

# OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ENTRE ESTADOS E INVESTIDORES NA PERSPETIVA EUROPEIA: DESENVOLVIMENTOS RECENTES(\*)

*Pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I — Posição do problema.** 1. Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e a sua importância na efetividade da proteção internacional dos investidores. 2. O papel dos acordos internacionais de investimento. 3. As competências da União Europeia em matéria de comércio externo após o Tratado de Lisboa. 4. O Regulamento “*grandfathering*”. 5. A União Europeia como parte de mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e os problemas que suscita. **II — Questões suscitadas pelo atual quadro regulatório dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores.** 6. A necessidade de maior transparência, independência e previsibilidade dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 7. A Resolução das Nações Unidas sobre transparência da arbitragem entre investidores e Estados. 8. O impacto dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores sobre o exercício dos poderes regulatórios dos Estados. 9. Um tribunal internacional de investimentos? 10. Calvo renascido? Os tribunais nacionais como alternativa. 11. O acesso da União Europeia aos *fora* arbitrais existentes. 12. As competências do Tribunal de Justiça da União Europeia. **III — A resposta europeia.** 13. O

---

(\*) Trabalho destinado ao *Liber Amicorum Fausto de Quadros*.

(\*\*) Advogado; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

endosso pela Comissão Europeia dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 14. A posição do Parlamento Europeu. 15. O Regulamento sobre a responsabilidade financeira associada aos mecanismos de ISDS. **IV — Conclusões.** 16. Argumentos favoráveis aos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 17. A necessidade de reforma dos atuais mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 18. O caminho do futuro: o CETA e o TTIP.

## I. Posição do problema

### 1. Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e a sua importância na efetividade da proteção internacional dos investidores

A proteção diplomática pelo Estado nacional do investidor foi, durante muito tempo, o principal mecanismo consagrado pelo Direito Internacional a fim de assegurar a reparação dos danos causados ao investidor estrangeiro pelo respetivo Estado de acolhimento em virtude de atos ou omissões imputáveis a este<sup>(1)</sup>.

A proteção diplomática padece, no entanto, de conhecidas limitações. Por um lado, encontra-se por via de regra sujeita ao esgotamento pelo investidor dos meios de reparação disponíveis no Estado de acolhimento, os quais podem revelar-se morosos e parciais. Por outro, à luz do Direito Internacional o seu exercício

---

<sup>(1)</sup> Ver, sobre a noção, âmbito e condições de exercício da proteção diplomática, os *Draft articles on Diplomatic Protection*, adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2006 (disponível em <<http://legal.un.org>>). Sobre a proteção diplomática dos investidores, vejam-se: FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 387 ss.; CHRISTOPH SCHREUER, «Investment Protection and International Relations», in A. Reinisch/U. Kriebaum (orgs.), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Haia, 2007, pp. 345 *et seq.*; BEN JURATOWITCH, «The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties», *ICSID Review*, 2008, pp. 10 ss.; e GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, «Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection?», in Laurence Chazournes/Marcelo Kohen/Jorge Viñuales (orgs.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leida, 2012, pp. 305 ss.

é discricionário, cabendo exclusivamente ao Estado nacional daquele que a reclama a decisão sobre as condições em que a porá em prática<sup>(2)</sup>.

Neste contexto, os mecanismos de resolução extrajudicial de litígios entre Estados e investidores (*Investor-State Dispute Settlement* ou ISDS), que conheceram nos últimos anos um extraordinário desenvolvimento, operaram um importante reforço da proteção internacional dos investidores, na medida em que lhes permitem demandar os respetivos Estados de acolhimento perante uma jurisdição neutra e independente, *maxime* um tribunal arbitral, com fundamento no incumprimento por aqueles das respetivas obrigações, sem terem de se sujeitar às instâncias judiciais desses Estados nem ao exercício discricionário da proteção diplomática pelos respetivos Estados nacionais.

Os mecanismos de ISDS *despolitizaram*, por conseguinte, os litígios em matéria de investimento e colocaram à disposição do investidor lesado por qualquer ato ou omissão do Estado de acolhimento um mecanismo eficaz de proteção tutelado pelo Direito Internacional.

Por outro lado, os mecanismos de ISDS permitem aos investidores prevalecerem-se, em caso de litígio, das regras constantes dos acordos internacionais de proteção de investimentos, as quais não são, em vários países, diretamente aplicáveis pelos tribunais nacionais, apenas sendo invocáveis em juízo depois de transpostas para o Direito interno desses países.

---

(2) Veja-se, neste sentido, o acórdão proferido em 5 de fevereiro de 1970 pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), in International Court of Justice Reports, Advisory Opinions and Orders, 1970, pp. 3 ss.*) Ai afirmou aquele Tribunal: «*The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case*» (n.º 79).

## 2. O papel dos acordos internacionais de investimento

Nos últimos 15 anos, proliferaram os casos em que foram acionados mecanismos de ISDS, em larga medida graças às regras contidas em acordos internacionais de investimento que permitem aos investidores recorrer à arbitragem contra os respetivos Estados de acolhimento na hipótese de incumprimento por estes das regras deles constantes<sup>(3)</sup>.

Há atualmente cerca de 3000 acordos desse tipo — bilaterais, uns (ditos *bilateral investment treaties* ou BITs)<sup>(4)</sup>, multilaterais, outros (como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, ou NAFTA, celebrado em San Antonio, Texas, a 17 de dezembro de 1992<sup>(5)</sup>, e o Tratado da Carta da Energia, concluído em Lisboa a 17 de outubro de 1994)<sup>(6)</sup>. Portugal é parte de cerca de 50 BITs, bem como do TCE<sup>(7)</sup>.

Tipicamente, os BITs compreendem duas partes. Na primeira, contém-se um certo número de regras substantivas de proteção dos investimentos estrangeiros, entre as quais avultam: *a)* A proibição de expropriações e nacionalizações sem indemnização adequada; *b)* O direito a um tratamento justo e equitativo; *c)* A proibição de medidas arbitrárias ou discriminatórias; *d)* A livre transferência de fundos relacionados com os investimentos; e *e)* A cláusula da nação mais favorecida<sup>(8)</sup>. Na segunda, os Estados Contratantes dão o seu consentimento à resolução pela via arbitral de quaisquer

---

<sup>(3)</sup> Sobre a articulação da arbitragem com os acordos internacionais de investimento, veja-se o nosso estudo «Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2011, pp. 751 ss.

<sup>(4)</sup> Cf. a listagem disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>.

<sup>(5)</sup> Disponível em <<http://www.naftanow.org>>. A proteção do investimento estrangeiro, bem como a resolução de litígios, encontram-se reguladas no capítulo 11 do Tratado.

<sup>(6)</sup> Disponível em <<http://www.encharter.org>>. A promoção e a proteção do investimento estrangeiro são tratadas na Parte III do Tratado e a resolução de litígios na Parte V.

<sup>(7)</sup> Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 36/96, publicada no *Diário da República*, série I-A, n.º 265, de 15 de novembro de 1996.

<sup>(8)</sup> Ver, para uma síntese das tendências contemporâneas na proteção substantiva dos investimentos estrangeiros instituída pelos BITs dos Estados Membros da OCDE, MARIE-FRANCE HOUDE, «Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties», in *International Investment Perspectives*, Paris, 2006, pp. 143 ss.

litígios futuros relativos a investimentos realizados no seu território por nacionais do outro Estado Contratante, contanto que se tenham revelado infrutíferas as negociações empreendidas nesse sentido durante certo lapso de tempo («*cooling off period*»). Geralmente, não se exige para tal o prévio esgotamento dos meios judiciais locais. A fim de acionar o mecanismo arbitral, basta ao investidor estrangeiro manifestar, a qualquer momento, o seu consentimento relativamente ao mesmo e a intenção de recorrer à arbitragem. O consenso assim formado substitui a convenção de arbitragem, indispensável na arbitragem comercial internacional<sup>(9)</sup>. Se, porém, o investidor optar por demandar o Estado de acolhimento perante os tribunais deste, fica-lhe por via de regra vedado o recurso à via arbitral (tal a denominada «*fork in the road clause*»)<sup>(10)</sup>.

Segundo dados da Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), entre 1987 e 2013 o número total de arbitragens baseadas em tratados internacionais de investimento ascendeu a 568<sup>(11)</sup>. Dado, porém, que não há um registo internacional dessas arbitragens, é plausível que o número total seja superior.

Os pedidos indemnizatórios submetidos pelos investidores nessas arbitragens, bem como as condenações nelas decretadas, atingiram valores elevadíssimos. A título de exemplo, mencionem-se as sentenças proferidas em 2012, no caso *Occidental Petroleum et al. v. Ecuador*, relativo à expropriação dos investimentos das demandantes na República do Equador, em que foi proferida uma condenação do Estado demandado no valor de cerca de 1,7 mil

---

(9) Cf. JULIAN LEW/LOUKAS MISTELIS/STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia/Londres/Nova Iorque, 2003, p. 764.

(10) Cf., neste sentido, a sentença arbitral proferida em *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21), disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>.

(11) Cf. UNCTAD, *World Investment Report 2014*, Nova Iorque/Genebra, 2014, p. 124.

(12) Cf. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>.

milhões de dólares<sup>(12)</sup>; em 2013, no caso *Al-Kharafi v. Libya*<sup>(13)</sup>, em que a Líbia foi condenada a pagar a um investidor sediado no Egito uma indemnização de 935 milhões de dólares pelo incumprimento de um contrato relativo a um empreendimento turístico em Trípoli; e em 2014, nos litígios que opuseram os acionistas majoritários da companhia petrolífera Yukos à Federação Russa, relativos à expropriação por esta dos investimentos dos demandantes na primeira, nos quais foram proferidas três condenações do Estado demandado no valor agregado de cerca de 40 mil milhões de dólares<sup>(14)</sup>. Os mecanismos de ISDS associados a acordos internacionais de investimento tornaram-se assim nos meios por excelência de resolução de alguns dos maiores litígios patrimoniais da História contemporânea.

### 3. As competências da União Europeia em matéria de comércio externo após o Tratado de Lisboa

Segundo a UNCTAD, são os investidores europeus os maiores utilizadores dos mecanismos em apreço, tendo sido responsáveis por 53% dos processos de ISDS iniciados entre 1987 e 2013; em 2013, 42% dos novos processos conhecidos foram instaurados contra Estados Membros da União Europeia<sup>(15)</sup>. Daqui também a importância de que os mesmos se revestem para esta.

Ora, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ocorrida em 2009, implicou uma modificação de tomo no regime internacional destes meios de resolução de litígios<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Cf. *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others*, disponível em <<http://www.italaw.com>>.

<sup>(14)</sup> Cf. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227); e *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 228), disponíveis em <<http://www.pca-cpa.org>>.

<sup>(15)</sup> *Est. cit.*, p. 125.

<sup>(16)</sup> Cf., sobre o tema, o nosso estudo «El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al artículo 207 del TFUE», *Arbitraje: Revista*

Com efeito, o art. 207.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), na redação dada pelo Tratado de Lisboa, incluiu a negociação e a celebração de acordos internacionais de investimento entre as competências exclusivas da União Europeia<sup>(17)</sup>.

Embora esta «*multilateralização*» (como já se lhe chamou)<sup>(18)</sup> da proteção do investimento estrangeiro inevitavelmente implique uma certa perda de autonomia dos Estados Membros, ela também lhes permite, assim como aos investidores deles oriundos, beneficiarem do maior poder negocial da União perante terceiros Estados e de uma rede de acordos potencialmente mais abrangente.

Foi no exercício dessas novas competências que, em 2014, a União Europeia concluiu as negociações relativas ao acordo comercial entre a Europa e o Canadá (o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* ou CETA) e ao acordo de comércio livre com Singapura (o *EU-Singapore Free Trade Agreement*); e iniciou as negociações para a celebração de um acordo com os Estados Unidos da América (o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou TTIP), sobre cujo teor a Comissão Europeia levou entretanto a cabo uma consulta pública<sup>(19)</sup>.

Não é líquido, por ora, se a competência da União para celebrar estes acordos é exclusiva ou se, ao invés, deve ser partilhada

---

*de arbitraje comercial y de inversiones*, 2012, n.º 3, pp. 9 ss., e a demais bibliografia aí citada.

(17) Dispõe esse preceito: «*A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, e aos aspectos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro directo, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios. A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objectivos da acção externa da União.*»

(18) Ver CHRISTOPH G. BENEDICT, «The Multilateralization of Investment Protection under the Lisbon Treaty: Fears and Hopes of Investors», *ICSID Review*, 2009, pp. 446 ss.

(19) Vide a análise pela Comissão Europeia dos resultados dessa consulta em *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, documento SWD(2015) 3 final, Bruxelas, 13 de janeiro de 2015, disponível em <<http://trade.ec.europa.eu>>.

com os Estados Membros, aos quais caberia neste caso também ratificá-los. Isto porque o referido art. 207.º do TFUE apenas abrange o *investimento direto estrangeiro*, ao passo que os acordos comerciais em questão compreendem também, por via de regra, o *investimento indireto*, no qual se inclui o investimento em valores mobiliários (*portfolio investment*), em que o investidor não exerce geralmente qualquer influência sobre a gestão das empresas que servem de veículo ao investimento. A favor de uma resposta positiva a esta questão poderá aduzir-se o disposto nos arts. 3.º, n.º 2, e 63.º, n.º 1, do TFUE<sup>(20)</sup>, na medida em que aquele segundo tipo de investimento contende com a livre circulação de capitais aí tutelada. Mas o ponto é controverso e caberá em última análise ao Tribunal de Justiça da União Europeia esclarecê-lo.

#### 4. O Regulamento «*grandfathering*»

As novas competências europeias quanto aos acordos internacionais de investimento não puseram automaticamente termo aos tratados bilaterais de investimento entre os Estados Membros da União Europeia e terceiros Estados.

O estatuto desses tratados foi definido pelo Regulamento (EU) n.º 1219/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012<sup>(21)</sup>, também conhecido como «*grandfathering regulation*»<sup>(22)</sup>, o qual estabelece certas disposições tran-

---

<sup>(20)</sup> Os quais dispõem, respetivamente, que «*A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas*»; e que «*são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros*».

<sup>(21)</sup> Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, n.º 351, de 20 de dezembro de 2012, pp. 40 ss.

<sup>(22)</sup> De *grandfather clause*, designação dada no Direito norte-americano a uma disposição legal que mantém em vigor uma regra antiga pelo que respeita a determinadas situações jurídicas, mandando aplicar a regra nova a todas as situações futuras. No caso vertente, trata-se dos BITs celebrados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que



sitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados Membros da União e terceiros países<sup>(23)</sup>.

Esse regulamento permite que os BITs concluídos pelos Estados Membros antes de 2009 se mantenham em vigor até que seja concluído um novo acordo entre a União e o terceiro Estado em questão; consente ainda que os Estados Membros negociem e concluam novos BITs, se a tal forem autorizados pela União; e estabelece que a Comissão terá o direito de participar em quaisquer processos de ISDS instaurados ao abrigo desses BITs.

A eficácia dos BITs existentes à data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa foi assim confirmada pelo referido regulamento. Esses acordos constituem, nesta medida, um legado importante que a União Europeia recebeu dos seus Estados Membros nesta matéria.

## **5. A União Europeia como parte de mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e os problemas que suscita**

Não obstante a preservação, nos termos referidos, dos BITs já celebrados à data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o caminho do futuro em matéria de comércio internacional passará seguramente pela celebração de um número crescente de acordos entre a União e terceiros Estados, que irão gradualmente substituir os primeiros.

---

continuam a aplicar-se por força do referido regulamento enquanto não forem substituídos por novos acordos.

<sup>(23)</sup> Ver, sobre este Regulamento, NIKOS LAVRANOS, «In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs — A Member State's Perspective», *Transnational Dispute Management*, volume 10 (2013), n.º 2; MARIA JOÃO PALMA, «A nova política europeia de investimento decorrente do Tratado de Lisboa — o Regulamento *grandfathering* e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros», em curso de publicação na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. 8 (2015).

Relativamente à proteção dos investidores nesses futuros acordos suscitam-se diversos problemas, que podemos sintetizar do seguinte modo:

- a) Devem manter-se os atuais mecanismos de ISDS, nomeadamente a arbitragem, como meios preferenciais de resolução dos litígios entre Estados (ou, futuramente, a União) e investidores estrangeiros?
- b) Se sim, quais os *fora* arbitrais para o efeito abertos à União Europeia?
- c) São os atuais mecanismos de ISDS compatíveis com as competências do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de interpretação do Direito Europeu?
- d) Como deverá ser repartida entre a União e os respetivos Estados Membros a responsabilidade financeira emergente do funcionamento dos mecanismos de ISDS?

Estes os pontos que nos propomos analisar em seguida.

## **II. Questões suscitadas pelo atual quadro regulatório dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores**

### **6. A necessidade de maior transparência, independência e previsibilidade dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores**

A resposta à primeira das questões acima colocadas requer uma reflexão sobre os problemas postos pelo atual quadro regulatório dos mecanismos de ISDS. Não são poucas, com efeito, as críticas que têm sido dirigidas a estes<sup>(24)</sup>. Entre elas destacaremos as seguintes:

---

(24) Ver, designadamente, GUS VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007; *idem*, *Why Arbitrators not Judges? Comment on the European*

- a) *Falta de transparência*: a arbitragem internacional tem habitualmente caráter confidencial. O Centro Internacional Para a Resolução de Disputas Sobre Investimentos (*International Center for the Settlement of Investment Disputes* ou ICSID), com sede em Washington, D.C., e o Tribunal Permanente de Arbitragem (*Permanent Court of Arbitration* ou PCA), com sede na Haia, frequentemente escolhidos para administrarem arbitragens de investimento, divulgar, é certo, nos seus sítios eletrônicos listas de casos, assim como a maior parte das decisões processuais e das sentenças proferidas por tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide; mas os processos arbitrais que neles correm termos não são, por via de regra, abertos ao público<sup>(25)</sup>. Nas arbitragens *ad hoc*, não há (ou não havia até recentemente) lugar à publicação das sentenças. O que a muitos se afigura inadequado na arbitragem de investimentos, atentos os interesses públicos em jogo.
- b) *Falta de independência*: os árbitros podem incorrer em conflitos de interesses, sobretudo quando exerçam simultaneamente funções como advogados em outras arbitragens de investimento; e a nomeação reiterada das mesmas personalidades a fim de integrarem tribunais incumbidos de julgar processos desta natureza compromete potencialmente a sua independência relativamente às partes em litígio<sup>(26)</sup>.
- c) *Falta de previsibilidade das decisões arbitrais*: uma vez que não é geralmente admitida a interposição de recurso das sentenças arbitrais proferidas nas arbitragens de investimento, podem surgir interpretações divergentes das mes-

---

*Commission's approach to investor-state arbitration in TTIP and CETA*, 2014, disponível em <<http://ssrn.com>>.

<sup>(25)</sup> Sobre estas instituições, veja-se RUTH MACKENZIE/CESARE ROMANO/YUVAL SHANI, *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2010, pp. 101 ss.

<sup>(26)</sup> Ver ALBERT JAN VAN DEN BERG, «Qualified Investment Arbitrators?», in Patrick Wautelet/Thalia Kruger/Govert Coppens (orgs.), *The Practice of Arbitration. Essays in Honour of Hans van Houtte*, Oxford/Portland, 2012, pp. 53 ss.

mas disposições (ou de disposições semelhantes) constantes de diferentes acordos comerciais internacionais, o que é suscetível de gerar incerteza quanto aos direitos dos investidores e às responsabilidades dos Estados de acolhimento.

### **7. A Resolução das Nações Unidas sobre a transparência da arbitragem entre Estados e investidores**

Em 16 de dezembro de 2013, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Resolução n.º 68/109, que visa dar resposta a algumas destas críticas<sup>(27)</sup>.

Reconhece-se nela o uso generalizado da arbitragem como meio de resolução de litígios relativos a investimentos e o seu valor enquanto tal. Mas afirma-se também a necessidade de maior transparência, dados os interesses públicos em presença.

Para o efeito, a dita Resolução aprovou as *Regras da CNUDCI Sobre a Transparência de Arbitragens entre Investidores e Estados Baseadas em Tratados*<sup>(28)</sup>, nas quais se prevê, além do mais: a) A publicação de certos documentos relativos às arbitragens de investimento, mesmo em arbitragens *ad hoc*; b) A possibilidade de apresentação nelas de peças processuais exprimindo os pontos de vista de terceiros (*amici curiae*); e c) A publicidade das audiências de produção de prova que nelas tenham lugar.

Estas regras estão em vigor desde 1 de abril de 2014, sendo aplicáveis a todas as arbitragens de investimentos instauradas ao abrigo do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL com base num tratado de proteção de investimentos concluído após essa data, salvo acordo das partes em contrário.

---

<sup>(27)</sup> Disponível em <<http://www.un.org>>.

<sup>(28)</sup> Cf. *United Nations Commission on International Trade Law Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, texto disponível em <<http://www.uncitral.org/uncitral>>.

## 8. O impacto dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores sobre o exercício dos poderes regulatórios dos Estados

Outro problema suscitado pelos mecanismos de ISDS é o risco de um «efeito inibidor» do exercício pelos Estados dos seus poderes regulatórios («*regulatory chill*»): em ordem a evitarem ter de pagar avultadas indemnizações a investidores estrangeiros, os Estados poderão, diz-se, abster-se de adotar medidas em matéria ambiental, laboral, de consumo ou relativas à saúde pública que possam afetar negativamente os investimentos estrangeiros; o que inevitavelmente constringe o exercício de poderes de soberania pelos Estados de acolhimento desses investimentos em áreas sensíveis, a expensas dos interesses nacionais que lhes compete prosseguir. Tal a consequência, segundo alguns, de se utilizar um mecanismo tipicamente privado de resolução de litígios — a arbitragem — em matérias de Direito Público.

Estas considerações terão porventura desempenhado um papel relevante na denúncia da Convenção ICSID pela Bolívia (em 2008), pelo Equador (em 2009) e pela Venezuela (em 2012). Mas o problema ganhou também certa acuidade na Europa quando a empresa sueca Vattenfall demandou, em 2012, a República Federal da Alemanha, instaurando contra esta uma arbitragem perante o ICSID, ao abrigo do Tratado da Carta da Energia, com fundamento nos prejuízos que alegadamente sofrera em virtude da descontinuação do programa nuclear alemão (decidida pelo Parlamento daquele país em 2011, na sequência do acidente de Fukushima), os quais foram estimados em valor superior a 1.000 milhões de euros<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Cf. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12), disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>. O processo arbitral encontra-se pendente em 2014.

## 9. Um tribunal internacional de investimentos?

As críticas endereçadas aos mecanismos de ISDS, de que demos conta acima, conduziram à proposta de criação de um tribunal internacional permanente de investimentos, a que caberia em exclusivo julgar este tipo de litígios. Esse tribunal seria provido com juízes vitalícios, designados pelos Estados, o que asseguraria a independência dos julgadores relativamente aos interesses em jogo. Por outro lado, uma câmara de apelação garantiria a uniformidade de julgados. Os processos que tramitassem perante esse tribunal seriam públicos, o que lhes conferiria maior transparência<sup>(30)</sup>.

Na ausência, porém, de uma regulação multilateral do investimento estrangeiro, que inexistente por ora, não seria isento de dificuldades o exercício de uma tal competência exclusiva por um tribunal internacional de investimentos: como se viu acima, esta matéria é hoje predominantemente objeto de tratados bilaterais, que remetem para instâncias arbitrais a decisão dos litígios sobre a matéria.

Por outro lado, um tribunal com a composição referida, ainda que conseguisse fazer vingar a sua competência exclusiva, privaria as partes da possibilidade de escolherem os seus próprios julgadores, que a arbitragem lhes facultava e constitui uma das vantagens deste modo de composição de litígios.

## 10. Calvo renascido? Os tribunais nacionais como alternativa

Uma alternativa possível, que evoca a *doutrina Calvo*<sup>(31)</sup>, acolhida nas constituições de diversos países sul-americanos no

---

<sup>(30)</sup> Neste sentido, GUS VAN HARTEN, *A Case for an International Investment Court*, Londres, 2008, disponível em <<http://www.ssrn.com>>.

<sup>(31)</sup> Sobre a qual pode ver-se, por último, PATRICK JUILLARD, «Calvo doctrine/Calvo clause», in RÜDIGER WOLFRUM (org.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, vol. I, pp. 1086 ss.

século XIX, consistiria em submeter os litígios emergentes de investimentos estrangeiros exclusivamente aos tribunais dos Estados de acolhimento destes.

Esta ideia terá de alguma sorte inspirado o BIT celebrado em 2014 entre a Austrália e o Japão, no qual se omitem quaisquer regras de ISDS. Ao facto não terá sido alheia a circunstância de a Austrália ter sido demandada em 2012 pela Philip Morris, ao abrigo do BIT entre esse país e Hong Kong, com fundamento em que as regras australianas sobre as embalagens de produtos do tabaco (contidas no *Tobacco Plain Packaging Act 2011*) teriam privado a demandante do valor dos seus investimentos na Austrália, designadamente em virtude da proibição, delas resultante, de a Philip Morris exercer os seus direitos de propriedade intelectual associados àquelas embalagens e bem assim da expropriação do *goodwill* a eles associado<sup>(32)</sup>.

Mas esta solução não é, evidentemente, satisfatória sempre que os tribunais do país de acolhimento do investidor não deem suficientes garantias de observância do *due process* ou restrinjam o acesso à justiça por investidores estrangeiros; e isso, longe de ser uma situação excecional, corresponde ainda hoje à regra num largo número de países<sup>(33)</sup>. Não surpreende, por isso, que noutros acordos comerciais (como o que celebrou com a Coreia do Sul em 2014) a Austrália haja anuído à inclusão de mecanismos de ISDS; e que o atual Governo deste país tenha optado nesta matéria por um *case by case approach*<sup>(34)</sup>.

Dir-se-á que os aludidos problemas não se põem nas relações entre os Estados Membros da União da Europeia e os Estados Unidos ou o Canadá, dado que os respetivos sistemas judiciários nacionais dão suficiente proteção aos investidores, não se justifi-

---

<sup>(32)</sup> Cf. *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* (PCA Case No. 2012-12), disponível em <<http://www.pca-cpa.org>>. O processo arbitral encontrava-se pendente em 2014.

<sup>(33)</sup> Vejam-se, a este respeito, os elucidativos exemplos relatados por JAN PAULSSON em «Enclaves of Justice», *Transnational Dispute Management*, vol. 4 (2007), n.º 5.

<sup>(34)</sup> Cf. LUKE NOTTAGE, *Why no investor-state arbitration in the Australia-Japan FTA?*, disponível em <<http://blogs.usyd.edu.au>>.

cando por isso a inclusão de mecanismos de ISDS nos acordos comerciais com esses países<sup>(35)</sup>.

A realidade, porém, é que mesmo na União Europeia os sistemas judiciários nacionais apresentam fragilidades inequívocas, como o demonstra, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de violações do direito a um processo equitativo consignado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pelos tribunais dos respetivos Estados Contratantes<sup>(36)</sup>.

Mas ainda que o referido argumento fosse exato, ele provaria demais pois levaria a excluir a própria arbitragem comercial. A circunstância de os mecanismos de ISDS não serem porventura necessários em certos países a fim de a tutelar os investidores não prejudica que os mesmos apresentem vantagens relativamente ao recurso aos tribunais estaduais, que justificam a sua adoção. Entre estas sobressaem a maior celeridade e flexibilidade do processo arbitral, o seu custo inferior (particularmente no confronto com o dos processos judiciais norte-americanos) e a especialização e a neutralidade dos julgadores, que não atuam como órgãos de soberania de uma das partes.

## 11. O acesso da União Europeia aos *fora* arbitrais existentes

No caso da União Europeia, a opção por mecanismos de ISDS coloca um problema adicional: o dos *fora* arbitrais disponíveis para os litígios de que aquela seja parte<sup>(37)</sup>. Diversas alternativas se podem considerar a este respeito.

---

<sup>(35)</sup> Tal o ponto de vista expresso, aquando da discussão do CETA, pelo Ministro da Economia alemão SIGMAR GABRIEL: cf. *Financial Times*, edição de 25 de setembro de 2014. A objeção à inclusão do ISDS no CETA foi posteriormente retirada pela Alemanha.

<sup>(36)</sup> Só no ano de 2013 foram proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 166 condenações de Estados Contratantes com esse fundamento: cfr. as estatísticas disponíveis em <<http://www.echr.coe.int>>.

<sup>(37)</sup> Cf., a este respeito, GÜNES ÜNÜVAR, *Dispute Settlement Alternatives in Future EU BITS. Building the Framework for Investment Protection*, Bruxelas, 2012.



O ICSID é o centro de arbitragem mais frequentemente escolhido para este efeito. A Convenção ICSID<sup>(38)</sup>, concluída em Washington, D.C., em 1965, tem atualmente 158 Estados Membros, que devem reconhecer e executar nos respectivos territórios as sentenças arbitrais proferidas ao abrigo das suas regras como se fossem sentenças transitadas em julgado proferidas por tribunais nacionais. Não é assim necessário, nesses Estados, qualquer procedimento de revisão e confirmação da sentença arbitral proferida no estrangeiro ao abrigo das disposições da Convenção; o que evidentemente facilita muito a eficácia das sentenças que ostentem a chancela do ICSID. A Convenção, porém, só está presentemente aberta à assinatura de Estados Membros do Banco Mundial. A adesão da União Europeia pressuporia, por isso, uma alteração das disposições da Convenção; o que, dado o elevado número de Estados que são atualmente partes dela e a complexidade de que habitualmente se revestem os procedimentos tendentes a alterar qualquer instrumento de Direito Internacional convencional, não é provável a curto prazo. A arbitragem ICSID encontra-se, assim, por ora fechada aos futuros BITs europeus.

Outro tanto não pode dizer-se da arbitragem segundo o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI)<sup>(39)</sup>. Esta encontra-se no entanto sobretudo orientada para as arbitragens comerciais, em que as preocupações acima referidas com o acesso do público à informação e a intervenção de terceiros nos processos arbitrais não assumem a mesma relevância.

Outra opção possível é o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas Para o Direito do Comércio Internacional (*United Nations Commission for International Trade Law* ou UNCITRAL)<sup>(40)</sup>, o qual é elegível nos litígios emergentes dos acordos comerciais europeus, ainda que a União não seja membro

---

<sup>(38)</sup> Convenção Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados, ratificada por Portugal em 1984. Para um comentário, veja-se, por todos, CHRISTOPH SCHREUER, *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 2013.

<sup>(39)</sup> Cf. *ICC Rules of Arbitration*, disponíveis em <<http://www.iccwbo.org>>.

<sup>(40)</sup> Cf. *UNCITRAL Arbitration Rules*, disponíveis em <<http://www.uncitral.org>>.

desta agência das Nações Unidas. Mas, ao contrário da arbitragem segundo as regras do ICSID ou da CCI, a da UNCITRAL não oferece aos seus utilizadores uma estrutura institucional apta a administrar os processos arbitrais que decorram em conformidade com as respetivas regras.

## 12. As competências do Tribunal de Justiça da União Europeia

Um último problema se coloca a este respeito: o da compatibilidade dos mecanismos de ISDS com as competências exclusivas do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Como se sabe, cabe a este último garantir a interpretação e a aplicação uniformes do Direito Europeu, designadamente através do processo de reenvio prejudicial previsto no art. 267.º do TFUE.

A compatibilização dessa competência do Tribunal de Justiça com os mecanismos de ISDS que venham a ser consignados nos BITs europeus poderá, assim, reclamar a possibilidade de acionamento do reenvio prejudicial pelos tribunais arbitrais a que caiba julgar litígios de investimento.

Essa possibilidade não se encontra decerto expressamente contemplada no TFUE, que cinge o reenvio prejudicial aos «*órgãos jurisdicionais de um dos Estados-Membros*» e apenas o tem por obrigatório relativamente àqueles dentre esses órgãos «*cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno*».

Mas um importante passo no sentido da consagração daquela possibilidade foi recentemente dado pela 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>(41)</sup>. Esta admitiu, com efeito, um pedido de decisão prejudicial formulado por um tribunal arbitral constituído em Portugal, ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 14 de

---

<sup>(41)</sup> Cf. o despacho de 13 de fevereiro de 2014, proferido no caso *Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare, et al.*, processo C-555/13, disponível em <<http://curia.europa.eu>>.

dezembro, para dirimir um litígio entre o titular de uma patente relativa a um medicamento de referência e o fabricante de um medicamento genérico, atento, designadamente, o *caráter necessário* desse tribunal, a *fonte legal* dos seus poderes jurisdicionais e a *equipação dos efeitos das suas decisões* às de um tribunal estadual — características estas que são comuns à arbitragem de investimentos.

### III. A resposta europeia

#### 13. O endosso pela Comissão Europeia dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores

Consideremos agora o modo como a União Europeia se posicionou relativamente às questões atrás enunciadas.

A resposta europeia a essas questões foi primeiramente esboçada pela Comissão na sua comunicação de 7 de abril de 2010 intitulada «*Rumo a uma política europeia global em matéria de investimento internacional*»<sup>(42)</sup>.

Neste texto, a Comissão reconheceu que «*[a] resolução de litígios investidores-Estado, um elemento fundamental do legado que a União recebe dos tratados bilaterais de investimento celebrados pelos Estados-Membros, reveste-se de particular importância, na medida em que um investimento implica o estabelecimento de uma relação de longo prazo com o Estado de acolhimento que não pode ser facilmente desviada para outro mercado em caso de problema com o investimento*». De acordo com a Comissão, esta forma de resolução de litígios seria «*uma característica de tal forma consagrada nos acordos de investimento que a sua ausência desencorajaria de facto os investidores e contribuiria para tornar a economia de acolhimento menos atractiva do que as outras*». Por

---

(42) Documento COM (2010) 343 final, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu>>.

estas razões, concluiu a Comissão, «os futuros acordos da UE que contemplem a protecção do investimento devem incluir sistemas de resolução de litígios entre os investidores e o Estado».

O mesmo documento sublinha, no entanto, a necessidade de maior transparência, uniformidade e previsibilidade dos mecanismos de ISDS.

#### **14. A posição do Parlamento Europeu**

Uma posição mais reservada quanto ao recurso aos mecanismos de ISDS foi expressa pelo Parlamento Europeu na sua Resolução de 6 de abril de 2011<sup>(43)</sup>, em que esse órgão da União manifestou «a sua profunda preocupação face ao nível de discricionariedade dos árbitros internacionais para fazerem uma interpretação lata das cláusulas de protecção do investidor, conduzindo assim à exclusão de uma regulamentação pública legítima» e considerou que «o actual mecanismo de resolução de litígios deve ser modificado, por forma a garantir maior transparência, a possibilidade de as partes interpirem recurso, a obrigação de esgotar os recursos judiciais locais quando sejam suficientemente fiáveis para salvaguardar um processo equitativo, a possibilidade de recurso à prática de “amicus curiae” e a obrigação de escolher um único lugar de arbitragem entre investidores e Estados».

#### **15. O Regulamento sobre a responsabilidade financeira associada aos mecanismos de ISDS**

Não obstante estas reservas, a União deu um passo decisivo no sentido da instituição de mecanismos de ISDS em futuros acor-

---

<sup>(43)</sup> Cf. *European Parliament Resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy*, disponível em <<http://www.europarl.europa.eu>>.

dos internacionais de investimento de que seja parte através do Regulamento n.º 912/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014<sup>(44)</sup>, que regula a repartição da responsabilidade financeira associada a esses mecanismos.

O Regulamento é aplicável aos processos acionados por um demandante de um país terceiro ao abrigo de um acordo de que a União, ou a União e os seus Estados-Membros, sejam partes (art. 1.º). Apenas lhe estão sujeitas as arbitragens instauradas após 17 de setembro de 2014, que digam respeito ao tratamento concedido a investidores depois dessa data (art. 24.º).

Em princípio a União atua na qualidade de demandada se o litígio disser respeito ao tratamento concedido pelas suas instituições, órgãos, organismos ou agências (art. 4.º).

A responsabilidade financeira decorrente de um litígio abrangido pelo Regulamento é repartida de acordo com os seguintes critérios, enunciados no art. 3.º:

- A União assume a responsabilidade financeira decorrente do tratamento concedido pelas suas instituições, órgãos, organismos ou agências;
- O Estado-Membro em causa assume a responsabilidade financeira decorrente do tratamento por ele concedido; e
- A União assume a responsabilidade financeira decorrente do tratamento concedido por um Estado-Membro se esse tratamento for exigido pelo Direito da União.

---

<sup>(44)</sup> Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, n.º 257, de 28 de agosto de 2014, pp. 121 ss.

## IV. Conclusões

### 16. Argumentos favoráveis aos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores

À luz do exposto, é manifesto que os mecanismos de ISDS, em particular a arbitragem, são hoje um importante meio de efetivar a responsabilidade dos Estados que acolham investimentos estrangeiros no seu território e que não cumpram as suas obrigações ao abrigo dos acordos internacionais de investimento; sem eles, as regras sobre proteção do investimento estrangeiro podem mesmo ficar letra morta. Daí o enorme significado de que se revestem para os países exportadores de capitais, entre os quais sobressaem os europeus.

Mas esses mecanismos são também, inequivocamente, um instrumento de captação do investimento estrangeiro, não apenas para os países recetores desse investimento, mas também para aqueles outros através dos quais as empresas multinacionais estruturam os respetivos investimentos, tendo em conta, designadamente, a respetiva rede de BITs<sup>(45)</sup>.

Importa notar, a este respeito, que não é exata a ideia, tantas vezes veiculada, de que os tribunais arbitrais decidem maioritariamente os litígios em matéria de investimentos em sentido favorável ao investidor: de acordo com os dados publicados pela UNCTAD em 2014, do número total de casos julgados até ao ano anterior 43% foram decididos a favor do Estado parte, 31% a favor do investidor e 26% foram objeto de transação<sup>(46)</sup>.

Por outro lado, cumpre reconhecer que nenhum outro mecanismo de resolução de litígios assegura de modo tão eficaz o *enfor-*

---

<sup>(45)</sup> Ver, sobre o ponto, CHRISTOPH SCHREUER, «Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests», *ICSID Review*, 2009, pp. 521 ss., que observa a este respeito: «In principle, there is no reason why a prudent investor should not organize its investment in a way that affords maximum protection under existing treaties. It is neither illegal nor improper for an investor of one nationality to establish a new entity in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment, including the availability of an investment treaty» (p. 524).

<sup>(46)</sup> Cfr. UNCTAD, *World Investment Report 2014*, cit., p. 126.

*cement* do Direito Internacional em litígios relativos a investimentos; e que todas as alternativas atrás consideradas apresentam sérias insuficiências, que desaconselham a sua adoção em futuros acordos internacionais de investimento celebrados pela União Europeia<sup>(47)</sup>.

### 17. A necessidade de reforma dos atuais mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores

A solução para os problemas postos pelos atuais mecanismos de ISDS, dos quais demos conta acima, não está, pois, em abandoná-los, mas antes em reformá-los, por forma, designadamente, a alcançar-se um adequado equilíbrio entre a proteção devida ao investidor e a liberdade regulatória dos Estados.

Esse desiderato pode ser conseguido, nomeadamente:

- a) Através da adoção de definições mais precisas das noções de «*investimento*», «*investidor*», «*tratamento justo e equitativo*», «*expropriação indireta*», etc., comumente consignadas em acordos comerciais internacionais;
- b) Mediante o reconhecimento aos Estados Contratantes destes do *direito de regular* as atividades dos investidores, em ordem a acautelarem os interesses públicos a seu cargo;
- c) Pela consagração nesses acordos de *garantias de maior transparência* nos processos de arbitragem de investimento (na linha, designadamente, do estabelecido na Resolução nas Nações Unidas de 2013); e
- d) Pela adoção de códigos de conduta dos árbitros em arbitragens de investimento, que assegurem a sua *independência e imparcialidade* relativamente aos interesses em litígio.

---

<sup>(47)</sup> Ver CHRISTOPH SCHREUER, «Do We Need Investment Arbitration?», *Transnational Dispute Management*, vol. 11 (2014), n.º 1.

## 18. O caminho do futuro: o CETA e o TTIP

São fundamentalmente estas as medidas que encontraram acolhimento no texto do CETA, assinado em Ottawa pelos representantes da União Europeia e do Canadá em 26 de setembro de 2014<sup>(48)</sup>. O capítulo 10 desse acordo é dedicado ao investimento; e a secção 6 deste capítulo, aos mecanismos de ISDS. Entre as principais inovações nele consignadas relativamente a tratados anteriores destacam-se as seguintes:

- a) A afirmação expressa do direito de regular («*right to regulate*») das Partes Contratantes<sup>(49)</sup>;
- b) A definição dos conceitos de «*investimento*»<sup>(50)</sup>, «*investidor*»<sup>(51)</sup>, «*tratamento justo e equitativo*»<sup>(52)</sup>, «*expropriação indireta*»<sup>(53)</sup>, etc.
- c) A consagração de regras muito pormenorizadas sobre o funcionamento dos mecanismos de ISDS, entre as quais sobressaem:

---

<sup>(48)</sup> Disponível em <<http://trade.ec.europa.eu>>.

<sup>(49)</sup> Veja-se o texto do preâmbulo, em que as Partes Contratantes declaram que «*the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and [...] preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity*».

<sup>(50)</sup> Art. X.3: «*Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk*».

<sup>(51)</sup> Art. X.3: «*A Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party*».

<sup>(52)</sup> Art. X.9, n.º 2: «*A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes: Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings. Manifest arbitrariness; Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article*».

<sup>(53)</sup> Anexo X.11: «*indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment*».



- O estabelecimento de prazos para a instauração de ações de investidores contra as Partes Contratantes;
- A instituição de regras sobre os conflitos de interesses dos árbitros e a adoção de um código de conduta para estes;
- A instituição de mecanismos de prevenção de ações frívolas, nomeadamente através da imposição à parte que decair do dever de pagar as custas do processo;
- A previsão de total transparência do processo arbitral, mediante a abertura ao público de todas as audiências e documentos;
- A instituição de mecanismos de mediação prévios ou contemporâneos da arbitragem; e
- A atribuição às Partes Contratantes da possibilidade de celebrarem acordos quanto à interpretação do tratado, limitando deste modo a discricionariedade dos tribunais arbitrais.

O Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e Singapura<sup>(54)</sup> contém regras em larga medida coincidentes.

É de supor que o mesmo caminho seja agora trilhado na negociação do TTIP<sup>(55)</sup>. As diretrizes para a negociação desse acordo, divulgadas em 9 de outubro de 2014 pelo Conselho da União Europeia<sup>(56)</sup>, admitem a consagração nele de mecanismos de ISDS, posto que os seus termos exatos ainda não sejam conhecidos. Essas diretrizes estabelecem, no entanto, o seguinte a este respeito<sup>(57)</sup>:

- a) A inclusão no acordo de mecanismos de ISDS dependerá da obtenção de uma solução satisfatória, sob o prisma dos

---

<sup>(54)</sup> Disponível em <<http://trade.ec.europa.eu>>.

<sup>(55)</sup> Ver, sobre o tema, ROLAND KLÄGER, «The Impact of the TTIP on Europe's Investment Arbitration Architecture», *Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht*, 2014, pp. 68 ss.

<sup>(56)</sup> Ver *Directives for the negotiation of the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America*, documento 11103/13, disponível em <<http://data.consilium.europa.eu>>.

<sup>(57)</sup> Cf. os §§ 22 e 23 do documento citado na nota anterior.

interesses da União Europeia, quanto às disposições substantivas em matéria de proteção de investimentos<sup>(58)</sup>;

- b) A proteção de investimentos deverá ressaltar o direito da União e dos seus Estados Membros de adotarem e aplicarem, em conformidade com as respetivas competências, as medidas necessárias em ordem a prosseguirem, de forma não discriminatória, interesses públicos legítimos, designadamente nos domínios social, ambiental, da segurança, da estabilidade do sistema financeiro e da saúde pública<sup>(59)</sup>;
- c) O acordo deve visar a consagração de um mecanismo de resolução de litígios entre investidores e Estados eficaz e correspondente ao estado da arte, que assegure a transparência, a independência dos árbitros e a previsibilidade do acordo, inclusive através da possibilidade de serem adotadas interpretações vinculativas deste pelas Partes Contratantes<sup>(60)</sup>.

Não há assim, ao menos por ora, uma intenção firme da União Europeia no sentido de incluir no TTIP um mecanismo de ISDS. A essa circunstância não será alheia a repercussão que as preocupações referidas quanto ao modo atual de funcionamento do ISDS e ao seu possível impacto no exercício das competências regulatórias dos Estados Membros e da União têm tido na imprensa europeia<sup>(61)</sup>

---

<sup>(58)</sup> «*After prior consultation with Member States and in accordance with the EU Treaties the inclusion of investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) will depend on whether a satisfactory solution, meeting the EU interests concerning the issues covered by paragraph 23, is achieved. The matter shall also be considered in view of the final balance of the Agreement*».

<sup>(59)</sup> «*Investment protection [...] should be without prejudice to the right of the EU and the Member States to adopt and enforce, in accordance with their respective competences, measures necessary to pursue legitimate public policy objectives such as social, environmental, security, stability of the financial system, public health and safety in a non-discriminatory manner*».

<sup>(60)</sup> «*Enforcement: the Agreement should aim to provide for an effective and state-of-the-art investor-to-state dispute settlement mechanism, providing for transparency, independence of arbitrators and predictability of the Agreement, including through the possibility of binding interpretation of the Agreement by the Parties*».

<sup>(61)</sup> Cf., por último, «TTIP divides a Continent as EU Negotiators Cross the Atlantic», *The Guardian*, 8 de dezembro de 2014 (disponível em <<http://www.theguardian.com>>).

e em certos meios académicos<sup>(62)</sup>. Caso venha a ser consagrado, esse mecanismo deverá necessariamente acautelar estas preocupações.

Independentemente, porém, da adoção de um mecanismo de ISDS no TTIP, importa ter presente que aquele que figura no CETA poderá também aproveitar às empresas americanas nos litígios que as oponham à União Europeia ou aos Estados Membros desta, contanto que estruturem os seus investimentos na Europa através de entidades constituídas ou organizadas ao abrigo das leis do Canadá e que estas exerçam atividades comerciais substanciais no território deste país. A omissão do ISDS no TTIP não excluiria, pois, só por si, o recurso a este meio de composição de litígios no tocante aos investimentos norte-americanos na Europa.

---

<sup>(62)</sup> Cf., designadamente, PETER MUCHLINSKI / HORATIA MUIR WATT / GUS VAN HARTEN / HARM SCHEPEL, *Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, disponível em <<http://www.kent.ac.uk>>.