

The background of the slide is a wide-angle photograph of a desert landscape. In the foreground, a large, prominent butte of reddish-brown sandstone rises, showing vertical erosion patterns. To the left, another smaller butte with three distinct spires is visible. The ground is a flat, cracked expanse of red earth. In the distance, more mesas and buttes stretch across the horizon under a clear, pale blue sky. The lighting suggests late afternoon or early morning, with long shadows cast across the terrain.

*A Responsabilidade Ambiental no
sistema jurídico do investimento
estrangeiro*

Suzana Tavares da Silva

Atracção de investimento

O GATT e o TCE não são "tratados verdes" e a maior parte dos BIT's não têm cláusulas em matéria de ambiente, elas começam a surgir agora, nos BIT's de 3.ª geração e também no CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada)

No MAI (OCDE) a questão foi muito discutida e na versão final essa cláusula chegou a ser introduzida

O NAFTA é considerado o *'greenest trade agreement'* complementado pelo North American Agreement on Environmental Cooperation, de 1993

Balancing

environmental regulation

regulatory taking

Protecção do ambiente

Mas... é também preciso cautela para evitar que o ambiente seja um pretexto utilizado com fins proteccionistas - art. XX (b) e (g) do GATT e art. 19.º do Tratado da Carta da Energia;

...e para evitar que regimes jurídicos de protecção do ambiente sejam qualificados como medidas de *'regulatory taking'* -

Atracção de investimento

O GATT e o TCE não são "tratados verdes" e a maior parte dos BIT's não têm cláusulas em matéria de ambiente, elas começam a surgir agora, nos BIT's de 3.^a geração e também no CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada)

No MAI (OCDE) a questão foi muito discutida e na versão final essa cláusula chegou a ser introduzida

O NAFTA é considerado o '**greenest trade agreement**' complementado pelo North American Agreement on Environmental Cooperation, de 1993

env

É o caso:

- dos artigos 8 (3) (c) e 12 do USA Model BIT, que contemplam uma cláusula de proibição de redução do *standard* de protecção normal e de garantia do cumprimento das leis ambientais;
- do projecto de BIT norueguês que contempla uma cláusula semelhante ao art XX do GATT
- do CETA onde as modificações legislativas em matéria ambiental, laboral e de saúde não podem ser consideradas expropriações, a não ser que se revelem excessivas em função da sua finalidade e atinjam de forma muito intensa o direito de propriedade do investidor.

Atracção de investimento

O GATT e o TCE não são "tratados verdes" e a maior parte dos BIT's não têm cláusulas em matéria de ambiente, elas começam a surgir agora, nos BIT's de 3.^a geração e também no CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement between the EU and Canada)

No MAI (OCDE) a questão foi muito discutida e na versão final essa cláusula chegou a ser introduzida

O NAFTA é considerado o '**greenest trade agreement**' complementado pelo North American Agreement on Environmental Cooperation, de 1993

env

Article 1114: Environmental Measures

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures.

Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

Protecção do ambiente

Mas... é também preciso cautela para evitar que o ambiente seja um pretexto utilizado com fins proteccionistas - art. XX (b) e (g) do GATT e art. 19.º do Tratado da Carta da Energia;

...e para evitar que regimes jurídicos de protecção do ambiente sejam qualificados como medidas de ***'regulatory taking'*** -

Balancing

environmental regulation

regulatory taking



Decisão de Investir

O investidor não teme um elevado standard de protecção ambiental... ele teme as **modificações regulatórias posteriores** adoptadas durante o período de amortização do investimento

*Standard Ambiental Elevado **no momento do investimento***


- Decisão de investir ou não investir em face destas regras vigentes...
- possibilidade de mudar o local do investimento
- possibilidade de acomodar os custos das externalidades ambientais no *project finance* do projecto

*Actualização do standard de protecção ambiental **após a realização do investimento** e durante o período de amortização*

- efeito surpresa
- dificuldades ou impossibilidade na internalização dos custos
- vantagens relativas para os investidores nacionais
- risco de protecționismo


Decisão de Investir

O investidor não teme um elevado standard de protecção ambiental... ele teme as **modificações regulatórias posteriores** adoptadas durante o período de amortização do investimento



Standard Ambiental Elevado **no momento do investimento**

- Decisão de investir ou não investir em face destas regras vigentes...
- possibilidade de mudar o local do investimento
- possibilidade de acomodar os custos das externalidades ambientais no *project finance* do projecto



**Actualização do standard de
protecção ambiental *após a
realização do investimento* e durante
o período de amortização**

- efeito surpresa
- dificuldades ou impossibilidade na internalização dos custos
- vantagens relativas para os investidores nacionais
- risco de proteccionismo

1. O que é o efeito surpresa?
2. Como se relaciona com o efeito surpresa?
3. Como se relaciona com o efeito surpresa?
4. Como se relaciona com o efeito surpresa?



Garantia do bom funcionamento da economia global segundo os melhores standards

Actualização para as melhores técnicas disponíveis


exercício normal da actividade de regulação
ou
situação que gera o dever de indemnizar segundo o standard environmental (regulatory) taking

A diferença é medida a partir da 'afecção substancial da propriedade' (investimento), tomando em conta, os riscos normais do investimento e os *standards* internacionais comumente aceites em matéria de protecção ambiental

A questão tem sido trabalhada a partir de diferentes propostas de interpretação do que deve entender-se por **exercício normal do poder de regular**.

Intangibilidade do investimento

- Inadmissibilidade desta cláusula?
- Invalidade com fundamento na garantia do Estado Ambiental?
- Invalidade com fundamento na violação do direito humano ao ambiente?



***Garantia do bom
funcionamento da
economia global
segundo os
melhores
standards***



Intangibilidade do investimento

- Inadmissibilidade desta cláusula?
- Invalidade com fundamento na garantia do Estado Ambiental?
- Invalidade com fundamento na violação do direito humano ao ambiente?

Actualização para as melhores técnicas disponíveis

exercício normal da actividade de regulação

ou

*situação que gera o dever de indemnizar segundo o standard
environmental (regulatory) taking*

A diferença é medida a partir da '**afecção substancial da propriedade**' (investimento), tomando em conta, os riscos normais do investimento e os *standards* internacionais comumente aceites em matéria de protecção ambiental

A questão tem sido trabalhada a partir de diferentes propostas de interpretação do que deve entender-se por **exercício normal do poder de regular**.

Os critérios adoptados pela **jurisprudência norteamericana e internacional** não permitem construir uma dogmática esclarecedora da diferença entre "*normal regulation*" e "*environmental taking*" - os autores falam até de uma "ad-hocery" - mas podemos, contudo, individualizar os factores de ponderação:

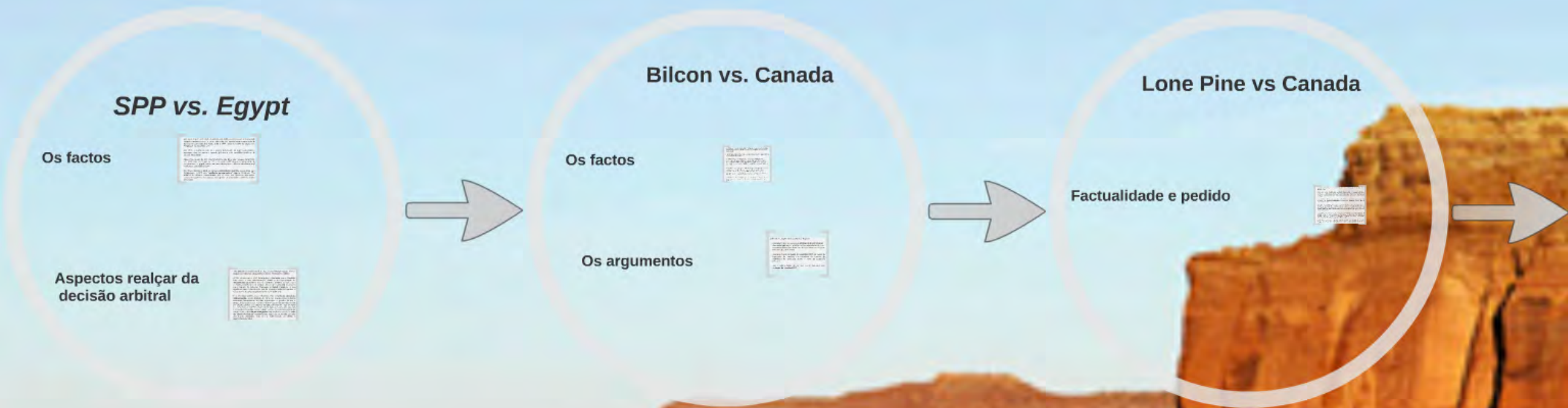
1. a intensidade da medida sobre a propriedade
2. a intensidade com que a medida afecta as expectativas do investidor
3. a natureza jurídica da medida adoptada (acto, lei)
4. a prossecução de interesses legítimos por parte do Estado
5. a afectação da viabilidade económica do investimento
6. a produção de um efeito proteccionista relativamente aos investidores nacionais

A partir destes elementos, a jurisprudência tende a considerar que se trata de uma **medida de regulação ambiental normal** sempre que resulte demonstrada:

- a proporcionalidade e a legitimidade da medida adoptada
- o carácter não discriminatório da medida
- a inexistência de violação de um contrato ou de expectativas legítimas dos investidores

Caso a medida de revele proporcional e legítima, mas afecte direitos ou expectativas legítimas dos investidores, estes terão direito a uma **compensação** - entende-se que neste caso as externalidade positivas hão-de ser suportadas pelas comunidade em geral.

Análise de Jurisprudência



SPP vs. Egypt

Os factos

- Em 1974, a SPP (controlada de Hong Kong) celebrou um contrato com o Estado Egípcio, mediante o qual foi constituída uma joint venture para a exploração de petróleo no mar do Mediterrâneo, tendo a SPP levado para 80% do capital e o Egito para os restantes 20%.
- Em 1976 a eleição de uma nova maioria parabenizou no Egito determinou a criação da SPPE, quando já haviam sido investidos milhões de dólares no projecto.
- Após uma decisão do ICC, que foi anulada pela jurisdição francesa, teve início, em 1984, uma arbitragem no ICDF, na qual a SPP alegou a expropriação do investimento e o pagamento de uma indemnização no valor dos investimentos já realizados, acrescidos de juros.
- Em 1982 o Estado egípcio concluiu pela expropriação legítima e pelo dever do Egito pagar à SPP uma "equitativa compensação", que foi fixada em 27,6 milhões de dólares, considerando não só o valor das despesas suportadas, quanto os danos da SPP relativos à negligência, mas também a perda do chance comercial.

Aspectos realçar da decisão arbitral

- A lei aplicável na decisão em art. 42 (1) da Convenção ICDF, trata o Egito com a mesma adaptação do direito internacional público.
- O Tribunal considerou, à luz do seu equívoco, que tanto como o investimento teria estado a uma indemnização devida pela expropriação, do investimento (incumbido a normas contractuais positivas, se não, o que a empresa alegava ser o contrato (normas não contractuais) e não pelo texto literal do contrato (normas contractuais negativas), o que significava que a indemnização teria de reflectir o estado do investimento e não o ganho do qual que poderia resultar do investimento.
- É interessante, porém, que o Tribunal negou, na forma de cálculo da indemnização, a possibilidade de fazer um levantamento de lucro, quer seja, sustentando os dois argumentos, o primeiro de que o tempo de duração do contrato era muito longo e não poderia realizar um cálculo correcto, e o segundo de que a empresa em questão era parte da Convenção de UNESCO relativa à neutralidade do projecto, pelo que não são necessários quaisquer cálculos de lucro ou de perda para determinar o valor do dano emergente (incluindo de juros) e o valor de "perda de chance" comercial (se não, não se atribuiu ao valor dos lucros esperados, mas sim a indemnização do dano a oportunidade perdida).

- Em 1974, a SPP (sociedade de Hong Kong) celebrou um contrato com o Estado Egípcio, mediante o qual foi constituída uma *joint venture* para a exploração do turismo na zona das pirâmides, tendo a SPP ficado com 60% do capital e o Egípto com os restantes 40%;
- Em 1978, a eleição de uma nova maioria parlamentar no Egípto determinou a cessação daquela parceria, quando já haviam sido investidos 5 milhões de dólares no projecto
- Após uma decisão do ICC, que foi anulada pela jurisdição francesa, teve início, em 1984, uma arbitragem no ICSID, na qual a SPP alegou a expropriação do investimento e o pagamento de uma indemnização no valor dos investimentos já realizados, acrescida de juros
- Em 1992 a decisão arbitral conclui pela **expropriação legítima** e pelo dever de o Egípto pagar à SPP uma "**equitable compensation**", que foi fixada em 27,6 milhões de dólares, contabilizando não só valor das despesas suportadas, acrescido de juros de 5% (aplicou a lei egípcia), mas também a perda de chance comercial.

SPP vs. Egypt

Os factos

- Em 1974, a SPP (controlada de Hong Kong) celebrou um contrato com o Estado Egípcio, mediante o qual foi constituída uma joint venture para a exploração de petróleo no mar do Mediterrâneo, tendo a SPP fornecido cerca de 80% do capital e o Egípcio os recursos locais;
- Em 1976, a celebração de um novo tratado por parte do Egípcio determinou a cessação da joint venture, quando já haviam sido investidos milhões de dólares no projecto;
- Após uma decisão do ICC, que foi anulada pelo Tribunal Inglês, teve início, em 1984, uma arbitragem no ICDF, na qual a SPP alegou a expropriação do investimento e o pagamento de uma indemnização no valor dos investimentos já realizados, acrescidos de juros;
- Em 1982 o Estado egípcio concluiu pela expropriação legítima e pelo dever do Egípcio pagar à SPP uma "equitativa compensação", que foi fixada em 27,6 milhões de dólares, considerando não só o valor das despesas suportadas, quanto os danos da SPP (falha a ser negligência), mas também a perda do chance comercial.

Aspectos realçar da decisão arbitral

- A lei aplicável na decisão em art. 41 (1) da Convenção ICDF, trata o Egípcio com a mesma adaptação do direito internacional público;
- O Tribunal considerou, à luz do seu equívoco, que tanto como o investimento teria sido a uma indemnização devido pela expropriação, do investimento (incumbido a normas contractuais postas, se não, o que a empresa alegava ser o contrato (normas não expressas) e não pelo texto literal do contrato (normas contractuais expressas), o que significava que a indemnização teria de reflectir o valor do investimento e não o ganho (o qual que estava sobre os investimentos);
- E, lastimosa, porém, que o Tribunal Inglês, na forma de cálculo da indemnização, a possibilidade de erro em consideração ao lucro, ou seja, considerando os dois argumentos, o período de que o tempo de duração do contrato era muito longo e não poderia realizar um cálculo correcto, e o segundo foi que a empresa em 1976, de acordo com a Convenção da UNESCO formou o projecto, pelo que não era necessário qualquer valor a parte desde que o seu valor fosse superior ao valor dos danos emergentes (incluindo de juros) e o valor de "perda de chance" comercial (o que, não se atribuiu ao valor dos lucros cessados, mas sim a indemnização do direito a oportunidade de lucro).

- A lei aplicada na decisão *ex vi* art. 42 (1) da Convenção ICSID, foi a lei egípcia com algumas adaptações do direito internacional público
- O tribunal considerou, à luz da lei egípcia, que neste caso o investidor teria direito a uma **indenização devida pela expropriação do investimento** (incluindo o interesse contratual positivo, ou seja, o que a empresa receberia se o contrato tivesse sido cumprido) e não pela mera ruptura do contrato (interesse contratual negativo), o que significava que a indenização teria de reflectir a perda do investidor e não o ganho do país que pusera termo ao investimento.
- É curioso notar, porém, que o tribunal rejeitou, na **forma de cálculo da indenização**, a possibilidade de tomar em consideração os lucros cessantes, baseando-se em dois argumentos, o primeiro de que o tempo de duração do contrato era muito exíguo e não permitia realizar um cálculo correcto, e o segundo de que a entrada em vigor em 1979 da Convenção da UNESCO tornaria inviável o projecto, pelo que eles não receberiam qualquer valor a partir dessa data e por isso optou por somar ao valor dos **danos emergentes** (acrescidos de juros) e o **valor da "perda de chance" comercial** (ou seja, não se atendeu ao valor dos lucros cessantes, mas sim a indenização do direito à oportunidade perdida).

Bilcon vs. Canada

Os factos

Auriferos metais preciosos (Bilcon) e metais preciosos (Canada) são recursos naturais raros e essenciais para a indústria e a economia global.

Os metais preciosos são recursos naturais raros e essenciais para a indústria e a economia global.

Auriferos metais preciosos (Bilcon) e metais preciosos (Canada) são recursos naturais raros e essenciais para a indústria e a economia global.

Os argumentos

Entre outros argumentos, a empresa alega:

- que teria havido violação da proibição de discriminação das estrangeiras por motivos raça/operacionais (3.10), no caso de uma violação de direitos de propriedade intelectual, fossem suportados a 4%.
- que teria havido violação do standard FET por causa de irregularidade de medidas regulamentares de impacto de abertura de mercado sobre a zona de proteção social.
- que a subordinação de preços a AIA constitui uma violação do standard FET.

- A empresa norte-americana Bilcon constitui uma sucursal no Canada (Nova Escócia) com o intuito de explorar uma pedreira na zona de Digby Neck
- Digby Neck é uma zona protegida, classificada também pela UNESCO como reserva de biosfera;
- A construção daquela indústria teria de ser precedida de uma avaliação de impacte ambiental segundo a lei canadiana e a lei da Nova Escócia, embora fosse admissível, segundo os diplomas que regulavam aqueles regimes jurídicos, a emissão de uma AIA única ou conjunta;
- Enquanto esperava pelo resultado da AIA para o projecto de 152ha, a empresa solicitou uma licença para uma exploração de 3,9ha, aproveitando o facto de a lei só exigir a AIA para explorações que ocupassem mais de 4ha, limitando-se, nas explorações de dimensão inferior, a impor um plano de protecção na área piscícola;
- A AIA foi negativa e a empresa decidiu demandar o Canadá e a Nova Escócia por violação do Cap. XI do NAFTA, tendo perdido a acção judicial

Bilcon vs. Canada

Os factos

Auriferas metais descobertos Bilcon (Bilco) em 1982 na cidade de Bilco (Bilco) em 1982. Bilco é uma cidade localizada no norte do Canadá.

Desde 1982, Bilco tem sido uma cidade importante para a indústria aurífera do Canadá.

A Bilco tem sido uma cidade importante para a indústria aurífera do Canadá desde 1982.

A Bilco tem sido uma cidade importante para a indústria aurífera do Canadá desde 1982.

Os argumentos

Entre outros argumentos, a empresa alega:

- que teria havido violação da proibição de discriminação das estrangeiras por motivos raça/operacionais (3.10), no caso Bilco, a menos de 100 metros de suas instalações, fossem suportados a 4%.
- que teria havido violação do standard FET por causa de repressão de medidas repressivas de impacto de abertura de concessão sobre a zona de concessão (3.10.1).
- que a subordinação de Bilco a Bilco constitui uma violação do standard FET.

Entre outros argumentos, a empresa alegava:


- que teria havido violação da **proibição de discriminação dos estrangeiros** por existirem outros operadores da área, embora nunca tivesse demonstrado que essas explorações fossem superiores a 4ha;
- que teria havido **violação do standard FET** por causa da imposição de medidas minimizadoras do impacto da actividade de extracção sobre a zona de protecção piscícola.
- que a subordinação do projecto a AIA constituia uma **violação do standard FET**

Lone Pine vs Canada

Factualidade e pedido

© 2019 Lone Pine. Todos los derechos reservados. Este documento es una propiedad intelectual de Lone Pine y no debe ser distribuido, copiado, reproducido o transmitido en ninguna forma sin el consentimiento escrito de Lone Pine. El uso no autorizado de este documento puede resultar en acciones legales. Lone Pine no es responsable de los errores o omisiones que puedan aparecer en este documento. Lone Pine se reserva el derecho de modificar este documento sin previo aviso. Lone Pine no garantiza que el contenido de este documento sea exacto, completo o actualizado. Lone Pine no es responsable de los daños o perjuicios que puedan resultar del uso de este documento. Lone Pine no es responsable de los resultados que puedan obtenerse del uso de este documento. Lone Pine no es responsable de los daños o perjuicios que puedan resultar del uso de este documento. Lone Pine no es responsable de los resultados que puedan obtenerse del uso de este documento.

- A sociedade Lone Pine, com sede nos EUA, dedicava-se à exploração e produção de petróleo e gás;
- Entre os diversos investimentos, constituiu uma sucursal no Quebec destinada à exploração de shale-gas na bacia de Utica, uma actividade que seria exercida também no contexto da sua relação com uma outra empresa Americana e com uma empresa do Quebec
- Na sequência dos negócios estabelecidos entre as três empresas, havia sido solicitada uma **licença de exploração** na área de St Lawrence River, a qual foi concedida em 2009
- Em 2010, no seguimento de diversas acções promovidas pelos ambientalistas, que levaram à promoção de consultas públicas sobre a matéria (instrumento de participação procedimental próximo da nossa lei de acção popular), o Governo do Quebec decidiu **aprovar uma moratória** para a exploração do shale-gas na zona que havia sido licenciada
- De acordo com a empresa, esta medida consubstancia uma **expropriação da licença**, a qual, de resto, haveria de ser 'confirmada' em 2013, com a **aprovação da lei que proíbe a exploração do shale-gas e revoga as licenças concedidas**, afirmando que não há lugar a qualquer indemnização
- A Lone Pine solicitou uma arbitragem segundo as regras da UNCITRAL, invocando a violação dos artigos 1110 (expropriação) e 1105 (minimum standard treatment) da NAFTA




**As medidas de protecção
ambiental podem
representar custos muito
significativos para os
contribuintes dos "Estados
Verdes"**

**Deve dar-se preferência a
soluções contratuais e a
medidas de compensação
ambiental**

Exemplos de novas soluções

- Aprovação de standards internacionais verdes;
- Celebração de contratos de compensação ambiental;
- Concessões de conservação ambiental (*'renting biodiversity'*)
- Reservas privadas comerciais
- Medidas de compensação ambiental voluntárias



IISD - Model International Agreement on Investment for Sustainable Development

2010 Investment contracts for Fairer and More Sustainable Development: How to Make Contracts for Fairer and More Sustainable Natural Resource Investments

Exemplos de novas soluções

- Aprovação de standards internacionais verdes;
- Celebração de contratos de compensação ambiental;
- Concessões de conservação ambiental (*'renting biodiversity'*)
- Reservas privadas comerciais
- Medidas de compensação ambiental voluntárias



Veja-se o caso QIT Madagascar Minerals, que celebrou diversos **contratos de biodiversidade** com o Estado, supervisionados por ONGs Internacionais, como a Birdlife International, tendo em vista garantir compensações ambientais pelos impactos gerados pela exploração mineira de diamantes



Exemplos de novas soluções

- Aprovação de standards internacionais verdes;
- Celebração de contratos de compensação ambiental;
- Concessões de conservação ambiental (*'renting biodiversity'*)
- Reservas privadas comerciais
- Medidas de compensação ambiental voluntárias



Os contratos de concessão de conservação constituem tipos de concessões de uso do solo cujo intuito é proteger habitats ou espécies em perigo em países onde a adopção de medidas legais restritivas não é possível em razão do baixo índice de desenvolvimento económico.

Esta modalidade de contratos foi introduzida em 2002 no Código florestal do Perú e em 2006 foi celebrado o primeiro contrato, entre o Perú e a Wildlife Conservation Society, com a duração de 40 anos, cujo objectivo é assegurar o desenvolvimento sustentável de uma área da Amazónia e de algumas espécies de primatas que começavam a estar em vias de extinção (uakari).

O plano traçado pela ONG não produziu ainda os frutos esperados, pois as primeiras acções centram-se na educação ambiental dos nativos (combater a caça ilegal e o abate de árvores) e na promoção de emprego local a partir dos fundos internacionais de conservação da natureza.



Exemplos de novas soluções

- Aprovação de standards internacionais verdes;
- Celebração de contratos de compensação ambiental;
- Concessões de conservação ambiental (*'renting biodiversity'*)
- Reservas privadas comerciais
- Medidas de compensação ambiental voluntárias

Nas reservas privadas comerciais, os Estados reconhecem o interesse público de certos projectos de protecção da biodiversidade e encarregam as empresas que exploram as actividades comerciais naquelas zonas de garantir a sustentabilidade dos projectos.

Um dos exemplos mais comentados pela doutrina é imposição pela lei Indonésia de protecção das florestas de suportar a missão do projecto Senepis de conservação do tigre-de-sumatra



Exemplos de novas soluções

- Aprovação de standards internacionais verdes;
- Celebração de contratos de compensação ambiental;
- Concessões de conservação ambiental (*'renting biodiversity'*)
- Reservas privadas comerciais
- Medidas de compensação ambiental voluntárias

Veja-se o plano da REN em matéria de protecção da cegonha branca nas redes de transporte de energia eléctrica, que inclui a instalação de dispositivos anti-colisão, estruturas de apoio à nidificação e ainda um programa de monitorização dos indivíduos



É o protocolo celebrado em 2003, entre a EDP Distribuição-Energia SA, o ICNF, a Sociedade Portuguesa para o Estudo das Aves (SPEA) e a Quercus, que permitiu avaliar os impactes das linhas eléctricas de alta e média tensão sobre a avifauna em Portugal, através de estudos realizados entre 2003 e 2005. Os encargos financeiros decorrentes do desenvolvimento deste protocolo, que orçaram em cerca de 1.400.000 €, foram co-suportados pela EDP Distribuição e pelo INTERREG.

RUSTLE THE LEAF™

BY PONCE & WRIGHT



© 2005, GO NATURE! UTVMG, LLC. WWW.RUSTLETHELEAF.COM