

OS TRIBUNAIS VIP



**DEZ HISTÓRIAS
SOBRE A CAPTURA
DA JUSTIÇA
PELOS RICOS
E PODEROSOS**



**Friends of
the Earth
Europe**



**Friends of
the Earth
International**



tni
transnationalinstitute



**Corporate
Europe
Observatory**

Publicado por: Friends of the Earth Europe and International, The Transnational Institute (TNI) e Corporate Europe Observatory (CEO)

Bruxelas/ Amsterdão, Junho de 2019

Redacção: Lora Verheecke, Pia Eberhardt, Cecilia Olivet e Sam Cossar-Gilbert

Revisão da versão original: Fleachta Phelan

Versão em Português: TROCA-Plataforma por um Comércio Internacional Justo

Revisão da terminologia jurídica: Dra. Doroteia Andrade

Composição: Somerset Bean

O conteúdo deste estudo pode ser citado ou reproduzido para fins não comerciais, desde que a fonte de informação seja mencionada.

Agradecimentos

Gostaríamos de agradecer, entre outras, às seguintes pessoas pelas discussões e pertinentes comentários relativos a diferentes partes deste estudo: Ciaran Cross, Maria Rita d'Orsogna, Marc Maes, Rob Sacco, Christian Schliemann, Carlos Lozano, Lyda Forero, Marco Alberto Velasquez Ruiz, Juliette Renaud, Enes Ćerimagić, Isabelle Brachet, Hoang Phuong Thao, George Turner and Supatsak Pobsuk, bem como a Bettina Müller e Lucia Barcena pelo apoio às pesquisas. Agradecemos ainda ao Greenpeace pelo apoio financeiro concedido à publicação.

OS TRIBUNAIS VIP

DEZ HISTÓRIAS SOBRE A CAPTURA DA JUSTIÇA PELOS RICOS E PODEROSOS

Índice

Capítulo 1	Introdução	4
Capítulo 2	Quando as multinacionais saqueiam os países: Um Guião para o Mecanismo de Resolução de Litígios Investidor-Estado (ISDS)	7
Capítulo 3	10 casos recentes em que o ISDS minou a Justiça	14
	3.1 Processar para impor uma mina de ouro tóxica: Gabriel Resources contra a Roménia	15
	3.2 Como as grandes empresas farmacêuticas sabotaram a luta por tratamentos mais acessíveis contra o cancro: Novartis contra a Colômbia	20
	3.3 Contornar os tribunais nacionais e a democracia local para criar um condomínio reservado para os ricos: Razvoj Golf e Elitech contra a Croácia	25
	3.4 Mineração destruidora triunfa sobre a saúde e o ambiente locais: Kingsgate contra a Tailândia	30
	3.5 Bloquear leis contra as alterações climáticas usando a ameaça de ISDS: Vermilion contra a França	35
	3.6 Negar o direito indígena à terra e perpetuar injustiças coloniais: Border Timbers e Von Pezold contra o Zimbabwe	39
	3.7 Quando os árbitros recompensam as empresas de mineração por violações dos direitos humanos: Copper Mesa contra o Equador	45
	3.8 Fazer lucros sim, mas pagar impostos não: ConocoPhillips e Perenco contra o Vietname	51
	3.9 O negócio sujo do petróleo ataca medidas sobre os combustíveis fósseis: Rockhopper contra a Itália	55
	3.10 Lucros do ouro lesam o direito das pessoas a água potável: Eco Oro contra a Colômbia	60
Capítulo 4	O tratamento VIP continua: O empenho da UE em manter os privilégios VIP das multinacionais	66
Capítulo 5	Conclusão: É tempo de acabar com os tribunais VIP	72

1

INTRODUÇÃO

Imagine um projecto empresarial com consequências nefastas a nível ambiental e social – por exemplo, uma mina com produtos tóxicos, passível de envenenar a água das fontes locais; ou um projecto imobiliário de luxo, que desalojasse centenas de pessoas nos seus arredores. Suponhamos que para evitá-lo, você e a sua comunidade contestam os planos, conseguem que os tribunais decidam a vosso favor e que o projecto é interrompido. Parece que terá sido uma vitória da comunidade, certo? Porém depois, a empresa proprietária do projecto processa o seu país por interferir com os lucros dela e exige milhões, ou mesmo milhares de milhões, como indemnização, abrangendo até lucros futuros. Imagine que este processo decorre num tendencioso pseudo-tribunal, cujas decisões têm sido de tal maneira devastadoras para os países, que muitos deles reagem a um caso destes – ou à mera ameaça de um – fazendo amplas concessões às empresas, como seja a reversão das suas próprias leis nacionais.

Na verdade, não precisa de imaginar tudo isto. Isto é a realidade. Ao abrigo de um sistema de justiça paralelo exclusivo para as multinacionais e para os ricos, conhecido como ISDS (sigla em inglês, que significa “Resolução de Litígios Investidor-Estado”), as grandes empresas podem processar os países quando consideram que decisões governamentais ou decisões judiciais – mesmo aquelas cujo objectivo explícito é proteger as pessoas ou o ambiente – afectam os seus lucros. Estas acções judiciais contornam os tribunais nacionais e decorrem perante um tribunal internacional de árbitros: basicamente, três advogados especializados em investimento, que decidem o que é mais importante no caso específico: se os lucros privados ou o interesse público.

Por exemplo, quando o Tribunal Constitucional da Colômbia proibiu a extracção mineira num ecossistema frágil que fornece água potável a milhões de colombianos, a empresa canadiana de mineração Eco Oro processou o país por danos, no valor de 764 milhões de USD. Quando os tribunais croatas anularam as licenças ilegais emitidas para construir um luxuoso condomínio de golfe na cidade de Dubrovnik, a Croácia viu-se confrontada com um pedido de indemnização no valor de 500 milhões de USD. A Roménia está a defender-se de uma chocante reclamação da empresa mineira canadiana Gabriel Resources, ascendendo a 5,7 mil milhões de USD, depois de os tribunais nacionais terem declarado como ilegal a tóxica mina de ouro que a empresa propunha para Rosia Montana.

Estes são apenas três dos dez casos, tão notáveis como paradigmáticos, de processos de ISDS descritos com mais detalhe ao longo deste estudo, que foram interpostos, usados como ameaça ou julgados desde 2015 (ver Quadro 1). A nível mundial, são conhecidos até hoje quase 1.000 casos de ISDS, nos quais os governos foram processados, na totalidade, em mais de 623 mil milhões de USD. Este valor equivale a 90% de todos os fluxos de Investimento Directo Estrangeiro para todos os países em desenvolvimento, em 2018. A quantia total que os estados foram obrigados ou aceitaram pagar em casos conhecidos de ISDS devido a decisões ou acordos é de 88 mil milhões de USD – outro valor assustadoramente elevado, que equivale a todo o Investimento Directo Estrangeiro na Austrália, Japão e outras economias desenvolvidas, fora da Europa e da América do Norte, no ano de 2018.

QUADRO 1

10 casos recentes em que o ISDS minou a justiça e os direitos humanos em todo o globo

CASO	ANO	ORIGEM DO INVESTIDOR	FUNDAMENTO LEGAL	RESULTADO	QUANTIA EXIGIDA (milhões USD)	QUANTIA PAGA (milhões USD)
Border Timbers e von Pezold contra o Zimbábue	2010	Suíça, Alemanha	Tratados bilaterais de investimento (BITs) Zimbábue – Suíça e Zimbábue – Alemanha	A favor do investidor	Não revelada publicamente	65 (196 caso não haja restituição de terras)
Copper Mesa contra o Equador	2011	Canadá	BIT Equador – Canadá	A favor do investidor	70	24
Gabriel Resources contra a Roménia	2015	Canadá, Reino Unido (UK)	BITs Roménia – Canadá e Roménia – Reino Unido	Pendente	5.700	
Novartis contra a Colômbia	2016	Suíça	BIT Colômbia – Suíça	Ameaça de ISDS não concretizada		
Eco Oro contra a Colômbia	2016	Canadá	Acordo de Comércio Livre Colômbia – Canadá	Pendente	764	
Razvoj Golf e Elitech contra Croácia	2017	Holanda	BIT Croácia – Holanda	Pendente	500	
Kingsgate contra a Tailândia	2017	Austrália	Acordo de Comércio Livre Tailândia – Austrália	Pendente	Não revelada publicamente	
ConocoPhillips e Perenco contra o Vietname	2017	Reino Unido	BIT Vietname – Reino Unido	Pendente	Não revelada publicamente	
Rockhopper contra a Itália	2017	Reino Unido	Tratado da Carta da Energia	Pendente	Até 350	
Vermilion contra a França	2017	Canadá	Tratado da Carta da Energia	Ameaça de ISDS não concretizada		

Estes processos estão a acontecer num momento decisivo para o mecanismo ISDS. Por um lado, a forte controvérsia pública acerca dos “tribunais das multinacionais” tem mantido os cidadãos, os políticos e os meios de comunicação social atentos, interessados e críticos em relação ao assunto. Por outro lado, um certo número de países começou a retirar-se deste mecanismo, pondo termo aos acordos com ISDS. Além disso, em muitos lugares do mundo estão a ser negociados novos acordos de comércio e investimento que incluem disposições de ISDS e a União Europeia (UE) está actualmente a planear ampliar o ISDS através de um Tribunal Mundial para as Empresas (conhecido oficialmente como Tribunal Multilateral de Investimento). Esta evolução encerra o perigo de expandir ainda mais, blindar e re-legitimar um sistema tão criticado, que já provou ser extremamente perigoso para os contribuintes, para a democracia, para a protecção social e ambiental, para o desenvolvimento económico e para a justiça climática.

Neste contexto, este estudo mostra que o ISDS continua repetidamente a ser usado como arma empresarial contra o interesse público e que, apesar da incessante controvérsia em seu torno, estes tribunais VIP para as multinacionais continuam a prosperar e a agravar a injustiça no mundo inteiro. Este sistema legal paralelo continua a entregar centenas, ou mesmo milhares de milhões de USD dos contribuintes a grandes empresas e a indivíduos extremamente ricos. Os casos ISDS, ou simplesmente o perigo que representam, conseguem regularmente intimidar nações para que anulem as suas próprias leis, minando assim profundamente a democracia e as lutas cidadãs em todo o mundo. Numerosos casos demonstram também como o ISDS contradiz e obstrui outros domínios jurídicos, em particular os direitos humanos e as leis ambientalistas.

A mais recente abordagem da UE aos direitos das grandes empresas nada faz para pôr fim a tudo isto ou para responder às muitas preocupações e críticas ao sistema por parte dos cidadãos europeus. Na verdade, é alarmante que o seu impacto seja exactamente o oposto: com a reforma da UE ao ISDS (rebaptizado como Sistema de Tribunais de Investimento ou ICS, na sigla em inglês) e a proposta de Tribunal Multilateral de Investimento, milhares de grandes empresas poderiam continuar a contornar os tribunais

nacionais e a processar os países num sistema de justiça exclusivo, quando alguma lei ou regulamento nacional interferisse com a sua capacidade de obter lucros exorbitantes. A política da UE em relação ao ISDS continuaria a aplanar o caminho para que milhares de milhões do dinheiro dos contribuintes fossem entregues ao mega-negócio e aos mais ricos. Continuaria ainda a cercear e a minar políticas em prol do interesse público, da protecção das pessoas e do planeta. E continuaria a originar decisões que contrariam frontalmente os direitos humanos e as leis ambientalistas.

O facto de a UE se ter lançado numa cruzada para globalizar a sua abordagem ao ISDS deve ser motivo de alarme e não apenas para os cidadãos europeus. Do México ao Vietname, da América do Norte ao conjunto de estados de África, do Caribe e do Pacífico, os cidadãos e os decisores políticos do mundo inteiro deveriam perceber que a UE não solucionou os graves problemas inerentes ao ISDS, que nos últimos anos se tornou alvo de tão fortes críticas. Pelo contrário, as propostas mais recentes de protecção do investimento são tão perigosas para os contribuintes, para as políticas públicas e para a democracia como o “velho” sistema ISDS – mantendo-se um sistema unidirecional, que apenas assegura direitos e possibilidades de lucro, mas nenhuma obrigação para os investidores. Estes tribunais VIP para as multinacionais não deveriam ser incluídos em nenhum acordo internacional.



Fotografia
Eleanor Goldfield

2

QUANDO AS MULTINACIONAIS SAQUEIAM OS PAÍSES

UM GUIÃO PARA O MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS INVESTIDOR-ESTADO

“Se quisesse convencer a opinião pública de que os acordos de comércio internacionais são uma forma de permitir que as grandes empresas multinacionais enriqueçam à custa do cidadão comum, o que devia fazer era o seguinte: conceder às empresas estrangeiras o direito especial de recorrerem a um sigiloso tribunal de advogados empresariais altamente remunerados, para obterem indemnizações de cada vez que um Governo aprove uma lei, por exemplo, para desencorajar o tabagismo, proteger o ambiente ou evitar uma catástrofe nuclear. Ora isso foi precisamente o que foi feito em milhares de tratados de comércio e investimento ao longo do último meio século, através de um mecanismo conhecido por “Resolução de Litígios Investidor-Estado, ou ISDS.”

Foi assim que, no outono de 2014, o jornal *The Economist* apresentou aos seus leitores um elemento ainda desconhecido dos acordos internacionais de comércio e investimento. Este jornal económico referiu-se ao ISDS como “um privilégio especial, do qual muitas multinacionais abusaram”¹ e citou dois exemplos tristemente célebres: o gigante energético sueco Vattenfall, que processou a Alemanha por danos no valor de 6,1 mil milhões de euros², porque o país decidiu abandonar progressivamente a energia nuclear, na sequência do desastre de Fukushima; e a empresa tabaqueira Philip Morris, que processou o Uruguai e a Austrália pelas advertências do Governo nos maços de cigarros sobre as consequências do fumo para a saúde e por outras medidas para reduzir o consumo do tabaco.

“ O ISDS transformou-se, de um último recurso raramente usado... num poderoso instrumento que as grandes empresas brandem cada vez mais frequentemente, muitas vezes contra políticas públicas abrangentes, que alegam afectarem os seus lucros de modo negativo.

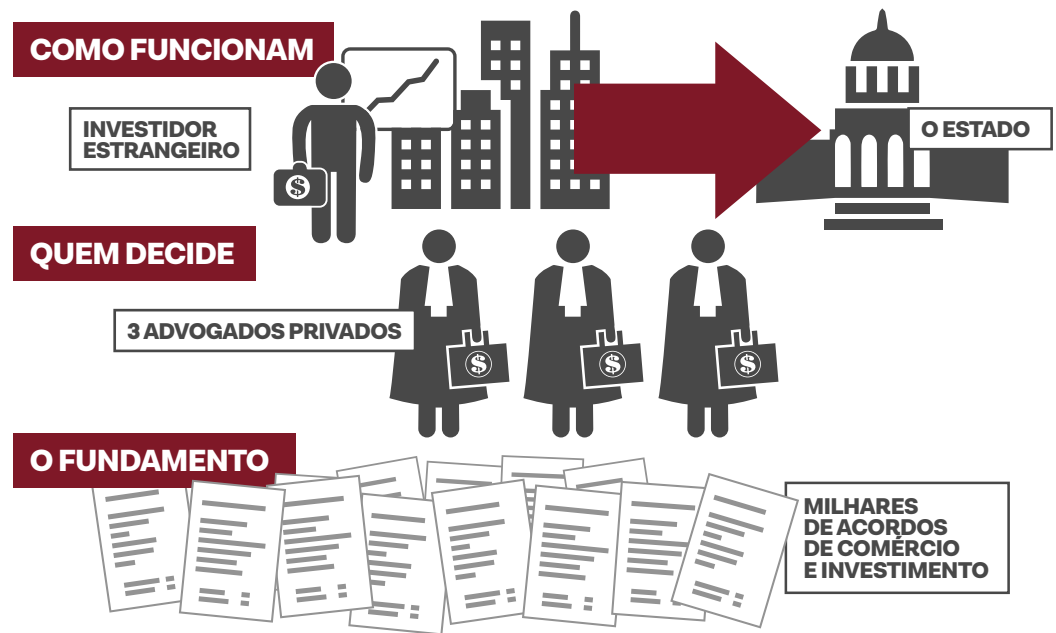
CHRIS HAMBY, PRÉMIO PULITZER DE JORNALISMO³

FIGURA 1
TRIBUNAIS VIP

“

Trata-se
de terrorismo
de litigância.

JOSEPH STIGLITZ,
NOBEL DE ECONOMIA,
ACERCA DO ISDS⁷



O fundamento jurídico para estes acordos de Litígio Investidor-Estado conhecidos pela sigla ISDS – encontra-se em mais de 2.650 acordos internacionais de comércio e investimento em vigor entre estados de todo o mundo⁴. Estes acordos conferem aos investidores estrangeiros poderes abrangentes, incluindo o insólito privilégio de poderem accionar processos judiciais directamente contra os estados, perante tribunais arbitrais internacionais. As empresas podem exigir indemnizações por medidas adoptadas pelos estados onde operam que alegadamente tenham prejudicado o seu investimento, seja de forma directa, por expropriação, ou indirecta, por (praticamente) qualquer tipo de regulamentação. O termo “investimento” é interpretado de forma tão ampla que meros accionistas ou multimilionários podem processar e as grandes empresas podem exigir não só a quantia investida, mas também os ganhos futuros previstos.

As queixas ISDS são geralmente decididas por um tribunal composto por três advogados privados – os árbitros – que são escolhidos pelo investidor litigante e pelo estado em causa. Ao contrário dos juízes, estes árbitros do sector privado com fins lucrativos não têm um salário fixo pago pelo estado, sendo, na verdade, remunerados por cada caso. No tribunal mais frequentemente utilizado, o Centro Internacional de Resolução de Litígios de Investimento (ICSID), os árbitros ganham 3.000 USD por dia⁵. Num sistema unidireccional em que só os investidores podem apresentar queixas, isto cria claramente um forte incentivo à tomada de partido em favor das grandes empresas e não dos estados – já que as decisões favoráveis ao investidor abrem caminho para mais processos e mais remuneração no futuro.

Armas de destruição legal

Desde o final dos anos 90, o número de processos judiciais movidos por investidores contra estados disparou – bem como as quantias envolvidas (ver Caixa 1 na pág. 9). Nas últimas duas décadas, houve também queixas de muitos milhares de milhões de USD

alegando prejuízos nos lucros das grandes empresas, devido a legislação e medidas governamentais de interesse público. Em todos os continentes, países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento foram contestados por grandes empresas ao tentarem introduzir regulamentação como: medidas de estabilização financeira, proibição de produtos químicos tóxicos, restrições à mineração, medidas anti-discriminatórias, leis de protecção ambiental e outras. Um advogado que defendeu vários governos nestes processos referiu-se, por isso, aos tratados de investimento como “armas de destruição legal”⁶.

Por vezes, a simples ameaça de um litígio dispendioso é suficiente para congelar ou adiar a acção do Governo, porque os políticos percebem que o preço da regulamentação do interesse público é demasiado alto para que o Estado o suporte. Cinco anos após a entrada em vigor dos direitos dos investidores estrangeiros no quadro do Tratado de Comércio Livre da América do Norte (NAFTA), um ex-funcionário do Governo canadiano contou a um jornalista: “Vi chegarem cartas dos escritórios de advogados de Nova Iorque e de DC para o Governo canadiano sobre praticamente toda a nova regulamentação e propostas ambientais dos últimos cinco anos. Elas envolviam produtos químicos de limpeza a seco, produtos farmacêuticos, pesticidas, lei de patentes. Praticamente todas as novas iniciativas foram alvo de ataque e a maioria delas nunca chegou a ver a luz do dia”⁸ (ver Cap. 3.2 e 3.5 para exemplos deste efeito de “congelamento regulatório”).

FIGURA 2

CRONOLOGIA DE UM PROCEDIMENTO ARBITRAL DE INVESTIMENTO

FASE 1



O processo começa quando um investidor estrangeiro envia a um estado uma notificação de arbitragem. Ao contrário do que acontece noutras esferas do direito internacional, o requerente não tem de passar primeiro pelos tribunais nacionais. Tanto o investidor como o estado são assistidos por advogados (conselheiros) durante o processo.

FASE 2



O investidor e o estado escolhem em conjunto o tribunal arbitral. Geralmente, cada parte escolhe um árbitro, e os dois em conjunto nomeiam um terceiro para presidir. Os árbitros não são juízes, mas sim advogados privados com fins lucrativos, sendo remunerados por cada caso.

FASE 3



Os procedimentos demoram anos e a maioria deles decorre à porta fechada, com escassa ou nenhuma informação ao público, por vezes nem mesmo sobre o facto de estar a decorrer um processo.

FASE 4



Por fim, os árbitros decidem se o estado violou os direitos do investidor consagrados no tratado e a dimensão da indemnização. Estabelecem também as custas judiciais do processo. As possibilidades de contestar as decisões são extremamente limitadas – mesmo quando estas se afiguram claramente injustas.

FASE 5



Os estados têm de cumprir as sentenças arbitrais. Se resistirem, a sentença pode ser executada por outros tribunais vigentes em quase qualquer lugar do mundo, confiscando bens desse estado (por exemplo, congelando contas bancárias ou apreendendo aviões ou navios do estado em causa).

Números impressionantes do mundo do ISDS⁹

CAIXA

1

- Os casos judiciais Investidor-Estado têm proliferado nas duas últimas décadas; de um total de seis casos conhecidos decorrentes de tratados em 1995, para um recorde de mais de 70 novas queixas apresentadas anualmente desde 2015.
- A nível global, registaram-se **942** litígios contra **117** países ao longo da história do ISDS até 1 de Janeiro de 2019, porém, devido à falta de informação completa e transparente acessível ao público, o número real poderá ser muito mais elevado.
- Em 70% dos casos conhecidos para os quais esta informação está disponível, os investidores processaram os governos num valor total de **623 mil milhões de USD**. Isto equivale a 90% de todos os fluxos de investimento directo estrangeiro para todos os países em vias de desenvolvimento em 2018.¹⁰
- Os investidores triunfaram em **61%** dos casos Investidor-Estado em que houve uma decisão sobre o mérito do caso, enquanto os estados “ganharam” apenas em **39%** das vezes (embora, na verdade, os estados nunca possam ganhar através do ISDS, apenas podem não perder, conseguindo assim evitar pagar os danos).
- Quase **um quarto** dos casos de ISDS termina em acordos, o que implica, na maioria das vezes, pagamentos por parte dos governos ou alterações em leis e regulamentos para apaziguar investidores descontentes – muitas vezes num secretismo parcial ou total, o que significa que os cidadãos não sabem para onde foi o seu dinheiro, ou por que razão uma política foi alterada.
- A quantia total que, até hoje, os estados foram condenados ou concordaram em pagar como resultado das decisões e acordos ISDS conhecidos, é de **88 mil milhões de USD**, um valor estonteante, e equivalente a todo o investimento directo estrangeiro na Austrália, Japão e outras economias desenvolvidas, fora da Europa e da América do Norte, em 2018¹¹.
- O montante das indemnizações pode atingir somas de dez dígitos. Os mais elevados danos conhecidos e cobrados até à data, **50 mil milhões de USD**, foram exigidos à Rússia, em favor dos antigos proprietários maioritários da companhia de petróleo e gás natural Yukos.
- Os principais beneficiários financeiros do ISDS têm sido grandes empresas e indivíduos muito ricos: **94,5%** das indemnizações conhecidas foram para empresas com um rendimento anual de, pelo menos, **mil milhões de USD** e para indivíduos com um património líquido de mais de **100 milhões de USD**.¹²
- As custas judiciais destes litígios ascendem em média a **4,9 milhões de USD** para os estados e **6 milhões** para os investidores, mas podem ser muito mais elevadas¹³. No caso da queixa da Yukos, as custas judiciais totais ultrapassaram os **124 milhões de USD**¹⁴ e os árbitros cobraram **7,4 milhões**¹⁵. Como as custas judiciais nem sempre são pagas à parte ganhadora, os estados podem acabar por pagar a factura mesmo quando não perdem.

A arbitragem de investimentos em apuros: uma tempestade global de oposição

O número crescente de processos intentados por empresas provocou uma tempestade mundial de oposição ao ISDS, em toda a amplitude do espectro político. No mundo inteiro, grupos de interesse público, sindicatos, grupos comunitários e académicos têm repetidamente manifestado a sua oposição ao ISDS e instado os governos a abandonar este regime.¹⁶ Até defensores do mercado livre, como o think tank CATO Institute, da ala conservadora dos EUA, se juntaram aos opositores, argumentando que “a abordagem do ISDS (...) que consiste em proteger apenas os investidores estrangeiros (...) equivale a afirmar numa Constituição nacional que os únicos direitos que vão ser protegidos são os dos proprietários mais abastados.”¹⁷ Também os juízes começaram a levantar preocupações semelhantes, observando que “a criação de tribunais especiais para determinados grupos de litigantes é o caminho errado.”¹⁸

Do mesmo modo, alguns países deram conta de que os benefícios prometidos pela arbitragem de investimento não se tinham concretizado (ver Caixa 2 na pág. 11) e estão a tentar livrar-se deste sistema. Nos últimos anos, a África do Sul, a Indonésia, a Índia e muitos outros países puseram fim a alguns dos seus acordos bilaterais de investimento (BITs).¹⁹ Em 2019, os estados-membros da UE anunciaram o fim de todos os acordos bilaterais entre si – em números redondos, uns 200 acordos.²⁰ A Itália abandonou também o Tratado da Carta da Energia, um importante acordo de ISDS para o sector energético.²¹ (ver a Figura 3 em baixo)

“

A nossa percepção dos BITs alterou-se... Favorecem muito mais o investidor. O ISDS é o nosso problema número um.

MINISTRO INDONÉSIO DOS NEGÓCIOS ESTRANGEIROS²²

FIGURA 3

PAÍSES QUE PUSERAM FIM A ACORDOS DE INVESTIMENTO³⁵



Desfazendo o mito de que os acordos de investimento e o ISDS atraem investimento

Os defensores do ISDS argumentam que “é mais provável que os investidores façam um investimento fora do seu país... onde o estado anfitrião proporciona alguma forma de protecção ao investimento”.²³ Afirmam que o direito de processar os estados em fóruns de resolução de litígios “neutros”, à margem dos tribunais nacionais, tem um efeito particularmente positivo, porque serve para “frear” o alegado “uso arbitrário ou ilimitado do poder dos governos”, aumentando pois “a atractividade de um estado como potencial destino de investimento estrangeiro.”²⁴

Isto poderá parecer plausível a alguns, mas há um ponto fraco neste argumento: não existe evidência clara de que os acordos de investimento tragam de facto investimento. Enquanto alguns estudos econométricos provam que eles atraem alguns investidores, outros não encontram absolutamente nenhum efeito – ou até um efeito negativo. Os estudos qualitativos sugerem que, para a grande maioria dos investidores, os acordos de investimento não são um factor decisivo quando decidem investir no estrangeiro.²⁵

Os governos começaram também a aperceber-se de que essa promessa de investimento directo estrangeiro (IDE) não tem sido cumprida. Quando a África do Sul anulou alguns dos seus tratados de investimento, um funcionário explicou: “A África do Sul não tem tido fluxos de investimento significativos por parte dos numerosos parceiros com os quais assinámos BITs, e ao mesmo tempo, continua a receber investimentos de jurisdições com as quais não temos BITs. Resumindo, os BITs não foram decisivos para atrair investidores para a África do Sul.”²⁶ Essa foi também a experiência de outros países; o Brasil, por exemplo, tem o maior volume de IDE da América Latina²⁷

– apesar de nunca ter ratificado um tratado que contemple o ISDS. Na Indonésia, o IDE procedente da Holanda aumentou em 19,2% em 2015 – apesar de, no ano anterior, o país ter posto termo aos seus tratados de investimento com a Holanda e com outros países.²⁸

Mais importante ainda, e hoje largamente reconhecido, é que, embora o IDE possa contribuir para o desenvolvimento, os efeitos negativos podem ser consideráveis, enquanto que os seus benefícios estão longe de ser automáticos. É necessária regulamentação para gerar efeitos positivos a nível local – como empregos decentes, receitas de impostos ou transferência de tecnologia – e também para evitar os riscos que o IDE pode trazer para o ambiente, as comunidades locais, etc. Os acordos de investimento não só são agnósticos quanto a estes aspectos cruciais do desenvolvimento, ao proteger os investimentos independentemente da sua natureza e impacto, como também o seu “desequilíbrio a favor do investidor pode (também) limitar a capacidade dos governos de legislar em favor do interesse público”, segundo a formulação de um funcionário do Governo da África do Sul.²⁹

O ISDS numa encruzilhada: expansão mundial e resistência persistente por parte da opinião pública

Entretanto, uma quantidade considerável de acordos internacionais, que estão actualmente em fase de negociação ou ratificação, ameaça expandir enormemente o regime ISDS, submetendo os estados a mais obrigações ainda. Estão entre eles a Zona de Comércio Livre Continental Africana, (AfCFTA, que reúne 44 economias africanas) a Parceria Económica Integral Regional (RCEP, que está a ser negociada entre 16 países da Ásia-Pacífico), o Acordo Alargado e Progressivo para a Parceria Transpácífica (CPTPP, assinado por 11 estados do Pacífico e pelo Chile, México e Canadá) e vários acordos bilaterais, incluindo entre a UE e a China, o Canadá, Singapura, Indonésia, Vietname e México.³⁰ A UE planeia ainda ampliar e reforçar a legitimidade do ISDS através de um tribunal mundial permanente para os litígios Investidor-Estado (ver mais informação no Cap. 4).³¹

“

Os seres humanos precisam de mais direitos, as grandes multinacionais não.

DA CAMPANHA “DIREITOS PARA AS PESSOAS, REGRAS PARA AS MULTINACIONAIS”³²

No entanto, a resistência contra o tratamento VIP reservado às grandes empresas continua a crescer. Em Janeiro de 2019, numa iniciativa cheia de significado, no intuito de evitar que a UE expanda e blinde o ISDS e visando criar pressão pública em favor de um sistema global capaz de punir as multinacionais pelos seus crimes, mais de 200 organizações da sociedade civil de toda a Europa juntaram os seus esforços. Em apenas dois meses, mais de meio milhão de europeus respondeu ao seu apelo para pôr fim à impunidade das grandes empresas.³³ No período prévio às eleições para o Parlamento Europeu na Primavera de 2019, centenas de candidatos a eurodeputados também se comprometeram a votar contra todas as formas de ISDS e em favor da adopção de regras vinculativas de responsabilidade para as grandes empresas. Isto trouxe esperança a toda uma geração de activistas. Nas palavras dos grupos da campanha no Reino Unido: “Activistas de toda a Europa puseram-se em marcha para gerar um impulso imparável de mudança nos seus próprios países. Estamos num momento crítico e, se formos suficientes, podemos acabar com o ISDS.”³⁴



Referências

- 1 The Economist: [Investor-state dispute settlement – The arbitration game](#), 11 de Outubro de 2014.
- 2 Inicialmente, a Vattenfall reclamou um valor menor, mas em Abril de 2019, o seu pedido de indemnização tinha aumentado para 6100 milhões de euros (incluindo os juros). Ver: Bundesministerium für Wirtschaft & Energie: [Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat März 2019, Fragen Nr. 482, 1](#).
- 3 Chris Hamby: [Inside The Global “Club” That Helps Executives Escape Their Crimes](#), 28 de Agosto de 2016.
- 4 A base de dados [International Investment Agreements Navigator](#) da UNCTAD dá a melhor visão geral dos acordos internacionais de investimento existentes (acessado a 13 de Maio de 2018).
- 5 CIADI: [Derechos, Honorarios y Cargos \(a partir de 1 de enero de 2019\)](#) (acessado a 24 de Maio de 2019).
- 6 George Kahale, III: [Keynote Address at the 8th Investment Treaty Arbitration Conference](#), Praga, 25 de Outubro de 2018, 1.
- 7 Sebastien Malo: [U.N. reform needed to stop companies fighting climate rules – Nobel laureate Stiglitz](#), Reuters, 29 de Maio de 2015.
- 8 Citado em: William Greider: [The Right and US Trade Law – Invalidating the 20th Century](#), The Nation, 17 de Novembro de 2001.
- 9 UNCTAD: [Investment Dispute Settlement Navigator](#) (acessado a 13 de Maio de 2019); UNCTAD: [World Investment Report 2018. Investment and New Industrial Policy](#), 95.
- 10 Cálculo baseado na [base de datos de la UNCTAD](#), onde esta informação é fornecida para 658 dos 942 casos, que foram revelados no final de 2018. Os fluxos de Investimento Directo Estrangeiro para países em desenvolvimento ascenderam a 694 milhões de USD em 2018. Ver: UNCTAD: [Investment Trends Monitor. Global FDI flows continue their slide in 2018, janvier 2019](#), 2.
- 11 Cálculo baseado na [base de datos de la UNCTAD](#), onde esta informação é fornecida para 213 (69%) dos 310 casos que foram revelados, que tinham sido decididos a favor do investidor ou resolvidas no final de 2018. Sobre os fluxos de IDE para todos os países em desenvolvimento fora da Europa e da América do Norte, ver: UNCTAD: [Investment Trends Monitor. Global FDI flows continue their slide in 2018, January 2019](#), 4.
- 12 Gus Van Harten e Pavel Malysheuski: [Who has benefited financially from investment treaty arbitration? An evaluation of the size and wealth of claimants](#), Osgoode Legal Studies Research Paper No. 14, 12:3, 2016.
- 13 Matthew Hodgson e Alastair Campbell: [Damages and costs in investment treaty arbitration revisited](#), Global Arbitration Review, 14 de Dezembro de 2017.
- 14 O total de custas judiciais engloba as custas do tribunal (€8,440,000 or US\$11,416,939, baseados na taxa de câmbio de 14 de Julho de 2014, data da decisão), as custas judiciais dos queixosos (US\$79,628,055.56 and GB£1,066,462.10 or US\$1,823,870) e as custas judiciais da defesa (US\$27,000,000 para os advogados e US\$4,500,000 para peritos). Ver Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), [Final Award](#), 18 de Julho de 2014, secção XIII.
- 15 Os honorários dos árbitros foram os seguintes: €103,537 (for Daniel Price, árbitro inicial designado pelos queixosos), €1,513,880 (para Charles Poncet que substituiu Daniel Price), €2,011,092 (para o juiz Stephen Schwebel que foi designado pela Rússia), €1,732,937 (para L. Yves Fortier, o presidente do tribunal) e €970,562 (para Martin J. Valasek, o assistente do tribunal). Ver Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), [Final Award](#), 18 de Julho de 2014, secção XIII.
- 16 Por exemplo: [Global Civil Society Sign-on Letter on UNCITRAL’s Investor-State Dispute Settlement Reform Discussions](#), 30 de Outubro 2018; [220+ Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and Other Prospective Deals that Include Investor-State Dispute Settlement \(ISDS\)](#), 7 de Setembro de 2017.
- 17 Simon Lester: [Debating ISDS](#), Kluwer Arbitration Blog, 20 de Junho de 2015.
- 18 Deutscher Richterbund: [Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015](#), Nr. 04/16, 4 de Fevereiro de 2016, citado de uma [traducción oficiosa](#), 1.
- 19 Para uma panorâmica de alguns países que puseram termo aos tratados, ver: Public Citizen: [Termination of Bilateral Investment Treaties Has Not Negatively Affected Countries’ Foreign Direct Investment Inflows](#), Abril de 2018.
- 20 Comissão Europeia: [Declaration of the Member States of 15 janvier 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection](#), 17 de Janeiro de 2019.
- 21 Para mais informação sobre o Tratado da Carta da Energia e a saída da Itália, ver: Corporate Europe Observatory e Transnational Institute: [Un Tratado para gobernarlos a todos: El Tratado sobre la Carta de la Energía, en constante ampliación, y el poder que otorga a las empresas para que entorpezcan la transición energética](#), Abril de 2019, 32.
- 22 Citado em: Chris Hamby: [The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries](#), Buzzfeed, 30 de Agosto de 2016.
- 23 Allen & Overy: [The Energy Charter Treaty – 20 years on](#), 14 de Abril de 2014.
- 24 Secretariado da Carta da Energia: [Programme of action to address energy poverty: focus on Africa](#), 2009, 14.
- 25 Jonathan Bonnitcha: [Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the evidence](#), Setembro de 2017, 3-4, 10.
- 26 Xavier Carim: [International Investment Agreements and Africa’s Structural Transformation: A Perspective from South Africa](#), South Centre Investment Policy Brief No. 4, Agosto de 2015, 4.
- 27 UNCTAD: [World Investment Report 2018 – Investment and New Industrial Policies](#), 4.
- 28 Transnational Institute: [Why did Ecuador terminate all its bilateral investment treaties?](#), 2017.
- 29 Xavier Carim: [International Investment Agreements and Africa’s Structural Transformation: A Perspective from South Africa](#), South Centre Investment Policy Brief No. 4, Agosto de 2015, 1.
- 30 UNCTAD: [World Investment Report 2018. Investment and New Industrial Policy](#), 90.
- 31 Para uma avaliação crítica da proposta de Tribunal Multilateral de Investimento, ver: Amigos da Terra Europa: [The Multilateral Investment Court Locking in ISDS](#), Novembro de 2017.
- 32 Ver a página web da campanha: [Direitos para as pessoas, obrigações para as multinacionais](#).
- 33 Ibidem.
- 34 Ver a página web da parte da campanha do Reino Unido: [Join the fight against corporate courts](#).
- 35 A informação incluída nesta imagem refere-se aos tratados aos quais foi posto termo (unilateralmente ou por mútuo consentimento) e não foram substituídos por um novo tratado. Fonte: UNCTAD: [International Investment Agreements Navigator](#) (acessado a 21 de Junho de 2019).

3

10 CASOS RECENTES EM QUE O ISDS MINOU A JUSTIÇA

Processos judiciais multimilionários que extorquem nações em crise de liquidez, grandes empresas que obrigam a reverter vitórias alcançadas pelos defensores do ambiente e recompensas financeiras exorbitantes para investidores que atentaram contra os direitos humanos. Dez casos Investidor-Estado que foram accionados, usados como ameaça ou decididos desde 2015, em todo o mundo (na Europa, África, Ásia e América Latina) demonstram que o ISDS é repetidamente utilizado como arma pelas grandes empresas contra o interesse público. Apesar da persistente controvérsia sobre eles, os tribunais VIP para as grandes empresas continuam a prosperar e a perpetuar a injustiça no mundo inteiro.

3.1

PROCESSAR PARA IMPOR UMA MINA DE OURO TÓXICA

GABRIEL RESOURCES CONTRA A ROMÉNIA

Durante quase 20 anos, a população de Rosia Montana, na Roménia, lutou contra um projecto multimilionário de mineração de ouro, que teria destruído as suas casas e todo o ambiente circundante. Numa notável demonstração de poder popular, a população apelou ao tribunal romeno e conseguiu deter a mina. Agora, o maior accionista do projecto, a empresa canadiana Gabriel Resources, está a processar a Roménia num tribunal arbitral de investimento, exigindo 5,7 mil milhões de USD de indemnização por perda de lucros – cerca de 3% do valor total da economia romena.





Caso fosse aprovada, Rosia Montana ter-se-ia convertido na maior mina de ouro a céu aberto de toda a Europa. Para extrair o ouro da rocha, todos os anos seriam utilizadas e libertadas no meio ambiente dezenas de milhares de toneladas de cianeto, um produto químico altamente tóxico. Muitos dos residentes seriam forçados a abandonar as suas casas. Seriam destruídas três aldeias e quase 1.000 casas e igrejas – muitas das quais classificadas como património nacional. Rosia Montana alberga também galerias únicas que datam do antigo Império Romano. Este inestimável tesouro mundial seria também destruído, caso o projecto da mina fosse realizado até ao fim. Em seu lugar, a mina deixaria um lago de detritos do tamanho de 420 estádios de futebol.¹

“

Não vamos abandonar as nossas casas e terras para dar lugar ao vosso cianeto e ao vosso lucro.

**EUGEN DAVID
AGRICULTOR DE ROSIA MONTANA
E PRESIDENTE DA ORGANIZAÇÃO
LOCAL ALBURNUS MAIOR²**

Desde o início que a proposta da mina enfrentou uma forte resistência da comunidade. Ao longo da década de 2000, os habitantes da região e as organizações ambientalistas organizaram protestos e reuniram assinaturas contra a mina, o uso de cianeto e a possível deslocação forçada da população. Quando a eles se juntaram estudantes, padres, académicos, numerosas instituições romenas e os cidadãos em geral, “Salvem Rosia Montana!” tornou-se o maior movimento popular desde a Revolução Romena de 1989. Em 2013, dezenas de milhares de pessoas saíram à rua em todo o país durante várias semanas para se oporem à mina e à chamada Lei sobre Rosia Montana, que teria acelerado o projecto, mas que foi rejeitada devido à maciça pressão popular. Este movimento trouxe a esperança a toda uma geração de romenos.³

Assédio empresarial, tribunais vigilantes

E a empresa mineira? Tentou silenciar os protestos por meio de telefonemas intimidatórios, ameaças e violência física. Exerceu uma pressão extrema sobre os habitantes para que vendessem as suas casas e criou toda uma atmosfera de ansiedade na aldeia.⁴ Segundo Eugen David, um agricultor de Rosia Montana, a empresa usou “as mesmas táticas que a Securitate”, a famosa polícia secreta romena durante a ditadura comunista: “intimidação, falsidades, pressão familiar, corrupção. E, sobretudo, intimidação”.⁵

“

A população daqui prefere ficar e a impressão que eu tenho é que uma empresa estrangeira está a obstruir o funcionamento da democracia local.

**MARIE-ANNE ISLER BÉGUIN
EX-DEPUTADA DO PARLAMENTO EUROPEU⁶**

Mas apesar de tudo isso, a população local não recuou. Foi para tribunal e impugnou os procedimentos e as autorizações emitidas pelas autoridades romenas. Em todos os casos, os tribunais concluíram que as autorizações outorgadas à empresa tinham sido obtidas ilegalmente – realçando a falta de respeito pelas leis ambientais e evidência de abusos administrativos. E assim, por fim a mina tóxica foi detida pelos tribunais romenos. Até hoje, a empresa mineira ainda não obteve todas as autorizações necessárias, simplesmente porque não respeitou as leis nacionais e da UE.⁷

A verdadeira mina de ouro da Gabriel: o ISDS

O maior accionista do projecto está agora a tentar forçar a mina de ouro através de um alçapão legal, que poderá anular o efeito das decisões dos tribunais romenos. Desde 2015, a empresa mineira canadiana Gabriel Resources está a processar a Roménia através do mecanismo da Resolução de Litígios Investidor-Estado (ISDS, na sigla em inglês).⁸ A empresa argumenta que o país não cumpriu com obrigações assumidas nos seus acordos bilaterais de investimento com o Canadá e o Reino Unido, por ter “falhado” em conceder as autorizações requeridas. Entre outras coisas, a empresa referiu a candidatura do Governo romeno a tornar Rosia Montana Património Mundial da UNESCO e o facto de ter pedido a aprovação do Parlamento para a mina, como provas do tratamento injusto que estaria a sofrer.⁹

Segundo um comunicado de imprensa de Maio de 2019, a Gabriel Resources reclama uma indemnização de 5,7 mil milhões de USD.¹⁰ Esta quantia equivale a 2,7% do Produto Interno Bruto (PIB) da Roménia. É também oito vezes maior que o dinheiro que a empresa terá despendido na criação da mina – em prospecção, equipamento, etc. (650 milhões de USD).¹¹ Esqueçam os metais preciosos: o próprio processo é que pode tornar-se a verdadeira mina de ouro da empresa.

“

No fundo, a Gabriel está a tentar fazer os romenos pagarem por terem pressionado os legisladores a fazerem aquilo que é correcto.

CLAUDIA CIOBANU
JORNALISTA ROMENA¹²

Dinheiro da Wall Street financia os processos das grandes empresas

A reclamação da Gabriel Resources é apoiada financeiramente por um fundo de alto risco da Wall chamado Street Tenor Capital Management. A Tenor paga aos advogados da empresa em troca de uma parte da quantia, se ganharem.¹³ Este tipo de negócios de financiamento permite às grandes empresas prolongarem as batalhas jurídicas, o que aumenta os custos da defesa para os estados e aumenta as probabilidades de que os governos cedam às exigências das empresas para evitar custas judiciais excessivas e o risco de perderem o caso (ver Caixa 12 na pág. 64 para mais informação sobre tais manobras de financiamento).¹⁴

Há razões para recear que o processo judicial multimilionário da Gabriel Resources possa forçar o Governo romeno a deixar avançar a mina para resolver o caso, por exemplo, alterando a legislação e emitindo novas licenças. Um primeiro sinal de alarme foi a decisão do Governo romeno, em 2018, de desistir da candidatura de Rosia Montana a Património Mundial da UNESCO.¹⁵ Outro indício preocupante foi uma nova proposta de lei da mineração no início de 2019, que poderia facilitar a atribuição de novas licenças.¹⁶ Se a mina não for aprovada, existe o risco de a Gabriel Resources sair da situação arrecadando uma enorme quantia de dinheiro público como indemnização.

“

Os romenos opuseram-se à mina de Rosia Montana e os nossos tribunais declararam-na ilegal. Mas, através de um sistema jurídico paralelo, uma grande empresa pode agora obrigar-nos a deixar abrir a mina ou a pagar milhares de milhões.

ROXANA PENCEA BRĂDĂȚAN
DO OBSERVATÓRIO DAS MINAS DA ROMÉLIA¹⁷



As comunidades exigem que a sua voz seja ouvida

Em Novembro de 2018, a comunidade de Rosia Montana, em conjunto com os grupos ambientalistas que se opõem à mina, escreveu aos três advogados privados que irão decidir o caso ISDS da Gabriel Resources. A comunidade explicou como a empresa tinha violado as suas obrigações em virtude do direito romeno, europeu e internacional em matéria de ambiente e de direitos humanos, e que, por isso, não deveria ser protegida por direitos especiais para os investidores estrangeiros.¹⁸

Nas palavras de um dos advogados do grupo: “A Gabriel Resources nunca chegou a ter o direito de extrair minério em Rosia Montana. A empresa não deveria utilizar a arbitragem de investimento para contornar a aplicação legítima da lei nacional.”¹⁹ Os árbitros aceitaram a carta, mas recusaram-se a considerar os testemunhos anexados dos residentes, excluindo, na prática, a comunidade afectada pelo processo.²⁰

CAIXA

3

Quando o ISDS colide com a legislação europeia: a absurda saga legal dos irmãos Micula contra a Roménia

O caso Micula é outro inconcebível processo Investidor-Estado apresentado contra a Roménia. Ele demonstra como os acordos de investimento e as arbitragens podem entrar em choque com a legislação nacional e europeia.

No final da década de 1990, foram concedidos a Ioan e Viorel Micula (dois irmãos romenos muito ricos que também têm a nacionalidade sueca) incentivos fiscais, e outros benefícios, para as empresas de comes e bebes que eles exploravam na Roménia. Em 2005, estes incentivos foram abolidos, no quadro das reformas exigidas para a entrada da Roménia na UE. Os Micula contestaram a decisão e, em 2006, processaram a Roménia com base no acordo bilateral de investimento com a Suécia.²¹

Embora a Comissão Europeia tenha intervindo no caso, confirmando que tinha exigido à Roménia a suspensão dos incentivos para cumprir as normas da UE em matéria de apoio estatal, em 2013, um tribunal de investimento decidiu

que um estado não podia fugir à sua responsabilidade perante os investidores alegando a legislação da UE. Os árbitros condenaram a Roménia a pagar aos irmãos Micula uma indemnização no valor de 178 milhões de euros.²²

Desde então, os Micula têm vindo a tentar em vários países que a sentença seja executada, deixando a Roménia dividida entre as instruções e as leis das instituições europeias e uns investidores ricos, determinados e litigiosos.

Desconhece-se a quantia total que a Roménia pagou nesta saga legal. Só a defesa da arbitragem de investimento já custou aos contribuintes romenos 16,7 milhões de euros.²⁴

“ Este caso ilustra o risco de um estado-membro ser processado com sucesso por uma empresa através do ISDS, pelo mero facto de ajustar a sua legislação e políticas à legislação da UE.

MONIQUE GOYENS / DA ORGANIZAÇÃO EUROPEIA DE DEFESA DOS CONSUMIDORES BEUC²³

Referências

- 1 Salvati Roșia Montană: [All about Roșia Montană mining project](#).
- 2 Salvati Roșia Montană: [Tudose, we won't give up Roșia Montană](#), 30 de Agosto de 2017.
- 3 A [página web Salvati Roșia Montană](#) é uma boa fonte para saber mais sobre a história dos protestos.
- 4 Alburnus Maior, Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu and Greenpeace Romania: [Amicus Curiae Submission](#), 2 de Novembro de 2018, 6, 8-10.
- 5 Entrevistado para o vídeo [Roșia Montană, town on the brink](#) de Fabian Daub, minuto 12:30.
- 6 Citado em: Salvati Roșia Montană: [Gabriel's Rosia Montana gold mining project: An obstacle to EU accession](#), Dezembro de 2013.
- 7 Alburnus Maior, Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu and Greenpeace Romania: [Amicus Curiae Submission](#), 2 de Novembro de 2018, 10-16.
- 8 [Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources \(Jersey\) v. Romania \(ICSID Case No. ARB/15/31\)](#).
- 9 Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) Ltd.: [Claimants Memorial](#), 30 de Junho de 2017, par. 682f, 685a.
- 10 Gabriel Resources: [2019 First Quarter Report](#), 14 de Maio de 2019.
- 11 Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) Ltd.: [Claimants Memorial](#), 30 de Junho de 2017, par. 4.
- 12 Claudia Ciobanu: [Roșia Montană, an omen for TTIP](#), Euractiv, 27 de Julho de 2015.
- 13 Gabriel Resources: [Press Release - Closing of Private Placement](#), 14 de Julho de 2016.
- 14 Corporate Europe Observatory e Transnational Institute: [Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones](#), 2012, Cap. 5.
- 15 Claudia Ciobanu: [Masks fall as Romanian government withdraws UNESCO application for Roșia Montană](#), Euractiv, 7 de Junho de 2018.
- 16 Claudia Ciobanu e Mihai Stoica: [Roșia Montană: Seeds of utopia in town almost lost to gold mining](#), Aljazeera, 24 de Abril de 2019.
- 17 Citado em: WeMove: [Petition. No global corporate court](#), 2017.
- 18 Alburnus Maior, Centrul Independent pentru Dezvoltarea Resurselor de Mediu and Greenpeace Romania: [Amicus Curiae Submission](#), 2 de Novembro de 2018.
- 19 Citado em: CIEL e outros: [Roșia Montană voices to be heard in illegal Romanian gold mine litigation](#), 5 de Novembro de 2018.
- 20 Lisa Kadel and Christian Schliemann: [Gabriel Resources v. Romania: Local Residents as Third Parties in Investor-State Dispute Settlement?](#), Oxford Human Rights Law, 19 de Abril de 2019.
- 21 [Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania \(ICSID Case No. ARB/05/20\)](#).
- 22 Este valor inclui os juros anteriores à decisão arbitral. Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, [Award](#), 11 de Dezembro de 2013, par. 1329.
- 23 Monique Goyens: [The Micula case: When ISDS messes with EU law](#), 27 de Outubro de 2014.
- 24 Na primeira sentença, a Roménia foi condenada a pagar os seus custos judiciais (11 499 347,97 euros) e tinha adiantado 1.485 000 dólares (1.077 179,78 euros a 11 de Dezembro de 2013, data da sentença) para cobrir os custos do tribunal. No procedimento de anulação, a Roménia foi condenada a pagar os seus custos judiciais, 2.041 034,19 euros, e demais gastos, 600 000 dólares (548 847,44 euros a 26 de Fevereiro de 2016, data da sentença), assim como a pagar a totalidade dos custos de procedimento (547 845,09 dólares ou 501 138,96 euros). Isto representa 15 668 448,34 milhões de euros em custos judiciais.

Fotografias

Pág. 15 (*primeiro plano, à esquerda*) Laura Muresan, (*segundo plano*) Sebastian Florian

Pág. 16 (*em cima*) Laura Muresan, (*em baixo*) Kovács László Attila

Pág. 17 Cristian Sutu

3.2

COMO AS GRANDES EMPRESAS FARMACÊUTICAS SABOTARAM A LUTA POR TRATAMENTOS MAIS ACESSÍVEIS CONTRA O CANCRO

NOVARTIS CONTRA A COLÔMBIA



Na Colômbia, o preço elevado de um medicamento decisivo contra a leucemia tornou-o inoportável para o orçamento de Saúde Pública. Em 2015, o Governo decidiu declarar o Glivec medicamento de interesse público e retirar à gigante farmacêutica Novartis o seu monopólio de produção, a fim de que a concorrência com os genéricos forçasse a uma descida do preço. Mas a Novartis não estava disposta a desistir da sua galinha dos ovos de ouro e ameaçou processar a Colômbia num tribunal arbitral internacional. Embora o preço do Glivec tenha por fim sido reduzido, o Governo nunca mais se atreveu a tocar no monopólio da Novartis. A tática agressiva da empresa visou evitar um precedente que poderia encorajar outros países a fazer o mesmo e assim reduzir os lucros da Novartis em todo o mundo.



Glivec (também conhecido por Imatinib) é o fármaco que transformou “um cancro fatal numa doença controlável”.¹

Aprovado em 2001, foi alcunhado de “comprimido mágico”² para o tratamento da leucemia, um tipo fatal de cancro do sangue. Em 2015, a Organização Mundial de Saúde (OMS) incluiu-o na sua Lista dos Medicamentos Essenciais³, o que significa que estes medicamentos devem estar sempre disponíveis e a um preço acessível para particulares e comunidades.⁴

Porém, o preço do Glivec não permitia isso. Embora o custo estimado da produção do medicamento seja de 180 USD por ano⁵, em 2014 ele era vendido na Colômbia ao preço exorbitante de 19.819 USD por doente e por ano (mais de 100 vezes o custo de produção). Isto é quase o dobro do salário médio anual no país.⁶

“

Os doentes tornaram-se as “vítimas financeiras” do sucesso do tratamento, tendo de pagar anualmente um elevado preço para se manterem vivos.

MAIS DE 100 ESPECIALISTAS EM LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA (CML), UM TIPO DE CANCRO DO SANGUE, COMENTAM OS PREÇOS INJUSTAMENTE ELEVADOS DOS MEDICAMENTOS CONTRA O CANCRO EM TODO O MUNDO⁷

Hemorragia do orçamento de saúde pública em consequência do elevado preço dos medicamentos

Uma das principais razões do elevado preço deste medicamento era a patente que a gigante farmacêutica suíça Novartis obteve em 2012 na Colômbia, o que lhe permitiu quadruplicar o preço de um comprimido de 400 miligramas para 43 USD, quando até aí o medicamento genérico produzido no país custava 10,50 USD.⁸

Para o orçamento de saúde pública da Colômbia, o dispendioso medicamento tornou-se incontrolável. Calcula-se que entre 2008 e 2014, o país tenha gasto cerca de 200 milhões de USD neste medicamento⁹, levando o serviço nacional de saúde da Colômbia à beira da falência.

A batalha do Governo colombiano por um tratamento contra o cancro acessível para os seus cidadãos

Por este motivo, em 2014, um grupo de organizações de saúde pública da Colômbia solicitou ao Ministro da Saúde que declarasse o Glivec um medicamento de interesse público e emitisse uma licença compulsória.¹⁰ Quando um medicamento patenteado é submetido a licença compulsória, na realidade o Governo retira o monopólio ao produtor e concede a outras empresas farmacêuticas o direito de produzirem versões genéricas do medicamento, originando uma queda do preço. A licença compulsória é um importante mecanismo de flexibilização, consagrado no Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) da Organização Mundial do Comércio (OMC)¹¹ e em muitos outros tratados. Tem sido usada em especial pelos países em desenvolvimento para aumentar o acesso a medicamentos que salvam vidas, contra doenças como o HIV.

“

A licença compulsória é um instrumento chave para proteger a estabilidade financeira dos sistemas de saúde e garantir o acesso universal aos medicamentos e aos serviços de saúde.

132 ADVOGADOS, ACADÉMICOS E OUTROS ESPECIALISTAS QUE ESCREVERAM AO PRESIDENTE DA COLÔMBIA PARA APOIAR AS MEDIDAS DO GOVERNO¹²

O Governo colombiano decidiu adoptar esta estratégia e emitir uma licença compulsória.¹³ Paralelamente, tentou também negociar directamente com a Novartis uma redução do preço, mas a empresa recusou categoricamente.¹⁴ Estima-se que a abertura do mercado do Glivec a genéricos teria reduzido os elevados preços da Novartis em até 77%, o que se traduziria numa poupança de cerca de 15 milhões de USD por ano para o orçamento de saúde pública da Colômbia.¹⁵

Braço de ferro ao mais alto nível

Mas, com o total de vendas do Glivec a atingir os 4,7 mil milhões de USD em 2015,¹⁶ a Novartis estava a obter lucros recorde com este medicamento contra o cancro, que representava 10% das receitas totais da empresa.¹⁷ Estava por isso determinada a defender a sua galinha dos ovos de ouro.

A 21 de Abril de 2016, a Novartis enviou uma carta ao Governo colombiano, ameaçando formalmente processá-lo num tribunal arbitral internacional, a menos que o Governo reconsiderasse a sua decisão relativamente ao Glivec.

A Novartis alegava que a Colômbia tinha violado o tratado bilateral de investimento com a Suíça. Mais precisamente, a empresa argumentava que as medidas tomadas eram injustificadas e discriminatórias, e que a redução do preço do medicamento para o nível dos genéricos era equivalente à expropriação indirecta da patente do Glivec.

“ Uma licença compulsória equivale a uma expropriação do titular de uma patente.

GOVERNO SUÍÇO AO MINISTRO
DA SAÚDE DA COLÔMBIA¹⁸



A Novartis argumentava também que o Governo colombiano tinha violado as “legítimas expectativas” da empresa em matéria de estabilidade da regulamentação das patentes.¹⁹ A ameaça de arbitragem foi secundada repetidamente por vários intervenientes poderosos – incluindo o CEO da Novartis²⁰ e os governos dos EUA e da Suíça.²¹ O Governo americano ameaçou ainda cortar 450 milhões de USD de fundos para o processo “Paz Colômbia”²² e bloquear os esforços deste país para entrar para o clube de países ricos da OCDE.²³

O Governo não consegue quebrar o monopólio da Novartis

As pressões resultaram. Menos de uma semana após a carta da Novartis para o Governo colombiano, a 27 de Abril de 2016, a embaixada do país em Washington recomendou que o ministério da saúde tomasse todas as medidas necessárias para evitar um processo Investidor-Estado.²⁴ E embora o ministério tenha mantido a declaração de que o acesso ao Glivec era de interesse público,²⁵ forçando uma redução de 44% no preço do medicamento²⁶, o Governo abandonou o seu plano de emitir uma licença compulsória.

“ Quando um produto afecta a vida ou a saúde das pessoas, o preço justo deve prevalecer, devido às implicações morais que isso tem. Pode dar-se como exemplo o preço do pão, em épocas de fome...

COMENTÁRIO DE MAIS DE 100 ESPECIALISTAS EM LEUCEMIA MIELOÍDE CRÓNICA (CML) SOBRE OS PREÇOS INJUSTAMENTE ALTOS DOS MEDICAMENTOS CONTRA O CANCRO EM TODO O MUNDO²⁷

Para a Novartis, o mais importante era evitar a licença compulsória. O mercado colombiano para o Glivec representa apenas 1% das vendas mundiais do fármaco pela Novartis,²⁸ sendo portanto demasiado pequeno para que uma mera redução do preço provocasse grandes perdas para a gigante farmacêutica. Mas, no contexto de uma crescente atenção e crítica mundial aos elevados custos dos produtos farmacêuticos de marca para os países em desenvolvimento, a licença compulsória teria constituído um precedente perigoso e preocupante para a Novartis. Inquirido sobre se “era verdade que a Novartis estava mais preocupada com o sinal que isso daria para o exterior do que com o impacto na Colômbia”, a presidente da empresa para a região dos Andes confirmou esta análise, retorquindo: “Sim, porque a nossa empresa é mundial, e qualquer país que tome uma decisão como esta... é motivo de preocupação para nós”.²⁹ As empresas farmacêuticas como a Novartis têm usado sistematicamente os seus consideráveis recursos financeiros para tentar impedir o uso de licenças compulsórias em todo o mundo, segundo um estudo conduzido em 89 países, publicado pela Organização Mundial de Saúde em 2018.³⁰

“

É provável que uma resposta firme contra os planos de uns poucos países de emitirem licenças compulsórias para medicamentos contra o cancro tenha um efeito dissuasor sobre os outros.

GRUPO DE INVESTIGADORES DA UNIVERSIDADE DE GRONINGEN³¹

O facto de a Colômbia declarar um medicamento patenteado como bem de utilidade pública e conseguir uma redução significativa do seu preço constituiu um passo histórico.³² Contudo, usando a ameaça de uma arbitragem de investimento, a Novartis conteve a possibilidade de ser aberto um precedente a nível global, bem como novas medidas para permitir o acesso a medicamentos mais acessíveis em todo o mundo.

Uma armadilha para o acesso aos medicamentos

CAIXA

4

A ameaça jurídica feita pela Novartis à Colômbia não foi a primeira vez, nem será a última, que uma grande empresa farmacêutica recorre aos acordos internacionais de investimento para atacar decisões que visam alterar a protecção das patentes de medicamentos para fins de saúde pública.

Em 2013, o Canadá foi confrontado com a reivindicação de uma arbitragem de investimento de 483 milhões de USD, por parte da farmacêutica norte-americana Eli Lilly, por ter invalidado as patentes de fármacos para tratar o transtorno por défice de atenção com hiperactividade (TDAH) e a esquizofrenia. Os tribunais canadianos tinham decidido que a evidência científica fornecida pela Eli Lilly não provava o efeito terapêutico declarado e a resposta da empresa à decisão dos tribunais em favor do interesse público foi processar o país.³³ Em 2017, a Ucrânia decidiu um caso de 800 milhões de USD com a empresa norte-americana Gilead Sciences, quando o Governo concordou em não quebrar

o respectivo monopólio nem permitir a produção de um genérico equivalente a um medicamento contra a hepatite C fabricado pela Gilead.³⁴ Os investigadores têm alertado para o facto de estes casos marcarem “o início de uma tendência inquietante e tóxica” das grandes empresas farmacêuticas “para proclamarem as suas “legítimas” expectativas de praticar preços de monopólio... a fim de punirem os países que tentem aplicar leis mais flexíveis para garantir um acesso mais módico aos medicamentos”.³⁵ Segundo o Professor Brook K. Baker, da Northeastern University School of Law, os acordos de protecção do investimento são uma autêntica “armadilha no acesso aos medicamentos”.³⁶

Referências

- 1 Nida Iqbal e Naveed Iqbal: Imatinib: a breakthrough of targeted therapy in cancer, *Chemotherapy Research and Practice*, 19 de Maio de 2014.
- 2 Time Magazine: There is new ammunition in war against cancer, capa, 28 de Maio de 2001; Henderson CA Jr: Imatinib: the promise of a “magic bullet” for cancer fulfilled, *Journal of the Medical Association of Georgia*, Winter-Spring 2003, 92(1):12-4, 22; Daniel Vasella and Robert Slater: *Magic Cancer Bullet: How a Tiny Orange Pill May Rewrite Medical History*, Harper Business, 2003.
- 3 Susan Maior: WHO includes 16 new cancer drugs on list of essential medicines, *The Lancet Oncology*, 16:7, Julho de 2015.
- 4 Organização Mundial da Saúde Medicamentos esenciales (acessado a 29 de Maio de 2019).
- 5 Andrew Hill: Prices versus costs of medicines in the WHO Essential Medicines List, *Apresentação na OMS*, Genebra, 26 de Fevereiro de 2018.
- 6 Federação Médica Colombiana: 2a Participación proceso actuación administrativa declaratoria de interés público de IMATINIB, 24 de Março de 2015. Health Action International et al.: Open letter to the Swiss Government – Declaration of Public Interest Regarding Access to Imatinib (Glivec) in Colombia, 18 de Agosto de 2015.
- 7 Especialistas em Leucemia Mieloide Crónica: The price of drugs for chronic myeloid leukemia (CML) is a reflection of the unsustainable prices of cancer drugs: from the perspective of a large group of CML experts, *Blood*, 21:22, 2013, 4439-4442.
- 8 O preço da Novartis era de 324 pesos colombianos (COP) por miligrama, ou 129.600 pesos por uma dose de 400 miligramas. A indústria local vendia os genéricos a 78,5 pesos colombianos por miligrama, ou 31.400 pesos por uma dose de 400 miligramas. De acordo com o câmbio de 10 de Maio de 2016, 129.600 pesos colombianos equivaliam a 43 USD e 31.400 pesos, a 10,50 dólares. Redacción Vivir: Las presiones de EE.UU. para que Colombia no regule el precio del imatinib, *El Espectador*, 10 de Maio de 2016.
- 9 O total estimado em pesos colombianos é de 400.000 milhões. Ver: Sergio Silva Numa: La otra traba que tendrán los pacientes con leucemia para medicamentos más baratos, *El Espectador*, 27 de Abril de 2016. A conversão em dólares foi calculada utilizando o câmbio de Maio de 2014, quando 1 USD correspondia a 1.910 pesos colombianos.
- 10 Misión Salud, IFARMA y CIMUN: Petición en interés general. Solicitud de una declaración de interés público en el acceso al medicamento IMATINIB bajo condiciones de competencia, 24 de Novembro de 2014.
- 11 Organização Mundial do Comércio: Compulsory licensing of pharmaceuticals and TRIPS, *TRIP and Health FAQ*, Março de 2018.
- 12 132 profissionais advogados, economistas e académicos: Colombia’s Right to Issue a Compulsory License for the Cancer Medicine Imatinib, *Letter to Colombia’s President Juan Manuel Santos*, 23 de Maio de 2016.
- 13 Na página web do Ministério da Saúde da Colômbia podem ser consultados os detalhes de todos os passos do processo e os documentos pertinentes: Medicamentos y derechos de propiedad intelectual, 28 de Maio de 2019.
- 14 Novartis: Letter Procedimiento Administrativo de Declaratoria de Interés Público para conceder una licencia obligatoria para Imatinib (Glivec®), 20 de Abril de 2016.
- 15 Health Action International et al.: Open letter to the Swiss Government – Declaration of Public Interest Regarding Access to Imatinib (Glivec) in Colombia, 18 de Agosto de 2015.
- 16 Novartis International AG: Novartis Q4 and FY 2015 Condensed Financial Report – Supplementary Data, Janeiro de 2016.
- 17 Thomas Graham: Colombia gives Novartis a week to lower price of cancer drug, *Colombia Reports*, 19 de Maio de 2016.
- 18 Novartis: Series of Letters to Colombian Government regarding the threat of an investment arbitration lawsuit, 21 de Abril a 21 de Julho de 2016.
- 19 Misión Salud: Movilización internacional en apoyo a Colombia: caso imatinib, 23 de Março de 2018.
- 20 Secretaria de Estado da Economia, Governo da Suíça: Patent of Imatinib/Glivec: Closing arguments, 26 de Maio de 2015.
- 21 Andrés Flórez: Carta a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, 27 de Abril de 2016.
- 22 El Tiempo: La batalla contra Novartis la ensombrece un decreto, 17 de Maio de 2017.
- 23 Secretaria de Estado da Economia, Governo da Suíça: Patent of Imatinib/Glivec: Closing arguments, 26 de Maio de 2015.
- 24 Andrés Flórez: Carta a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, 27 de Abril de 2016.
- 25 Ministério da Saúde e Protecção Social: Resolución 2475 y Declaratoria de existencia de razones de interés público, 2016.
- 26 El Tiempo: La batalla contra Novartis la ensombrece un decreto, 17 de Maio de 2017.
- 27 Experts in Chronic Myeloid Leukemia: The price of drugs for chronic myeloid leukemia (CML) is a reflection of the unsustainable prices of cancer drugs: from the perspective of a large group of CML experts, *Blood*, 21:22, 2013, 4439-4442.
- 28 Andrea Ornelas: ¿Un genérico para Glivec? ONG desafían a Novartis en Colombia, *SWI swissinfo.ch*, 13 de Outubro de 2015.
- 29 Dinero: La controversia entre MinSalud y Novartis continúa, 23 de Junho de 2016.
- 30 Ellen FM ‘t Hoen et al.: Medicine procurement and the use of flexibilities in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2001–2016, *Bulletin of the World Health Organization* 2018, No. 96, 185–193.
- 31 Ibidem.
- 32 Luis Jaime Acosta e Julia Symmes Cobb: ENTREVISTA-Colombia busca negociar con Novartis precio de medicamento para el cáncer: ministro, *Reuters*, 18 de Maio de 2016.
- 33 UNCTAD: Eli Lilly v. Canada Eli Lilly and Company v. Canada (ICSID Case No. UNCT/14/2).
- 34 Luke Eric Peterson e Zoe Williams: Gilead Pharma corp withdraws investment arbitration after Ukraine agrees to settlement of dispute over monopoly rights to market anti-viral drug, *Investment Arbitration Reporter*, 16 de Março de 2017.
- 35 Brook K. Baker: Eli Lilly’s ISDS Patent Claim against Canada Defeated, 6 de Abril de 2017.
- 36 Brook K. Baker and Katrina Geddes: Corporate Power Unbound: Investor state Arbitration of IP Monopolies on Medicines—Eli Lilly v. Canada and the Trans-Pacific Partnership Agreement, *Journal of Intellectual Property Law*, 23:1, 2015.

Fotografias

Pág. 20 (primeiro plano) David Mirzoeff, *Global Justice Now*, (segundo plano) Michal Jarmolu/Pixabay

3.3

CONTORNAR OS TRIBUNAIS NACIONAIS E A DEMOCRACIA LOCAL PARA CRIAR UM CONDOMÍNIO RESERVADO PARA OS RICOS

RAZVOJ GOLF E ELITECH CONTRA A CROÁCIA

Ao longo dos últimos 13 anos, os cidadãos de Dubrovnik vêm-se opondo à construção de um condomínio de luxo na colina sobranceira à sua bela cidade. O impopular projecto foi suspenso pelos tribunais croatas, que deliberaram que as requeridas autorizações tinham sido obtidas ilegalmente. Mas a empresa detentora do projecto não se deu por vencida – posteriormente, o caso chegou tanto a uma arbitragem internacional, com a empresa a processar a Croácia em 500 milhões de USD de indemnização, como também aos tribunais croatas, com a criminalização da sociedade civil.





A cidade de Dubrovnik deve o seu nome aos carvalhos (localmente chamados dubrava) que cobrem a colina de Srd, situada nos arredores da cidade. Em 2010, foi criada a iniciativa local “Srd je nas” (Srd é nossa), que juntou os activistas locais às ONGs do país. O seu objectivo era proteger esta bela área no coração de Dubrovnik da construção de um gigantesco condomínio fechado e complexo turístico, que albergava dois campos de golfe, dois hotéis, 240 moradias, 408 suites, um anfiteatro, um clube hípico, parques, passeios e um canal de abastecimento de água.¹

Este projecto teria mudado consideravelmente a cidade. Por exemplo, as dimensões do projecto eram enormes; comparadas com a própria cidade, a área a construir teria 20 vezes o tamanho do centro histórico, que constitui património mundial da UNESCO. O projecto também teria privado a população local e os turistas de um local ainda intacto e de um miradouro excelente, e teria exigido para a sua manutenção enormes quantidades de água e de pesticidas.² Para a população local, isto era demais para uma cidade já a sofrer os fortes impactos de um turismo excessivo e de infra-estruturas sobrecarregadas.

Se é indesejado, é ilegal

A população de Dubrovnik queria preservar a beleza da sua cidade e arredores, proteger o abastecimento de água e o ambiente e também limitar o impacto do turismo na sua subsistência. Para a comunidade local, o projecto afigurava-se também manchado por suspeitas de corrupção.

Apoiada por ONGs, artistas, arquitectos e outros especialistas, “Srd é nossa” usou os meios democráticos e legais para fazer ouvir as suas preocupações. Num referendo organizado por esta iniciativa em 2013, o plano foi rejeitado por 84% dos residentes locais que votaram.⁴ A iniciativa cidadã também contestou o projecto nos tribunais croatas, que deliberaram que as autorizações obtidas pelos investidores e as avaliações de impacto ambiental eram ilegais.⁵ Este foi um exemplo poderoso de resistência local e empoderamento da população.

“

O caso do golfe é um exemplo típico da pior corrupção possível. A lei sobre os campos de golfe foi elaborada pelo Governo anterior para vários investidores conhecidos. Tendo a crer que o principal investidor da Srd foi um dos investidores para quem esta lei de bases foi concebida.

**ZORISLAV ANTUN PETROVIC,
DA TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL
DA CROÁCIA³**

“

Na Croácia, o golfe é usado como justificação para invadir a natureza intacta, junto das cidades mais bonitas e seus arredores, e construir onde não se pode construir de nenhuma outra maneira legal... Não se trata apenas de construir campos de golfe, desenvolver o desporto, o turismo ou criar oportunidades de trabalho para as populações locais, mas sim de um esquema de construção em grande escala de moradias e apartamentos.

ACTIVISTA DA “SRD É NOSSA”⁶

Esta inspiradora luta local, em prol do respeito pelo ambiente e de um turismo cauteloso, conduziu a várias vitórias da população. Mas eis senão quando... a empresa recorreu ela própria aos tribunais. Não aos tribunais croatas, mas sim a um tribunal arbitral internacional privado e cheio de secretismo, onde tenta agora recuperar o que o poder das pessoas e os tribunais nacionais lhe tinham recusado: lucros exorbitantes.

O taco de golfe do ISDS pode abalar a democracia

O projecto imobiliário de luxo era apoiado pela empresa croata Razvoj Golf, da qual é proprietário Aaron Frankel, um investidor israelita. Através de uma empresa intermediária de fachada, sediada na Holanda (Elitech), a Razvoj Golf está a processar a Croácia⁷ com base no tratado de investimento entre a Croácia e a Holanda – um acordo que pode considerar-se já não estar legalmente em vigor (ver Caixa 5, pág 28). Os investidores argumentam que investiram 130 milhões de euros no projecto, mas pretendem obter 500 milhões de USD do estado croata para compensar os lucros que alegam que poderiam ter obtido se a construção tivesse avançado.⁸

Apenas seis semanas após os investidores terem apresentado esta reivindicação de ISDS, o Governo croata concedeu aos promotores novas autorizações, idênticas às que tinham anteriormente sido anuladas pelos tribunais croatas. Embora nada de substancial tenha mudado nem no projecto, nem nas autorizações, estas foram reemitidas. Na sequência de novo recurso por parte das ONGs, um outro juiz decidiu que estas novas autorizações agora são legais. As ONGs estão actualmente a recorrer desta decisão junto do Tribunal



Superior Administrativo da Croácia, um tribunal de segunda instância.⁹ Ou seja, este caso de investimento multi-milionário parece já estar a resultar junto do Governo e a persuadi-lo a ignorar e contornar as preocupações dos cidadãos.

“

Isto é sentido pelos cidadãos de Dubrovnik como mais uma humilhação e como uma injustiça a que não podem nem devem assistir em silêncio.

**DURO CAPOR,
COORDENADOR DO “SRD É NOSSA”¹⁰**

Mas o ataque à democracia não ficou por aqui. A empresa detentora do projecto também processou uma das principais ONGs que apoiou a “Srd é nossa”: Zelena akcija ou Amigos da Terra Croácia. Através dos tribunais croatas, o investidor exige uma indemnização de 30.000 euros a esta organização de interesse público por alegada difamação, e pretende mesmo proibir a organização de falar publicamente sobre o projecto de golfe.¹¹ Está a tentar silenciar e destruir as vozes democráticas da comunidade que contribuíram para promover um importante debate sobre o projecto do campo de golfe. As legítimas preocupações da população da cidade relacionam-se com os seus meios de subsistência, a qualidade de vida, a protecção do ambiente, a privatização do espaço



público, etc. Não só, nos casos de ISDS, não é dado espaço nem voz a este tipo de preocupações, como, neste caso, a empresa está a usar as suas carteiras bem recheadas para tentar impor censura na comunidade, impedindo-a de sequer falar publicamente sobre o controverso projecto - criando assim mais um perigoso precedente das empresas que usam os tribunais para silenciar a oposição cidadã.

“ Estamos a ser duramente alvejados pelo investidor e corremos o risco de ser encerrados. Receamos que este se torne cada vez mais um modus operandi contra os defensores do ambiente.

ENES CERIMAGIC, ADVOGADO DOS AMIGOS DA TERRA DA CROÁCIA¹²

CAIXA

5

Processar em nome de tratados que o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou ilegais

A 6 de Março de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o mais alto tribunal europeu, decidiu que os tratados que incluem ISDS entre os estados-membros da UE – tais como o acordo entre a Croácia e a Holanda invocado pela empresa Razvoj Golfe – eram incompatíveis com o direito da UE, uma vez que contornam e minam as competências dos tribunais nacionais.¹³ Na sequência desta decisão, os estados-membros da UE acordaram em pôr termo aos seus Tratados Bilaterais de Investimento (BITs) intracomunitários em 2019.¹⁴

Como resultado, desde Março de 2018, vários estados-membros da UE têm tentado acabar com os casos de ISDS em curso que se baseiem em - agora ilegais - BITs intra-UE. Mas, até agora, os tribunais ISDS têm rejeitado estas intervenções, e optaram pela continuação dos processos com fins lucrativos, apesar da importante sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia.¹⁵

Referências

- 1 [Página web de Golf Park Dubrovnik.](#)
- 2 Amigos da Terra Europa: [Golf lawsuit threatens to shut down Friends of the Earth Croatia](#), 12 de Fevereiro de 2018.
- 3 Celine Motzfeldt Loades, Universidad de Oslo: [Contested Places and Ambivalent Identities –Social Change and Development in UNESCO Enlisted Dubrovnik](#), Janeiro de 2016.
- 4 Amigos da Terra Croacia: [The company „Razvoj golf“ gets a permit for condoisation, Green Action gets a lawsuit!](#), 8 de Dezembro de 2017.
- 5 Amigos de la Tierra Croacia: [A big victory of citizens over the speculators – court annuls environmental permit for the Dubrovnik golf resort project](#), 3 Setembro de 2016.
- 6 Celine Motzfeldt Loades, Universidad de Oslo: [Contested Places and Ambivalent Identities –Social Change and Development in UNESCO Enlisted Dubrovnik](#), Janeiro de 2016.
- 7 [Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia \(ICSID Case No. ARB/17/32\).](#)
- 8 Ibidem.
- 9 Amigos da Terra Croacia: [The company „Razvoj golf“ gets a permit for condoisation, Green Action gets a lawsuit!](#), 8 de Dezembro de 2017.
- 10 Ibidem
- 11 Escritório Europeu do Meio Ambiente (EEB): [Challenge accepted – Five reasons NGOs won’t see you in court: EU governments warned to remove barriers to justice](#), 28 de Novembro de 2018.
- 12 Emily Macintosh: [Golf resort lawsuit threatens to shutdown Croatian environment group](#), 8 de Março de 2018.
- 13 Tribunal de Justiça da União Europeia: [Slowakische Republik v Achmea BV](#), 6 de Março de 2018.
- 14 Comissão Europeia, [Declaration of the Member States of 15 Janvier 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection](#), 17 de Janeiro de 2019.
- 15 Damien Charlotin: [Tribunal rejects Achmea objection in ECT claim against Italy and sees no reason to terminate the proceedings even in light of recent EU member state’s declaration](#), Investment Arbitration Reporter, 7 de Maio de 2019.

Fotografias

Pág. 28: *Nature Keepers*, Luka Tomac

Pág. 25, 26, 27: *Srd je naš*

3.4

MINERAÇÃO DESTRUIDORA TRIUNFA SOBRE A SAÚDE E O AMBIENTE LOCAIS

KINGSGATE CONTRA A TAILÂNDIA

Nos campos de arroz da Tailândia, a população local acusou uma mina de ouro de derramar resíduos tóxicos, causando graves problemas de saúde e destruindo as colheitas. O Governo reagiu suspendendo a mina, e mais tarde fazendo cessar toda extracção de ouro no país enquanto preparava uma nova lei da mineração. Porém, em vez de as comunidades afectadas receberem indemnizações pelos prejuízos causados, o que está a acontecer é o contrário. Desde 2017, o proprietário australiano da mina, Kingsgate, está a processar a Tailândia, exigindo milhões de USD de indemnizações, ao abrigo de um acordo de livre comércio entre os dois países.



Chatree foi a primeira e a maior mina de ouro da Tailândia e o primeiro grande empreendimento da empresa mineira australiana Kingsgate. A mina, que entrou em actividade em 2001, situa-se a cerca de 280 km a norte de Bangkok, em Phichit, um distrito predominantemente agrícola.

A empresa tem estado em conflito permanente com os ambientalistas e a população local, afirmando esta ter sido negativamente afectada pela mina. Em 2010, os aldeãos levaram a empresa a tribunal por não ter mitigado os danos causados e por ter obtido ilegalmente as autorizações para a actividade mineira. O tribunal decidiu que, efectivamente, a mina tinha infringido as leis de protecção ambiental e exigiu à empresa que apresentasse um estudo de impacto ambiental e na saúde pública.¹

Mais tarde, em 2015, as actividades da mina Kingsgate foram suspensas por vários meses, no contexto de contínuos protestos ambientalistas e de exames médicos que mostraram que centenas de pessoas que viviam perto da mina tinham níveis elevados de substâncias tóxicas no sangue. A própria empresa reconheceu nos seus relatórios problemas com o pó, águas contaminadas, ruído e uso de cianeto e os investigadores criticaram a “ausência de uma verdadeira consulta à comunidade local.”²

“A população está extremamente preocupada, e, em certos casos, temerosa do impacto da mina no ambiente e na saúde, seja por causa das águas contaminadas, do pó na atmosfera ou do ruído.

**NATTAVUD PIMPA E TIMOTHY MOORE,
INVESTIGADORES DA MINA DE CHATREE³**

Os acontecimentos na mina de Kingsgate, em Phichit, ocorreram também depois de uma erupção de violência noutra mina controversa do país, a Loei Gold Mine, onde mais de 300 indivíduos mascarados e armados atacaram e agrediram os aldeãos que bloqueavam o acesso à mina.⁴ Estes problemas no sector do ouro levaram a junta militar que governava o país a suspender todas as minas de ouro do país em 2017, “devido ao seu impacto nas populações locais e no ambiente”. Embora os grupos defensores dos direitos humanos tenham aprovado este encerramento,⁵ a lei utilizada neste processo também foi criticada, por dar poderes ao primeiro ministro para emitir ordens arbitrariamente, sem respeitar os procedimentos legais e democráticos.⁶

A empresa mineira australiana ripostou com ameaças de um processo de arbitragem internacional de vários milhões de USD. Esta ameaça pareceu dar frutos: em 2017, o Governo tailandês aceitou levantar a suspensão da actividade mineira, o que provocou um súbito aumento do preço das acções da empresa.⁷ Contudo, a Kingsgate não reabriu a mina. Em vez disso, exigiu uma indemnização ao Governo, apresentando um caso de Resolução de Litígio Investidor-Estado (ISDS) ao abrigo do acordo de livre comércio entre a Tailândia e a Austrália, por alegada expropriação, e reclamando prejuízos de montante não revelado.⁸ Segundo rumores nos meios de comunicação tailandeses, a indemnização através do ISDS ascenderia a 900 milhões de USD, o que foi negado pelo Governo.⁹

Quem decide sobre o impacto da mineração para o ambiente e as pessoas?

O ouro está actualmente cotado acima dos 1.000 USD a onça¹⁰ mas, apesar dos lucros que esta indústria pode gerar, o sector da extracção aurífera não tem uma história brilhante no que respeita aos direitos humanos e à protecção do meio ambiente. O processo utilizado para extrair este caro metal baseia-se no cianeto, um produto químico altamente tóxico, e gera subprodutos de metais pesados. Com o aumento da



produção e da procura, o ouro de fácil acesso tornou-se cada vez mais escasso e os resíduos produzidos pela extracção aumentam cada vez mais.

O impacto da mina Chatree na saúde pública e no ambiente está no centro do litígio entre a empresa, o Governo e a população local. Em 2015, o Instituto Central de Medicina Forense da Tailândia apurou que 282 pessoas que viviam perto da mina tinham níveis excessivos de metais pesados no sangue, o que aumentava os riscos de cancro, anomalias do ADN e deficiências congénitas.¹¹ Um estudo independente conduzido posteriormente, realizado em 2018 por académicos, constatou a existência de derramamentos tóxicos a partir do tanque de detritos da mina. Detectou ainda uma resistência eléctrica anormal, anomalias geoquímicas e níveis de contaminação por metais pesados nas águas de superfície, confirmando portanto as queixas dos habitantes locais de que os seus campos de arroz tinham sido contaminados.¹²

“

Os impactos da mina de ouro são reais. Muitas pessoas já sentiram os possíveis efeitos da contaminação da mina de ouro na saúde ... Além disso, muitas pessoas também já intentaram acções judiciais contra a mina

CHAINARONG SRETTACHAU
DOCENTE DA UNIVERSIDADE DE MAHA SARAKHAM¹³

Mas a empresa negou sempre qualquer constatação de danos ambientais. A Kingsgate produziu vários relatórios elogiosos sobre a responsabilidade social da empresa sobre a mina de Chatree¹⁴ e usou diferentes tácticas para contestar a validade das avaliações ambientais; primeiro contestou os cientistas, depois a metodologia, e por fim o nexo de causalidade entre a poluição e a mina.¹⁵

Embora diferentes versões da verdade não sejam nada de novo, a questão crucial é a de quem decide qual é o nível nocivo de exposição a certos químicos. Neste caso, em vez de se confiar nos institutos de investigação nacionais, no princípio da precaução ou no conhecimento da comunidade local, a decisão será tomada por três árbitros especializados em investimento, com base numa lei do investimento estrita, num processo sigiloso à porta fechada. Nem os detalhes da queixa, nem o montante ou o tipo de indemnização que está a ser exigido pela empresa, são públicos até este momento, apesar de a decisão dos árbitros poder ter impacto em todo o país, devido ao precedente que cria para a regulamentação na Tailândia. Existe um sério risco de que todas as preocupações com o ambiente e os direitos humanos sejam ignoradas na decisão do júri, como já aconteceu em muitos outros casos.

Um seguro contra riscos políticos financia um caso de ISDS

A empresa mineira Kingsgate e os seus accionistas, tal como a maioria das empresas multinacionais, tinha um “seguro contra riscos políticos” para as suas operações, que cobria perdas financeiras relacionadas com guerra, expropriação e terrorismo. De facto, a Zurich Insurance e outras companhias pagaram 58,5 milhões de USD à Kingsgate como prémio de seguro. Parte deste dinheiro será utilizado para financiar o caso de arbitragem ISDS contra a Tailândia.¹⁶ (ver a Caixa 12 na pág. 64 para mais informação sobre estes acordos de financiamento por terceiros).

Este caso de ISDS pode tornar-se a verdadeira mina de ouro para a empresa em dificuldades, já que, em 2018 a Kingsgate enfrentou uma tentativa de aquisição hostil por parte da Metal Tiger Investors, devido a má gestão¹⁷ e à dívida crescente.¹⁸ Enquanto o caso ISDS decorre, a empresa recusa-se a pagar a reabilitação da mina, que continua a derramar resíduos tóxicos nas nascentes de água de Phichit.¹⁹

“

Duas grandes questões que continuam por responder são: quem irá despoluir o ambiente e como é que a população afectada será ajudada?

THANYARAT SINDHORNTHAMMTHAT
MORADOR DE UMA ALDEIA DO DISTRITO DE THAP KHLO, EM PHICHIT²⁰

A população local não tem acesso a seguros, nem à justiça nos tribunais australianos ou internacionais. Mas ainda assim tenta obter alguma justiça através dos tribunais nacionais: em 2018, os tribunais tailandeses aceitaram uma audição de uma iniciativa popular de 6.000 pessoas afectadas pela mina, que reclamam cerca de 15,9 milhões de USD de indemnização.²¹



Extracção de lucros: como as empresas petrolíferas, de gás e de mineração utilizam o ISDS

CAIXA

6

As empresas do sector de mineração, petróleo e gás são as principais utilizadoras da arbitragem Investidor-Estado. Até ao final de 2018, elas tinham accionado 24% de todos os litígios Investidor-Estado conhecidos (169 casos no total). Nos últimos anos, o número de casos no sector das indústrias extractivas está também em expansão, com 96 novos casos lançados desde 2010.²²

Muitos destes casos Investidor-Estado dirigem-se contra tentativas dos governos de adoptarem medidas de protecção do ambiente e da saúde pública. É notório que estes casos frequentemente revertem as conquistas resultantes da resistência, por parte das comunidades afectadas, a projectos de extracção de recursos. Um estudo recente sobre queixas ISDS relacionadas com a exploração mineira contra estados

da América Latina revelou que mais de dois terços das mesmas contestaram "medidas duramente conquistadas pelas quais os povos indígenas e outras comunidades afectadas pela exploração mineira lutaram para proteger as suas terras, água, ecossistemas frágeis e lugares sagrados contra a exploração mineira e os seus impactos negativos".²³ O ISDS é mais um ataque à já débil protecção legal dos direitos dessas comunidades.

“

Os cidadãos e as comunidades não têm um contrapeso legal comparável a nível internacional para iniciar procedimentos quando as actividades das empresas mineiras violam os direitos humanos e ambientais.

MANUEL PEREZ-ROCHA E JEN MOORE, INSTITUTO DE ESTUDOS POLÍTICOS²⁴

Referências

- 1 AAP: Thai court rules on Australian gold miner, 28 de Março de 2012.
- 2 Nattavud Pimpa e Timothy Moore: Kingsgate's Thai mine a lesson in failed community management, *The Conversation*, 26 de Fevereiro de 2015.
- 3 Ibidem.
- 4 Alisa Tang: Armed men attack Thai villagers to get to controversial goldmine, *Reuters*, 16 de Maio de 2014.
- 5 Reuters: Rights groups welcome order to shut Thailand gold mine, 14 de Dezembro de 2016.
- 6 Comissão Internacional de Juristas: Thailand ICJ alarmed at increasing use of arbitrary powers under Article 44, 11 de Outubro de 2016.
- 7 Kingsgate: Update on Claim against Kingdom of Thailand, 18 7 de Agosto de 2017.
- 8 Kingsgate: Commencement of arbitration against Thailand, 2 de Novembro de 2017.
- 9 Douglas Thomson: Thailand faces treaty claim over mining ban, *Global Arbitration Review*, 2 de Novembro de 2017.
- 10 Phil Car: Commodity Report Gold Price Forecast, *Fxstreet*, 28 de Maio de 2019.
- 11 Tanpist Lerdbarmungchai: People living near mines seek to get blood tests, *The Nation*, 17 de Janeiro de 2015.
- 12 Bangkok Post: Study finds toxic leaks from Akara tailings pond, *Bangkok Post*, 22 de Julho de 2018.
- 13 Pratch Rujivanarom: Gvt close to agreement to reopen gold mine, *The Nation*, 3 de Setembro de 2017.
- 14 Akara Mining Limited: Chatree mine Sustainability report 2012, *Akara Mining Limited*, 2012.
- 15 Pratch Rujivanarom: Environmental 'disaster' at Akara, *The Nation*, 25 de Março de 2018.
- 16 InsuranceAsia News: Gold miner wins US\$58m Thailand political risk payout, 19 de Março de 2019.
- 17 Mariaan Weeb: Kingsgate chair tears into Metal Tiger, *Mining Weekly*, 24 de Novembro de 2017.
- 18 Kingsgate Consolidated: Annual Financial Statements for the year ended 30 June 2018, 2018.
- 19 Bangkok Post: Study finds toxic leaks from Akara tailings pond, *Bangkok Post*, 22 de Julho de 2018.
- 20 Apinya Wipataytin: Locals struggle to cope with gold mine impacts, *Bangkok Post*, 30 de Maio de 2016.
- 21 Pratch Rujivanarom: Akara faces Bt500m class-action lawsuit related to gold mine pollution, *The Nation*, 30 de Março de 2018.
- 22 Manuel Perez-Rocha y Jen Moore: Mining Companies Use Excessive Legal Powers to Gamble with Latin American Lives, *Inequality.org*, 10 de Maio de 2019.
- 23 Ibidem.
- 24 MiningWatch Canada, Institute for Policy Studies and CIEL: Extraction Casino. Mining companies gambling with Latin American lives and sovereignty through supranational arbitration, de Maio de 2019, 5.

Fotografias

Pág 30 (segundo plano) Jason Carter, (primeiro plano) Suekanya Theerachartdumrong, Roengrit Kongmuang

Pág 31 (em cima) Roengrit Kongmuang, (em baixo) Francois Molle

Pág 33 Roengrit Kongmuang

3.5

BLOQUEAR LEIS CONTRA AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS USANDO A AMEAÇA DE ISDS

VERMILION CONTRA A FRANÇA

Quando Nicolas Hulot se tornou Ministro do Ambiente de França, em 2017, obteve não só poder político, mas também apoio público. Como ambientalista de renome, o povo francês acreditou que pudesse ser o tão necessário defensor do clima, capaz de levar avante e cumprir a promessa do Acordo Climático de Paris. Porém, esta esperança foi rapidamente confrontada com um enorme obstáculo: a França é signatária de vários tratados de investimento e as empresas de petróleo e gás estão prontas a usar o mecanismo de Resolução de Litígios Investidor-Estado (ISDS) para contestar qualquer medida de combate às alterações climáticas.

DEBOUT ET DÉTERMINES POUR LE CLIMAT !

Actions Non-Violentes COP21

system change
— NOT —
climate change



Era suposto ser “a” lei francesa sobre combustíveis fósseis. No verão de 2017, o Ministro do Ambiente francês estava consciente da intensidade da crise climática e da necessidade de acções urgentes. Preparou um projecto de lei para pôr fim à extração de combustíveis fósseis em todo o território francês, incluindo os territórios ultramarinos, até 2040 – a partir desse ano, não haveria mais extracção de petróleo e gás do solo.¹ A França estava a dar passos no sentido de transformar em realidade as palavras do Acordo de Paris.

“

A primeira proposta de lei teria permitido um fim gradual da extracção de combustíveis fósseis, já que proibía a renovação das licenças de exploração: alguns projectos de petróleo e gás teriam terminado logo em 2021, e poucos projectos ainda teriam existido em 2030.

**JULIETTE RENAUD,
AMIGOS DA TERRA – FRANÇA²**

Mas Hulot não foi o único detentor de poder que trabalhou arduamente no verão de 2017. A “Lei Hulot”, como veio depois a ser chamada, passou pelas bancadas do Conselho de Estado francês – um procedimento destinado a assegurar que a legislação seja coerente com a Constituição francesa. Mas também certos escritórios privados de advogados que ganham dinheiro quando os investidores processam os estados através do ISDS examinaram atentamente a lei, embora a partir de um ângulo diferente.

Indemnizações às multinacionais ou alterações climáticas: é essa a escolha que os políticos têm de fazer

Em Agosto de 2017, o Conselho de Estado recebeu várias cartas de lobbying relativas à Lei Hulot.³ Uma delas provinha de uma firma de advogados privada, Piwnica et Molinié, em nome da Vermilion, uma empresa canadiana de petróleo e gás. Com 26 locais de extracção de combustíveis fósseis em França, incluindo muitos projectos petrolíferos na região de Paris⁴, a Vermilion é o principal produtor de combustíveis fósseis no território francês, produzindo quase 75% do petróleo nacional. A empresa e os seus advogados ameaçavam processar a França, ao abrigo do ISDS, caso seguisse em frente com a Lei Hulot.

A carta argumentava que a proposta de Hulot, de proibir a renovação das licenças para a exploração de petróleo, violava o Tratado da Carta de Energia (TCE), um acordo internacional dos anos 90, que prevê direitos de vasto alcance para os investidores estrangeiros (ver Caixa 11 na pág. 58 para mais informação). A carta dizia explicitamente que a Lei Hulot violaria os compromissos internacionais da França no âmbito do TCE, e fazia referência a seis direitos contidos no Tratado, tais como “o tratamento justo e equitativo dos investidores” ou o facto de os signatários “não poderem expropriar investimentos sem respeitarem certas condições, tais como o pagamento imediato de uma indemnização adequada e efectiva”⁵.

Os advogados da Vermilion sabiam que uma ameaça de ISDS de mil milhões de USD não podia ser ignorada. Tal como escreveu o jornalista Chris Hamby, galardoado com o prémio Pulitzer, após uma investigação de dezoito meses sobre o tema: “o ISDS é um sistema tão tendencioso e imprevisível e as multas que os árbitros podem impor são tão catastroficamente elevadas, que ceder perante as exigências de uma empresa, por mais extremas que sejam, pode parecer a escolha prudente”.⁶ E, de facto, o Governo francês parece ter-se, com relutância, vergado perante as exigências das grandes internacionais petrolíferas.

“

Os governos não poderão regular de acordo com o interesse público de forma oportuna e eficaz devido a preocupações relacionadas com o ISDS.

KYLA TIENHAARA, QUEEN’S UNIVERSITY, CANADÁ⁷

A lei que visava restringir os combustíveis fósseis acaba por facilitar a sua expansão

Depois das férias de Verão, tanto um Hulot revigorado como uma Lei Hulot alterada regressaram para discussão. A versão de Setembro de 2017 permitia a renovação das licenças de exploração de petróleo até 2040, o que significava que todos os projectos de extração e exploração em vigor continuariam a ser desenvolvidos sem restrições durante mais de 20 anos. A versão final da lei permitia até que, sob certas condições, fossem renovadas licenças de extração depois do prazo de 2040. Deste modo, a nova lei teria agora, de facto, o efeito oposto ao seu propósito inicial. E pior ainda, após a aprovação da nova lei⁸, Hulot assinou mais licenças de combustíveis fósseis do que o seu predecessor no Ministério do Ambiente.⁹

Nunca ninguém saberá ao certo que grau de influência a ameaça do ISDS teve para esvaziar a Lei Hulot de todas as suas medidas ambiciosas – a Vermilion não foi a única empresa activa a este respeito e houve uma quantidade significativa de lobbying de grandes empresas com o objectivo de atenuar a regulação que estava a ter lugar. Não obstante, a ambição do respeitado Ministro do Ambiente francês foi claramente aniquilada por interesses empresariais bem dotados de recursos que usaram o ISDS como uma poderosa arma secreta contra um objectivo urgente e popular: combater as alterações climáticas. Um ano depois da versão de Setembro de 2017 da sua lei de combustíveis fósseis, Hulot demitiu-se. Na entrevista em que comunicou essa decisão, declarou que os lobbies das multinacionais têm demasiada influência na definição de políticas ambientais.¹⁰

“

Os casos de ISDS encerram o risco de ter um “efeito intimidatório” na implementação das exigentes regulamentações climáticas necessárias para cumprir um pacto que visa controlar o aquecimento global.

JOSEPH STIGLITZ,
PRÉMIO NOBEL DA ECONOMIA¹¹

CAIXA

7

Congelamento regulatório: a ameaça secreta que pode fazer com que os governos se verguem às exigências das multinacionais

Devido aos altos riscos financeiros e aos custos judiciais dos procedimentos ISDS para os estados, as cartas em que os investidores ameaçam accionar casos de ISDS são armas políticas muito poderosas. Os advogados das empresas gabam-se frequentemente de como “as ameaças de queixa que nunca chegam a arbitragem” são usadas “para fazer as coisas discretamente”.¹²

“

Em muitas ocasiões, se o meu gabinete avaliava que iríamos perder o caso, a nossa decisão fazia mudar a posição do Ministério.

ANTIGO FUNCIONÁRIO NO GABINETE DO GOVERNO CENTRAL DO PERU QUE DEFENDEU DISPUTAS ISDS¹³

O ISDS actua como arma poderosa para conseguir um “congelamento regulatório”, ou seja, para atrasar, mudar ou impedir nova legislação. Por exemplo, face a uma ameaça de ISDS da gigantesca produtora de tabaco Philip Morris, o Togo abdicou da sua proposta legislativa sobre saúde e tabaco.¹⁴ Enquanto a Philip Morris avançava com um caso ISDS contra o Uruguai por causa de anúncios anti-tabaco relacionados com a saúde, conseguiu dissuadir a adopção de medidas semelhantes de controlo do tabaco na Costa Rica, no Paraguai e na Nova Zelândia, entre outros países.¹⁵

“

A mera existência do ISDS é importante, uma vez que actua como dissuasor.

VICE-PRESIDENTE DA CHEVRON¹⁶

Referências

- 1 Amigos da Terra França: "Mettre fin aux énergies fossiles"? Décryptage de la loi Hulot, 11 de Setembro de 2017.
- 2 Correspondência electrónica entre as autoras e Juliette Renaud, Maio de 2019.
- 3 Amigos da Terra França: *Réponse du Conseil d'Etat à la demande d'accès aux documents sur la loi Hulot*, 19 de Julho de 2018.
- 4 Ministério para a Transição Ecológica e Solidária de França: *Situation des titres miniers H*, 1 de Abril de 2019.
- 5 Amigos da Terra França: *Réponse du Conseil d'Etat à la demande officielle de documents*, 19 de Julho de 2019, 11-12. Original em francês, traduzido pelas autoras.
- 6 Chris Hamby: *The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries*, *Buzzfeed*, 30 de Agosto de 2016.
- 7 Kyla Tienhaara: *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, *Transnational Environmental Law*, 7:2, Julho de 2018.
- 8 Legifrance: *Loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement*.
- 9 Amigos da Terra França: *Premier bilan de l'application de la loi «Hulot» sur les hydrocarbures*, 2 de Abril de 2019.
- 10 BBC News: *French minister Nicolas Hulot resigns on live radio in frustration*, 28 de Agosto de 2018.
- 11 Sebastien Malo *INTERVIEW-U.N. reform needed to stop companies fighting climate rules — Nobel laureate Stiglitz*, *Thomson Reuters Foundation News*, 29 de Maio de 2019.
- 12 Chris Hamby: *The Secret Threat That Makes Corporations More Powerful Than Countries*, *Buzzfeed*, 30 de Agosto de 2016.
- 13 Conversa num evento paralelo na CNUDMI, Nova York, 1 de Abril de 2019.
- 14 Envoyé Spécial: *Multinationale contre Etat: la loi du plus fort*, 16 de Novembro de 2017.
- 15 The Guardian: *Who really won the legal battle between Philip Morris and Uruguay?*, 28 de Julho de 2016.
- 16 Relatório interno da Comissão Europeia relativo a uma reunião com a Chevron sobre o mecanismo ISDS no TTIP, datado de 29 de Abril de 2014. Obtido mediante uma solicitação de documentação no quadro da normativa de acesso à informação da UE. Nos arquivos das autoras.

Fotografias

Pág. 35 (segundo plano) Anita Starzycka, (primeiro plano) 350org

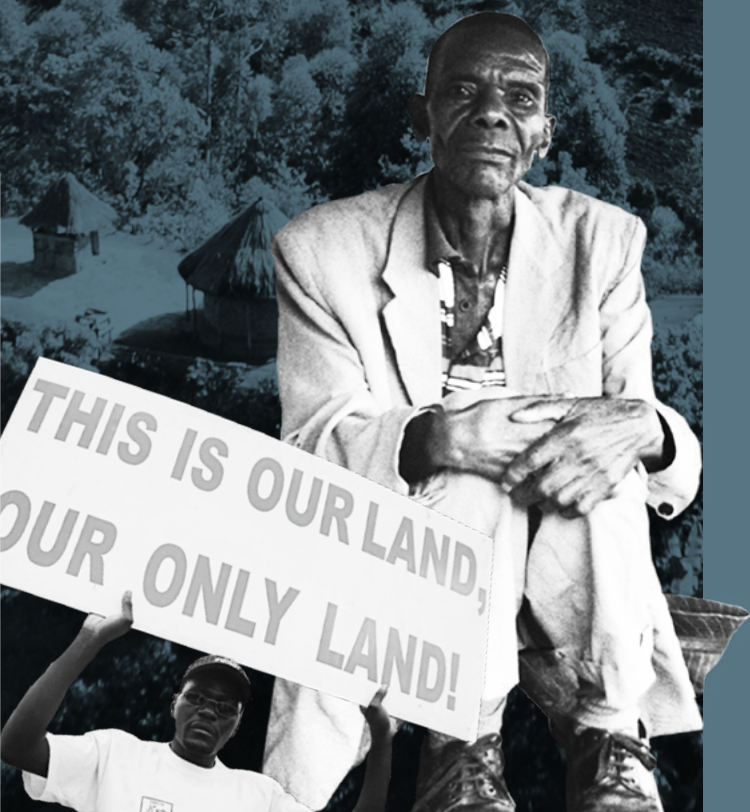
Pág. 36 *Paris Light Brigade*

3.6

NEGAR O DIREITO INDÍGENA À TERRA E PERPETUAR INJUSTIÇAS COLONIAIS

BORDER TIMBERS E VON PEZOLD CONTRA O ZIMBABWE

Na região montanhosa do leste do Zimbabwe, milhares de famílias indígenas enfrentam o risco iminente de serem expulsas à força das suas terras ancestrais, que cultivaram durante séculos. Em flagrante desrespeito pelos direitos dos povos indígenas à luz do direito internacional, três árbitros especializados em matéria de investimento ordenaram que o Zimbabwe “restituisse” as suas terras a investidores de tripla nacionalidade - austríaca, suíça e alemã - que exploram vastas plantações de madeira na região, e que tinham sido parcialmente expropriadas durante o programa de reforma agrária do Zimbabwe. O tribunal recusou-se até, desdenhosamente, a ouvir as comunidades que seriam novamente desalojadas em consequência da sua sentença.





A região sudeste de Chimanimani no Zimbábue é uma zona montanhosa na qual a subsistência da população tradicionalmente dependia do cultivo de pequenos campos e da criação de gado bovino e caprino. Porém, depois da colonização britânica na década de 1890, as áreas mais férteis foram ocupadas por colonizadores brancos, forçando a população a deslocar-se para os montes e para terras menos acessíveis e menos produtivas. Para honrar as sepulturas dos seus antepassados e outros locais sagrados, contudo, alguns mantiveram-se no local, cultivando campos em áreas restritas, muitas vezes em troca de uma forma de trabalho forçado, denominada “vhicki” ou “chibharo”, para os novos “donos” das terras.¹

“

A maior parte desta área foi-nos tirada pelos colonizadores brancos... As nossas casas foram destruídas, e... tivemos de viver em recintos no nosso próprio território, pouco mais do que escravos dos colonizadores brancos.

CHADWORTH RINGISAI CHIKUKWA, FALECIDO CHEFE DO POVO CHIKUKWA²

Depois da independência do Zimbábue em 1980, muitas famílias despojadas voltaram à sua terra natal. Nessa altura, porém, os seus territórios tradicionais eram controlados pela Border Timbers Limited (BTL), sucessora da Companhia Britânica da África do Sul, que liderara a conquista imperial sob o mandato da Coroa britânica.

Na década de 2000, no quadro das reformas agrárias indispensáveis num país onde um pequeno grupo de fazendeiros brancos detinha quase todas as terras, os repatriados propuseram negociações para um sistema de “Gestão Florestal Conjunta”, segundo o qual teriam recuperado o acesso às terras,

enquanto a BTL teria continuado o seu negócio e uma quota-parte do rendimento teria ido para a comunidade local. Mas Heinrich von Pezold, um proprietário de terras com tripla nacionalidade, austríaca, suíça e alemã, e à altura accionista majoritário da BTL, rejeitou o plano dizendo categoricamente “não vamos ceder nem um centímetro que seja”.³

Enquanto na Europa o tamanho médio de uma exploração agrícola é de 16 hectares, e nos Estados Unidos de 179 hectares, a família Pezold “detinha” naquela altura pelo menos 78.000 hectares⁴ – aproximadamente o tamanho da cidade de Nova Iorque.

Desalojamentos forçados, intimidação e violência

A BTL e Von Pezold lançaram uma vaga de processos judiciais, de intimidações e de violência, desalojando à força numerosas famílias. Em Janeiro de 2013 teve lugar um despejo especialmente brutal, quando os guardas de segurança da BTL incendiaram mais de uma centena de casas da comunidade Maguta-Gadyadza e três crianças morreram devido à exposição à chuva e ao frio. O antigo chefe do clã, Thomas Masengedzero Gadyadza, recorda: “Usaram maçaricos para pegar fogo à minha casa... Não consegui salvar nenhum dos meus bens. A minha mulher e eu fugimos para a floresta e os meus dois filhos... fugiram para a floresta, de onde vimos a nossa casa a arder. Havia imenso barulho. Estávamos muito assustados.”⁵



“

Fomos despojados das nossas terras e do nosso território por motivos raciais, e fomos tratados – e em certo sentido ainda o somos – como uma espécie sub-humana pelos mesmos brancos que abertamente fizeram todo o possível para destruir a nossa cultura, a nossa história e a nossa capacidade de obter meios de subsistência decentes da nossa própria terra, do nosso próprio trabalho e dos nossos próprios recursos naturais.

**PHINEAS ZAMANI NGORIMA, CHEFE
REGENTE DO POVO NGORIMA⁶**

Arbitragem de investimento neo-colonial

Em 2010, a BTL e a família von Pezold processaram o Zimbabwe ao abrigo dos tratados de investimento do país com a Alemanha e a Suíça.⁷ Contestaram as medidas tomadas pelo Governo no âmbito do programa de reforma agrária do Zimbabwe pós-2000, incluindo a expropriação de parte da propriedade dos investidores em 2005, a violência que ocorrera na altura, bem como o alegado fracasso do Governo em proteger os von Pezold dos colonos nas suas plantações.⁸

O Zimbabwe perdeu ambos os litígios em 2015. Os três árbitros que decidiram ambos os casos condenaram o país a devolver as terras aos von Pezold e a expulsar à força as comunidades lá instaladas – que, na sentença, são sistematicamente qualificadas de “invasores”. Além disso, o Zimbabwe foi condenado a pagar uma indemnização de 65 milhões de USD mais os juros (ou o considerável montante de 196 milhões de USD, caso não houvesse restituição).⁹ O estado contestou ambas as sentenças (os recursos podem ser permitidos com bases legais muito restritas), mas perdeu novamente em Novembro de 2018.¹⁰ Tal como na era colonial, o tribunal do século XXI seguiu a lógica imperial segundo a qual “quem quer que seja o dono da terra, os nativos não o são”.¹¹

Tal como constatou o investigador independente Ciaran Cross, o tribunal ISDS, numa abordagem que é perturbadoramente semelhante à da era colonial, “ordenou efectivamente a ambas as partes (soberana e empresarial), uma vez mais, que facilitassem a invasão das terras das comunidades indígenas – que queimassem as suas culturas e as suas casas, e que as removessem pela força, se necessário – em nome do capital europeu branco”.¹²

“

A BTL está a tentar expulsar o povo Chinyai de terras e de território que nos pertence por direito histórico, que a BTL ou os seus antecessores, a Companhia Britânica da África do Sul, obtiveram de forma fraudulenta e violenta, sem o nosso consentimento, sem indemnização, com violência e ilegalidade.

**JOHN SITHOLE NGEZIMANA CHINYAI,
ANCIÃO DO POVO CHINYAI¹³**



Dado o Zimbabwe ser obrigado a cumprir a sentença, mais de 6.000 famílias indígenas (das quais pelo menos 1.400 vivem em Chimanimani) enfrentam o risco iminente de expulsão das suas terras ancestrais e de perda das suas fontes de subsistência à presente data (Junho de 2019).¹⁴ Juliet Chirombo Mavare Mtisi, membro do clã Gadyadza, descreve o medo que isto gera: “Não me sinto segura em minha casa e nos meus próprios campos, e agora tenho medo de ficar sozinha em casa, se esses seguranças da BTL podem vir com armas para prender-me e acusar-me à sua vontade, mesmo sendo eu inocente.”¹⁵

Os árbitros consideram que os direitos humanos são irrelevantes

Em 2012, quatro pessoas indígenas que viviam nas terras em causa neste litígio escreveram ao tribunal para tentar impedir o desenrolar deste cenário. Em colaboração com o Centro Europeu para os Direitos Constitucionais e Humanos (ECCHR), eles argumentaram que os direitos humanos, e em particular os direitos dos povos indígenas ao abrigo do direito internacional, deveriam ser tidos em conta pelos árbitros. Defenderam que o tribunal não podia chegar legalmente a uma decisão que violasse os seus direitos, internacionalmente reconhecidos, à terra tradicional e a serem consultados, por exemplo, ao declararem ser a empresa a proprietária exclusiva da terra, ou declarando a sua presença ilegal. Fazê-lo “seria produzir ou tornar inevitável uma violação dos (nossos) direitos humanos fundamentais ao abrigo do direito internacional”, argumentaram as comunidades.¹⁶

Mas os árbitros recusaram a petição. Apesar de reconhecerem que o processo poderia ter impacto nos direitos dos povos indígenas, eles determinaram que o direito internacional de direitos humanos não tinha qualquer relevância para o litígio.¹⁷ Segundo a Relatora Especial da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, esta posição “equivale à subordinação dos direitos dos povos indígenas à protecção dos investidores, sem estar prevista qualquer opção de participação ou de apelo.”¹⁸ Além disso, o caso von Pezold não é uma excepção. Segundo a Relatora Especial, os direitos e interesses dos povos indígenas foram “na prática ignorados” por todos os tribunais Investidor-Estado que ela examinou para elaborar o relatório de 2016 sobre a matéria.¹⁹

“Os acordos internacionais de investimento (...) contribuem para a subordinação dos direitos dos povos indígenas às disposições de protecção dos investidores, uma vez que essas protecções se tornam um obstáculo ao reconhecimento futuro dos direitos pré-existentes dos povos indígenas.

VICTORIA TAULI CORPUZ, RELATORA ESPECIAL DA ONU SOBRE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS²⁰



Expropriar terras através de processos judiciais Investidor-Estado

CAIXA



À medida que cresce à escala global a pressão sobre a terra, num mundo cada vez mais afectado pelas alterações climáticas, tem também aumentado nos últimos anos o número de processos Investidor-Estado relativos a investimentos agrícolas. Desde 2004, tem sido registado pelo menos um caso deste tipo a cada ano e, só em 2018, foram iniciados seis casos.²¹

Muitos litígios Investidor-Estado relacionados com questões de terra contestam medidas dos governos que respondem à oposição de comunidades a projectos prejudiciais.²² Um exemplo é o caso do investidor sueco Agro EcoEnergy, que está a processar a Tanzânia num montante de 52 milhões de USD por ter revogado o título de propriedade de uma plantação de açúcar. A revogação ocorreu na sequência de acusações de que a empresa se tinha apropriado das terras porque não conseguira obter o consentimento livre, prévio e informado, das comunidades afectadas que lá viviam.²³

Investigadores têm advertido que este tipo de processos Investidor-Estado podem comprometer as abordagens

ao ordenamento do território baseadas nos direitos humanos e impedir a necessária distribuição e restituição de terras.

Ao abrigo dos tratados de investimento, os valores de indemnização são baseados no preço vigente de mercado de um pedaço de terra (ainda que possa ter sido adquirido na era colonial a um preço muito inferior ao preço de mercado) e, frequentemente, incluem uma indemnização pelos lucros futuros esperados. Esses elevados níveis de indemnização, que vão além do que é exigido pela legislação nacional, podem tornar a realização de reformas fundiárias e as medidas contra a apropriação de terras de interesse público demasiado dispendiosas para os governos.²⁴

“Ao aumentarem o custo da redistribuição, restituição ou reforma da posse de terras, ou de medidas públicas para lidar com a “apropriação de terras”, os tratados de investimento podem entrar em choque com políticas fundiárias progressistas.

LORENZO COTULA, INTERNATIONAL INSTITUT FOR ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (IIED)²⁵

Referências

- 1 Makomo e Chimanimani Community Trust: Indigenous Communities in Chimanimani, Zimbabwe, under threat; rascunho não publicado, 26 de Março de 2018, 2. Nos arquivos das autoras.
- 2 Declaração solene do então chefe Chadworth Ringisai Chikukwa, 30 de Maio de 2010, par. 8. Nos arquivos das autoras.
- 3 Makomo e Chimanimani Community Trust: Indigenous Communities in Chimanimani, Zimbabwe, under threat; rascunho não publicado, 26 de Março de 2018, 52. Nos arquivos das autoras.
- 4 Eurostat: [Farm structure statistics](#), Maio de 2019 (acessado a 12 de Maio de 2019); Statista, [Average farm size in the United States from 2000 to 2018](#), 2019 (acessado a 12 de Maio de 2019). A sentença arbitral no caso von Pezold menciona três propriedades, com uma superfície total de 78.275 hectares: Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, *Award*, 28 de Julho de 2015, 45-47.
- 5 Declaração solene do chefe Thomas Masengedzero Gadyadza, Janeiro de 2015, par. 62-63. Nos arquivos das autoras.
- 6 Declaração solene do então chefe interino Phineas Zamani Ngorima, 22 de Setembro de 2009, par. 85g. Nos arquivos das autoras.
- 7 Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, Caso CIADI No. ARB/10/15; Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangan Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe, Caso CIADI No. ARB/10/25.
- 8 Os argumentos dos investidores encontram-se na sentença: Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, *Award*, 28 de Julho de 2015. Para um bom resumo das reclamações dos investidores e da sentença, ver: Jacob Greenberg: [ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms](#), *Investment Treaty News*, 16 de Maio de 2016. A sentença do caso Border Timbers Limited não foi publicada.
- 9 Ibidem.
- 10 Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, *Decision on annulment*, 21 de Novembro de 2018.
- 11 Ciaran Cross: “Whoever owns the land, the natives do not”: In Re Southern Rhodesia, *Critical Legal Thinking*, 26 de Julho de 2018.
- 12 Ciaran Cross: *Invasions in International Investment Law: Re-examining Property Rights, Race and Redistribution*, Abril de 2018, rascunho não publicado, 10.
- 13 Declaração solene de John Sithole Ngezimana Chinyai, 16 de Maio de 2007, para. 42. Nos arquivos das autoras.
- 14 Correspondência por correio electrónico com Rob Sacco, do Centro de Aprendizagem da União de Nyahode, em Chimanimani, 1 de Junho de 2019.
- 15 Citado em: Makomo e Chimanimani Community Trust: Indigenous Communities in Chimanimani, Zimbabwe, under threat; rascunho não publicado, 26 de Março de 2018, 54. Nos arquivos das autoras
- 16 ECCHR, *Human Rights inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal*, Julho de 2012, 8.
- 17 Ibidem, 6-7.
- 18 Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas: Informe al Consejo de Derechos Humanos acerca de las repercusiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de los acuerdos internacionales de inversión, 11 de Agosto de 2016, par. 66.
- 19 Ibidem, par. 55.
- 20 Ibidem, par. 35.
- 21 CCSI, IIED e IISD: *Agricultural Investments under International Investment Law*, Outubro de 2018, 4. Investigação adicional sobre os casos apresentados em 2018 através das bases de dados da UNCTAD e CIADI.
- 22 Ibidem, 4, 11.
- 23 Para mais informação, ver: War on Want: *Agro EcoEnergy v Tanzania*, Janeiro de 2019.
- 24 Lorenzo Cotula: *Land rights and investment treaties. Exploring the interface*, 2015.
- 25 Ibidem, 4.

Fotografias

Pág. 39 (primeiro plano) Ciaran Cross, (segundo plano) CELUCT

Pág. 40 (em cima) Zimbabwe, (em baixo) David Wright

Pág. 41 *Time to Climb*

Pág. 42 Zimbabwe

3.7

QUANDO OS ÁRBITROS RECOMPENSAM AS EMPRESAS DE MINERAÇÃO POR VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

COPPER MESA CONTRA O EQUADOR



Um projecto de mineração mal concebido numa das regiões mais ricas em biodiversidade do mundo. Um investidor canadiano que utilizou a intimidação e violência contra a população indígena local. Uma comunidade local que se opôs veementemente à exploração mineira para salvar as suas florestas, fontes de água e meios de subsistência. Esta é a história de um empreendimento de mineração que nunca deveria ter existido. No entanto, após uma acção judicial interposta pelos investidores, três árbitros decidiram que deveria ser o governo, e não a empresa, a arcar com a culpa pelo fracasso do projecto. Apesar de reconhecerem as numerosas irregularidades cometidas pela empresa, os árbitros compensaram o investidor com um montante de 24 milhões de USD.

Intag, uma região do Equador que faz parte da cintura de floresta nublada andina, contém tal diversidade biológica (sendo o habitat de animais como jaguares, ursos-de-óculos e macacos-aranha)¹ que foi classificada como um dos 36 hotspots de biodiversidade reconhecidos no mundo inteiro.² Mas nesta região, nas profundezas das montanhas, existem também vastos depósitos de cobre, que é "o terceiro metal industrial mais consumido no mundo".³

Em 2014, a Ascendant Copper (cujo nome foi posteriormente mudado para Copper Mesa, o nome que usamos ao longo deste estudo) adquiriu direitos de concessão através de um duvidoso concurso⁴ para uma mina de cobre a céu aberto em Junín, uma povoação de Intag.⁵

25 anos de resistência à mineração

As comunidades da Intag lideram, desde meados dos anos 90, uma das mais bem sucedidas campanhas de resistência contra a mineração na América Latina. Para elas, a mineração representava o risco de desflorestação maciça, contaminação de rios e fontes de água, impacto sobre espécies ameaçadas e ameaças aos meios de subsistência locais.⁶

“

A mineração deixou-as [as comunidades que vivem nos arredores das minas no Peru] mais pobres, mais humilhadas. Isso não vai acontecer em Intag.

PÓLIO PÉREZ, LÍDER CAMPONÊS DE INTAG, APÓS VISITA A MINAS NO PERU⁷



Quando a Copper Mesa entrou em Intag, em 2004, nem sequer tentou consultar as comunidades e obter o seu consentimento,⁸ que é um requisito legal básico para as empresas de mineração.⁹ A população¹⁰ e as autoridades locais¹¹ de Intag estavam prontas a oporem-se a este novo mega-projecto de mineração. Esta não seria a primeira vez. Já em 1995, eles tinham conseguido expulsar o projecto de extracção de cobre da empresa japonesa Bishimetals,¹² após diferentes avaliações de impacto ambiental terem confirmado que a mineração em Intag levaria à perda de meios de subsistência e à deterioração do meio ambiente.¹³

“

Uma mina a céu aberto em Intag destruiria o que torna a região atraente e desencorajaria o investimento a longo prazo (...) O desenvolvimento não deve ser feito à custa do fundamental: água limpa, um ambiente não contaminado (...) e o respeito pelas pessoas e pelas suas decisões.

DECOIN, UMA ORGANIZAÇÃO AMBIENTAL DE BASE, EM INTAG¹⁴

Ameaças e intimidação das comunidades locais

Sabendo que não obteria a aprovação das comunidades locais, a Copper Mesa recorreu à força e à intimidação. A empresa apresentou processos judiciais civis e criminais contra os opositores à exploração mineira,¹⁵ incluindo um processo judicial de um milhão de USD contra o jornal comunitário local.¹⁶ Paramilitares contratados pela empresa agrediram fisicamente pessoas, incluindo crianças, e abriram fogo contra membros da comunidade que bloqueavam o acesso às concessões mineiras da empresa.¹⁷

“

Um investidor estrangeiro (...) não deveria recorrer ao recrutamento e à utilização de homens armados, disparando armas e lançando gás contra civis, não como um incidente accidental ou isolado, mas como parte de planos premeditados, disfarçados e bem financiados para usurparem a justiça. E, no entanto, foi isto que aconteceu.

ÁRBITROS DO CASO COPPER MESA CONTRA O EQUADOR¹⁸

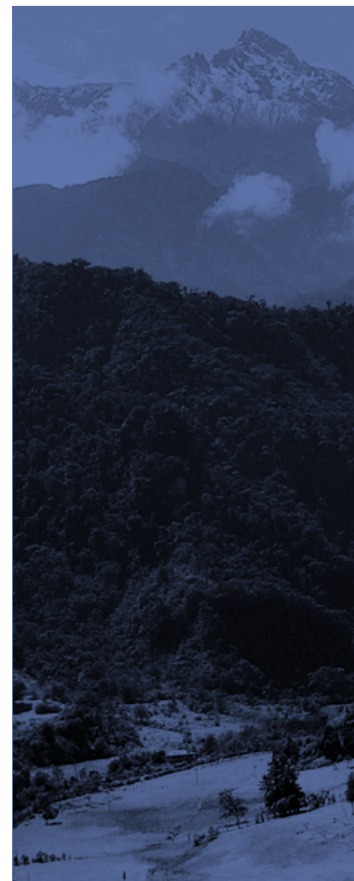
Anulação da concessão mineira de Copper Mesa

Após a chegada ao poder do presidente Rafael Correa em 2007, e apesar do apoio do seu novo Governo à exploração mineira, as autoridades intimaram a Copper Mesa a suspender as suas actividades por não ter conseguido obter a aprovação do Ministério de Minas para o seu estudo de impacto ambiental, nem consultar as comunidades locais afectadas. Em virtude das leis de mineração de 2008-2009, essas infracções tornaram-se motivo suficiente para revogar uma concessão, tendo as licenças da Copper Mesa sido anuladas em 2008.¹⁹ A empresa apelou perante o Tribunal Constitucional, mas foi rejeitada.

A salvação através dos árbitros do ISDS

No entanto, a história não acaba aí. O mecanismo de arbitragem em matéria de investimento previsto no tratado bilateral de investimento entre o Canadá e o Equador ajudou a Copper Mesa a não assumir a responsabilidade financeira pelas suas próprias falhas neste projecto. Em 2011, a empresa processou o Equador²⁰ num tribunal internacional em 70 milhões de USD (incluindo lucros futuros esperados), apesar de a Copper Mesa apenas ter gasto 28 milhões de USD no projecto.²¹ A empresa argumentou que o Equador tinha expropriado o seu investimento ilegalmente e que as mudanças introduzidas nas leis de mineração violaram a sua legítima expectativa de contar com um ambiente jurídico estável.

Por fim, os árbitros tomaram o partido da empresa e condenaram o Equador a pagar 24 milhões de USD.²² Um financiador não revelado embolsou uma parte da recompensa.²³ O Equador também teve que pagar 6 milhões de USD nas custas da defesa judicial e nas custas da arbitragem.



Os árbitros deste caso concluíram que a Copper Mesa se tinha envolvido "numa imprudente escalada de violência (...), em particular por recorrer a homens armados uniformizados e organizados, usando latas de gás lacrimogêneo e disparando armas contra a população e os funcionários locais".²⁴ No entanto, atribuíram a culpa dessas acções aos empregados locais da empresa e consideraram que os quadros superiores da administração no Canadá fizeram meramente prova de negligência.²⁵ Em vez de, como consequência dessa conclusão, terem recusado o caso, eles reduziram a indemnização em 30%.

De entre todas as interpretações do tribunal favoráveis ao investidor, ou seja, em favor da Copper Mesa, uma delas demonstra mais claramente a parcialidade pró-empresa do sistema ISDS, nomeadamente, a decisão dos árbitros segundo a qual o Governo equatoriano não fez o suficiente para ajudar a empresa a enfrentar os manifestantes. Aparentemente, no mundo invertido dos árbitros, durante a manifestação o Governo deveria ter tomado o partido da empresa contra os seus próprios cidadãos, apesar do facto de os estados estarem obrigados, pelo direito internacional, a proteger os direitos humanos dos seus cidadãos. Os árbitros concluíram que, por não ter apoiado a empresa, o Governo não tinha fornecido "plena protecção e segurança" ao investidor e não o tinha tratado de forma "justa e equitativa", violando assim duas disposições fundamentais do tratado de investimento entre o Canadá e o Equador.²⁶

“

“[O Governo] deveria ter tomado alguma medida para ajudar o queixoso a completar as suas consultas [à comunidade] e (...) o estudo de impacto ambiental (...). Na opinião do tribunal, ele não podia não fazer nada.

ÁRBITROS DO CASO COPPER MESA CONTRA O EQUADOR²⁷



A assimetria no acesso à Justiça

Enquanto os árbitros de investimento concederam à Copper Mesa uma indemnização considerável, os tribunais canadianos negaram provimento a um processo judicial apresentado por três habitantes locais equatorianos. Esses habitantes locais processaram os directores da empresa Copper Mesa e a Bolsa de Valores de Toronto (TSX) por não terem actuado no sentido de impedir o ataque armado perpetrado pelos seguranças privados da Copper Mesa (na sua maioria ex-militares) contra homens, mulheres e crianças de Junín. Apesar de terem sido apresentadas provas de que os executivos da empresa e a TSX tinham sido avisados do ataque e da possibilidade de novas agressões,²⁸ no final, a violência da Copper Mesa ficou impune. Mais uma vez ficou assim demonstrada a assimetria existente no acesso à Justiça entre as multinacionais e as comunidades afectadas.

Nos últimos anos, os ataques violentos às comunidades que defendem o ambiente a nível local têm vindo a aumentar de forma alarmante. Uma notícia do Guardian que reporta esse facto observa que “os defensores do ambiente [estão] a ser assassinados em número recorde a nível mundial”²⁹ e o jornal relata que, entre 2017 e 2018, foi registado o assassinato de 290 activistas.³⁰ A resistência à mineração, juntamente com o petróleo, é a actividade mais perigosa para os defensores do ambiente.³¹ Este caso ilustra pois como o ISDS pode “aumentar a repressão e a criminalização que os defensores dos direitos humanos enfrentam”.³² Quando são confrontados com a escolha entre pagar milhões às multinacionais ou proteger os direitos dos seus cidadãos, os estados podem pensar duas vezes sobre se devem estar ao lado da população, tendo em conta os substanciais riscos financeiros envolvidos. Os árbitros, por seu lado, encorajam claramente os governos a permitirem que as empresas mineiras actuem sem quaisquer restrições.

A máfia da arbitragem

Muitos dos advogados privados que irão decidir os litígios investidor-estado que constam neste estudo – os árbitros – fazem parte de um pequeno grupo de advogados de direito comercial conhecidos como a "máfia interna" da arbitragem de investimento.³³ Vários deles são conhecidos pelas suas interpretações da lei favoráveis ao investidor e combinam o papel de árbitros com outros cargos – exercendo, por exemplo, como académicos, fazendo parte de delegações governamentais ou representando, como advogados, as partes em disputa nos litígios de investimento – abrindo assim uma caixa de Pandora com possíveis conflitos de interesse.³⁴

Por exemplo:

- A advogada suíça Gabriele Kaufmann-Kohler é considerada a mais poderosa árbitra especializada em investimento do mundo.³⁵ Segundo um estudo sobre as sentenças ISDS conhecidas até 2010, ela é também um dos árbitros mais favoráveis ao investidor, com tendência para interpretar de forma ampla (leia-se: favorável ao investidor) as disposições do direito de investimento que são formuladas de forma vaga.³⁶ Ela fez parte dos conselhos de administração de empresas como o banco suíço UBS e tem sido repetidamente acusada de conflitos de interesses.³⁷ Kaufmann-Kohler preside ao tribunal que irá decidir o caso Elitech/ Razvoj Golf contra a Croácia (ver Cap. 3.3).
- Paralelamente à sua função de árbitro, o advogado espanhol Bernardo M. Cremades também actuou como advogado em litígios de investimento.⁴² Esta "função dupla" levanta numerosos conflitos de interesse, por exemplo, quando Cremades tem que decidir sem prejuízo sobre uma questão que também se coloca noutro caso em que seu escritório de advocacia representa o investidor queixoso. Encontra-se também entre os árbitros de investimento mais influentes do mundo⁴³ – e foi identificado como um dos mais favoráveis às empresas.⁴⁴ Foi o árbitro nomeado pelo investidor no caso Copper Mesa contra o Equador.
- O canadiano Yves Fortier é também considerado um "agente de poder" do ISDS³⁸, sendo conhecido pelas suas interpretações jurídicas favoráveis aos investidores.³⁹ O seu interesse profissional e pessoal no ISDS foi manifestado de forma surpreendente pelas arbitragens do caso Yukos, em que facturou pelos seus serviços a soma astronómica de 1,7 milhões de euros⁴⁰. Fez também parte dos conselhos de administração de várias empresas, incluindo os dos gigantes da mineração Alcan Inc. e Rio Tinto.⁴¹ Nos casos Border Timbers e von Pezold contra o Zimbabwe, Fortier actuou como presidente do tribunal (ver Cap. 3.6).

Se um médico é patrocinado por uma grande empresa farmacêutica, é provável que questionemos se o medicamento que nos prescreveu é, de facto, o melhor para a nossa saúde; se um funcionário público recebe dinheiro de um lobista, podemos questionar se as políticas que ele promove são do interesse público. Na mesma linha, se a principal fonte de rendimento e a carreira profissional de um árbitro depende das multinacionais que processam os estados, certamente devemos questionar a imparcialidade das suas decisões.

Referências

- 1 Barbara Rose Johnston, Lisa Hiwasaki, et al.: *Water, Cultural Diversity, and Global Environmental Change: Emerging Trends, Sustainable Futures?*, Springer Science & Business Media, 2012, 449.
- 2 Conservação Internacional: [Biodiversity hotspots defined](#), 2019 e NatureServe e EcoDecisión: [Tropical Andes Biodiversity Hotspot](#), Março de 2015.
- 3 Stephanie Pappas: [Facts About Copper](#), *Live Science*, 12 de Setembro de 2018.
- 4 O procedimento pelo qual as licenças de mineração foram concedidas foi apresentado como "um caso típico de fraude de licitação". Roque Bustamante, advogado de Copper Mesa e ex-presidente da Câmara de Mineração do Equador, foi acusado de adquirir os títulos com prejuízo através de um processo de licitação duvidoso. Bustamante adquiriu os títulos para a mina em Junín em 2002 por apenas 18.000 USD. A lei da época previa que, se vários pedidos para a mesma licença de mineração fossem apresentados simultaneamente, um processo de licitação teria de ser organizado em 48 horas. Nesse caso, nenhum terceiro interessado, como as comunidades locais, teria tempo para se opor. Quando Bustamante apresentou o seu pedido, foram apresentados simultaneamente dois outros pedidos de concessão para a mesma área. No entanto, quando, um mês depois, chegou o momento de apresentar as propostas, a de Bustamante foi a única. *Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador*, PCA CASE NO. 2012-2, [Award](#), 115 de Março de 2016. Parte 1, pág. 15-16.

- 5 Posteriormente também adquiriu concessões para outras duas minas: Chaucha e Telimbela.
- 6 Codelco fora de Intag: [Por qué NO](#), 2019.
- 7 INREDH: [Intag: Una comunidad luchando por la vida](#), Revista ALAI, 24 de Julho de 2007.
- 8 Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, [Award](#), 15 de Março de 2016, 32.
- 9 O princípio do consentimento livre, prévio e informado (CLPI) está protegido pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.
- 10 Carlos Zorrilla: [A brief history of resistance to mining in Intag, Ecuador](#), DECOIN, 1 de Janeiro de 2008.
- 11 Município de Cotacachi: [Declaración em que se exige a suspensión de todas as actividades mineiras na zona de Intag](#), 28 de Junho de 2017.
- 12 Codelco fora de Intag: [La historia de la resistencia](#), 2019.
- 13 Codelco fora de Intag: [Resumen de algunas características, e impactos ambientales del proyecto minero “Junin” zona de intag, provincia de Imbabura](#), Dezembro de 2006, e Roy, B. A., Zorrilla et al.: [New Mining Concessions Could Severely Decrease Biodiversity and Ecosystem Services in Ecuador](#), Tropical Conservation Science, Volume: 11, 2018.
- 14 Codelco fora de Intag: [Por qué NO](#), 2019.
- 15 INREDH: [Intag: Una comunidad luchando por la vida](#), Revista ALAI, 24 de Julho de 2007.
- 16 Mary Ellen Fieweger: [Mining Transnational asking one million dollars in damages](#), IINTAG NEWSPAPER, 10 de Janeiro de 2005.
- 17 Vídeo: [Under Rich Earth](#), 00:51:07 – 00:52:55; Bram Büscher, Veronica Davidov: [The Ecotourism-Extraction Nexus: Political Economies and Rural Realities of \(un\)Comfortable Bedfellows](#), Routledge, 2013.
- 18 Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, [Award](#), 115 de Março de 2016, Parte 6, pág. 32, par. 6.99.
- 19 Ibidem. Parte 1, págs. 23-24.
- 20 O processo foi pelas minas em Junín, mas também em Chaucha e Telimbela.
- 21 Copper Mesa Mining Corporation v The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, [Award](#), 115 de Março de 2016. Parte 1, págs. 14 e 27.
- 22 No final, a empresa chegou a um acordo com o Governo por 20 milhões de USD. Ver: Henry Lazenby: [Copper Mesa signs US\\$20M settlement in Ecuador dispute](#), Mining Journal, 3 de Agosto de 2018.
- 23 Copper Mesa revelou que tinha recorrido a um financiador de litígios, mas não é conhecido maisnenhum dado a esse respeito. Ver: Copper Mesa: [Copper Mesa Mining Corporation Reaches US\\$20 Million Settlement with Republic of Ecuador](#), 2 de Agosto de 2018.
- 24 Copper Mesa Mining Corporation v. The Republic of Ecuador, PCA CASE NO.2012-2, [Award](#), 15 de Março de 2016, p. 82.
- 25 Ibidem: Parte 6, pág. 33.
- 26 Ibidem: Parte 6, pág. 26.
- 27 Ibidem: Parte 6, pág. 26.
- 28 Jamie Kneen: [Courting Justice: Victims of mining abuses sue in Canada](#), Mining Watch, 11 de Fevereiro de 2012.
- 29 Jonathan Watts e John Vidal: [Environmental defenders being killed in record numbers globally](#), new research reveals, The Guardian, 13 de Julho de 2017.
- 30 Monica Ulmanu, Alan Evans e Georgia Brown: [The defenders tracker 2017](#), The Guardian; Monica Ulmanu, Alan Evans e Georgia Brown: [The defenders tracker 2018](#), The Guardian, 15 de Novembro de 2018.
- 31 Jonathan Watts e John Vidal: [Environmental defenders being killed in record numbers globally](#), new research reveals, The Guardian, 13 de Julho de 2017.
- 32 Columbia Center on Sustainable Development (CCSI): [Input to the UN Working Group on Business and Human Rights regarding guidance on human rights defenders and the role of business](#), 15 de Março de 2018, 5.
- 33 Global Arbitration Review: [London: Taking on the “inner mafia”](#), 2 de Outubro de 2012.
- 34 Corporate Europe Observatory e Transnational Institute: [Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones](#), Novembro de 2012, Cap. 4.
- 35 Malcolm Langford et al.: [The Revolving Door in International Investment Arbitration](#), Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 13.
- 36 Gus van Harten: [Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010](#), The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.
- 37 Corporate Europe Observatory e Transnational Institute: [Cuando la injusticia es negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones](#), Novembro de 2012, 40.
- 38 Malcolm Langford et al.: [The Revolving Door in International Investment Arbitration](#), Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 13.
- 39 Gus van Harten: [Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010](#), The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.
- 40 Ver: Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227), [Final award](#), 18 de Julho de 2014, párr. 1862.
- 41 Alison Ross: [An Interview with Yves Fortier](#), Global Arbitration Review, 19 de Fevereiro de 2010.
- 42 Malcolm Langford et al.: [The Revolving Door in International Investment Arbitration](#), Journal of International Economic Law, No. 20, 301-331, 27.
- 43 Ibidem, 13.
- 44 Gus van Harten: [Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010](#), The European Journal of International Law, Vol. 29 no. 2, 507-549, 539.

Fotografias

Pág. 45 (segundo plano) Carlos Zorrilla, (primeiro plano) Liz Weydt, (primeiro plano em baixo) DECOIN
 Pág. 46 DECOIN - Pág. 47 (em cima) Carlos Zorrilla, (em baixo) DECOIN - Pág. 48 Liz Weydt

3.8

FAZER LUCROS SIM, MAS PAGAR IMPOSTOS NÃO

CONOCOPHILLIPS E PERENCO CONTRA O VIETNAME

A cobrança eficaz e justa de impostos é essencial para todos os estados, e, sobretudo, para os países em desenvolvimento que desejam desenvolver-se de forma sustentável. A cobrança de impostos é um meio para garantir serviços públicos de qualidade para todos e para enfrentar coletivamente os desafios das mudanças climáticas. No entanto, no Vietname e noutros países, as grandes multinacionais contestam os governos que tentam cobrar impostos sobre os seus enormes lucros. A resolução de litígios entre investidores e estados (ISDS) é uma das suas principais vias para tentar evitar o pagamento de impostos e de, em vez disso, receber indemnizações milionárias.



No Vietname, as empresas multinacionais operam no sector petrolífero desde a década de 80. Em 2012, dois campos petrolíferos vietnamitas foram vendidos por duas filiais britânicas da gigante energética americana ConocoPhillips¹ a uma empresa britânica pertencente à empresa petrolífera anglo-francesa Perenco. A ConocoPhillips vendeu as empresas por 1.290 milhões de USD, tendo obtido um lucro de 896 milhões de USD. Mas a mais-valia de 896 milhões de USD nunca foi tributada.²

“ Importantes organizações internacionais – incluindo o FMI, OCDE, ONU e o Grupo do Banco Mundial – fizeram hoje um apelo aos governos do mundo inteiro para que reforcem e aumentem a eficácia dos seus sistemas fiscais, a fim de gerar os recursos nacionais necessários para alcançar os Objectivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO (OCDE)³

O Governo do Vietname considera que tem o direito de tributar esse ganho que nunca tributou, já que ele foi gerado pela exploração dos recursos petrolíferos do país. O tratado fiscal entre o Reino Unido e o Vietname também concede esse direito ao Vietname.⁴ De acordo com a taxa fiscal em vigor no Vietname, a ConocoPhillips deveria pagar ao Governo vietnamita cerca de 179 milhões de USD pelo seu ganho de capital, um montante com o qual o Governo poderia financiar a construção de 9 hospitais.⁵ O Vietname sinalizou sua intenção de tributar a transação em 2015, através de uma carta única dirigida ao comprador e ao vendedor.

“ Uma tributação justa ajudará o Governo vietnamita a cobrir o orçamento dos serviços públicos, incluindo serviços que têm em conta as questões de género, como o acolhimento das crianças, criando assim mais oportunidades para que as mulheres realizem um trabalho remunerado, contribuindo assim para reduzir a desigualdade de género.

**HOANG PHUONG THAO,
DIRECTOR DE PAÍS DA ACTIONAID NO VIETNAME⁶**

Grandes empresas petrolíferas recusam-se a pagar impostos e, além disso, exigem milhões de dólares

Ambas as empresas se recusam a pagar este imposto. A ConocoPhillips, por exemplo, argumenta que a venda se realizou entre duas entidades britânicas sem presença tributável no Vietname, pelo que não deveriam ao país nenhum imposto sobre a venda.⁷ No entanto, surpreendentemente, a ConocoPhillips também não pagou nenhum imposto sobre a venda no Reino Unido, graças a uma lacuna na lei fiscal britânica.⁸

Para evitar que o Vietname cobrasse o imposto sobre ganhos de capital e, pelo contrário, embolsasse algum dinheiro extra, a ConocoPhillips e a Perenco estão em conjunto a processar o Governo vietnamita através do ISDS. O caso foi apresentado em 2017 e baseia-se no tratado de investimento bilateral entre o Reino Unido e o Vietname.



“

O direito do Estado de tributar os investidores estrangeiros (...) enfrenta muitas vezes limitações resultantes das interpretações amplas e um tanto exageradas das disposições contidas nos acordos internacionais de investimento.

DANIEL URIBE E PROFESSOR MANUEL F. MONTES, INVESTIGADORES NO CENTRO SUL⁹

O ISDS poderá impedir os países em desenvolvimento de cobrar impostos sobre ganhos de capital

Este caso, assim como dois outros contra a Índia (ver Caixa 10, na pág. 54), poderia funcionar como um precedente negativo no Vietname e em outros países em desenvolvimento que estão a tentar cobrar impostos para financiar a redução da pobreza, a saúde, a educação, etc. Conforme declarou o jornalista George Turner à organização Finance Uncovered quando revelou o “ataque legal preventivo” da indústria petrolífera contra o Vietname, em 2018: “como cada vez mais países denunciam que os seus recursos foram comprados e vendidos por estrangeiros livres de impostos, é provável que esta questão se torne uma nova etapa na campanha contra a evasão fiscal. No caso de o Vietname ser bem-sucedido, isso poderá ter implicações profundas para outros países em desenvolvimento, que muitas vezes viram empresas ocidentais obterem enormes lucros por meio dos seus investimentos, para depois se irem embora com eles livres de impostos”. Não admira, acrescentou Turner, que as

grandes empresas petrolíferas queiram travar uma tal ameaça “à sua trajetória”.¹⁰

Tanto a ConocoPhillips como a Perenco são utilizadores frequentes do ISDS: A ConocoPhillips obteve em 2019 mais de 8,3 mil milhões de USD de indemnização por danos, contra o Governo da Venezuela.¹² A Perenco, por sua vez, está a processar o Governo equatoriano num tribunal ISDS: a empresa recusa-se a pagar um imposto sobre os lucros excedentes resultantes da exploração de petróleo.

Não há mais informação publicamente disponível sobre o seu caso contra o Vietname, devido ao sigilo que frequentemente envolve os casos de ISDS e às escassas informações disponibilizadas por ambas as partes sobre este caso. Entretanto, a Perenco continua a explorar os campos de petróleo em todo o país, tendo, em 2017, gerado lucros de mais de 32 milhões de USD.¹³

“

A experiência dos países em desenvolvimento em relação aos resultados de tais casos não inspira optimismo, pois é bem sabido que os tribunais tendem a ser mais favoráveis aos investidores e geralmente sobrepõem as reivindicações das empresas aos direitos dos governos ou mesmo aos direitos humanos dos cidadãos.

JAYATI GHOSH, PROFESSOR DE ECONOMIA, JAWAHARLAL NEHRU UNIVERSITY, ÍNDIA¹¹

O ISDS como ameaça à justiça fiscal

Pelo menos 24 países enfrentaram casos de ISDS relacionados com a tributação, incluindo o Uganda, a Índia, Laos, a Argélia, o Iêmen, o Equador, a Venezuela, o Peru, a Bolívia, o México e a Argentina.¹⁴

A Índia, por exemplo, já foi processada duas vezes por pretender que as empresas pagassem o imposto sobre ganhos de capital:

- Em 2015, quando a Índia tentou impor um imposto de 1,6 mil milhões de USD sobre os ganhos de capital de uma filial britânica da Cairn India, uma das maiores empresas de petróleo e gás do país, a Cairn processou o país através do ISDS, exigindo ao Governo indiano que, em vez disso, lhe pagasse 1,3 mil milhões de USD de indemnização. O caso foi apresentado com base no tratado de investimento bilateral entre a Índia e o Reino Unido em 2015 e está ainda em curso.¹⁵
- Quando o país tentou impor o mesmo imposto à Vodafone, depois de a gigante britânica das telecomunicações ter comprado uma das maiores operadoras de redes móveis da Índia por 11 mil milhões de USD sem pagar quaisquer impostos, a Vodafone processou a Índia através do seu acordo de investimento com a Holanda e, mais tarde, com o Reino Unido. A questão passou por várias fases, tanto nos tribunais indianos como no sistema ISDS, tendo a Índia resistido de forma proactiva à tentativa da empresa de evitar o pagamento do imposto, e até agora ainda não houve um julgamento ou a resolução definitiva do assunto.¹⁶

“

Uma vasta gama de medidas fiscais dos estados foi contestada por empresas gigantes, através do sistema ISDS. O poder que esse sistema confere às multinacionais para contestar políticas fiscais progressivas deveria preocupar os cidadãos de todos os países que assinaram tratados de comércio e investimento.

CLAIRE PROVOST, JORNALISTA¹⁷

Referências

- 1 AmCham Vietnam: ConocoPhillips to exit Vietnam, Sell Assets for \$1.29 billion, 19 de Fevereiro de 2012.
- 2 Luke Eric Peterson: Vietnam faces unusual BIT arbitration, with seller and purchaser of assets teaming up to file a joint claim in face of country's threat to impose a capital gains tax, *Investment Arbitration Reporter*, 3 de Abril de 2018.
- 3 OCDE Countries must strengthen tax systems to meet Sustainable Development Goals, 14 de Fevereiro de 2018.
- 4 George Turner: Oil firms use secretive court hearing in bid to stop Vietnam taxing their profits, *The Guardian*, 15 de Agosto de 2018.
- 5 Ibidem
- 6 Correspondência electrónica entre as autoras e Hoang Phuong Thao, 27 de Maio de 2019.
- 7 George Turner: Oil firms use secretive court hearing in bid to stop Vietnam taxing their profits, *The Guardian*, 15 de Agosto de 2018.
- 8 George Turner: Analysis: How rich oil firms are using secretive court to fight capital gains tax in developing world, *Finance Uncovered*, 20 de Agosto de 2018.
- 9 Daniel Uribe e Manuel F. Montes: Building a Mirage: The Effectiveness of Tax Carve-out Provisions in International Investment Agreements, *South Centre Investment Policy Brief*, No. 14, Março de 2019.
- 10 Correspondência electrónica entre as autoras e George Turner, 24 de Maio de 2019.
- 11 George Turner: Analysis: How rich oil firms are using secretive court to fight capital gains tax in developing world, *Finance Uncovered*, 20 de Agosto de 2018.
- 12 Luke Erik Peterson: Updated: Conoco is awarded over \$8.3 billion plus interest in battle with Venezuela, *Investment Arbitration Reporter*, 8 de Março de 2019.
- 13 Registro Mercantil del Reino Unido: Perenco Vietnam Full Accounts, 22 de Junho de 2018.
- 14 South Centre: Challenges of Investment Treaties on Policy Areas of Concern to Developing Countries, Abril de 2019.
- 15 UNCTAD Investment Policy Hub: Cairn v. India (acessado a 28 de Maio de 2019).
- 16 Transnational Institute e Global Justice Now: Juicio a los impuestos: Cómo los acuerdos comerciales amenazan la justicia fiscal, Abril de 2016, 5, Abir Dasgupta e Paranjy Guha Thakurta: The Vodafone Tax Saga and India's Arbitration Worries, *NewsClick*, 26 Julho de 2018.
- 17 Transnational Institute e Global Justice Now: Juicio a los impuestos: Cómo los acuerdos comerciales amenazan la justicia fiscal, Abril de 2016, 4.

Fotografias

Pág. 51 (segundo plano) Niels Steeman, (primeiro plano, em cima) Yan Lerval, (primeiro plano, em baixo) Oxfam Vietnam

Pág. 52 UNICEF Vietnam/Truong Viet Hung

3.9 O NEGÓCIO SUJO DO PETRÓLEO ATACA MEDIDAS SOBRE OS COMBUSTÍVEIS FÓSSEIS

ROCKHOPPER CONTRA A ITÁLIA

Desde 2017, a empresa de petróleo e gás Rockhopper Exploration, com sede no Reino Unido, está a processar a Itália devido à recusa do estado de lhe atribuir uma concessão para exploração de petróleo no Mar Adriático. A recusa surgiu depois do parlamento italiano ter proibido todas as novas operações de petróleo e gás perto da costa do país, devido a preocupações com o ambiente, os riscos sísmicos, a pesca e o turismo local, bem como pela forte oposição dos residentes locais. A Rockhopper está a reclamar até 350 milhões de USD de indemnização – mais de sete vezes o dinheiro que supostamente gastou na exploração do projecto.





Graças aos seus numerosos parques nacionais e reservas naturais, a região de Abruzzo, no centro de Itália, é uma das mais verdejantes da Europa.

O seu litoral é pontilhado de praias de água cristalina e antigas aldeias piscatórias que estão rodeadas de zonas de encosta ricas em vinhedos, oliveiras e pequenas comunidades agrícolas. Durante mais de uma década, o povo de Abruzzo lutou para proteger a sua paisagem intacta da poluente exploração de petróleo.

A comunidade tomou conhecimento do projecto da plataforma petrolífera Ombrina Mare em Abril de 2008. A poucos quilómetros da costa surgiu um furo de sondagem, seguido de uma fuga de petróleo, que ocorreu um mês depois.¹ Este furo de sondagem servia para preparar o caminho para vários poços, oleodutos submarinos e uma refinaria flutuante de 350 metros de comprimento para dessulfurizar o petróleo de baixa qualidade. A plataforma teria diariamente expelido toneladas de resíduos tóxicos na água e na atmosfera.²

“

Os cidadãos de Abruzzo gastaram centenas de milhões de euros na agricultura, na pesca e na promoção do turismo. Esses investimentos não podem ser sacrificados em favor (...) da indústria extractiva.

CARLO CONSTANTINI, EX-MEMBRO DO CONSELHO REGIONAL DE ABRUZZO³

A ameaça de uma plataforma petrolífera offshore tão perto da costa provocou uma oposição imediata. A Igreja Católica local, vários municípios costeiros, a província de Chieti, operadores turísticos, viticultores, médicos, pescadores, grupos ambientalistas e muitos outros actores opuseram-se ao projecto. As preocupações eram múltiplas, incluindo as relacionadas com a perturbação do frágil ecossistema e da vida selvagem (devido à perfuração, poluição sonora constante, potenciais derrames de petróleo,

etc.), as relativas à saúde das pessoas (devido à libertação de produtos tóxicos resultantes da extracção de petróleo), os riscos de terremotos, o futuro do turismo e a incompatibilidade do projecto com a indústria pesqueira local.⁴

Abruzzo diz não ao petróleo contaminador

Sob o slogan "No Ombrina", milhares de pessoas saíram às ruas de Abruzzo para protestar contra o projecto da plataforma petrolífera. Em Maio de 2013, 40.000 pessoas manifestaram-se na cidade de Pescara. A manifestação foi apoiada por numerosos grupos da sociedade civil, 3 dioceses, funcionários de 3 parques nacionais, 47 municípios locais e por pessoas de toda a região. Em Maio de 2015, 60.000 cidadãos marcharam em Lanciano, uma cidade cuja população perfaz apenas metade desse número. Segundo Matteo Cernison do Instituto Universitário Europeu "toda a sociedade da região parecia mobilizar-se contra Ombrina".⁵

“

O que vão vocês dizer aos vossos filhos, às vossas famílias? Que ganharam dinheiro intimidando uma comunidade pacífica? Que não querem saber das mudanças climáticas e que, enquanto o planeta inteiro fala em manter os combustíveis fósseis no solo, vocês têm o descaramento de vir a um país estrangeiro e perfurar à força?

MARIA D'ORSOGNA, CAMPANHA "PETRÓLEO FORA DE ABRUZZO", EM CARTA ABERTA AOS INVESTIDORES DA ROCKHOPPER⁶



A pressão funcionou. Um após outro, políticos provenientes de todo o espectro político pronunciaram-se contra Ombrina Mare. Em Dezembro de 2015, o Parlamento italiano aprovou a proibição de projectos de petróleo e gás num raio de 12 milhas náuticas da costa italiana.⁷ Ombrina Mare, tal como outros projectos de combustíveis fósseis offshore, foi, pois, interdito. Em Fevereiro de 2016, o Ministério do Desenvolvimento Económico comunicou à Rockhopper que não receberia a concessão de produção requerida.

Dinheiros públicos para compensar hipotéticos lucros privados

A Rockhopper tinha adquirido a licença de Ombrina Mare no meio de uma revolta crescente contra o projecto, no Verão de 2014 (através da aquisição da Mediterranean Oil & Gas, a anterior detentora da licença). A empresa deveria pois estar bem ciente de que o projecto não só carecia de várias licenças, como também lhe faltava apoio público e político.⁸ No entanto, a Rockhopper anunciou em Março de 2017 que tinha contestado a recusa da Itália em conceder a concessão perante um tribunal de arbitragem e tinha "fortes perspectivas de recuperar prejuízos monetários muito significativos (...) com base nos lucros perdidos".⁹

Segundo o director da empresa, a Rockhopper não está apenas a exigir uma indemnização pelo dinheiro que realmente gastou para explorar a Ombrina Mare (40 a 50 milhões de USD). Ela quer ainda 200 a 300 milhões de USD adicionais por hipotéticos lucros que o campo petrolífero teria permitido gerar se não tivesse sido interdito.¹⁰ Enquanto as constituições de muitos países não consideram os lucros previstos como propriedade privada protegida, nos litígios entre investidores e estados as empresas recebem regularmente indemnizações por alegados lucros futuros perdidos.¹¹

“

Iniciámos o processo de arbitragem para reivindicar (...) pelo menos a totalidade dos custos gastos (...) que é da ordem dos 40 a 50 milhões de USD, mas idealmente (também) os lucros que teríamos obtido se tivéssemos podido explorar o campo (...). Os lucros perdidos podem facilmente ascender a 200 ou 300 milhões de USD.

SAM MOODY, DIRECTOR EXECUTIVO DA ROCKHOPPER¹²

As custas judiciais da empresa são totalmente cobertas pelo financiador de contenciosos britânico Harbour, que cobrará uma parte da eventual indemnização (ver Caixa 12 na pág. 64 para mais informações sobre este tipo de acordos de financiamento). Nas palavras de Sam Moody, o director executivo da Rockhopper: “Este processo não nos custa nada”.¹³ O facto de a queixa ser apoiada por um financiador de peso, poderá, entretanto, pressionar mais o Governo a chegar a um acordo extra-judicial para resolver o caso, aumentando os custos para os contribuintes italianos.

A arma secreta da energia poluidora para minar a transição energética

A queixa da Rockhopper baseia-se no Tratado da Carta da Energia (TCE, ver Quadro 11 na pág. 58) apesar de, já antes de a queixa ter sido apresentada, a Itália se ter retirado deste tratado. Isto é possível devido à cláusula de “continuidade contratual” ou “zombi”, uma disposição profundamente antidemocrática que permite que os privilégios da empresa se mantenham vigentes mesmo depois de um país se ter retirado do acordo. No caso dos investimentos realizados antes de ter entrado em vigor a retirada da Itália do TCE (1 de Janeiro de 2016), o país pode ainda ser processado durante mais 20 anos (até 1 de Janeiro de 2036). Portanto, apesar de ter abandonado o TCE, a Itália pode ver-se confrontada com muitas outras ofensivas judiciais, semelhantes à da Rockhopper.

De facto, depois de a Itália ter suspenso temporariamente novas licenças de petróleo e gás, em Fevereiro de 2019, os advogados que ganham dinheiro com a arbitragem de investimentos anunciaram que a queixa da Rockhopper era “uma referência para casos futuros” por parte de outras empresas de combustíveis fósseis.¹⁴

“

Oferecer o mecanismo ISDS (...) às grandes empresas de combustíveis fósseis é como dar mais armas e munições ao adversário antes de entrar para o campo de batalha.

**KYLA TIENHAARA,
UNIVERSIDAD DE QUEEN'S, CANADÁ¹⁵**



É, portanto, óbvio que o sistema de Resolução de Litígios Investidor-Estado (ISDS) é uma ferramenta poderosa nas mãos das grandes companhias de petróleo, gás e carvão para dissuadir os governos de fazerem a transição para a energia limpa. Entre os cientistas especializados nas questões climáticas há consenso de que, se não queremos destruir o planeta, é imprescindível que três quartos dos combustíveis fósseis do mundo sejam mantidos no subsolo.¹⁶ Mas os governos que fecharem minas de carvão, gasodutos ou plataformas petrolíferas poluentes para dar resposta a essas preocupações podem ser responsabilizados em milhões – e até mesmo milhares de milhões – por danos ao longo de muitos anos.

CAIXA

11

O acordo de investimento mais perigoso do mundo: o Tratado da Carta da Energia (TCE)¹⁷

O TCE é um acordo internacional de meados da década de 1990, aplicável a quase 50 países, desde a Europa Ocidental ao Japão e à Ásia Central. Nos termos do Tratado, os investidores estrangeiros podem processar os governos por medidas tomadas no sector energético que considerem prejudiciais aos seus lucros.

Por exemplo, o gigante sueco da energia Vattenfall processou a Alemanha por introduzir restrições ambientais numa central de carvão. A segunda reivindicação da empresa contra a Alemanha – na qual exige 6,1 mil milhões de euros porque o país decidiu eliminar progressivamente a energia nuclear – está em curso desde 2012 e, em Abril de 2019, tinha já custado aos contribuintes alemães mais de 16,6 milhões de euros em custas da defesa judicial.¹⁸ Em Abril de 2019, uma empresa suíça que promove o controverso gasoduto Nord Stream 2, que se estenderá da Rússia até à Alemanha, ameaçou apresentar a primeira queixa conhecida ao abrigo do TCE contra a UE, que também faz parte do tratado¹⁹

Até à data, nenhum outro acordo de comércio e investimento no mundo deu origem a mais processos Investidor-Estado do que o TCE. Em Maio de 2019, era conhecido um total de 122 queixas de empresas, no âmbito do TCE.²⁰ Porém, tendo em conta a opacidade do sistema e a falta de informação pública, o número real poderá ser muito superior.

O mais preocupante é que, apesar do risco que representa para os orçamentos públicos e para a margem de manobra que os governos têm para legislar em prol das pessoas e do planeta, actualmente muitos países da África, Ásia, Médio Oriente e América Latina estão em processo de adesão ao TCE, subscrivendo os perigosos privilégios que este reserva aos investidores.

Referências

- 1 Maria D'Orsogna: My oil story, 23 de Setembro de 2018, rascunho não publicado, nos arquivos das autoras, 5-6.
- 2 Cernison, Matteo: *The No Ombrina/No Triv protests in Abruzzo: organisational models and scales of action*, Cosmos Working Paper, 2016, 9-10; Maria D'Orsogna: *From the American leader of the NoOilAbruzzo campaign to Rockhopper investors*, *Save the Montepulciano D'Abruzzo blog*, 21 de Janeiro de 2016.
- 3 Citado em: *No More Spills: Oil Companies Face Protests Over Drilling Plans in Italy*.
- 4 Ver várias entradas de 2010 no blog *Save the Montepulciano D'Abruzzo*, gerido por Maria D'Orsogna.
- 5 Cernison, Matteo: *The No Ombrina/No Triv protests in Abruzzo: organisational models and scales of action*, Cosmos Working Paper, 2016, 10-11.
- 6 Maria D'Orsogna: *From the American leader of the NoOilAbruzzo campaign to Rockhopper investors*, *Save the Montepulciano D'Abruzzo blog*, de Janeiro de 2016.
- 7 Em 2012, em consequência da pressão exercida pela indústria petrolífera, tinha sido levantada uma anterior proibição das concessões petrolíferas perto da costa italiana. A proibição que foi reintroduzida fez parte da Lei do Orçamento para 2016. (Lei nr. 208), de 28 de Dezembro de 2015.
- 8 Danilo Ruggero Di Bella: *Rockhopper vs Italy: Weighing Legitimate Expectations Up Against Investor's Due Diligence in M&A Deals*, *Kluwer Arbitration Blog*, 27 de Janeiro de 2018.
- 9 Rockhopper Exploration: *Commencement of international arbitration*, 23 de Março de 2017. O processo (*Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14) foi registado em Maio de 2017.
- 10 Citado de uma apresentação em vídeo: *Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference*, 11 de Setembro de 2017, a partir do minuto 19:00.
- 11 Por exemplo, segundo a legislação alemã, não é concedida nenhuma indemnização pela perda de benefícios futuros (isto é, o lucro cessante). Ver: Markus Krajewski e Rhea Tamara Hoffmann: *The European Commission's Proposal for Investment Protection in TTIP*, 2016, 11.
- 12 Citado de uma apresentação em vídeo: *Rockhopper Exploration CEO Sam Moody Presents to investors at the Oil Capital Conference*, 11 de Setembro de 2017, a partir do minuto 19:00.
- 13 Ibidem, a partir do minuto 20:00.
- 14 Danilo Ruggero Di Bella y Josep Gálvez: *Oil & Gas: Is Italy Doing It Wrong All Over Again?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 13 de Março de 2019.
- 15 Kyla Tienhaara: *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, *Transnational Environmental Law*, 7:2, Julho de 2018, p250.
- 16 Ver, por exemplo: Christophe McGlade e Paul Ekins: *The geographical distribution of fossil fuels unused when limiting global warming to 2°C*, *Nature*, No. 517, Janeiro de 2015, 187-90.
- 17 Para mais informação e referências, ver <https://www.energy-charter-dirty-secrets.org/>.
- 18 Bundesministerium für Wirtschaft & Energie: *Schriftliche Frage an die Bundesregierung im Monat März 2019. Fragen Nr. 482*, 1.
- 19 Anca Gurzu: *Nord Stream 2 threatens to take EU to court over gas rules*, *Político*, 23 de Abril de 2019.
- 20 Secretariado da Carta da Energia: *Liste de tous les cas de règlement des différends relatifs aux investissements*. Acessado a 22 de Maio de 2019.

Fotografias

Pág. 55 (segundo plano) Maury, (primeiro plano em cima) Histonium.net, (primeiro plano em baixo) Nuovo Senso Civico

Pág. 56 (em cima) Nicholas Gemini, (em baixo) Engin Akyurt

Pág. 58 Enrico Pighetti

3.10

LUCROS DO OURO LESAM O DIREITO DAS PESSOAS A ÁGUA POTÁVEL

ECO ORO CONTRA A COLÔMBIA

Em Fevereiro de 2016, após fortes protestos locais, o Tribunal Constitucional da Colômbia deu a machadada final a um mega-projecto de extracção de ouro da empresa canadiana Eco Oro: o tribunal decidiu que não poderia ser realizada nenhuma actividade de mineração nos ecossistemas de alta montanha conhecidos como páramos, incluindo o páramo de Santurbán, onde a Eco Oro tinha o seu projecto. Menos de um mês depois, a empresa informou o Governo de que iria dar entrada a um processo de arbitragem de investimento. Para agravar a situação, a reivindicação pela Eco Oro de uma indemnização no valor de 764 milhões de USD parece ter desencadeado toda uma série de ataques por parte de investidores.



" **O** nosso ouro é a nossa água” e “a água antes do ouro”¹ foram os lemas-chave da manifestação de 40.000 pessoas, contra o projecto de mineração no páramo de Santurbán, que teve lugar em Fevereiro de 2011, em Bucaramanga, na região de Santander. Essa manifestação fez parte de uma longa luta dos colombianos contra a extracção de ouro em larga escala e pela defesa do seu direito a água potável.

“
[A extracção de ouro nos páramos] constitui um abuso grave dos recursos naturais e uma negação do direito fundamental à água.

IVÁN CEPEDA, SENADOR COLOMBIANO²

Os páramos são raros ecossistemas de zonas húmidas de grande altitude, que servem como fontes vitais de água doce. Os páramos colombianos abastecem de água potável 70% do país.³ O páramo de Santurbán, por si só, é a fonte de água potável para dois milhões de colombianos. Mas, ocultas sob estes frágeis ecossistemas, jazem enormes reservas de ouro, carvão e outros minerais, cuja extracção é amplamente reconhecida como “uma das principais causas da contaminação do solo e da água” no país.⁴

As empresas mineiras resistem à regulação governamental, mas o poder popular impõe-se

A empresa mineira canadiana Greystar (que mais tarde passou a chamar-se Eco Oro) foi uma das primeiras multinacionais a adquirir direitos de exploração de ouro na Colômbia, em meados da década de 1990. O seu projecto de extracção Angostura situava-se perto do páramo de Santurbán, onde se desenrolaram durante vários anos operações de exploração e viabilidade.⁵ Naquela altura, a fragilidade e a importância ecológica dos páramos ainda não tinha sido reconhecida oficialmente pelo Governo colombiano.

Isso mudou em 2010, quando foram promulgadas as primeiras leis para restringir a mineração nos páramos. Inicialmente, a Eco Oro e outras empresas encontraram formas de conseguir isenção das leis e avançaram com as minas em locais que entretanto tinham sido convertidos em zonas de protecção ambiental.⁶ Porém, em 2016, o Tribunal Constitucional anulou todas as excepções à proibição de extracção nas zonas protegidas.⁷ Na altura, a Eco Oro não tinha ainda obtido todas as autorizações necessárias para as suas operações e, muito menos, tinha começado a explorar o ouro. Além disso, em 2011 o Ministério do Ambiente da Colômbia tinha inclusive rejeitado a avaliação de impacto ambiental apresentada pela empresa.⁸

“
A protecção do ambiente prevalece sobre os direitos económicos adquiridos por particulares (...) se for provado que a actividade produz um dano, ou quando existam razões para aplicar o princípio de precaução a fim de evitar danos aos recursos naturais não renováveis ou à saúde humana.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA⁹

A resolução do caso perante o Tribunal Constitucional representou uma vitória importante após um longo período de resistência por parte dos cidadãos, de ONGs e de académicos, liderados pela Comissão para a Defesa da Água e do Páramo de Santurbán, uma plataforma de 40 organizações, que representa 75.000 pessoas.¹⁰ Para a indústria mineira, foi uma derrota marcante, até porque o Tribunal tinha declarado categoricamente que “o interesse privado deverá ceder perante o interesse público ou social”, como mais tarde viria a lamentar uma empresa de mineração de ouro.¹¹



“A água acima do lucro” determina o Tribunal Constitucional da Colômbia, mas a Eco Oro solicita uma segunda opinião a advogados especializados em matéria de investimento

A indústria contra-atacou imediatamente. A Eco Oro processou a Colômbia através do mecanismo de resolução de litígio investidor-estado (ISDS) previsto no acordo comercial entre o Canadá e a Colômbia, contornando assim os tribunais colombianos. O processo foi apresentado em 2016 perante o CIADI (Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos), o centro de arbitragem do Banco Mundial¹². Segundo dados da ONU, a empresa exige uma indemnização de 764 milhões de USD¹³ – uma quantia três vezes superior aos 250 milhões de USD que, alegadamente, terá investido na execução do projecto.¹⁴

A empresa argumenta que as medidas adoptadas pelo Governo “destruíram o valor dos seus investimentos” e frustraram as suas “expectativas legítimas”.¹⁵ A verdade, contudo, é que o projecto Greystar/Eco Oro teve problemas desde o início. A fase de exploração só ficou concluída em 2004, uma vez que as operações estiveram paralisadas entre 1999 e 2003. A construção da mina e a sua exploração estavam previstas para 2008, mas o prazo não foi cumprido¹⁶. A localização da mina foi sempre controversa, e enfrentou,

com o passar dos anos, uma resistência cada vez maior. Na verdade, já em 2010, parecia claro que o Governo não iria atribuir a licença ambiental necessária para avançar com a exploração da mina. A Procuradoria Geral da Colômbia considerou que “à luz da legislação ambiental e mineira vigente, este projecto é inviável”.¹⁷

“
Os estados não deveriam ser sancionados por protegerem as suas fontes de água, visto que o fazem em conformidade com as suas obrigações nacionais e internacionais.

**CARLOS LOZANO ACOSTA,
ASSOCIAÇÃO INTERAMERICANA PARA A
DEFESA DO AMBIENTE (AIDA)¹⁸**

Os árbitros que vão decidir o caso, à semelhança de muitos outros, não estão interessados em escutar as pessoas que são afectadas pelo projecto de extracção. Em 2019, rejeitaram uma solicitação da Comissão para a Defesa da Água e do Páramo de Santurbán e de outras organizações para apresentarem provas de como o caso poderia afectar os direitos humanos.¹⁹

Os Conflitos de Interesse do Banco Mundial

Um tribunal do Banco Mundial vai decidir se os direitos da Eco Oro foram violados. Porém, a divisão de investimento privado do Banco Mundial, a Corporação Financeira Internacional (IFC), era uma das principais accionistas da mina da Eco Oro entre 2009 e 2015, antes de ter retirado o seu investimento do projecto²⁰, depois de investigações da sociedade civil terem demonstrado que não tinha tido em consideração os impactos sociais e ambientais da mina, conforme exigido a todos os investimentos da IFC.²¹ Enquanto apoiava financeiramente o projecto, o Banco tinha afirmado que extrair minérios nos páramos podia “gerar benefícios substanciais e promover o desenvolvimento sustentável” na região.²²

Como se isso fosse pouco, o processo da Eco Oro recebeu uma injeção de capital da Tenor Capital, um fundo de investimento privado de Wall Street, no valor de 14 milhões de USD. Em troca de uma parte da compensação final, a Tenor vai cobrir os custos judiciais da Eco Oro. Isto não só permitiu à empresa apresentar a queixa, como vai também proporcionar os meios financeiros para exercer ainda mais pressão litigiosa sobre a Colômbia²⁴. (Ver Caixa 12 na pág. 64 para mais informação sobre este tipo de acordos de financiamento).

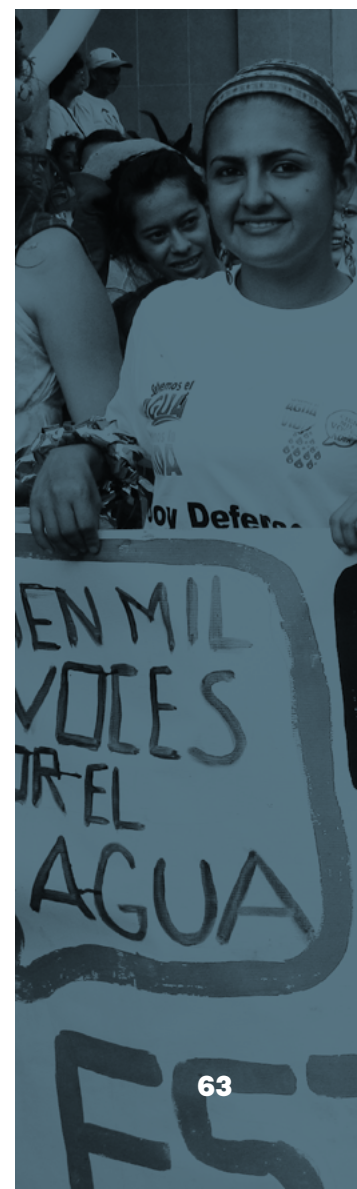
“

De uma perspectiva judicial, existe um evidente conflito de interesses, já que parece difícil que, nesta situação, um tribunal de arbitragem de investimento possa realizar uma avaliação objectiva e independente das medidas que o país tomou para proteger os seus interesses públicos.

MARCO VELÁSQUEZ-RUIZ, ADVOGADO COLOMBIANO, REFERINDO-SE AO APOIO FINANCEIRO DO BANCO MUNDIAL À ECO ORO²³

Uma onda de casos contra a Colômbia

Em 2018, duas outras empresas mineiras canadianas, a Red Eagle Exploration²⁵ e a Galway Gold²⁶, apresentaram casos de arbitragem por motivos semelhantes aos da Eco Oro. Os casos são parte de uma onda recente de 11 processos investidor-estado conhecidos que atingiu a Colômbia entre 2016 e 2018, a maior parte dos quais desencadeados por tratados de comércio e investimento assinados recentemente com o Canadá e os Estados Unidos. Até então, a Colômbia não tinha sido objecto de ataques de arbitragem de investimento, mas, como já constatámos, um processo parece incentivar outros, à medida que circula a palavra, entre empresas e advogados de investimento altamente remunerados, sobre os potenciais benefícios que podem arrecadar em países empobrecidos que carecem dos recursos necessários para resistir aos ataques de várias empresas com enormes recursos.



Como financiadores terceiros embolsam lucros de milhões apostando em litígios de investimento

O financiamento por terceiros (FPT) dos processos de investimento é uma área de negócio em crescimento, embora altamente controverso.

No FPT, um financiador - geralmente uma empresa de seguros, um banco de investimento ou um fundo especulativo - cobre os custos do investidor em advogados e procedimentos legais, em troca de uma fatia considerável dos lucros, no caso de ganharem o processo. Normalmente, o financiador recebe entre 30% e 50% da compensação final, ou três a quatro vezes o valor que investiu²⁷. Estes financiadores investem sobretudo em casos nos quais se espera um resultado final de, pelo menos, 14 milhões de USD.²⁸

Este sistema de apostas em casos tem-se revelado altamente lucrativo. Tomemos, como exemplo, o caso da Tenor Capital, a financiadora do processo da Eco Oro e da Gabriel Resources contra a Roménia (ver Cap. 3.1). Este fundo especulativo de Wall Street investiu 62,5 milhões de USD num processo de investimento contra a Venezuela “em troca de 70,5% do valor ‘líquido’ (...) da indemnização após pagamento a credores e às autoridades fiscais”²⁹. A Tenor ganhou a lotaria quando a Venezuela foi condenada a pagar 1,4 mil milhões de USD.

Do mesmo modo, em 2017, a empresa financiadora de litígios Burford Capital arrecadou mais de 100 milhões de USD quando a Argentina foi condenada a pagar

320 milhões de USD num caso interposto por uma companhia aérea. A empresa tinha gasto 12,8 milhões de USD para pagar parte das custas processuais dos investidores; isso significa que os lucros da Burford representam um retorno sobre o investimento de 736%.³⁰

É provável que este tipo de financiamento especulativo inflacione o número de processos judiciais de arbitragem de investimento que são apresentados, na medida em que acaba com o risco financeiro que as empresas correm ao iniciarem um processo dispendioso, tornando assim mais atractivo e viável para as empresas processarem os estados.

“

O financiamento por terceiros confere a uma classe restrita de investidores ainda mais recursos para avançar com queixas desproporcionadas contra estados com recursos muito limitados.

FRANK J. GARCIA, PROFESSOR E MEMBRO DO FUNDO GLOBAL DO DECANATO NA FACULDADE DE DIREITO DA BOSTON COLLEGE³¹

Referências

- 1 Vanguardia: Masiva participación en Marsa por el Agua de Santurbán en Bucaramanga, 6 de Outubro de 2017; CENSAT Agua Viva – Amigos da Terra – Colômbia: Agua antes que Oro: Miles marchan en defensa del Páramo de Santurbán, 27 de Fevereiro de 2011.
- 2 David Hill: Colombian court bans oil, gas and mining operations in paramos, *The Guardian*, 21 de Fevereiro de 2016.
- 3 David Rivera Ospina e Camilo Rodríguez: Guía divulgativa de criterios para la delimitación de páramos de Colombia, 2011.
- 4 OCDE: Evaluaciones del desempeño ambiental Colombia, 2014, 234.
- 5 EJOLT: The Angostura Mining Project in the Paramo of Santurban, Colômbia, Fact Sheet 002, 25 de Fevereiro de 2013.
- 6 Eco Oro Minerals Corp: Request for arbitration, 8 de Dezembro de 2016.
- 7 David Hill: Colombian court bans oil, gas and mining operations in paramos, *The Guardian*, 21 de Fevereiro de 2016; Tribunal Constitucional da Colômbia: Sentencia C-035/16, Normas sobre creación y ampliación de áreas de reservas estratégicas mineras, 8 de Fevereiro de 2016.
- 8 Ministério do Ambiente, Habitação e Desenvolvimento Territorial: Resolución Número (1015), Por la cual no se acepta un desistimiento por motivos de interes público, se niega una licencia ambiental global y se toman otras determinaciones, 31 de Maio de 2011; Ministério do Ambiente, Habitação e Desenvolvimento Territorial: Resolución Número(35), Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1015 del 31 de mayo de 2011 y se toman otras determinaciones, 31 de Outubro de 2011.
- 9 Tribunal Constitucional da Colômbia: Sentencia C-035/16, Normas sobre creación y ampliación de áreas de reservas estratégicas mineras, 8 de Fevereiro de 2016, par. 128.
- 10 Comité Santurbán: Página de Facebook, 2019.
- 11 Galway Gold: Galway Gold Comments on Colombia's Constitutional Court Rescinding Mining Operations in the Paramo, 24 de Fevereiro de 2016.
- 12 Eco Oro Minerals Corp: Request for arbitration, 8 de Dezembro de 2016.
- 13 UNCTAD: Eco Oro v. Colombia, Investment Dispute Settlement Navigator, 21 de Maio de 2019.
- 14 Eco Oro Minerals Corp: Request for arbitration, 8 de Dezembro de 2016, 2.
- 15 Ibidem, págs. 4, 32.
- 16 EJOLT: The Angostura Mining Project in the Paramo of Santurban, Colômbia, Fact Sheet 002, 25 de Fevereiro de 2013.
- 17 Comité pela Defesa da Água e do Páramo de Santurbán: Queja presentada ante la oficina del Ombudsman y asesor en materia de observancia, CAO, 113 de Junho de 2012, págs. 8.
- 18 CIEL et al.: Organizations condemn Eco Oro Minerals' warning that it could sue Colombia over efforts to protect water sources, Press release, 14 de Março de 2016.
- 19 Comité pela Defesa da Água e do Páramo de Santurbán et al.: Tribunal de Arbitraje del Banco Mundial Niega Escuchar a Afectados por Minería en Santurbán, Comunicado, 27 de Fevereiro de 2019.
- 20 AIDA: Banco Mundial retira inversión de la empresa Eco Oro Minerals y su proyecto minero en el páramo de Santurbán, Comunicado de imprensa, 19 de Dezembro de 2016.
- 21 Sociedade Financeira Internacional (CFI): IFC Management response to the CAO Compliance Investigation on IFC's investment in Eco Pro Minerals Corp., Colombia (Project #27961), 5 de Agosto de 2016; Comité pela Defesa da Água e do Páramo de Santurbán e ONGs nacionais e internacionais: Complaint to the Office of the Compliance Advisor/Ombudsman re. Colombia / Eco Oro-01/Bucaramanga, 13 de Junho de 2012.
- 22 Sociedade Financeira Internacional (CFI): IFC Management response to the CAO Compliance Investigation on IFC's investment in Eco Pro Minerals Corp., Colombia (Project #27961), 5 de Agosto de 2016.
- 23 Marco Velásquez-Ruiz: La increíble historia de la demanda de Eco Oro Minerals contra Colombia, *El Tiempo*, 15 de Dezembro de 2016.
- 24 Eco Oro Minerals Corp: A Path to Value for Angostura, Presentation to Institutional Shareholder Services, 4 de Abril de 2017.
- 25 Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/12).
- 26 Galway Gold Inc. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/13).
- 27 Ashurst: Quickguides — Third party funding in international arbitration, 4 de Setembro de 2018.
- 28 Ibidem
- 29 Global Arbitration Review: Venezuela settles with Crystallex, 27 de Novembro de 2017.
- 30 Burford Capital Limited: Burford sells Teinver investment for \$107 million, Press Release, 13 de Março de 2018.
- 31 Frank J. Garcia: The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration, *Investment Treaty News*, 30 de Julho de 2018.

Fotografias

Pág. 60, Pág. 62, Pág. 63 Fundaexpresion (Colômbia)

4

O TRATAMENTO VIP CONTINUA

O EMPENHO DA UE EM MANTER OS PRIVILÉGIOS VIP DAS MULTINACIONAIS

Apesar das muitas injustiças relacionadas com o ISDS reveladas nos casos deste estudo, alguns dos quais em países europeus, a União Europeia (UE) pretende incluir os amplos privilégios das grandes empresas, ao estilo do ISDS, nos seus acordos de comércio com o resto do mundo. Está também a exercer pressão para que um Tribunal Mundial para as Empresas decida os futuros processos dos investidores contra os estados. Ora as histórias aqui relatadas deveriam servir de aviso para os perigos que a realização desse sonho das empresas representaria, já que qualquer dos casos aqui apresentados continuaria a ser possível sob o sistema de ISDS reformado que a UE propõe.

Em contraste absoluto com a opinião pública sobre este assunto¹, a UE é uma grande defensora do ISDS. A UE acaba de concluir - ou está a negociar - vários acordos de comércio e investimento que preveem os mesmos amplos privilégios legais para os investidores estrangeiros (embora sob outro nome: Sistema de Tribunais de Investimento, ou ICS na sigla em inglês)². No contexto das discussões que estão a decorrer à escala global sobre a possível reforma do ISDS, a UE também apresentou propostas para criar um novo Tribunal Mundial para as Empresas, formalmente conhecido por Tribunal Multilateral de Investimento - Multilateral Investment Court. Este tribunal mundial decidiria sobre as queixas dos investidores ao abrigo de tratados de investimento existentes e futuros, para os países que a estes aderissem.³

Comparadas com o actual regime de ISDS, que vimos em acção nos dez casos deste estudo, as propostas da UE contêm algumas melhorias processuais. Por exemplo, os procedimentos legais seriam abertos ao público (ao invés de sigilosos, como costumam ser hoje em dia). Os árbitros decisores dos processos judiciais seriam escolhidos de uma

lista prévia acordada pelos representantes dos estados-parte do acordo de investimento (deixando, pois, de ser escolhidos a dedo pelas partes em litígio, reduzindo-se assim algumas, mas não todas, as dúvidas acerca da sua parcialidade). O Tribunal Multilateral de Investimento proposto seria constituído por juizes permanentes com salário fixo pago pelos países membros, ao contrário dos actuais júris ad hoc de árbitros privados cujos ganhos aumentam quanto mais os investidores processarem os Estados - o que representa um forte incentivo financeiro a favorecer o único litigante que pode apresentar este tipo de queixas, isto é, o investidor estrangeiro.

“

Este Tribunal Multilateral de Investimento transformaria (...) o ISDS, de um mecanismo ad hoc, num mecanismo permanente, com a capacidade de criar novos privilégios e ‘direitos’ para os investidores estrangeiros.

CONFEDERAÇÃO SINDICAL INTERNACIONAL⁴



Porém, embora com algumas melhorias processuais, a abordagem da UE no que toca aos direitos das multinacionais de modo nenhum resolve os profundos problemas do ISDS. O sistema mantém a sua estrutura unilateral, na qual os investidores apenas têm direitos e nenhuma obrigação. Continua a possibilitar que milhares de empresas contornem os tribunais nacionais e processem os governos através de um sistema de justiça paralelo, quando consideram que alguma lei ou regulamento interfere na sua capacidade de obter lucros. Continua a abrir caminho para que milhares de milhões dos impostos dos contribuintes acabem nos bolsos das grandes empresas. Pode continuar a constrianger a tão necessária formulação de políticas de interesse público para proteger as pessoas, as comunidades, a saúde pública e o planeta. E pode ainda continuar a induzir regulamentação que contradiz e mina directamente os direitos humanos e o direito ambiental, ou políticas eficazes para evitar o caos climático.

Uma análise da abordagem da UE na perspectiva de cinco "padrões de ataque ISDS" recorrentes, visíveis nos casos aqui apresentados, revela que, sob as novas vestes do ICS e do Tribunal Multilateral de Investimento, se mantém a mesma velha cruzada do ISDS contra os cidadãos e em benefício dos interesses empresariais.

Ataque ISDS #1

Processos judiciais contra decisões que protegem o interesse público

A reforma que a UE adopta no ICS não resolve os problemas intrínsecos do ISDS, já que continua a reconhecer os mesmos direitos "substantivos" de grande alcance aos investidores, que já constam nos tratados vigentes e que constituem a base legal para os ataques dos investidores contra decisões legítimas dos governos para proteger o ambiente, a saúde e outros interesses públicos. Assim, é provável que o ICS - tal como o Tribunal Multilateral de Investimento, que também consagra os direitos "substantivos" dos investidores - abra o caminho para mais ataques dos investidores às decisões de interesse público como as que são descritas neste estudo.⁵

“

Isto não altera nada, já que as normas com base nas quais são tomadas as decisões continuam a ser as mesmas.

NIGEL BLACKABY, ADVOGADO DE ARBITRAGEM DO ESCRITÓRIO FRESHFIELDS, SOBRE A PROPOSTA DE ICS DA UE⁶

Um exemplo de uma norma de protecção do investimento especialmente perigosa e incluída no modelo do ICS da UE, é o direito a um "tratamento justo e equitativo". Entre outras coisas, protege os investidores de "arbitrariedades" e "tratamento abusivo... (como coerção)" assim como as "legítimas expectativas" do investidor⁷. Embora estes termos possam parecer inofensivos, os processos judiciais descritos neste estudo foram baseados precisamente sobre estes conceitos. Por exemplo, na sua ameaça de ISDS contra a Colômbia, a Novartis argumentou que o Governo tinha violado as "legítimas expectativas" da empresa de que as normas sobre patentes não fossem alteradas (Cap. 3.2). No seu processo judicial contra a Roménia, a Gabriel Resources refere-se aos atrasos nos processos de concessão de licenças para a sua mina de ouro em Rosia Montana como um "abuso de poder (...) coercivo" e o envolvimento do Parlamento no processo como "arbitrário" (Cap. 3.1)⁸. No caso Copper Mesa, os árbitros entenderam que o Equador tinha violado a norma de tratamento justo e equitativo, por não ter ajudado a companhia mineira nas suas consultas à comunidade local (Cap. 3.7).⁹

Nada no sistema ICS evitaria que os tribunais decretassem indemnizações às empresas por nova legislação ou regulamentação em prol do interesse público. Pelo contrário, apesar de o texto do ICS sobre o direito a legislar estabelecer que os estados não podem ser condenados a indemnizar os investidores pela retirada de subsídios, nele não se descarta a possibilidade de que seja decretado este tipo de condenação em relação a medidas de regulamentação que

visem “atingir objectivos políticos legítimos, como a protecção da saúde pública, a segurança, o ambiente, a moral pública, a protecção social ou do consumidor, ou a promoção e protecção da diversidade cultural”.¹⁰ Por outras palavras, a UE, os estados-membros e os seus parceiros comerciais são livres de legislar como quiserem mas – tal como nos casos apresentados neste estudo – qualquer nova lei ou regulamentação poderá, em algum momento, custar-lhes milhares de milhões do erário público, uma vez que os investidores continuam a ter o direito de exigir indemnizações.

Ataque ISDS #2

Investidas obscuras contra decisões judiciais

Os tribunais desempenharam um papel importante nos casos descritos neste estudo. O luxuoso condomínio de golfe na cidade croata de Dubrovnik (Cap. 3.3) e a mina de ouro tóxica de Rosia Montana, na Roménia (Cap. 3.1), foram suspensos após os tribunais nacionais considerarem que as licenças tinham sido ilegalmente concedidas. Na Colômbia, várias minas foram fechadas quando o Tribunal Constitucional proibiu as actividades extractivas no ecossistema dos páramos (Cap. 3.10). Todas estas decisões, que visavam evitar abusos administrativos e proteger o ambiente, estão agora a ser contornadas e potencialmente anuladas pelos tribunais ISDS.

Este tipo de investida judicial obscura contra as decisões judiciais dos tribunais nacionais continuaria a ser possível ao abrigo do ICS que a UE propõe. Permitiria aos investidores estrangeiros porem em causa todas as acções e medidas das nações soberanas, incluindo o desempenho das funções democráticas basilares da governação: as empresas poderiam questionar legalmente as leis aprovadas pelos Paramentos, as medidas governamentais e as decisões dos tribunais que alegadamente prejudicassem os investimentos.¹¹ Um tribunal ICS – bem como o futuro Tribunal Multilateral de Investimento – poderia desautorizar os tribunais de todos os estados-membros da UE, o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais dos países parceiros da UE, se entendesse que uma dessas decisões de algum dos tribunais tinham violado os amplos direitos substantivos do investidor (ver Ataque ISDS #1). Mas, ao contrário dos tribunais nacionais, os tribunais ICS e o Tribunal Multilateral de Investimento só seriam acessíveis aos investidores estrangeiros. E o seu único propósito seria proteger os investimentos e as expectativas de lucro.

“

O plano de reforma da UE refere-se principalmente à institucionalização do sistema.

**IVAYLO DIMITROV, ÁRBITRO DO ESCRITÓRIO DE ADVOGADOS
ARNOLD & PORTER KAYE SCHOLER¹²**

Ataque ISDS #3

As empresas podem exigir indemnizações pela perda de supostos lucros futuros

Nos processos ISDS é frequente os investidores reivindicarem danos, não só no montante que alegadamente despenderam num projecto, mas também da perda de futuros lucros: a Rockhopper exige mais de 350 milhões de USD à Itália um valor mais de sete vezes superior ao dinheiro que gastou na exploração do campo de petróleo do Ombrina Mare (Cap. 3.9); a Razvoj Golf e a Elitech exigem à Croácia 500 milhões de USD, quase quatro vezes o montante investido no luxuoso condomínio de golfe de Dubrovnik (Cap. 3.3); a Eco Oro exige 764 milhões de USD à Colômbia – mais de três vezes o que gastou no projecto aurífero de Angostura (Cap. 3.10); e a Gabriel Resources pretende uns arrepiantes 5,7 mil milhões de USD da Roménia – oito vezes mais do que os seus alegados investimentos na mina de Rosia Montana e um valor equivalente a 2,7% do produto interno bruto do país (Cap. 3.1).

Nada, nos acordos recentes da UE que incluem direitos das empresas do tipo ICS, evitaria ou sequer atenuaria esse tipo de reivindicações escandalosas. Por exemplo, embora o acordo de comércio CETA entre a UE e o Canadá estabeleça que “os danos monetários não deverão ser superiores às perdas sofridas pelo investidor”¹³, os árbitros geralmente consideram que as expectativas de lucros futuros fazem parte dessa “perda” e, por isso, incluem-nas no cálculo das indemnizações. Tanto nos recentes acordos de protecção ao investimento da UE, como na sua proposta do Tribunal Multilateral de Investimento, falta uma passagem clara que estabeleça explicitamente, por exemplo, que a indemnização não pode exceder o montante de capital investido pela empresa em questão.



Ataque ISDS #4

A alta finança especula com a injustiça financiando as queixas ISDS

Metade dos casos ISDS que constam neste estudo conta com financiamento de terceiros. Os processos Kingsgate contra a Tailândia (Cap. 3.4), Copper Mesa contra o Equador (Cap. 3.7), Gabriel Resources contra a Roménia (Cap. 3.1), Rockhopper contra a Itália (Cap. 3.9) e Eco Oro contra a Colômbia (Cap. 3.10) foram todos financiados por fundos especulativos, que cobrem as custas judiciais do queixoso a troco de uma avultada fatia da indemnização se ganhar o caso.

Nas palavras de Gus van Harten, especialista em direito de investimento, este contexto coloca um “preço muito elevado” nas decisões políticas¹⁴ e faz com que, para os representantes políticos, se torne potencialmente muito caro mudar de rumo em matéria de políticas ou introduzir legislação nova em resposta às exigências da população. Este sistema também cria um elevado risco de congelamento regulatório, como vimos no caso da lei francesa que visava pôr fim aos combustíveis poluentes (que se transformou no seu oposto, após a ameaça de ISDS da Vemilion, Cap. 3.5), na tentativa da Colômbia de acabar com o monopólio da patente de um medicamento contra o cancro para reduzir o seu preço no interesse da saúde pública (que foi abandonada na sequência da ameaça de ISDS por parte da Novartis, Cap. 3.2) e ainda no caso da mina de ouro de Rosia Montana, na Roménia, em que o governo, ao ser alvo de uma queixa ISDS multimilionária, está agora a recuar na sua decisão de suspender o projecto (Cap. 3.1).

A UE até encoraja este congelamento regulatório: os seus acordos de comércio estabelecem que o tribunal de investimento “reduzirá os danos” caso tenha ocorrido “uma revogação ou alteração da medida” em causa.¹⁵ Por outras palavras, se os estados cederem pressurosamente às exigências das empresas e recuarem nas tentativas de legislar no interesse público, serão recompensados pelo sistema ICS com danos menos severos.

“

Ainda não está claro quais são as implicações do financiamento por terceiros para os outros intervenientes e para alguns queixosos, embora os riscos sejam cada vez mais evidentes.

BROOKE GUVEN E LISE JOHNSON, DO COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT¹⁶

O financiamento por terceiros tem sido criticado como “mecanismo de exploração” que “confere a um restrito grupo de investidores ainda mais recursos para avançarem com queixas desproporcionadas contra estados com recursos muito limitados”¹⁷. Embora as propostas para proibir esse tipo de financiamento dos processos de ISDS estejam a ganhar terreno, os acordos recentes da UE com países como o Canadá não o proíbem, apenas exigem que esses acordos de financiamento sejam comunicados¹⁸. O mandato da UE para a negociação do Tribunal Multilateral de Investimento também é completamente omissivo nesta questão.

Por outras palavras, com a versão de ICS da UE, a especulação com a injustiça vai continuar e financiadores com bolsos bem recheados irão alimentar e facilitar a apresentação de queixas especulativas por parte dos investidores, o que também aumentará os custos da defesa para os estados, que não dispõem de nenhum mecanismo de financiamento análogo. A única diferença será que a opinião pública saberá um pouco mais sobre os acordos financeiros para essas queixas.

Ataque ISDS #5

Não se reconhecem as comunidades afectadas, nem há lugar para os direitos humanos

Um dos problemas fundamentais do ISDS é ser um sistema unidireccional que só concede direitos aos investidores, sem as obrigações correspondentes. As comunidades afectadas não podem utilizá-lo para processar as empresas que violam os seus direitos humanos ou lhes causam danos financeiros ou outros, e, como vimos, nem sequer têm o direito de ser ouvidas no sistema ISDS. Esta grave injustiça não se altera em nada, na proposta da UE.

Várias comunidades afectadas pelos problemas que foram objecto dos litígios ISDS apresentados neste estudo tentaram ser ouvidas nos processos – mas em vão. Os árbitros recusaram os pedidos apresentados pelas comunidades próximas da mina de Santurbán, na Colômbia (Cap. 3.10) e da mina de Rosia Montana, na Roménia (Cap. 3.1), bem como os dos povos indígenas que viviam nas terras ancestrais que estiveram no cerne das duas disputas contra o Zimbabwe (Cap. 3.6). Estas comunidades documentaram e forneceram provas de violações de direitos humanos pelas empresas queixosas e de como certas decisões dos tribunais podiam violar ainda mais os seus direitos. Mas os árbitros entenderam que os direitos humanos não eram aplicáveis nem relevantes para os litígios e negaram aos requerentes o direito de apresentar os seus argumentos.

A proposta da UE para um Tribunal Multilateral de Investimento refere a “possibilidade de intervenção de terceiras partes”, numa cláusula de carácter chocantemente evasivo.¹⁹ As regras do ICS nos recentes acordos de comércio da UE também preveem que “pessoas não governamentais” apresentem “testemunhos amicus curiae”²⁰. Porém, as condições que regem esse tipo de apresentações são extremamente restritivas (por exemplo, um testemunho teria de ser enviado ao tribunal dentro de dez dias a contar da constituição do tribunal arbitral, um prazo totalmente irrealista), o que faz com que os procedimentos pareçam deliberadamente concebidos de forma a ser impossível que as comunidades os cumpram. E, tal como nos acordos vigentes, que possibilitaram os casos deste estudo, os árbitros não estão em caso algum obrigados sequer a considerar os argumentos que lhes são enviados pelas comunidades afectadas²¹. A abordagem da UE está pois longe de tudo o que se pareça com plena participação das comunidades afectadas nos procedimentos de ISDS, ou de tornar os investidores responsáveis pelos seus abusos de direitos humanos – ou seja, do tipo de reformas significativas necessárias ao sistema ISDS e que têm sido propostas por numerosos académicos e especialistas de direitos humanos da ONU.²²



“

As actuais propostas de reforma, de âmbito e natureza limitados, só podem fornecer soluções superficiais para os sintomas dos problemas de base do sistema ISDS.

CARTA ABERTA SOBRE O ISDS DE ESPECIALISTAS INDEPENDENTES DA ONU EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS²³

Aliás, não há referência nenhuma aos direitos humanos em nenhuma das cláusulas da UE relativas à protecção do investimento, nem na sua proposta para a criação de um Tribunal Multilateral de Investimento. Faltam também formulações que tornem claro que os direitos dos investidores não podem prevalecer sobre os direitos humanos e que excluam queixas de ISDS que contestem leis adoptadas em prol do interesse público. Assim, e apesar dos protestos públicos por toda a Europa, é decepcionante constatar como a abordagem de reforma da UE quanto ao ISDS muda muito pouco no que se refere a evitar os efeitos negativos que o mesmo pode ter sobre os direitos humanos.

O lobo do ISDS veste a pele de cordeiro no ICS

Não é possível antever como serão decididas no futuro as possíveis queixas apresentadas ao abrigo do ICS contra a UE, os seus estados-membros e os respectivos parceiros comerciais, nem como se iria pronunciar um Tribunal Multilateral de Investimento. No entanto, é perfeitamente claro que os direitos dos investidores, tais como propostos pela UE, não impediriam que fossem desencadeados no futuro casos como os apresentados neste estudo. A mudança de nome, de ISDS para ICS e para Tribunal Multilateral de Investimento, não se traduziu na tão necessária mudança de paradigma, que acabe com os direitos jurídicos VIP reservados exclusivamente aos super ricos. Em vez disso, as melhorias processuais da UE não são mais do que uma tentativa de disfarçar com uma pele de cordeiro o lobo do ISDS, o qual continua escondido dentro dela.

“

Se os tribunais nacionais são suficientemente bons para o resto da sociedade, porque não são adequados para as multinacionais?

GUY TAYLOR, GLOBAL JUSTICE NOW²⁴

Referências

- 1 Para uma visão geral das críticas ao ISDS na UE, ver: *Corporate Europe Observatory, TTIP investor rights: the many voices ignored by the Commission*, 3 de Fevereiro de 2015.
- 2 A UE assinou acordos dos quais constam disposições relativas a um ICS com o Canadá, Singapura e Vietname. Estão a decorrer negociações com outros países, como a China, Myanmar, Indonésia, México e Japão.
- 3 Comissão Europeia: *The Multilateral Investment Court project*. Para uma avaliação crítica da iniciativa, ver: S2B, CIEL e RLS: *A World Court for Corporations. How the EU plans to entrench and institutionalise investor-state dispute settlement*, Novembro de 2017.
- 4 CSI: *La reforma del sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados (SCIE) en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) - una nota informativa para las posiciones de los sindicatos*, 14 de Março de 2019.
- 5 CCPA et al.: *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba: La nueva propuesta europea perpetuará los ataques de los inversores a la salud y el medio ambiente*, Abril de 2016.
- 6 Citado em Eric Frei: *Schiedsrechtsexperte: TTIP-Gerichtshof würde wenig ändern*, Der Standard, 2 de Novembro de 2015.
- 7 Ver os artigos 8.10.2 e 8.10.4 do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE..*
- 8 Gabriel Resources Ltd. e Gabriel Resources (Jersey) Ltd.: *Claimants Memorial*, 30 de Junho de 2017, par. 682 d.
- 9 Copper Mesa Mining Corporation vs The Republic of Ecuador, *Award*, 15 de Março de 2016, par. 6.8.4.
- 10 Artigo 8.9.1 e 8.9.4 do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE..*
- 11 Por exemplo, nos termos do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE*, os investidores podem contestar as seguintes medidas: “uma lei, um regulamento, uma norma, um procedimento, uma decisão, um acto administrativo, um requisito, prácticas ou qualquer outro tipo de medida adoptada por uma Parte” (Cap. 1, artigo 1.1).
- 12 Ivalyo Dimitrov: *Challenges in Front of the Successful Evolution of the FDI Protection Regime: EFILA Annual Conference, Kluwer Arbitration Blog*, 11 de Fevereiro de 2019.
- 13 Artigo 8.39.3 do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE*.
- 14 Gus van Harten: *Key Flaws in the European Commission’s Proposals for Foreign Investor Protection in TTIP*, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series*, No.139, 4.
- 15 Artigo 8.39.3 do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE*
- 16 Brooke Guven e Lise Johnson: *The Policy Implications of Third-Party Funding in Investor-State Dispute Settlement*, *CCSI Working Paper*, Maio de 2019, 38.
- 17 Frank J. Garcia: *The Case Against Third-Party Funding in Investment Arbitration*, *Investment Treaty News*, 30 de Julho de 2018.
- 18 Artigo 8.26 do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE*.
- 19 Conselho da União Europeia: *Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones*, 20 de Março de 2018, par. 13.
- 20 Anexo 29-A do *Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá e a UE*, par. 43.
- 21 Ibidem, pars. 44 e 46.
- 22 Ver, por exemplo: *Letter of UN human rights experts to UNCITRAL working group III*, 7 de Março de 2019; *Open Letter on the Asymmetry of ISDS by academics*, 13 de Fevereiro de 2019.
- 23 *Letter of UN human rights experts to UNCITRAL working group III*, 7 de Março de 2019.
- 24 Global Justice Now: *New ISDS is “little more than putting lipstick on a particularly unpopular pig”*, 12 de Novembro de 2015.

Fotografias

Pág. 67 Motty, Pág. 69 Uwe Hicks, Pág. 70 Liz West

5

CONCLUSÃO: É TEMPO DE ACABAR COM OS TRIBUNAIS VIP

Os 10 casos deste estudo mostram como os ricos e poderosos processam países por todo o mundo, utilizando tribunais exclusivos. Os estudos de caso aqui documentados levantam sérias dúvidas sobre a legitimidade e a imparcialidade de um sistema jurídico paralelo para as grandes empresas. Estas histórias não são casos isolados ou excepcionais. Elas demonstram que o ISDS – e o seu formato remodelado proposto pela UE – cria riscos públicos significativos e sistémicos, sem os correspondentes benefícios para a sociedade. Estas histórias põem em evidência a ameaça que o ISDS constitui para a democracia, para o erário público, para a integridade dos sistemas judiciais dos estados anfitriões e para os direitos humanos, sociais e ambientais básicos. É tempo de pôr fim a todas as formas de tribunais VIP e de colocar os interesses das pessoas à frente dos lucros das multinacionais.

O ISDS é muitas vezes encarado como um sistema jurídico internacional distante e impenetrável, desligado das realidades locais e nacionais. Porém, este estudo demonstra o contrário. O ISDS tem um impacto profundo nas questões locais e nacionais, ao ponto de minar direitos humanos e ambientais básicos, além dos princípios fundamentais da democracia.

Garantir medicamentos acessíveis contra o cancro; leis para manter os combustíveis fósseis no subsolo; impedir a destruição ambiental em algumas das regiões do mundo com maior biodiversidade e em lugares declarados património nacional; proteger as principais fontes de água potável; corrigir injustiças coloniais reconhecendo o direito das populações às suas terras ancestrais; tributar justamente os lucros das empresas; e deter um projecto imobiliário de luxo que beneficiaria uns poucos à custa de muitos. São estas as questões de que trata



este estudo. E é este o tipo de medidas que os processos judiciais de arbitragem de investimento atacam com regularidade.

Os 10 casos deste estudo são um testemunho de algumas das maiores injustiças cometidas através do exclusivo sistema paralelo de justiça VIP do ISDS – e mostram porque temos de pôr fim imediato a estes tribunais das multinacionais.

Injustiça nº 1 Os tribunais VIP anulam as lutas vitoriosas das comunidades

As comunidades locais conseguiram paralisar projectos de minas tóxicas na Roménia, na Tailândia, no Equador e na Colômbia, bem como um controverso projecto imobiliário de luxo na Croácia. As comunidades lutaram pelo acesso às suas terras ancestrais no Zimbábue e pressionaram o Parlamento italiano para proibir as perfurações petrolíferas junto à

costa do país. As tentativas da Colômbia para baixar o preço de um medicamento que salva vidas contra o cancro do sangue, assim como a proposta de lei francesa para acabar com a extracção de combustíveis fósseis, foram também reivindicações pela saúde pública e pelo clima. Mas o ISDS foi utilizado para contestar e destruir estas vitórias das comunidades e do público em geral, ou para provocar sangrias na economia dos governos por actuarem em prol do interesse público.

Injustiça n° 2

Os tribunais VIP sobrepõem-se aos tribunais nacionais e recompensam investidores que violaram a lei

Nos tribunais ISDS, os investidores contestaram sentenças dos tribunais nacionais proferidas no intuito de salvaguardar o interesse público. Os casos de ISDS contra a Roménia, a Colômbia e a Croácia descritos neste estudo, contornam - e potencialmente anulam - decisões de tribunais nacionais que visavam proteger as comunidades e o ambiente.

Além disso, qualquer investidor estrangeiro, independentemente de os seus investimentos e actividades contribuírem, ou não, para um desenvolvimento sustentável e de respeitarem, ou não, as leis nacionais e internacionais, pode recorrer aos tribunais ISDS contra o estado anfitrião. Os casos contra a Roménia, o Equador, a Tailândia e a Croácia mostram como, apesar de comportamentos ilegais e de condutas violentas por parte dos investidores (como disparos contra as populações), estes ainda conseguiram processar os governos e exigir milhões - e até milhares de milhões - de indemnização paga pelo erário público. No quadro do ISDS, enquanto os investidores não podem ser chamados a responder pelos seus actos, eles podem processar os estados, mesmo quando se constata que violaram as leis de um país e não cumpriram sequer obrigações mínimas, como a de obter o consentimento prévio e informado das comunidades residentes na zona onde se realiza o investimento.

Injustiça n° 3

Os tribunais VIP podem abrir buracos de milhares de milhões nos orçamentos públicos

Neste estudo foram documentadas as numerosas e impressionantes queixas por prejuízos interpostas por investidores através do mecanismo ISDS e as quantias frequentemente exorbitantes concedidas pelos tribunais como indemnização; uma indemnização de 24 milhões de USD contra o Equador; uma penalização de 65 milhões de USD contra o Zimbabwe (podendo ascender a 169 milhões se o Governo não expulsasse as comunidades indígenas das terras reivindicadas pelos investidores); os processos ainda pendentes contra a Croácia, a Itália e a Colômbia nos quais são exigidas várias centenas de milhões de USD; as reivindicações através do ISDS contra o Vietname e a Tailândia, nos quais as quantias reclamadas nem sequer são do conhecimento público, mas que seguramente teriam um efeito devastador para os respectivos orçamentos de estado; uma chocante queixa ISDS de 5 mil milhões de USD contra a Roménia - o equivalente a cerca de 3% do PIB daquele país; e empresas petrolíferas que processam o Vietname para impedir que o país lhes cobre impostos.

Com o ISDS, os governos podem ser forçados a pagar milhões - e, por vezes, milhares de milhões - do erário público para indemnizar as empresas, até por supostos lucros futuros. A quantia total que os estados foram obrigados ou concordaram em pagar até hoje, como resultado de decisões e acordos ISDS publicamente revelados, é de 88 mil milhões de USD.

Injustiça n° 4

Os tribunais VIP podem obstruir a adopção de medidas de interesse público

Vários casos neste estudo demonstram o efeito de congelamento que as ameaças de ISDS podem ter nas decisões dos dirigentes governamentais, quando visam a promoção de legislação fundamental de interesse público, ou a garantia de que os megaprojectos empresariais se ajustam à regulamentação social e ambiental. Perante a ameaça de processos judiciais milionários - ou até multimilionários -, a França reverteu o teor de uma lei destinada a combater as alterações climáticas; a Colômbia atenuou uma medida para o acesso a um medicamento para doentes de cancro; a Roménia está a preparar uma nova lei da mineração que pode voltar a dar luz verde a uma mina ilegal e desistiu da candidatura da região a Património Protegido da Humanidade; e o Governo da Croácia reemitiu licenças que tinham antes sido declaradas ilegais pelos tribunais nacionais. O uso do ISDS para paralisar legislação fundamental de interesse público representa um dos maiores perigos deste sistema.



Injustiça nº 5

Os tribunais VIP ameaçam a protecção ambiental e a justiça climática

Em muitas das histórias aqui documentadas, os investidores contestaram, de forma sistemática, medidas de protecção ambiental. Uma companhia de petróleo e gás natural ameaçou processar o Governo de França por tentar travar a extracção de combustíveis fósseis poluentes – uma medida indispensável para evitar o caos climático. Grandes empresas mineiras, que estavam prontas a espalhar toneladas de cianeto no ambiente, permitir derramamentos de resíduos tóxicos e contaminar florestas e fontes de água potável insubstituíveis, processaram a Roménia, a Tailândia, o Equador e a Colômbia quando os respectivos governos intervieram para deter os seus projectos tóxicos. A proibição imposta pela Itália sobre a perfuração de petróleo e gás junto à costa do país também está a ser contestada e este processo judicial a ser usado como espada de Dâmocles para impedir o actual Governo de levar a cabo medidas mais ambiciosas contra os combustíveis fósseis poluentes.

Injustiça nº 6

Os tribunais VIP atentam contra os direitos humanos

O ISDS não só é incompatível com a protecção ambiental e a justiça climática, mas também constitui mais um ataque à já débil protecção legal das comunidades que são gravemente afectadas por projectos de investidores. No caso do Zimbabwe, os árbitros ordenaram ao Governo que desalojasse milhares de famílias indígenas das suas terras ancestrais. Na Roménia, centenas de pessoas podem ser desalojadas e ver as suas casas destruídas, para evitar o pagamento de vários milhares de milhões de USD. No Equador, a comunidade de Junin, localizada numa das florestas de maior biodiversidade do mundo, correu o risco de expulsão das suas terras para dar lugar a uma mina de cobre a céu aberto, até que o Governo suspendeu o projecto.

Por estas e outras razões, alguns países começaram a abandonar os sistemas de ISDS pondo termo ou não renovando os seus tratados bilaterais de investimento, ou inclusivamente saindo de grandes acordos de investimento como o Tratado da Carta da Energia (ver Figura 3 na pág. 10). E, cabe destacar, que o fizeram sem que tenham sofrido nenhuma das graves consequências para a sua economia ou ao nível do Investimento Estrangeiro Directo que tantas vezes são vaticinadas (ver Caixa 2, pág. 11). É pois bem claro que, a despeito do que afirmam os seus apoiantes, o ISDS nunca serviu para trazer investimento aos países, mas sim para subverter a democracia e minar os direitos humanos e ambientais, em benefício das grandes empresas e dos indivíduos mais ricos.

Alguns países, na sua maioria europeus, a par da própria UE, recorreram recentemente a manobras de maquilhagem e de relações públicas, para tentarem salvar o sistema dos tribunais VIP. Isso acontece rebaptizando, remodelando e relançando o sistema ISDS, nomeadamente através do Sistema de Tribunais de Investimento (ICS) e do Tribunal Multilateral de Investimento propostos pela UE. Porém, com estes supostos “novos” regimes de ISDS, continuariam a ser possíveis os processos judiciais que atacam frontalmente decisões dos governos e tribunais para protecção do interesse público, sem qualquer consideração pelos direitos humanos e ambientais. E as multinacionais poderiam continuar a exigir milhares de milhões aos estados pela perda de lucros futuros.

Não existe, pois, qualquer possibilidade de reformar o ISDS para que ele se torne “melhor”, porque todo o sistema criou uma estrutura de impunidade, que apenas beneficia indivíduos particularmente ricos e as multinacionais. Para que a democracia e a justiça progridam, a única solução é os próprios países desmantelarem os tribunais VIP. Em lugar deles, os governos deveriam priorizar o interesse público, criando regras que permitam às comunidades e aos estados responsabilizar os investidores e as grandes empresas pelos seus impactos nocivos e por violações de direitos humanos.

TRIBUNAIS VIP

10 HISTÓRIAS DE COMO OS RICOS E PODEROSOS CAPTURARAM A JUSTIÇA

Amigos da Terra Internacional é a maior rede de grupos de base ambientalistas do mundo, reunindo 75 grupos nacionais e cerca de 5.000 grupos de activistas locais de todos os continentes. Com mais de 2 milhões de membros e apoiantes em todo o mundo, fazemos campanhas relativas às questões ambientais e sociais mais urgentes dos nossos dias. Combatemos o modelo actual de globalização económica e empresarial e promovemos soluções que ajudarão a criar sociedades sustentáveis do ponto de vista ambiental e socialmente justas. Amigos da Terra Europa é a secção europeia dos **Amigos da Terra Internacional**.

www.foei.org e www.foeeurope.org

O **Transnational Institute (TNI)** é um instituto internacional de investigação e promoção de políticas, empenhado na construção de um mundo mais justo, democrático e sustentável. Ao longo de mais de 40 anos, o TNI tem actuado como um elo entre movimentos sociais, académicos comprometidos e responsáveis políticos.

www.tni.org

O **Corporate Europe Observatory (CEO)** é um colectivo que se dedica à investigação e a organização de campanhas para denunciar e contestar a influência desproporcionada que as grandes empresas e seus lobistas exercem sobre a formulação de políticas da UE. O **CEO** trabalha em estreita colaboração com grupos de interesse público e movimentos sociais, dentro e fora da Europa, no desenvolvimento de alternativas ao domínio do poder das grandes empresas.

www.corporateeurope.org

Esta publicação foi financiada
pelo Ministério Federal dos
Negócios Estrangeiros da Alemanha



ROSA LUXEMBURG STIFTUNG
BRUSSELS OFFICE