15 de Julho de 2015

A Câmara de Comércio pretende ver incluída na versão final do Acordo de Parceria Transatlântica (TTIP) a protecção dos investimentos das empresas no território que será abrangido por este acordo de parceria. O desenho de um mecanismo transatlântico de resolução de litígios entre investidores e Estado (ISDS) seria benéfico para as empresas europeias e serviria de modelo a todos os futuros acordos de comércio negociados pela União Europeia.

O ISDS E A IMPORTÂNCIA PARA AS PME

Instrumento essencial na protecção do investimento, o ISDS tem como objectivo limitar possíveis comportamentos arbitrários dos Estados em relação a investidores estrangeiros. Assim, este mecanismo visa proteger os investidores contra acções em que haja lugar, por parte do Estado, a discriminação; a expropriação que não seja por interesse público e adequadamente compensada; a tratamento injusto; ou à possibilidade de transferência de capital. Por outro lado, mitiga a imprevisibilidade da multiplicidade de jurisdições.

Este mecanismo tem sido incluído em acordos bilaterais há várias décadas, com o objectivo de despolitizar, de tornar imparcial e de acelerar eventuais processos. Os 28 Estados Membros têm em vigor 1,4 mil acordos bilaterais que protegem o investimento privado e que contêm mecanismos deste tipo, estimando-se a existência de mais de 3 mil em todo o mundo[1]. Os acordos de protecção de investimento onde figura este género de cláusula não representam, portanto, uma novidade na Europa.

Os Estados têm ganho a maior parte destas acções: até final de 2014, dos 356 casos fechados conhecidos, 37% foram resolvidos a favor do Estado, 25% do investidor e 28% por acordo[2].

As PME portuguesas querem a protecção dos seus investimentos. Precisam de conhecer previamente o alcance da acção do Estado e em que situações se poderia recorrer a um tribunal arbitral para proteger os seus investimentos. Assim, oferecer-se-ia uma maior protecção e segurança jurídica, ao dar a hipótese de se recorrer ao ISDS caso não fosse possível encontrar uma solução amigável.

Deve-se, ainda, ter em atenção a importância da redução dos elevados custos de processo do ISDS, que representam muitas vezes um obstáculo para as PME, ao verem-se impossibilitadas de recorrer a este instrumento quando é necessário. É imperioso também tornar estes processos mais céleres e mais eficientes, com prazos fixados para a duração total do processo para evitar processos morosos e dispendiosos.

ISDS PÚBLICO: UMA OPÇÃO?

Uma questão sensível relacionada com o ISDS e levantada como argumento tanto pelo campo favorável, como pelo desfavorável à inclusão de uma cláusula deste tipo no TTIP, tem sido a potencial

[1] "Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) – Some facts and figures", European Commission, March 2015
[2] Idem.

parcialidade dos tribunais com competência para julgar litígios entre investidores e Estado.

A Câmara de Comércio defende o ISDS enquanto solução de arbitragem privada. A Câmara de Comércio tem uma ligação estreita à arbitragem, quer através do seu Centro de Arbitragem – o maior e o mais antigo do país –, quer por assumir a presidência da Delegação Nacional Portuguesa da Câmara de Comércio Internacional – entidade reconhecida pelo seu relevante papel na arbitragem internacional. O ISDS privado é mais célere, mais especializado e potencialmente mais imparcial, sem minar os direitos dos Estados e sem neutralizar a soberania democrática dos Estados.

Apesar disto, a Câmara de Comércio não vê qualquer incompatibilidade numa reforma moderada do regime actual do ISDS, colocando-o sob a esfera pública – se esta for a única opção que viabilize a sua inclusão no TTIP. Esta reforma moderada poderá passar pela implementação de um fórum arbitral internacional que dirima litígios em temas e contextos específicos entre investidores estrangeiros e Estados. A organização e administração das arbitragens seria controlada por todos os Estados parte no acordo de parceria, acautelando-se, deste modo, as preocupações de interesse público, de transparência e imparcialidade do processo que têm surgido e manter-se-ia, simultaneamente, a essência do mecanismo. Esta solução acarreta, porém, o risco da instituição ser capturada pelos Estados e de perder a imparcialidade face aos investidores.

Podemos assinalar, também, uma outra revisão, feita no caso do Acordo de Comércio União Europeia-Canadá. Aqui, a revisão do mecanismo do ISDS assumiu outra forma: a adopção de uma lista de possíveis árbitros em disputas deste tipo, escolhidos pela sua competência e idoneidade. Uma revisão deste género merece o maior cuidado, por poder conduzir a situações perniciosas:

- É imperioso ter em consideração requisitos de percurso e prática jurídica na escolha dos árbitros a figurar na lista, para garantir que os árbitros escolhidos tenham domínio em temas de Direito internacional, especificamente Direito internacional de investimento;
- Para que a lista não se mantenha estanque, poderá ser útil criar um mecanismo de revisão automática periódica que evite a desactualização da lista e a sua alienação da realidade;
- Poderia, também, revelar-se importante a limitação à designação apenas de um árbitro. As soluções arbitrais dão um grande conforto e confiança às partes ao darem-lhes a possibilidade de designar os árbitros no processo – que mantêm, naturalmente, a sua imparcialidade. Assim, dos três árbitros presentes no processo, apenas sairia da lista o presidente;
- Por último, de modo a evitar possíveis conflitos de interesses, poderia ponderar-se a instituição de uma limitação das funções exercidas por advogados e árbitros, que teriam que assumir exclusivamente um ou outro papel. As regras ICSID já contemplam este tipo de situação pelo que aqui não há que “inventar”.