

Crise na Arbitragem de Investimento. A Resolução de Litígios no Âmbito do CETA

A arbitragem tem sido, ao longo das últimas décadas, o sistema preferido de resolução de litígios de caráter internacional no domínio quer do investimento estrangeiro, quer do contencioso comercial.

Embora não isenta de algumas críticas, ocupa hoje uma posição de grande importância na resolução de litígios internacionais mercê do seu progressivo aperfeiçoamento e também por constituir o meio mais eficaz, se não único em muitas situações.

O contencioso comercial internacional não é o tema principal destas linhas, mas sim, com maior saliência, o contencioso do investimento internacional, que é mais recente do que aquele na resolução de litígios mediante a utilização da arbitragem internacional.

Na verdade, por iniciativa das Nações Unidas, através do Banco Mundial e no decurso da década de sessenta do século XX, decorreram trabalhos de preparação do texto de uma convenção internacional relativa a esta matéria, que veio a culminar, em 1965, com a assinatura da Convenção de Washington, como é usualmente conhecida, sobre a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, datada de 18 de Março daquele ano.

Viviam-se, na altura, os efeitos de retração de investimentos internacionais resultantes, ainda, da 2ª Guerra Mundial, tal como demonstra a celebração dos acordos de Bretton Woods. É, igualmente, importante destacar, no final da década de 1950 e durante grande parte da década de 1960, o acesso à independência da maioria dos novos estados africanos.

Importava, pois, fomentar o investimento internacional e com ele o movimento transnacional de capitais e de tecnologia aplicados em estados carenciados.

Com o intuito de proteger e de incentivar, na medida do possível, o interesse dos investidores, a Convenção instituiu um centro internacional de resolução de litígios de investimentos internacionais, que se denomina ICSID (International Centre for Settlement of International Disputes). Portugal assinou a Convenção em 4 de Agosto de 1983, que entrou em vigor, relativamente ao nosso País, em 1 de Agosto de 1984.

A Convenção de Washington passou a ser, durante todo o tempo decorrido desde então até ao presente, a principal norma internacional reguladora da proteção do investimento internacional entre os mais de 160 estados que a assinaram e, por sua vez, o ICSID (International Centre for Settlement of International Disputes) constitui, ainda hoje, o principal centro de resolução de litígios daquela natureza.¹

Com o decurso do tempo, outras instituições de arbitragem passaram também a acolher arbitragens relativas a litígios de investimento internacional, por força de tratados bilaterais denominados na cena internacional por BIT (Bilateral Investment Treaty). Igualmente, têm sido celebrados, ao longo daquele tempo, outros tratados multilaterais sobre a mesma matéria, como é o caso do NAFTA (North America Free Trade Agreement) e outros.

Pode dizer-se que a Convenção de Washington teve por primeiro vetor motivador e diretor a reconstrução no pós-guerra das economias afetadas e o desenvolvimento no período posterior à descolonização da economia de inúmeros outros países.

A principal preocupação da Convenção de Washington e dos cerca de 3.000 tratados bilaterais até hoje celebrados tem consistido na proteção a conceder aos investidores contra certas arbitrariedades dos estados recetores de investimentos. Sem essa preocupação difícil seria, de certo, motivar a generalidade dos investidores. Não porque ela signifique uma proteção ao capital, em si, como alguns setores políticos criticamente afirmam, mas sim para evitar a sujeição dos investidores a atos arbitrários de certos governos, muitos deles de certo não democráticos e quando não pouco confiáveis, mediante a concretização, usuais em muitas paragens, quer de práticas de nacionalização ou expropriação sem indemnização, quer de revogação de garantias dadas de repatriamento dos capitais investidos após a execução do contrato de investimento, de recusa de autorização de exportação dos lucros do investimento, de tratamento discriminatório relativamente a outros investimentos semelhantes efetuados no mesmo país, de interpretação defeituosa ou mesmo de má fé das disposições legais internas aplicáveis ao contrato de investimento ou de revogação de leis de aprovação dos contratos celebrados e, com eles, o desaparecimento das garantias concedidas ao investimento, a que se junta a sujeição dos litígios a tribunais judiciais sem garantias de imparcialidade.

A solução da arbitragem internacional foi, por isso, praticamente sem exceção, o sistema preferido de resolução de litígios de investimento no vasto conjunto de tratados internacionais sob o patrocínio da ONU materializado na Convenção de Washington.

¹ Sobre a matéria, ver Dário Moura Vicente, na coletânea das intervenções proferidas no V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, realizado em Julho de 2011, e bibliografia aí citada.

Todavia, ao longo destes anos, têm aparecido doutrinas anti-sistema e não particularmente devotadas à proteção do investimento, mas em defesa de um certo conceito de interesse público que frequentemente é pouco claro qual seja e que, conseqüentemente, pode determinar a criação de condições desfavoráveis ao investimento internacional e à transferência de tecnologia, em prejuízo de estados carenciados de investimento internacional.

É este o estado em que nos encontramos neste momento.

Neste contexto, não surpreendeu totalmente o facto de a Comissão Europeia ter alterado a sua posição inicial caracterizada pela manutenção de regimes protetores do investimento que vinha sustentando e a que procedeu no decurso da negociação do acordo alargado de comércio livre com o Canada, denominado CETA (EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement), mediante a substituição do mecanismo de resolução de litígios emergentes da execução deste tratado (de aqui em diante denominado apenas por CETA), preterindo a arbitragem internacional em favor da instituição de um tribunal permanente denominado ICS (International Court System), adiante simplesmente denominado por tribunal permanente.

Esta mudança de atitude da Comissão parece ter resultado da pressão de certos setores políticos do Parlamento Europeu, a nosso ver, seguramente mais dominados por preconceitos ideológicos do que pela racionalidade das suas decisões.

Neste artigo procederemos a um exame crítico sobre as muitas desvantagens e as muito poucas vantagens que a solução encontrada acarreta.

Importa evidenciar, antes de prosseguirmos a análise mais geral da matéria que aqui nos ocupa, uma importante inovação que o CETA introduziu, que consiste no reforço do direito dos estados membros da União Europeia e do Canada de regular (*right to regulate*), em qualquer momento, as matérias objeto do contrato de investimento ou subjacentes a ele e, assim, designadamente, o direito dos estados de alterar o quadro legislativo próprio em vigor no momento da assinatura do contrato, que constituía uma prática generalizada, através de *standstill clauses*, mesmo que a alteração legislativa tenha por efeito afetar o direito ao recebimento pelo investidor das vantagens económicas esperadas com a celebração e execução do contrato de investimento (section 8.9 (2)), a que pode acrescer, em qualquer

circunstância, a cessação unilateral da atribuição de benefícios fiscais, de incentivos económicos, a alteração da carga fiscal, etc..

Em contrapartida, diz o tratado no artigo 8, que fica estabelecido um conjunto de medidas, no capítulo 8, com o propósito de proteger o investidor, tais como (1) a garantia da transferência do capital investido para o país de origem do investidor e, ainda, (2) a publicação de normas transparentes, estáveis e previsíveis reguladoras do investimento, tudo, porém, dentro de um conceito vago do que seja em concreto um tratamento *fair and equitable* e uma *total proteção e segurança* do investimento (sic), conceitos a que o CETA faz apelo.

Prevê ainda o tratado, no artigo 8.10 (2), que constituem violação, pelos estados parte em contratos de investimento, do princípio de tratamento *fair and equitable* os seguintes atos (a) denegação da justiça em processos criminais, civis ou administrativos (b) violação fundamental das normas de procedimento devido (*due process*), incluindo a violação fundamental do dever de transparência em processos judiciais e administrativos (c) a manifesta arbitrariedade (d) a discriminação ou manifesta fundamentação errada, tais como as baseadas no sexo, raça ou crença religiosa (e) o tratamento abusivo do investidor, tal como a utilização contra ele de coação, criação de perturbação psicológica ao investidor (*duress*) destinada a servir um objetivo ilegítimo (f) qualquer outro ato violador da obrigação de tratamento *fair and equitable* de acordo com o parágrafo 3 do artigo 8.10..

O artigo 8.12, por sua vez, regula a nacionalização e a expropriação, definindo as condições em que podem ser efetuadas mediante compensação.

A totalidade destas garantias provêm, porém, do regime usual constante da maioria dos BITs, da Convenção de Washington e de outros tratados internacionais, agora adequadamente tornadas menos claras ou reduzidas no seu âmbito.

Em qualquer caso, as principais diferenças relativamente ao regime comumente seguido até agora residem, como se disse, (1) no *right to regulate*, ou seja, no reforço do direito dos estados recetores do investimento de alterar a legislação que se encontrava em vigor no momento da celebração do contrato, permitindo-se-lhe aplicar nova legislação ab-rogatória de disposições legais que os estados se obrigaram a manter em vigor ou a aplicar e (2) a substituição de árbitros por juizes não togados em nome de um interesse público de que não há prova de alguma vez ter estado em causa por efeito da prolação de decisões arbitrais, designadamente no ICSID, destinadas a prejudicar sem fundamento o interesse público em favor de investidores, designadamente de grandes empresas internacionais.

Sobre a primeira alteração do regime de resolução de litígios introduzida pelo CETA, os críticos da arbitragem têm sustentado, em resumo, que os juízes são mais capazes do que os árbitros de compreender, avaliar e decidir sobre o interesse público e de efetuar uma correta interpretação e execução do regime criado pelo CETA.

Na verdade, isso até pode, em abstrato, ser verdade, mas como fica a outra face da moeda, ou seja, a avaliação e decisão sobre o interesse privado no investimento e o justo equilíbrio entre ambas as esferas de interesses?

É esta, pois, a questão central e nuclear das alterações que o CETA introduziu.

Acrescentam os críticos da arbitragem, que os árbitros, em geral, não oferecem garantias de independência e de imparcialidade na sua função. Os críticos mais radicais sustentam mesmo que frequentemente visam favorecer o grande capital. Enfim, um discurso mais bolivariano típico de alguns estados da América do Sul (vide os casos do Equador e da Bolívia que denunciaram a Convenção de Washington) do que sensato e equilibrado, sujeitando os investidores a incertezas do regime jurídico aplicável após a celebração dos contratos de investimento e a sujeição a um tribunal formado por juízes não togados, no caso do CETA, e designados pelos próprios estados parte desse tratado.

Em nossa opinião, em resumo, a mudança de posição em favor de juízes não togados e em desfavor de árbitros reside muito mais profundamente no *right to regulate* do que propriamente em questões de retórica sobre a falta de transparência dos processos arbitrais e sobre a falta de independência e de imparcialidade dos árbitros.

No fundo, o que interessa principalmente discutir é a questão de saber se existe uma válida justificação para alterar as regras do jogo no decurso da execução do contrato e afetar o curso dos investimentos, designadamente em estados carecidos deles, paralelamente à preterição da arbitragem em favor de um tribunal permanente, apenas porque uma doutrina política motivada por preconceitos ideológicos e pouco ou nulo conhecimento do assunto, desconsiderando todos os aspetos da questão e motivada por um preconceito contra a arbitragem, contra o sistema, contra o capital, contra a globalização e outras questões essenciais ou importantes na vida das pessoas, postergando uma análise cuidada, profunda e equilibrada de todas as variáveis relevantes, se revela incapaz de ver vantagens no sistema arbitral internacional.

Estatísticas publicadas por uma agência da ONU – a UNCTAD – revelam porém que, entre 1987 e 2013, o número total de arbitragens de investimento, a maioria sob a égide do ICSID, foi de 568, tendo estado envolvidos, em 53% daquele número, países europeus. Do mesmo total, uma maioria de decisões arbitrais tomadas foram favoráveis ao setor público.²

O tribunal permanente a instituir segundo o CETA será composto por quinze juízes não togados, recrutados seguramente no meio de juízes jubilados, acadêmicos, ex-políticos, ex-diplomatas e altos funcionários públicos aposentados, de certo com um peculiar sentido de entendimento ou de sublimação sub-consciente já formada do que é o interesse público e, assim, uma natural inclinação para a sua salvaguarda, reduzindo as garantias do investidor.

Ao invés, na arbitragem, os árbitros são escolhidos pelas partes. O estado litigante recetor do investimento tem a faculdade de escolher o árbitro que julga poder melhor entender o interesse público. Mas, também a contraparte – o investidor – tem igual direito de escolha.

O estado litigante e o investidor podem escolher por acordo o terceiro-árbitro, detendo ainda o estado litigante, tal como o investidor, do direito de recusa do árbitro designado pela contra-parte.

A arbitragem revela-se, assim, à partida, muito mais democraticamente inspirada e respeitadora da conciliação de interesses das partes na condução do melhor modo de resolver os litígios do que um tribunal permanente internacional.

A arbitragem conta, desde data recente, com novos instrumentos internacionais destinados a aumentar os níveis de transparência do processo, tentando obviar, assim, a uma característica típica geral do processo arbitral que é a sua confidencialidade, que pode não se conciliar devidamente com os legítimos interesses dos cidadãos dos estados parte em litígios de conhecer o teor das decisões arbitrais.

Na verdade, as UNCITRAL Rules on Transparency e a UN Mauritius Transparency Convention, publicadas em data não distante, visam a melhoria da transparência nos processos arbitrais que oponham estados a investidores.

Como se observou antes, as alegadas faltas de independência e de imparcialidade dos árbitros é outra crítica que é feita à arbitragem de investimento pelos seus detratores.

² Ver UNCTAD World Investment Report 2014, pág. 124.

Compete, por isso, perguntar muito legitimamente se, em resultado da substituição de árbitros por juízes não togados, podemos estar seguros de que eles demonstrarão, nas suas decisões, maiores dotes de independência e imparcialidade do que os árbitros?

Na verdade, os árbitros tal como os juízes togados, atuando nos seus tribunais estaduais estão sujeitos a deveres de conduta de natureza ético-jurídica e, no caso dos árbitros, a um regime de responsabilidade civil perante as partes a que os juízes não togados do tribunal permanente não estão sujeitos.

Acresce, que decisões arbitrais proferidas com violação dos deveres essenciais de independência e imparcialidade, para além de outros fundamentos possíveis, estão sob o escrutínio dos tribunais judiciais, podendo ser anulados. Também aqui não parece, pois, que o sistema de recurso concebido pelo CETA para a revisão das decisões do tribunal permanente por um tribunal de recurso ofereça as mesmas garantias.

Face ao clausulado do CETA, cabe ainda perguntar como vai ser possível executar decisões do tribunal permanente contra a União Europeia, uma vez que a Convenção de Nova Iorque de 1958 só é aplicável a estados e não a organizações que não são estados, como é o caso da União Europeia?

Sobretudo, se tivermos em consideração que, segundo o Regulamento nº 912/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Julho de 2014, a União Europeia, além de ter assumido a competência exclusiva para celebrar com terceiros tratados bilaterais ou multilaterais sobre investimento, substituindo-se, assim, aos estados membros, também passou a suportar a responsabilidade financeira relativa ao modo como ela ou os estados membros, sempre que for o caso, se mostrarem responsabilizados por terem violado o CETA ou contratos de investimento celebrados pela União Europeia, em virtude do cumprimento de disposições legislativas comunitárias ou por qualquer outra decisão de órgãos da Comunidade Europeia vinculativa para os estados membros, de onde resulte a violação de tratado de proteção de investimento estrangeiro ou a violação dos próprios contratos de investimento.

Também deve ser tido em conta que a União Europeia beneficia de isenção relativamente a qualquer tribunal. Por isso, importa perguntar como será exequível uma sentença do tribunal permanente proferida contra a União?

O tribunal permanente não é um tribunal arbitral para o efeito da aplicação da Convenção de Nova Iorque. O recurso à Convenção de 1 de Fevereiro de 1971 sobre o

Reconhecimento e Execução de Sentenças Judiciais em Matéria Civil e Comercial não terá relevância, porque, no caso específico do CETA, o Canadá não é parte nesta Convenção e somente um número pouco significativo de estados, apenas quatro, incluindo Portugal, são membros.

Também uma nova convenção da Haia em preparação sobre a mesma matéria está longe de estar concluída.

Outra questão consiste em saber como serão distribuídos internamente os custos de uma eventual condenação da União Europeia por violação do CETA?

Também o esperável aumento da burocracia e da lentidão na resolução dos litígios pelo tribunal permanente poderá dar que pensar quanto à incerteza do sistema, questão esta, sublinhe-se, que tem sido muito razoavelmente resolvida mediante a utilização da arbitragem.

Finalmente, não sabemos como se irá processar a relação entre o tribunal permanente e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Não se pode esquecer que no quadro legislativo comunitário este tribunal constitui o único órgão jurisdicional no espaço comunitário que pode criar jurisprudência sobre direito comunitário.

Por fim e não menos importante do que tudo o que foi dito antes neste artigo, uma sentença recentíssima do TJUE, datada de 6 de Março de 2018, em resposta a um reenvio prejudicial solicitado pelo Supremo Tribunal Federal alemão entendeu, num caso que opunha a companhia de seguros holandesa Achmea ao Estado da Eslováquia ao abrigo de um tratado de investimento celebrado em 1991 e que instituiu a arbitragem como órgão jurisdicional competente para resolver os litígios emergentes daquele tratado, que o tribunal arbitral carece de competência para interpretar e aplicar normas do Direito da União, dado que os tribunais arbitrais não fazem parte do sistema jurisdicional da União.

Nesta conformidade e detendo a União, ao abrigo do Regulamento no. 912/2004, atrás citado, o poder exclusivo de celebrar, no futuro, tratados bilaterais ou multilaterais de investimento parece seguro afirmar-se que dificilmente a arbitragem continuará a merecer a primazia dos órgãos comunitários europeus, sobretudo do Conselho e da Comissão, para a sua inclusão em tratados relativos à resolução de litígios sobre investimentos internacionais ou intracomunitários.

Igualmente, os tratados bilaterais relativos a investimentos que tenham sido celebrados pelos estados membros no passado, que se contam por algumas centenas, deverão ter em conta esta jurisprudência do TJUE.

Aquela decisão do TJUE afigura-se-nos objeto de muitas críticas. Todavia, a nosso ver devemos distinguir entre a fixação de jurisprudência pelo TJUE relativa à interpretação do Direito Comunitário, designadamente, mas não apenas, em processos de reenvio prejudicial, e a mera atividade dos tribunais arbitrais instituídos pelos interessados para resolver litígios. Sempre que, neste segundo caso, os árbitros tenham necessidade de aplicar normas de Direito Comunitário deverão fazê-lo.

Na verdade, nesses casos os árbitros não estarão naturalmente a interpretar as normas comunitárias em termos de fixar jurisprudência comunitária, mas apenas a resolver um litígio.

O TJUE carece de competência para retirar aos tribunais arbitrais a competência que lhes resulta, quer da autonomia da arbitragem relativamente aos tribunais públicos, quer do facto de o TJUE, por não deter poder legislativo, carecer de competência para revogar ou derogar as leis arbitrais dos vários estados membros da UE que atribuem aos tribunais arbitrais competência para resolver litígios. Deste modo, tornando-se necessário aos árbitros, para resolver um litígio, aplicar legislação comunitária deverão fazê-lo.

Lisboa, 14 de março de 2018

Manuel Pereira Barrocas