a opinião da candidata sobre a parceria transatlântica também não seja favorável, podendo colocar um ponto final nas negociações (Gutteridge, 2016).

Enquanto por parte da sociedade norte americana não existe uma posição clara sobre o assunto, por parte da sociedade da União Europeia existe forte contestação em relação ao acordo, tendo em conta a petição para o fim do TTIP que já conta com mais de 3 milhões de assinaturas (Falcão, 2015). As principais críticas por parte dos cidadãos da União Europeia prendem-se com a harmonização dos standards dos produtos alimentares, sendo que nos EUA as exigências são inferiores aos padrões praticados na UE, bem como com o mecanismo de resolução de litígios entre Investidor-Estado, considerando que este permite aos investidores norte-americanos processar os Estados da União Europeia que apenas foram escolhidos pelos seus benefícios (Falcão, 2015).

Em suma, o TTIP enfrenta vários desafios, a sua conclusão encontra-se extremamente dependente de factores externos, para além de todos os entraves anteriormente apresentados, caso o acordo venha a ser concluído, pode ser acrescentado a aprovação pelo Parlamento Europeu, que é semelhante ao resultado das eleições norte-americanas, ou seja, são factores que poderão ditar o fim do acordo. É importante ter em conta que as negociações do acordo decorrem com normalidade e que os vários desfechos aqui apresentados são meramente hipotéticos. No entanto, em Novembro com o fim da administração Obama será apresentado o futuro rumo do TTIP.

4.2 Impacto do ISDS no TTIP

A incerteza da conclusão do TTIP, derivada de vários factores anteriormente mencionados, aumenta quando analisamos a introdução do ISDS no acordo, apesar da sua extrema importância, pois é o mecanismo que contradistingue todo o capítulo dedicado ao investimento, não se encontrando no mesmo patamar de afectação à conclusão do acordo, como os factores políticos, entenda-se eleições norte-americanas e disposição dos Estados da União Europeia para assinatura do acordo. No entanto, a inclusão do mecanismo de resolução de litígios no TTIP tem sido uma das temáticas que maior polémica gera junto das entidades políticas e da sociedade civil, principalmente do lado da UE.

A inclusão do mecanismo de resolução de litígios Investidor-Estado nos tratados de investimento teve na sua génese o intuito de incentivar os fluxos de investimento, principalmente em países em desenvolvimento, cujos riscos económicos e políticos eram factores desfavoráveis na captação de investimento. No quadro do TTIP esta é uma relação causal que não se aplica, pois trata-se de um acordo entre países

desenvolvidos (Puccio, 2015), logo este argumento não pode ser justificativo para a defesa da inclusão do ISDS no acordo. Aditando o facto de que os EUA não estabeleceram tratados de investimento bilaterais com os países da União Europeia onde o seu fluxo de investimento é superior, nomeadamente o Reino Unido (Puccio, 2015), evidência que comprova a independência entre ISDS e países desenvolvidos.

O impacto da inclusão do mecanismo de resolução de disputas Investidor-Estado deve ser analisado primeiramente pela forma como as partes têm aplicado o ISDS nos seus tratados de investimento bilaterais, sendo que a aplicabilidade do mecanismo é diferente nos EUA e na UE. Enquanto na União Europeia os tratados de investimento bilaterais que incluem ISDS, têm um modelo mais simples deste mecanismo, os EUA têm um modelo compreensivo, ou seja, mais abrangente e exaustivo, tendo em conta que princípios como tratamento nacional ou nação mais favorecida são direitos pré estabelecidos, também a transparência e detalhe dos procedimentos é muito superior. (Poulsen, et al., 2015) Estas diferenças poderão pesar nas negociações sobre este capítulo, principalmente pelos benefícios que cada modo de aplicação do ISDS representa para as partes. Historicamente os EUA têm um saldo positivo no que respeita a arbitragem internacional, o que se traduz, maioritariamente, em processos litigiosos ganhos pelos Estados Unidos. Perante este facto será difícil a cedência dos EUA no que respeita a alterações no modelo do ISDS. (Poulsen, et al., 2015)

Importa salientar que para além do impacto do ISDS no TTIP, negativo ou positivo, existem outras barreiras à sua inclusão, nomeadamente a sua definição pelas partes. Antecessora desta barreira será a decisão de inclusão ou não do mecanismo na parceria transatlântica.

No que respeita aos efeitos positivos da inclusão do ISDS no TTIP, podemos identificar potenciais benefícios, como por exemplo o incentivo ao investimento, pois com a protecção do mesmo os países poderão aumentar investimentos e fazer novas aplicações de capital. Todavia, como foi referido anteriormente, a relação causal entre aumento do fluxo de investimento directo estrangeiro (IDE) e ISDS entre países desenvolvidos é inexistente, pelo que este é um efeito que poderá não se verificar. No entanto, espera-se que os países da UE beneficiem mais com a inclusão do mecanismo no acordo, pois a entrada no mercado norte-americano é mais difícil e o facto dos países se sentirem protegidos ao investir será um meio condutor para o aumento do investimento. A mesma situação pode ser verificada na direcção de investimento EUA-UE, ou seja, em países onde os Estados Unidos investiam mas com os quais não tinham qualquer tratado de investimento, a existência de protecção poderá fazer com que o investimento já existente sofra um incremento, apesar de que como já foi comprovado a dependência dos EUA do ISDS é muito menor que a da UE. (Poulsen, et al., 2015) Em suma, o aumento de investimento de parte a parte, é um potencial efeito, mas incerto.

A inclusão do ISDS no TTIP pode também ter um efeito positivo devido ao aumento da capacidade e poder negocial dos EUA e UE. A realizar-se este será o acordo da maior zona de livre comércio, que em caso de querer negociar investimentos com um país terceiro terá um poder negocial nunca antes visto. Deste ponto de vista a inclusão do mecanismo no acordo terá um impacto positivo. (Poulsen, et al., 2015)

Os efeitos positivos são identificáveis, a protecção do investimento só por si, constitui uma melhoria nas relações económicas entre as partes. No entanto, os efeitos negativos não só são identificáveis, como são em maior número. Em primeiro lugar, o *treaty shopping*, faz com que a necessidade do mecanismo de resolução de litígios Investidor-Estado seja completamente desnecessário. Este fenómeno, com forte relação ao ISDS,

permite aos Estados mesmo não tendo um tratado bilateral com determinado país conseguirem usufruir da protecção de investimento de outros tratados de investimento celebrados com outros países, por exemplo, os EUA não têm nenhum tratado de investimento bilateral com o Reino Unido, mas querem usufruir de protecção de investimento nesse país, os investidores norte-americanos dirigem o seu investimento para um terceiro país que tenha um tratado de investimento bilateral com o Reino Unido, para que possam iniciar um litígio, mas sob a protecção do acordo celebrado entre Reino Unido e o terceiro estado. (Poulsen, et al., 2015) Por conseguinte, a possibilidade de contornar a inexistência de um tratado de investimento bilateral faz com que a inclusão do ISDS no acordo não tenha qualquer tipo de impacto, ou que nem sequer seja necessária. É de salientar que da mesma forma que os EUA podem praticar o *treaty shopping*, também os Estados-membro da UE o poderão fazer. Apenas a título exemplificativo no estudo de caso 3.1.1, a Austrália acusa a Philip Morris Asia de *treaty shopping*, pois a empresa não tem sede na Austrália, mas fez a sua queixa sob o tratado de investimento entre Hong Kong e Austrália, pois no primeiro já tem operação, ou seja, Hong Kong pode ser considerado o terceiro Estado (Poulsen, et al., 2015). Outro efeito negativo que pode influenciar o impacto da inclusão do mecanismo na parceria transatlântica, é a afectação de sensibilidades políticas, ou seja, com a arbitragem internacional a resolução deste tipo de litígios fica fora do espectro político nacional, o que pode suscitar problemas políticos, nomeadamente quando se tratar de processos relacionados com saúde pública, ambiente, etc. No entanto, não existe registo de conflitos políticos devido ao ISDS, pois cada vez mais os tratados sobre investimento asseguram o direito regulador do Estado. (Poulsen, et al., 2015) Obviamente que a verificar-se esta será uma situação que irá impactar negativamente na inclusão do ISDS no TTIP.

Em termos financeiros, o ISDS também poderá ter um impacto negativo, nomeadamente quando os países perderem os processos arbitrais e a decisão do montante da compensação for absurdo ou insuportável. O mesmo impacto poderão ter os custos legais, advogados, árbitros, custos administrativos dos tribunais, entre outros, por serem muito elevados na arbitragem internacional. Por este motivo a UE já propôs o princípio do perdedor-pagador, na tentativa de reduzir queixas infundadas (Poulsen, et al., 2015).

A garantia do direito regulador do Estado é um dos principais temas quando falamos do impacto do ISDS no TTIP, pois como foi anteriormente referido a linha entre protecção do investimento estrangeiro e regulação do Estado é muito ténue, fazendo com que existam muitas queixas contra os Estados devido à afectação da expectativa de lucro ou de expropriação infundadas, no entanto o contrário também se verifica, ou seja, a acção reguladora do Estado que não tem em conta as consequências para as empresas. (Poulsen, et al., 2015) Para evitar que este tema tenha um impacto negativo na inclusão do ISDS, o capítulo deve ser muito claro sobre a garantia de regulação do Estado, como também sobre os princípios que protegem as empresas, neste caso em particular a expropriação.

Em termos de impacto negativo, outros factores são identificáveis, nomeadamente a compatibilidade do ISDS com o direito da UE, ou seja, o ISDS não interage com os sistemas judiciais nacionais ou com Tribunal de Justiça Europeu, sendo que este último pode ser considerado, em termos de hierarquia, superior à arbitragem internacional (Ankersmit & Tickell, 2015). O mecanismo não interage porque é um mecanismo que pretende escapar ao sistema jurisdicional nacional e europeu. A sua legalidade e sobretudo a sua imparcialidade, também podem ser postas em causa, pois permite que

advogados corporativos possam ser juizes, abrindo a porta a que advogados de empresas ligados à empresa no processo possam interferir nos casos (Ankersmit & Tickell, 2015).

Os argumentos sobre o impacto negativo da inclusão do ISDS no TTIP surgem em maior número, no entanto, muitos podem ser considerados facciosos, pois só têm em conta os efeitos para uma das partes.

O impacto da inclusão do ISDS no TTIP é um factor preponderante nas negociações, tanto o é que em 2014 as negociações foram interrompidas para que se abrisse a discussão pública. (Peel, 2015) Todavia as negociações sobre este capítulo têm, até ao momento, tido algum consenso e as partes tencionam melhorar o sistema para que os benefícios sejam superiores e para que os riscos que causam um impacto negativo possam ser diminutos.

4.3 O novo ISDS da EU

O capítulo sobre investimento é extremamente importante neste acordo, daí que a consolidação do seu texto deva ser precisa e consensual. Neste aspecto e com especificidade na parte do capítulo sobre ISDS, a pro-actividade da União Europeia na apresentação de proposta é maior. A União Europeia apresentou uma proposta de reforma ao ISDS que poderá melhorar o sistema. É de salientar que algumas das alterações foram antes aplicadas no Comprehensive Economic and Trade Agreement, doravante designado pela sua sigla em inglês CETA, acordo celebrado entre a UE e o Canadá, aprovado e assinado em Outubro de 2016, estando a sua entrada em vigor dependente da aprovação dos parlamentos das respectivas partes.

A reforma proposta pela União Europeia dá especial atenção ao direito regulador dos Estados, que deve ser inscrito como uma garantia base. Em adição, a UE quer instituir alguns princípios chave, como o tratamento justo e equitativo, a expropriação indirecta, o *treaty shopping*, o princípio do perdedor-pagador, anteriormente referidos. Acrescentando a proibição de usufruto da protecção de investimento por parte de *mailbox companies*, ou seja, empresas online que não têm qualquer tipo de presença física nos países do acordo ou empresas falsas, bem como a proibição de existirem processos no sistema judicial nacional e no ISDS simultaneamente, sendo que o processo pode ser iniciado no tribunal nacional e posteriormente passar para arbitragem internacional, mas não o contrário, ou seja, uma vez usado o sistema nacional já não haverá possibilidade de regressar a este novamente. No fundo, a UE quer que o tratado tenha disposições que abranjam todo o tipo de situações que estão interligadas com o ISDS. Por fim, a UE também propõe a instituição de um mecanismo de recurso, para que as partes possam recorrer da decisão do tribunal arbitral, mitigando a possibilidade de decisões injustas. Este órgão de recurso seria constituído por sete juízes, dois da União Europeia, dois dos Estados Unidos e três membros de países terceiros. (European Commission, 2015)

A principal reforma que a UE pretende fazer no ISDS é melhorar o seu nível de precisão, fixando princípios claros que não deixem espaço para outras interpretações e aumentar a sua cobertura a todas as situações relativas ao mecanismo.

A União Europeia apresentou ainda outra proposta, mais ambiciosa, nomeadamente a criação de um Tribunal de Investimento Multilateral, semelhante ao Tribunal Penal Internacional, mas apenas circunscrito ao investimento. Obviamente que esta é uma proposta para ser analisada com tempo e, caso haja intenção por parte dos países para avançar, serão negociações muito complexas.

5. CONCLUSÃO

O TTIP é um tratado extremamente ambicioso, o que choca directamente com a sua enorme complexidade. Para a criação da maior zona de comércio livre do mundo é necessária a preparação, não de duas partes, mas sim de cinquenta estados federados norte-americanos e vinte e oito países sob o direito europeu. Mais do que uma preparação económica e política terá que existir uma preparação cultural e social. Com o elevado ritmo de crescimento da interdependência entre países este acordo é necessário, de um ponto de vista de harmonização e igualização do sistema internacional. Sabendo que a conclusão do acordo é em todos os seus factores um ponto de interrogação, caso seja terminado e aprovado terá que incluir o mecanismo de resolução de conflitos Investidor-Estado.

A inclusão do ISDS no TTIP, não se pode colocar como questão, mas sim como afirmação. Seria inconsequente um acordo de tamanha dimensão e que irá envolver elevados fluxos de investimento não ter garantias de protecção de investimento. O impacto da sua exclusão seria superior aos possíveis efeitos adversos da sua inclusão. Rapidamente os investidores iriam recorrer ao *treaty shopping*, levando a possíveis conflitos políticos. Importa salientar que se os investidores decidissem estruturar o seu investimento desta forma, claramente os países da União Europeia estariam em desvantagem, pois entrar no mercado norte-americano é extremamente difícil, adicionando a barreira cultural *buy american*⁵. Portanto, pensar num tratado com a

⁵ Buy American Act é uma lei de 1933 que impõe que todos os bens de uso público (artigos, materiais ou suprimentos) devem ser produzidos nos EUA, e os itens manufacturados devem ser fabricados nos Estados Unidos a partir de materiais norte-americanos. Fonte: <http://trade.commissioner.gc.ca/sell2usgovvendreaugouvusa/procurementmarches/buyamerica.aspx?lang=eng> consultada a 14 de Janeiro de 2017.

palavra investimento na sua denominação mas sem qualquer tipo de cláusulas sobre protecção de investimento não deve integrar as negociações.

A criação de órgãos internacionais, quer sejam para comércio, direitos humanos, justiça, entre outros, é sempre um processo moroso e se terminado terá um tempo de aceitação muito prolongado. Em primeiro lugar, porque aceitar este tipo de entidades internacionais pode implicar a cedência de parte da soberania do Estado, em segundo lugar porque maioritariamente implicam o consenso entre um elevado número de estados. Apesar da crescente globalização, ao nível cultural e político os países ainda são muito cépticos à integração. Este cepticismo gera recuos, veja-se o caso do Reino Unido que decide sair da União Europeia, abandonando um projecto de integração económica e que neste caminho dificilmente conseguirá a integração política. Este enquadramento remete-nos para o ISDS, inicialmente pouco usado pelos países até ser perceptível que para além das suas funções primárias poderia funcionar como um incentivo ao investimento. Após a sua utilização, os Estados e investidores perceberam as suas falhas, que existem em todos os sistemas, ao invés de serem solucionadas decidiram utilizá-las em benefício próprio, esquecendo que estão envolvidos neste tipo de processos todos os contribuintes dos Estados, bem como todos os dependentes das empresas, tornando o mecanismo um jogo de milhões.

Neste quadro-geral voltamos a questionar-nos se faz sentido a inclusão do ISDS no TTIP, a resposta volta a ser afirmativa mas com um requisito, o mecanismo na sua forma actual não funciona, a necessidade é de reforma. Em suma, o mecanismo deverá ser melhorado e adaptado aos problemas identificados pelas partes, de outra forma, mesmo que melhorado, não funcionará.

O ISDS, com a génese, funcionamento e aplicabilidade actual terá um impacto negativo no TTIP, entenda-se a evidência de que os factores que levam a um efeito negativo são superiores aos positivos. Em primeiro lugar, os efeitos positivos, prendem-se com o aumento da protecção de investimento em termos de países abrangidos e com um potencial aumento de investimento, que não é certo pois a relação causal entre ISDS e aumento de investimento directo estrangeiro não se verifica em países desenvolvidos. Em segundo lugar, os efeitos negativos, os Estados e investidores estão viciados na utilização do mecanismo, ou seja, a utilização para fins abusivos é superior do que a sua utilização para fins de justiça. Em adição a falta de precisão nos tratados que não garante o direito regulador do Estado, que permite o *treaty shopping* e diversas interpretações sobre o tratamento para com os investidores, resulta num conjunto de efeitos que levam ao impacto negativo da inclusão do ISDS no TTIP.

As propostas feitas pela União Europeia deverão ser tidas em conta nas negociações, obviamente que devem ser limadas, conseguindo adaptar-se às necessidades de cada parte, pois as propostas actuais pendem para os interesses da União Europeia.

Em suma, o aumento da transparência dos processos, a clarificação e precisão das cláusulas e conceitos, a melhoria da estrutura do tribunal (critérios de eleição de juízes), a proibição de situações que incorram na utilização danosa do mecanismo, entre outros, devem ser aspectos alvo de reforma, para que o ISDS possa ser aplicado sem risco de causar impacto negativo.

O TTIP, caso venha realizar-se deverá não só incluir o mecanismo de disputas Investidor-Estado, como também melhorá-lo.

BIBLIOGRAFIA

Andersson, M. & Nordqvist, R., 2016. *TTIP: 'Reform' of investor dispute settlement clause not enough*. [Online]

Available at: <http://www.euractiv.com/section/agriculture-food/opinion/ttip-reform-of-investor-dispute-settlement-clause-not-enough/>

[Acedido em 21 Março 2016].

Ankersmit, L. et al., 2015. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group: Expert meeting on Investment issues*. TTIP advisory Group, s.l.: European Commission.

Ankersmit, L. & Tickell, O., 2015. *Is TTIP legal? European Court must be asked to rule*. [Online]

Available at:

http://www.theecologist.org/blogs_and_comments/commentators/2986023/is_ttip_legal_european_court_must_be_asked_to_rule.html

[Acedido em 20 Março 2016].

Anon., 2016. *Policies - Trade*. [Online]

Available at: <https://www.donaldjtrump.com/policies/trade/>

[Acedido em 1 Outubro 2016].

Barbière, C., 2015. *Matthias Fekl: 'The EU should have its own arbitration court'*. [Online]

Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/interview/matthias-fekl-the-eu-should-have-its-own-arbitration-court/>

[Acedido em 20 Março 2016].

Bercero, I. C., 2016. *Final press conference of the TTIP 15th round of negotiations*. [Online]

Available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1553>

[Acedido em 7 Outubro 2016].

Bercero, I. G., 2016. *Conclusion of the 14th TTIP Negotiation Round - Statement by Ignacio García Bercero, EU Chief Negotiator for TTIP*. Brussels, European Commission.

Bierbrauer, E., 2014. *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) negotiations: State of Play*, Belgium: European Union: Directorate-General for External Policies, Policy Department.

Bulboaca, A. C. & Iliescu, M., 2015. *Future of ISDS in TTIP and beyond. Is now the time for reform?*. [Online]

Available at: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8cbea00c-5008-4142-be72-de4bf48c647d>

[Acedido em 20 Março 2016].

Cingotti, N., 2016. *TTIP's proposed Investment Court System should fool no one*. [Online]

Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/opinion/ttips-proposed-investment-court-system-should-fool-no-one/>

[Acedido em 21 Março 2016].

Dullien, S., 2015. *Why we favour ditching investment protection in TTIP*. [Online]
Available at:
http://www.ecfr.eu/article/commentary_why_we_favour_ditching_investment_protection_in_ttip422
[Acedido em 20 Março 2016].

Dullien, S., Garcia, A. & Janning, J., 2015. *A Fresh Start for TTIP*. s.l.:European Council on Foreign Relations.

European Commission, 12 December 2014. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 16 January 2015. *Transatlantic Trade & Investment Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 17 September 2015. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 2013. *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements (fact sheet)*. s.l.:s.n.

European Commission, 2014. *Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in EU agreements*. s.l.:s.n.

European Commission, 2015. *EU negotiating texts on TTIP*. [Online]
Available at:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153996.5%20Investment.pdf
[Acedido em 10 Março 2016].

European Commission, 2015. *Investment in TTIP and beyond - the path for reform*. s.l.:s.n.

European Commission, 2015. *Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS): Some facts and figures*. s.l.:s.n.

European Commission, 2015. *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement*, Brussels: s.n.

European Commission, 2016. *Investment provisions in the EU-Canada free trade agreement (CETA)*, s.l.: s.n.

European Commission, 23 April 2014. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 24 July 2014. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 25 February 2014. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 26 May 2015. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 27 February 2015. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Commission, 8 May 2015. *Transatlantic Trade & Investment Partnership Advisory Group*, s.l.: s.n.

European Union, 2007. Regulations. *Official Journal of the European Union*, I(establishing a common organisation of agricultural markets and on specific provisions for certain), p. 89.

European Union, 2015. *Transatlantic Trade and Investment Partnership: Trade in Services, Investment and E-Commerce. Chapter II - Investment*. Brussels: s.n.

Falcão, C., 2015. *Mais de 100 manifestações em todo o Mundo para travar o acordo de livre comércio entre UE e EUA*. [Online]

Available at: <http://observador.pt/2015/10/10/mais-de-100-manifestacoes-em-todo-o-mundo-para-travar-o-acordo-de-livre-comercio-entre-ue-e-eua/>

[Acedido em 1 Outubro 2016].

Francois, J. & Manchin, M., 2014. *Quantifying th Impact of a Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP) Agreement on Portugal*, s.l.: Centre for Economic Policy Research.

Francois, J. et al., 2013. *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment - An Economic Assessment*, s.l.: Centre for Economic Policy Research.

Gutteridge, N., 2016. *Brussels in crisis as Hillary Clinton hints she will KILL OFF hated EU-US trade deal*. [Online]

Available at: <http://www.express.co.uk/news/world/699362/TTIP-European-Union-crisis-Hillary-Clinton-EU-US-trade-deal-CETA-President-Donald-Trump>

[Acedido em 1 Outubro 2016].

Hindelang, S. & Sassenrath, C. P., 2015. *The investment chapters of the EU's international trade and investment agreements in a comparative prespective*, Belgium: European Union - Directorate-General for External Policies: Policy Department.

Huehl, H., 2014. *ISDS Provides Necessary Protection, not a New Avenue to Corporate Profit*. [Online]

Available at: <http://www.atlantic-community.org>

[Acedido em 20 Março 2016].

Keller, S., 2014. *TTIP Undermines Democratic Norms*. [Online]

Available at: <http://www.atlantic-community.org/>

[Acedido em 20 Março 2016].

Kottasova, I., 2016. *America's free trade deal with Europe is dying*. [Online]
Available at: <http://money.cnn.com/2016/05/04/news/economy/us-eu-trade-agreement-ttip-trump/>

[Acedido em 1 Outubro 2016].

Krist, B., 2014. *Investor-State Dispute Settlement - Can We Get It Right in TTIP?*. [Online]

Available at: <http://www.atlantic-community.org/>

[Acedido em 20 Março 2016].

Kuijper, P. J. et al., 2014. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS), Provisions in the EU's International Investment Agreements. Vol. 1 - Workshops*. Belgium: European Union.

Kuijper, P. J. et al., 2014. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements: Volume 2 - Studies*. Brussels: European Union - Directorate General for External Policies of the Union.

Kwan, E., 2015. *Australia's conflicting approach to ISDS: where to from here?*. [Online]

Available at: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a7ebe795-dbc1-4e9c-9530-3b8906fab263>

[Acedido em 05 Junho 2016].

Laguna, D. Z., 2015. *For a fair, transparent and effective ISDS in TTIP*. [Online]

Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/opinion/for-a-fair-transparent-and-effective-isds-in-ttip/>

[Acedido em 20 Março 2016].

Latek, M. & Puccio, L., 2015. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS): State of play and prospects for reform*. s.l.:European Parliamentary Research Service.

Martin, A.-C., 2014. *Commission defends TTIP's Dispute Settlement mechanism*. [Online]

Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/commission-defends-ttip-s-dispute-settlement-mechanism/>

[Acedido em 21 Março 2016].

McKeon, M., 2016. *Latest round of TTIP talks boost momentum*. [Online]

Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/opinion/latest-round-of-ttip-talks-a-momentum-boost/>

[Acedido em 21 Março 2016].

Mildner, S.-A., Howald, J., Sprich, C. & Nuss, S., 2015. *International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement: Fears, Facts, Faultlines*. Berlin: BDI - federation of German Industries: Department for External Economic Policy.

Nunes, D. F., 2016. *TTIP: Tratado entre Europa e EUA à beira de ficar 'congelado'*. [Online]

Available at: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/ttip-tratado-entre-europa-e-eua-a-beira-de-ficar-congelado/>

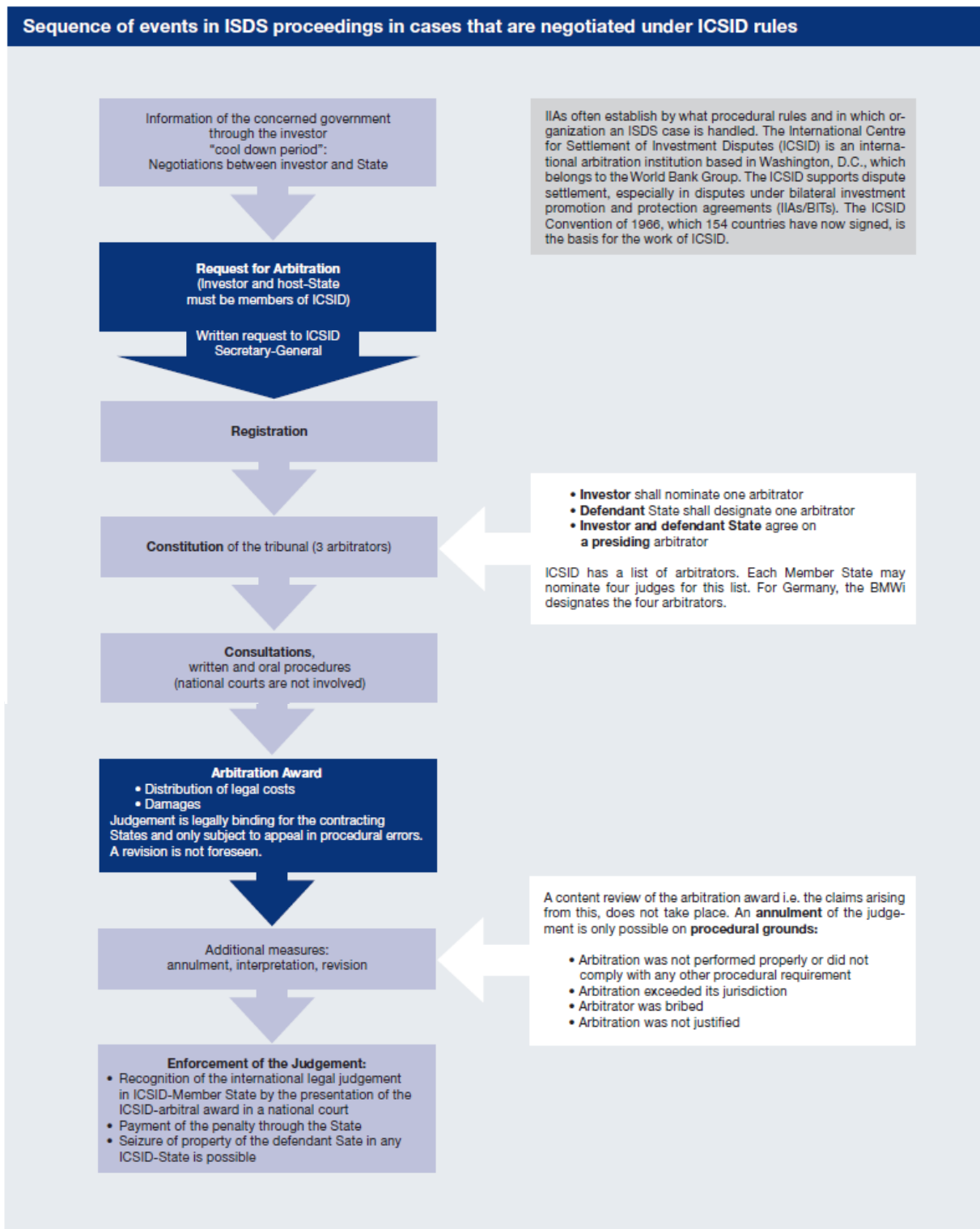
[Acedido em 7 Setembro 2016].

- Pardo, R., 2014. *ISDS and TTIP - A miracle for a systemic challenge?*. s.l.:European Policy Centre.
- Peel, J., 2015. *Why does ISDS matter?*. [Online]
Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/opinion/why-does-isds-matter/>
[Acedido em 20 Março 2016].
- Poulsen, L., Bonnitch, J. & Yacke, J., 2015. *TTIP in the Balance. Transatlantic Investment Treaty Protection*, March.
- Pous, P. d., 2015. *TTIP driving EU's deregulation agenda*. [Online]
Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/opinion/ttip-driving-eu-s-deregulation-agenda/>
[Acedido em 20 Março 2016].
- Provost, C. & Kennard, M., 2015. *The obscure legal system that lets corporations sue countries*. [Online]
Available at: <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>
[Acedido em 20 Março 2016].
- Puccio, L., 2015. *EU - US negotiations on TTIP: A survey of current issues*, s.l.: European Parliamentary Research Service.
- Puccio, L., 2015. *Investment rules in trade agreements: Developments and issues in light of the TTIP debate*, s.l.: European Parliamentary Research Service.
- Office of the United States Trade Representative, 2015. *FACT SHEET: Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*. [Online]
Available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-isds>
[Acedido em 20 Março 2016].
- Sagener, N., 2016. *German judges oppose proposed TTIP courts*. [Online]
Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/german-judges-oppose-proposed-ttip-courts/>
[Acedido em 21 Março 2016].
- Sarmadi, D., 2015. *Oxfam Germany director: 'TTIP would intensify inequality in developing countries'*. [Online]
Available at: <http://www.euractiv.com/section/development-policy/interview/oxfam-germany-director-ttip-would-intensify-inequality-in-developing-countries/>
[Acedido em 21 Março 2016].
- Schöllmann, W. & Sibona, M., 2016. *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*, s.l.: European Parliamentary Research Service.

- Simon, F., 2016. *France sees the EU-Canada agreement as a 'template' for TTIP*. [Online] Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/france-sees-the-eu-canada-agreement-as-a-template-for-ttip/> [Acedido em 21 Março 2016].
- Toubeau, C., 2015. *Stretching the truth on TTIP*. [Online] Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/opinion/stretching-the-truth-on-ttip/> [Acedido em 21 Março 2016].
- Valero, J., 2015. *Commission proposes public court to settle investment disputes*. [Online] Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/commission-proposes-public-court-to-settle-investment-disputes/> [Acedido em 21 Março 2016].
- Vincenti, D., 2015. *MEPs give TTIP proposal a second try*. [Online] Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/meps-give-ttip-proposal-a-second-try/> [Acedido em 20 Março 2016].
- Vincenti, D., 2015. *Parliament's TTIP vote cleared by S&D, with a new ISDS*. [Online] Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/parliament-s-ttip-vote-cleared-by-s-d-with-a-new-isds/> [Acedido em 20 Março 2016].
- Vincenti, D., 2016. *EU, Canada change ISDS clause, get closer to 'gold-plated trade deal'*. [Online] Available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/eu-canada-change-isds-clause-get-closer-to-gold-plated-trade-deal/> [Acedido em 21 Março 2016].
- Walford, A., 2014. *ISDS: Not a Problem in the Past, Not a Problem in the Future*. [Online] Available at: <http://www.atlantic-community.org/> [Acedido em 20 Março 2016].
- Weiniger, M., Leathley, C. & Cannon, A., 2015. *Investment protection and ISDS in the TTIP: the discussion continues with more consultation around the corner*. [Online] Available at: <http://hsfnotes.com/arbitration/2015/01/14/investment-protection-and-isds-in-the-ttip-the-discussion-continues-with-another-public-consultation-around-the-corner/> [Acedido em 21 Março 2016].
- Wieck, O., 2014. *New Criticism of ISDS Obscures its Actual History*. [Online] Available at: <http://www.atlantic-community.org/> [Acedido em 20 Março 2016].

ANEXOS

Anexo 1



Fonte: Mildner, S.-A., Howald, J., Sprich, C. & Nuss, S., 2015. *International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement: Fears, Facts, Faultlines*. Berlin: BDI - federation of German Industries: Department for External Economic Policy.

Anexo 2

Summary of Macroeconomic Effect

	Limited agreement: tariffs only	Limited agreement: services only	Limited agreement: procurement only	Comprehensive agreement: less ambitious	Comprehensive agreement: ambitious
Change in GDP					
EU, million euros	23,753	5,298	6,367	68,274	119,212
US, million euros	9,447	7,356	1,875	49,543	94,904
Bilateral exports f.o.b.					
EU to US, million euros	43,840	4,591	6,997	107,811	186,965
US to EU, million euros	53,777	2,859	3,411	100,909	159,098
Total exports f.o.b.					
extra-EU, million euros	43,740	5,777	7,136	125,232	219,970
US, million euros	57,330	5,488	5,942	142,071	239,543

Fonte: Francois, J. et al., 2013. *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment - An Economic Assessment*, s.l.: Centre for Economic Policy Research.

Anexo 3

Table 3-3 Summary of macroeconomic effects

	Modest scenario				Ambitious scenario				
	Tariffs	NTBs Goods	NTBs Services	Total	Tariffs	NTBs Goods	NTBs Services	Spillovers	Total
GDP, %	0.35	0.22	0.01	0.57	0.35	0.33	0.02	0.07	0.76
National Income, million euros	775	487	14	1277	778	718	32	118	1610
Consumer Prices, %	0.01	0.06	0.00	0.08	0.00	0.10	0.00	-0.12	-0.04
Exports, %	0.73	0.58	0.04	1.35	0.72	0.94	0.08	-0.01	1.70
Imports, %	0.65	0.52	0.03	1.20	0.64	0.84	0.07	-0.01	1.52
Terms of Trade, %	0.04	0.04	0.00	0.09	0.04	0.07	0.01	-0.03	0.07
low skill wages, %	0.58	0.31	0.00	0.89	0.58	0.36	0.01	0.01	0.94
medium skill wages, %	0.31	0.19	0.00	0.51	0.31	0.29	0.01	0.06	0.68
high skill wages, %	0.36	0.22	0.01	0.60	0.37	0.32	0.02	0.06	0.77

Source: CGE model estimates

Fonte: Francois, J. & Manchin, M., 2014. *Quantifying the Impact of a Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP) Agreement on Portugal*, s.l.: Centre for Economic Policy Research.