

**O ATAQUE CONTRA A DEMOCRACIA:  
A HISTÓRIA DO CAPÍTULO 11 DO TLCAN SOBRE  
INVESTIMENTOS E AS AÇÕES MOVIDAS POR  
EMPRESAS CONTRA GOVERNOS**

*LIÇÕES PARA  
A ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO DAS AMÉRICAS  
(ALCA)*



*[http://www.citizen.org/trade/ftaa/ALCA\\_Port\\_/](http://www.citizen.org/trade/ftaa/ALCA_Port_/)*

**Outubro de 2002**

© 2001 *Public Citizen* (Relatório original em inglês); 2002 (versão atualizada e traduzida para o português). Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste documento poderá ser reproduzida ou utilizada por qualquer meio eletrônico, mecânico, fotográfico ou gravado ou por sistemas de busca e troca de informações sem o consentimento expresso e por escrito dos autores.

ISBN 1-58231-027-0

A *Public Citizen* é uma associação de membros, sem fins lucrativos, sediada em Washington, D. C., e dedicada a defender os direitos dos consumidores por meio de arrazoados, litígios, pesquisas, publicações e serviços de informação. Desde a sua fundação, em 1971, por Ralph Nader, a *Public Citizen* vem lutando pelos direitos dos consumidores na economia de mercado, por sistemas de saúde seguros e inofensivos, por um comércio justo, por fontes de energia limpas e seguras e para que empresas e governos prestem conta de seus atos perante a sociedade. Visite o nosso *site* no endereço <http://www.citizen.org>.

**Agradecimentos:** A pesquisa e redação deste relatório ficaram a cargo de Mari Bottari e Lori Wallach, da *Public Citizen*, e de David Waskow, da organização Amigos da Terra dos Estados Unidos. Ele também contou com a valiosa colaboração de Angela Bailey, Amanda Ballantyne, Angela Bradbery, David Desrosiers, Darshana Patel, Paul Levy, Michael Satín e Patrick Woodwall. A *Public Citizen* também estende seus agradecimentos a Nathalie Bernasconi, Aaron Cosbey, Jim Grieshaber-Otto, John Nichols, Steve Schrybman e Martin Wagner por suas contribuições ao presente relatório.

**Tradução para o português:** Luiz Marcos B. L. de Vasconcelos, Master Language Traduções e Interpretação Ltda., Brasília-DF. Esta tradução contou com o apoio de Oxfam e foi utilizada como insumo para o Seminário Latino Americano sobre as Implicações de um Acordo sobre Investimentos, realizado no Brasil em abril de 2003.

**Para obter mais cópias deste documento, favor entrar em contato com:**

*Public Citizen's Global Trade Watch*

215 Pennsylvania Ave SE

Washington, DC 20003

Estados Unidos

Tel: +1 202 45 45 103 Fax: +1 202 54 77 392

E-mail: [gtwfield@citizen.org](mailto:gtwfield@citizen.org)

Página na Internet: [www.tradewatch.org](http://www.tradewatch.org)

Informações em português: [http://www.citizen.org/trade/ftaa/ALCA\\_Port/](http://www.citizen.org/trade/ftaa/ALCA_Port/)

**Outros Títulos disponíveis da *Public Citizen's Global Trade Watch* incluem:**

Down on the Farm: NAFTA's Seven Years War on Farmers and Ranchers in the U.S., Canada & Mexico (junho de 2001)

Purchasing Power (outubro de 2000)

The Clinton Record on Trade-Vote Deal Making: High Infidelity (maio de 2000)

Whose Trade Organization?: Corporate Globalization and the Erosion of Democracy (1999)

The WTO: Five Years of Reasons to Resist Corporate Globalization (1999)

A Citizen's Guide to the WTO: Everything You Need to Know to Fight for Fair Trade (1999)

Deals for NAFTA Votes II: Bait and Switch (1997)

Deals for NAFTA Votes: Trick or Treat? (1997)

NAFTA's Broken Promises: Fast Track to Unsafe Food (1997)

NAFTA's Broken Promises: Failure to Create U.S. Jobs (1997)

NAFTA's Broken Promises: The Border Betrayed (1996)

NAFTA's Broken Promises: Job Creation (1995)

Trading Away U.S. Food Safety (1993)

NAFTA's Bizarre Bazaar (1993)

**Disponíveis em espanhol:**

En el Campo: El Impacto del TLCAN Para Campesinos y Ganaderos en México, los EE.UU y Canadá (junho de 2001)

La Traición de la Frontera: Las Promesas Rotas del TLCAN (1996)

El Ataque Contra la Democracia: El Historial del Capítulo 11 del TLCAN sobre Inversiones y Las Demandas Judiciales de Empresas Contra Gobiernos– Lecciones para el ALCA (outubro de 2002)

# ÍNDICE

<b>TABELA DE CASOS CONHECIDOS DO TLCAN EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS.....</b>	<b>i</b>
<b>INTRODUÇÃO</b>	
<b>Uma Ofensiva em Múltiplas Frentes .....</b>	<b>3</b>
<b>Os Investidores e Seus Novos Direitos e Privilégios no âmbito do TLCAN .....</b>	<b>4</b>
<b>O Sistema Corporativo de Solução de Controvérsias do TLCAN: Execução Privada de     um Tratado Público.....</b>	<b>8</b>
<b>CASOS-CHAVE RELACIONADOS AO CAPÍTULO 11 DO TLCAN.....</b>	<b>11</b>
<b>Exemplo n. 1: Metalclad versus Município de Guadalcazar, México .....</b>	<b>11</b>
<b>Exemplo n. 2: UPS versus Serviço Postal Canadense.....</b>	<b>14</b>
<b>CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....</b>	<b>17</b>
<b>Conceitos sobre Investimentos incluídos na Minuta do Acordo da ALCA.....</b>	<b>19</b>
<b>Recomendações.....</b>	<b>20</b>
<b>NOTAS .....</b>	<b>22</b>



## **TABELA DE CASOS E AÇÕES MOVIDAS COM BASE NO DISPOSTO NO CAPÍTULO 11 DO TLCAN**

### **Chaves**

\*\* Indica a data de registro da Notificação de Ação, que é o primeiro passo em processos movidos por um investidor contra um Estado, pelo qual o investidor notifica um governo de sua intenção de mover uma ação contra ele de acordo com o disposto no Capítulo 11 do TLCAN.

\* Indica a data de registro da Notificação de Arbitragem, que é o segundo passo em processos movidos por um investidor contra um Estado, pelo qual o investidor notifica o organismo arbitral que está pronto para iniciar um processo de arbitragem sob o amparo do disposto no Capítulo 11 do TLCAN.

Empresa ou Investidor	Sede	Indenização Reclamada (US\$)	Situação	Tema
-----------------------	------	------------------------------	----------	------

### **Casos e Ações contra os Estados Unidos.**

<b>Loewen</b> 30 de outubro de 1998*	CIADI	US\$ 725 milhões	Pendente	Um conglomerado funerário canadense impugna a indenização imposta pelos jurados de um tribunal estadual do Mississippi, Estados Unidos, num caso comparativo entre duas empresas
<b>Mondev</b> 1 de setembro de 1999*	CIADI	US\$ 50 milhões	Absolvido	Uma Empresa canadense de desenvolvimento imobiliário impugna um laudo da Corte Suprema de Massachussets, Estados Unidos, sobre a imunidade soberana e a política de uso do solo adotada pelo governo local
<b>Methanex</b> 3 de dezembro de 1999*	CNUDMI	US\$ 970 milhões	Pendente	Empresa canadense impugna a eliminação progressiva do aditivo para gasolina MTBE decidida na Califórnia, Estados Unidos, com base no argumento de que contamina a água potável em todo o Estado
<b>Grupo ADF</b> 19 de julho de 2000*	CIADI	US\$ 90 milhões	Absolvido	Empresa siderúrgica canadense impugna a Lei conhecida como “Só Compre Produtos Norte-Americanos”
<b>Kenex</b> 2 de agosto de 2002*	CNUDMI	US\$ 20 milhões	Pendente	Empresa canadense produtora de cânhamo impugna novas regras da DEA (agência antidrogas dos Estados Unidos) que criminalizam a importação de alimentos à base de cânhamo.
<b>James Baird</b> 15 de março de 2002**	Ação ainda não movida	US\$ 13 milhões		Investidor canadense impugna a política norte-americana de descartar lixo nuclear num local conhecido como Yuca Mountain no Estado de Nevada, Estados Unidos. O investidor é titular de patentes sobre métodos competitivos e localizações alternativas para a eliminação de despejos
<b>Canfor</b> 9 de julho de 2002*	CNUMID	US\$ 250 milhões	Pendente	Empresa florestal canadense exige indenização por danos e perdas causados por medidas ‘antidumping’ e tarifas compensatórias impostas pelos Estados Unidos no contexto de uma controvérsia entre os Estados Unidos e o Canadá em torno do comércio de madeiras-brancas
<b>Doman</b> 1 de maio de 2002**	Ação ainda não movida	US\$ 513 milhões		Empresa florestal canadense exige indenização por danos e perdas causados por medidas ‘antidumping’ e tarifas compensatórias impostas pelos Estados Unidos no contexto de uma controvérsia entre os Estados Unidos e o Canadá em torno do comércio de madeiras-brancas

### Casos e Ações contra o Canadá

<b>Ethyl</b> 14 de abril de 1997*	CNUMID	US\$ 201 milhões	Resolvido; A Ethyl ganhou US\$ 13 milhões	Empresa de produtos químicos dos Estados Unidos impugna uma regulação ambiental canadense relacionada ao aditivo para gasolina MMT
<b>S.D. Myers</b> 30 de outubro de 1998*	CNUMID	US\$ 20 milhões	A S.D. Myers ganhou US\$ 8,5 milhões	Empresa norte-americana de tratamento de resíduos impugna uma proibição imposta pelo Canadá contra as exportações de PCB, em conformidade com um acordo ambiental multilateral; o montante da indenização ainda não foi determinado
<b>Pope &amp; Talbot</b> 25 de março de 1999*	CNUMID	US\$ 381 milhões	A P&T ganhou a causa	Empresa madeireira dos Estados Unidos impugna a execução canadense do Acordo sobre Madeiras-Branças, assinado em 1996 pelos Estados Unidos e o Canadá; o montante da indenização ainda não foi determinado
<b>UPS</b> 19 de abril de 1999*	CNUMID	US\$ 160 milhões	Pendente	A UPS reivindica que o serviço postal canadense de entrega de encomendas recebe subsídios injustos, porque é um serviço público
<b>Sun Belt</b> 12 de outubro de 1999*	CNUMID	US\$ 10.500 milhões	Desconhecido	Empresa norte-americana de água impugna a moratória imposta à exportação de água em estado natural na Colúmbia Britânica, Canadá
<b>Crompton</b> 6 de novembro de 2001**	Ação ainda não movida	US\$ 100 milhões		Empresa de produtos químicos dos Estados Unidos, produtora do pesticida lindano, um contaminante orgânico persistente e perigoso, impugna um acordo voluntário que prevê uma diminuição da produção

### Casos e Ações contra México

<b>Metalclad</b> 13 de janeiro de 1997*	CIADI	US\$ 90 milhões	A Metalclad ganhou a causa US\$ 15,6 milhões	Empresa dos Estados Unidos impugna uma decisão do município mexicano de Guadalcazar de recusar-se a conceder uma licença de construção de instalações para o descarte de resíduos tóxicos e declarar o local como uma reserva ecológica controlada pelo governo estadual
<b>Azinian, et. al</b> 17 de março de 1997*	CIADI	US\$ 19 milhões	Absolvida	Investidores dos Estados Unidos impugnam uma decisão de um Tribunal Federal mexicano que revogou um contrato de tratamento de despejos de um subúrbio da Cidade do México
<b>Waste Management</b> 29 de setembro de 1998*	CIADI	US\$ 60 milhões	Pendente	Empresa gigante de eliminação de despejos dos Estados Unidos exige que a Cidade de Acapulco revogue uma concessão para a eliminação de despejos
<b>Karpa</b> 17 de abril de 1999*	CIADI	US\$ 50 milhões	A Karpa ganhou a causa US\$ 1,5 milhão	Exportador norte-americano de cigarros impugna a recusa do governo mexicano de abaixar impostos de exportação
<b>Adams, et. al</b> 16 de fevereiro de 2001*	CNUDMI	US\$ 75 milhões	Pendente	Proprietários de terras dos Estados Unidos impugnam uma determinação de um tribunal mexicano que decidiu que o agente imobiliário que lhes vendeu terras não possuía terras e, portanto, não podia fazer negócios com elas
<b>Fireman's Fund</b> 15 de janeiro de 2002*	CIADI	US\$ 50 milhões	Pendente	Seguradora dos Estados Unidos alega que a forma pela qual o México lida com "obrigações" ou bônus emitidos por uma empresa ou governo em troca de um investimento financeiro de médio ou longo prazo é discriminatória
<b>Gami Investments</b> 9 de abril de 2002*	CNUDMI	US\$ 55 milhões	Pendente	Investidores norte-americanos em engenhos de açúcar mexicanos movem ação contra o governo mexicano por ele não ter garantido a rentabilidade dos engenhos e por ter desapropriado cinco engenhos em setembro de 2001

<b>Robert J. Francês</b> 5 de agosto de 2002*	CNUDMI	US\$ 1,5 milhão	Pendente	Cidadão dos Estados Unidos move ação contra autoridades mexicanas por terem confiscado uma propriedade supostamente de sua propriedade na Baixa Califórnia, México
<b>Calmark</b> Data não disponível**	Ação ainda não movida	US\$ 400.000		Empresa norte-americana impugna decisões de um tribunal mexicano sobre um projeto de desenvolvimento para o Cabo San Lucas, alegando que vários indivíduos fraudaram a empresa com propriedades e indenizações
<b>Thunderbird Gaming</b> 23 de agosto de 2002**	Ação ainda não movida	Desconhecido		Empresa canadense operadora de três lojas de vídeo game no México impugna o fechamento de suas instalações com base no fato de quase todos os jogos de azar serem ilegais no México desde 1938

## INTRODUÇÃO

O Tratado de Livre Comércio da América do Norte (TLCAN) é um acordo comercial internacional que regula o comércio e os investimentos entre os Estados Unidos, o México e o Canadá, além de muitos aspectos da política reguladora de cada um desses países. Ele foi assinado em 1992 pelo presidente norte-americano George Bush (pai), o presidente mexicano Carlos Salinas de Gortari e o primeiro-ministro canadense Brian Mulroney, e entrou em vigor em 1994. Atualmente, está sendo negociada uma ampliação do TLCAN para as Américas e o Caribe, constituindo a chamada Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), cuja assinatura e entrada em vigor estão previstas para 2005. A ALCA imporia as regras previstas no TLCAN a outros 31 países do continente americano (a todos eles, com exceção de Cuba).

Algumas das cláusulas mais controvertidas do TLCAN já estão incluídas nas minutas do acordo da ALCA, entre as quais as do capítulo sobre investimentos, o Capítulo 11, que concede garantias e proteções jurídicas especiais e novos direitos às empresas de um país membro do TLCAN que deseje investir em outro país membro do tratado. Chama muito a atenção o fato de que o Capítulo 11 do TLCAN prevê também a possibilidade de esses novos direitos dos investidores poderem ser executados por meio de tribunais privados, remotos e alheios aos sistemas judiciais locais dos países membros do TLCAN. Além de prever novas garantias e facilidades para empresas estrangeiras comprarem empresas, terras e recursos em outros países signatários do tratado, as regras para investimentos previstas no Capítulo 11 do TLCAN também permitem que elas movam ações contra determinadas políticas básicas dos governos com base no argumento de que elas violam os novos direitos e privilégios que o TLCAN concede aos investidores.

Quando uma empresa considera que seus direitos de investidor foram violados à luz do disposto no Capítulo 11 do TLCAN, ela pode impugnar as leis ou políticas do governo que "hospeda" seus investimentos, utilizando, para esse fim, o sistema especial de solução de controvérsias entre um investidor e um Estado previsto no TLCAN. De acordo com esse sistema, um investidor privado pode mover uma ação contra qualquer governo membro do tratado que se recuse a conceder-lhe os privilégios previstos no TLCAN para investidores.

Essas ações movidas por investidores do TLCAN são julgadas por tribunais especiais do tratado e não pelos sistemas judiciais de seus países membros. Esse sistema privado de solução de controvérsias entre um investidor e um Estado funciona paralelamente ao chamado sistema de solução de controvérsias "Estado - Estado", também previsto no TLCAN. As ações movidas por um Estado contra outro são, tradicionalmente, o mecanismo pelo qual se fazem cumprir as normas previstas em acordos comerciais e cada país tem o direito de recorrer à justiça para que outros países observem termos pactuados. Já a observância dos acordos multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC) só pode ser garantida por meio de um sistema de solução de controvérsias que só permite a governos, e não a empresas privadas, mover ações nesse sentido.

Os signatários do TLCAN argumentaram que essas garantias e medidas de proteção para investidores, bem como seus mecanismos privados de aplicação, eram necessários para proteger os investidores da apropriação de sua propriedade privada por parte do Estado (ou seja, para protegê-los de nacionalizações). O México, que nacionalizou as refinarias de petróleo estrangeiras em 1938, era o alvo principal dessas preocupações.<sup>1</sup>

No entanto, a maioria das ações movidas por um investidor contra um Estado até a presente data teve muito pouco a ver com a desapropriação de bens tão temida pelos signatários do TLCAN.<sup>2</sup> Pelo contrário, essas ações impugnaram normas ambientais, regulações e decisões governamentais de âmbito nacional (federal), provincial (estadual) ou municipal:

- A empresa Metalclad, sediada na Califórnia, Estados Unidos, processou com sucesso um município mexicano que se recusara a conceder-lhe uma licença para a construção de uma usina de processamento de resíduos tóxicos. O México foi condenado a pagar US\$ 15.6 milhões a essa empresa;
- Também foram levadas a juízo proibições sanitárias e ambientais contra toxinas em potencial e, num caso, a proibição do uso do aditivo MMT para gasolina, emitida pelo governo canadense, foi suspensa;
- Em duas oportunidades, a aplicação de acordos ambientais internacionais por parte de autoridades canadenses foi impugnada com sucesso e, em ambos os casos, o Canadá está prestes a ser condenado a pagar indenizações por danos e perdas a investidores norte-americanos;
- Empresas estrangeiras que perderam ações movidas em tribunais nacionais recorreram ao sistema de solução de controvérsias entre um investidor e um Estado previsto no TLCAN para ter uma nova "audiência", alegando, como violação governamental das regras previstas no TLCAN, o simples fato de que um tribunal público estadual tivesse julgado uma controvérsia contratual entre duas empresas privadas;
- A United Parcel Service (UPS), uma empresa privada norte-americana prestadora de serviços de correio, moveu uma ação contra o Serviço Postal Canadense e impugnou judicialmente a prestação de serviços de distribuição de objetos postais pelo governo.

Esses ataques inusitados do TLCAN contra atividades governamentais comuns - como a operação do sistema de justiça civil e o poder de aprovar ou negar licenças de construção ou de ditar normas de saúde e ambientais ou outras normas de interesse público - constituem fatos muito preocupantes. Em primeiro lugar, eles revelam que o TLCAN é um modelo profundamente invasivo, que incide em temas que não são estritamente comerciais e impõe uma modalidade extrema de neoliberalismo em relação a políticas sociais e políticas reguladoras nacionais. Em segundo lugar, de acordo com as regras do TLCAN, os governos precisam estar dispostos e ter os recursos necessários para indenizar todos os investidores estrangeiros radicados num país membro do tratado que se considerem até mesmo marginalmente afetados pelas funções normativas governamentais mais básicas.

A ampliação dos direitos dos investidores previstos no TLCAN para 31 países adicionais do continente americano e do Caribe por meio da ALCA pode gerar um aumento explosivo no número de ações movidas por investidores. Essas ações poderiam drenar recursos importantes dos tesouros dos países mais ricos do continente e seu impacto em potencial sobre os países mais empobrecidos e fracos da região seria ainda mais alarmante. Embora seja difícil ou muito difícil calcular os danos em potencial, existe pelo menos um estudo realizado pela Universidade Tufts dos Estados Unidos segundo o qual a extensão do Capítulo 11 do TLCAN para a ALCA permitiria que empresas estrangeiras reivindicassem US\$ 32.000 milhões em indenizações anualmente.<sup>3</sup>

É freqüentemente difícil encontrar informações sobre ações movidas por investidores contra Estados no âmbito do TLCAN. Não há qualquer exigência de se notificar publicamente essas ações; portanto, nem o público, nem o

Parlamento ou o Congresso, têm conhecimento, com certeza, do número total de casos. Este relatório inclui alguns dos casos conhecidos já julgados por tribunais arbitrais do TLCAN e outros cuja resolução está pendente.

## **Uma Ofensiva em Múltiplas Frentes: Protecionismo Extremo para Investidores no TLCAN, na ALCA e na OMC**

A pressão pelo estabelecimento da ALCA e seu protecionismo extremo da propriedade e dos investimentos não podem ser analisados fora do contexto da pressão generalizada da globalização corporativa ou empresarial. Uma forma de se compreender a situação é entendê-la como um ataque por múltiplas frentes, em que a única maneira de se garantir a vitória é mantendo-se vigilante ao impressionante conjunto de ameaças idênticas que vêm de diferentes direções. Especificamente, as grandes empresas multinacionais e os fundamentalistas neoliberais que pressionam pelo estabelecimento da ALCA estão usando o acordo proposto como uma peça de sua estratégia, cujo objetivo é impor políticas uniformes e fazer com que sua visão neoliberal extrema impere politicamente em tudo o mundo. A ALCA é o mecanismo regional mais afinado com esse objetivo.

Os interesses particulares que estão tentando impor essas políticas consideram o TLCAN como um marco fundamental de sua agenda. Devido à falta de poder de negociação do México e do Canadá diante dos Estados Unidos nas negociações do tratado, as cláusulas do TLCAN sobre investimentos -bem como as relativas aos direitos de propriedade intelectual, à comercialização de serviços e aos direitos dos investidores no setor dos serviços - se aproximam mais do ideal dos empresários que as disposições semelhantes vigentes na OMC. Quando os acordos da OMC estavam sendo negociados, blocos e países poderosos no contexto multilateral, como a União Européia (UE), equilibravam as propostas mais extremadas dos Estados Unidos. Por isso, o acordo da OMC sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (MIC, melhor conhecido como TRIMS, sua sigla em inglês) abrange somente um conjunto mais restrito de atividades. Embora suas disposições efetivamente impeçam os países em desenvolvimento de adotar as políticas mais elementares de desenvolvimento industrial que muitos dos países hoje desenvolvidos adotaram no passado (como diversas prescrições relativas ao conteúdo nacional e outros requisitos de desempenho concebidos para orientar os investimentos externos no sentido de permitir a consecução de metas de desenvolvimento do país receptor), essas limitações normativas aplicam-se somente a investimento externos diretos - mas não aos chamados investimentos de portfólio e à ampla gama de atividades contempladas no Capítulo 11 do TLCAN. Além disso, o acordo MIC não obriga os governos a permitir a entrada irrestrita de investimentos externos. Portanto, como se pretende ampliar o modelo mais extremo de proteção de investimentos previsto no TLCAN, a ALCA pode ser considerada como um instrumento afinado como os ideais e metas corporativos e empresariais.

No entanto, foi após a derrota de uma proposta de um Acordo Multilateral de Investimentos (AMI) em 1998 em função da oposição generalizada da sociedade civil que a pressão corporativa pelo estabelecimento de um acordo sobre investimentos na ALCA tomou força. O AMI teria imposto o mesmo modelo previsto no TLCAN a vários países, entre os quais alguns países-chave da região da ALCA. Atualmente, conscientes de que a própria ALCA poderia sofrer sérios reveses no curto prazo, os mesmos interesses corporativos e empresariais estão pressionando pela aprovação dessa mesma agenda extremista na área dos investimentos por meio de outras frentes, inclusive, novamente, por meio da OMC - no contexto das negociações da chamada "Agenda de Doha" da OMC e no contexto de diversos tratados de livre comércio (TLC) regionais, como o acordo bilateral entre os Estados Unidos e o Chile e o Tratado de Livre Comércio da América Central. Para eliminar a ameaça de um acordo sobre investimentos no âmbito da OMC, a sociedade civil terá que travar uma de suas lutas mais importantes. Em setembro de 2003 em Cancun, México, será decidido se negociações formais serão iniciadas com vistas à ampliação das regras de investimentos vigentes na OMC. Os investimentos constituem um dos quatro chamados "novos temas" ou "temas de Singapura", cuja inclusão é rejeitada por uma parcela significativa dos países em desenvolvimento. O texto ministerial de Doha é ambíguo em relação a esse tema; no entanto, os Estados Unidos e a UE, além de uma poderosa coalizão de interesses corporativos e empresariais, estão pressionando fortemente para que essas novas regras para investimentos sejam adotadas na OMC.

Nesse contexto, a aprovação de um acordo sobre investimentos no âmbito da ALCA deve ser vista como uma ameaça direta e também como uma estratégia associada às pressões para que sejam iniciadas negociações em torno da ampliação do regime de investimentos na OMC. O objetivo estratégico dos negociadores norte-americanos é montar uma operação que lhes permita usar qualquer concessão obtida dos países em desenvolvimento em relação a investimentos no âmbito da ALCA para derrotar qualquer oposição dos países em desenvolvimento de outras regiões no contexto da OMC. Ao mesmo tempo, os Estados Unidos estão usando a tentativa de se negociar investimentos na OMC como um elemento de pressão contra a oposição dos que rejeitam a extensão do modelo previsto no TLCAN para investimentos para os países da ALCA. Se qualquer dessas estratégias for bem-sucedida, os 31 países que compõem a ALCA serão forçados a observar essas regras draconianas, que poderão esvaziar seus tesouros.

Até certo ponto, a contra-estratégia seria declarar simplesmente que 'o imperador está nu'. Independentemente das cenas teatrais e intimidações usadas pelos Estados Unidos em relação aos países da ALCA em torno de tratados de livre comércio bilaterais e sub-regionais, o fato é que o principal interesse desse governo e das empresas multinacionais é subjugar o Brasil - tanto em função do tamanho da sua economia como do fato de o país constituir atualmente um modelo "perigoso" de enfoques alternativos. Por essa razão, se o Brasil fincar o pé e resistir às pressões dos Estados Unidos e outros países da ALCA o acompanharem em sua rejeição do modelo do TLCAN para investimentos em todos os contextos de negociação - na OMC, em foros bilaterais e multilaterais e na ALCA- esse modelo finalmente terá o destino que merece: a sepultura.

## Os Investidores e Seus Novos Direitos e Privilégios no Âmbito do TLCAN

Segundo as regras do TLCAN, um "investidor" qualificado para usar o sistema de solução de controvérsias estipulado no Capítulo 11 desse tratado, é definido como alguém que faz um investimento sob o amparo do disposto no TLCAN. Na definição do TLCAN, diversas atividades empresariais constituem um "investimento", entre as quais as seguintes:

- uma empresa (definida como qualquer entidade constituída como pessoa jurídica privada ou pública, incluindo qualquer sociedade, fideicomisso, parceria, empresas de um só proprietário, empreendimentos conjuntos ou outras associações);
- ações de uma empresa;
- obrigações de uma empresa;
- um empréstimo concedido a uma empresa;
- uma participação numa empresa que possibilite participação nos seus lucros;
- bens ou outras propriedades, tangíveis ou intangíveis, adquiridos ou usados com vistas à obtenção de um benefício econômico ou para outros fins empresariais; e
- participação que resulte do capital ou de outros recursos destinados ao desenvolvimento de uma atividade econômica no território de outra Parte Contratante.<sup>4</sup>

Segundo o sistema de solução de controvérsias entre um investidor e um Estado previsto no TLCAN, só podem ser movidas ações contra as "Partes Contratantes" do TLCAN. Isso significa que os governos nacionais do México, do Canadá e dos Estados Unidos precisam se defender em ações movidas por investidores privados. No entanto, com as novas garantias concedidas a investidores no âmbito do Capítulo 11 do TLCAN, uma ampla gama de normas e leis provinciais (estaduais) e municipais estão sujeitas a impugnação por parte de investidores. "Qualquer lei, regulação, procedimento, requisito ou prática" pode ser impugnado no TLCAN como uma "medida" governamental que infringe os direitos do investidor.<sup>5</sup> Os governos provinciais (estaduais) e municipais cujas políticas são impugnadas com base no argumento de que elas constituem violações do TLCAN precisam recorrer ao governo nacional para fazer a sua defesa.

O Capítulo 11 do TLCAN contém um conjunto de novos direitos e garantias para investidores cujo conteúdo transcende a legislação nacional de muitos países. Na realidade, essas demandas chamaram a atenção da oposição nos Estados Unidos, uma vez que elas se baseiam em direitos de propriedade outorgados pelo TLCAN que são muito mais abrangentes que os previstos na Constituição dos Estados Unidos - um documento que reconhece direitos muito amplos de propriedade. Há cinco direitos básicos ou privilégios que, segundo os investidores, foram violados pelo TLCAN:

- O Artigo 1110 do TLCAN garante aos investidores estrangeiros que os governos membros do TLCAN os indenizarão - com recursos do Estado (ou seja, dos contribuintes) - por qualquer desapropriação governamental direta (ou seja, nacionalização) ou qualquer outra medida "equivalente" à desapropriação ou nacionalização do seu investimento (desapropriação "indireta").<sup>6</sup> Essa cláusula de "equivalência" tem sido usada em processos movidos com base no argumento de que políticas reguladoras governamentais - mesmo as que prevêm um tratamento igual a investidores estrangeiros e nacionais - equivalem a um confisco de propriedade, uma vez que restringem as atividades dos investidores. Essa cláusula é usada para dar base a denúncias de "confisco regulatório" apresentadas em conformidade com o disposto no Capítulo 11.
- O Artigo 1102 do TLCAN inclui uma cláusula de "tratamento nacional" que obriga os governos a conceder a investidores estrangeiros de um país signatário do TLCAN um tratamento não menos favorável que o concedido a seus investidores nacionais em todas as fases e aspectos de um investimento, desde o seu estabelecimento até a sua venda ou outro fim.<sup>7</sup>
- O Artigo 1103 do TLCAN estipula o "tratamento de nação mais favorecida", que consiste numa cláusula que obriga os governos a conceder a investidores estrangeiros dos países signatários um tratamento não menos favorável que o melhor dos tratamentos obtidos por um investidor de um outro país signatário ou até mesmo de outros países que não sejam partes do tratado, mesmo que esse tratamento seja melhor que o concedido a investidores nacionais.<sup>8</sup>
- O Artigo 1105 do TLCAN contém uma cláusula sobre um "nível mínimo de tratamento" que estipula que os investidores devem receber um tratamento "condizente com o direito internacional", entre outras especificações, e "um tratamento justo e equitativo, bem como plena proteção e segurança".<sup>9</sup> Essa disposição vaga, na qual tudo cabe, já foi usada em várias demandas de investidores contra Estados para ampliar dramaticamente o alcance das garantias e mecanismos de proteção previstos no TLCAN para investidores empresariais.
- O Artigo 1106 do TLCAN proíbe o uso de "requisitos de desempenho", como regras para graus ou percentuais de conteúdo nacional e outras medidas tendentes a regular os investidores, exigindo que eles adotem determinadas condutas em relação ao meio ambiente ou estabelecendo condições para que investimentos externos também tragam benefícios para as economias locais.<sup>10</sup>

Se uma empresa considera que um governo violou os direitos e garantias previstos no TLCAN, ela pode mover uma ação judicial privada para lograr a observância desses direitos consagrados num tratado público, usando, para esse fim, um processo de solução de controvérsias para reivindicar uma compensação monetária fora do sistema judicial do país em questão. Essas demandas entre um investidor e um Estado no âmbito do TLCAN são julgadas por organismos especiais de arbitragem comercial internacional fora das vistas da imprensa e sem qualquer tipo de participação pública, seja para mera observação ou com direito a voz. As decisões tomadas por esses organismos são obrigatórias e inapeláveis. O Capítulo 11 do TLCAN estabelece dois organismos de arbitragem - descritos na próxima seção - como sede para a execução privada das regras do TLCAN: a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI ou UNCITRAL, sua sigla em inglês) e o Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos (CIADI ou ICSID, sua sigla em inglês) do Banco Mundial. Essas duas instituições não oferecem as garantias processuais mínimas e a abertura exigida em tribunais nacionais - em vez disso, painéis de três

árbitros profissionais se reúnem a portas fechadas, evitando que a imprensa registre os ataques das empresas contra políticas ou ações governamentais e a defesa dos governos, para examinar resmas inteiras de argumentações e contra-argumentações. Em vez de atuar como conciliadores, os membros desses tribunais atuam como juízes e jurados ao mesmo tempo. Esses tribunais têm poderes para obrigar um país membro do TLCAN a pagar uma soma ilimitada de recursos de seus contribuintes a título de indenização a uma empresa cujos direitos no âmbito do TLCAN tenham sido prejudicados segundo o critério e as conclusões dos três árbitros.

Exatamente essas mesmas cláusulas - além de outras ainda mais extremadas novas versões propostas - estão incluídas na minuta do acordo da ALCA anunciada em julho de 2001. Em vista das reações geradas por essas condições no âmbito político nacional, os governos do Canadá e dos Estados Unidos estão agora ansiosos para diferenciar o TLCAN do enfoque da ALCA. Não obstante, esses governos estão, na prática, promovendo esses mesmos conceitos e mecanismos para a ALCA.

### **Direitos dos Investidores vs. Proteção do Meio Ambiente**

O TLCAN impõe um conjunto de restrições obrigatórias à ação reguladora governamental, bem como novos direitos e privilégios para a aplicação privada dessas regras. Ao mesmo tempo, no que se refere ao meio ambiente e a outros interesses públicos como a saúde, a segurança alimentar e a inocuidade dos alimentos, os termos estipulados para os investidores estrangeiros e o poderoso sistema de execução previsto no TLCAN são bastante fracos e totalmente omissos no que se refere à defesa e promoção da democracia e dos direitos humanos. Especificamente, o preâmbulo não obrigatório do TLCAN declara que as Partes decidiram fortalecer o desenvolvimento e cumprimento de leis e normas ambientais e promover o desenvolvimento sustentável. Além disso, o Artigo 1114 do Capítulo do TLCAN sobre investimentos contém conceitos e expressões cujo propósito é promover a proteção do meio ambiente. O Artigo 1114.1 afirma que nada do disposto no Capítulo 11 será interpretado no sentido de impedir que uma Parte adote, mantenha ou execute qualquer medida ... que considere adequada para garantir que os investimentos em seu território levem em consideração preocupações ambientais. O Artigo 1114.2 afirma que as Partes “reconhecem” que é “inadequado” estimular investimentos relaxando medidas internas aplicáveis à saúde, à segurança ou ao meio ambiente e que nenhuma Parte “deveria” abrir mão de sua aplicação ou de qualquer outro modo derrogar ou propor-se a renunciar ou derrogar medidas dessa natureza como um meio de induzir investimentos em seu território. Ao contrário do que ocorre com as regras que garantem novos direitos aos investidores no âmbito do TLCAN, que são obrigatórias, essas cláusulas ambientais são obviamente opcionais. Para estabelecer os direitos dos investidores, o termo “devem” é usado, ao passo que nas disposições ambientais o termo usado é “deveriam” (ser observadas). Na prática, essa terminologia ambiental não vale nada, considerando que os tribunais de arbitragem estabelecidos para julgar controvérsias entre um investidor e um Estado ignoraram totalmente essas cláusulas sempre que precisaram pesar a proteção do meio ambiente contra os direitos dos investidores no âmbito do TLCAN.

Embora um painel de arbitragem do TLCAN envolvido no julgamento de uma controvérsia entre um investidor e um Estado não possa ordenar diretamente a um país membro do tratado que revogue a lei ou política em questão, os países ficam expostos a uma enorme pressão para fazer exatamente isso para não serem obrigados a pagar indenizações milionárias aos investidores litigantes em decorrência da adoção dessas leis ou políticas. No primeiro caso de litígio investidor - Estado julgado na forma prevista no TLCAN, que envolvia a empresa norte-americana Ethyl Corporation, antes que o painel correspondente desse o seu veredicto final o Canadá já havia decidido revogar uma medida ambiental e sanitária que restringia o uso de um aditivo para gasolina desenvolvido pela Ethyl. Além disso, quando uma medida provincial (estadual) ou municipal é impugnada com sucesso na forma prevista no TLCAN, o governo nacional é que assume a responsabilidade financeira - gerando, assim, um poderosíssimo incentivo para que ele pressione as autoridades provinciais (estaduais) ou municipais no sentido de que anulem as políticas em questão ou lhe restitua o montante da indenização.

As medidas atacadas como "desapropriações" à luz do disposto no capítulo do TLCAN sobre investimentos pouco têm a ver com o confisco

governamental de propriedades ao qual o termo normalmente é associado. Nos Estados Unidos, os tribunais locais têm respaldado um conceito estreito de desapropriação, definido como confisco de propriedade, com base na 5ª Emenda de sua Constituição. Essa emenda exige que os proprietários sejam indenizados quando é dada uma utilidade pública à sua propriedade (por exemplo, quando uma propriedade é desapropriada para a construção de uma estrada ou de uma usina pública de geração de energia elétrica).

Grupos conservadores antiecológicos, como o movimento em prol do "uso correto" dos direitos de propriedade, e grupos de lobby empresarial trabalham há vinte anos nos Estados Unidos para ampliar essa noção de desapropriação ou confisco no sentido de que ela abranja o que eles chamam de "confisco regulatório". O objetivo que perseguem é que um conjunto de normas e regras governamentais que afetam tangencialmente o valor da propriedade seja rotulado como "confisco regulatório", gerando pressão para reverter medidas de ordenamento territorial, medidas ambientais e outras políticas governamentais. Por exemplo, há grupos de defesa dos direitos de propriedade que lançaram ataques legais contra a Lei das Espécies Ameaçadas dos Estados Unidos amparados em teorias do "confisco regulatório" (conhecido no direito arbitral da Espanha como 'recaudaciones regulatorias'). No entanto, a maioria dessas ações não foi bem-sucedida nos tribunais dos Estados Unidos.<sup>1</sup> Além disso, tentativas de legislar um direito legal com base na teoria do "confisco regulatório" fracassaram repetidamente no Congresso dos Estados Unidos. Em 1993, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos determinou que "há muito tempo temos casos que comprovam que a mera diminuição do valor de uma propriedade, independentemente de sua magnitude, é insuficiente para configurar um confisco".<sup>1</sup>

Agora, as empresas estão utilizando o acordo do TLCAN sobre investimentos para exigir indenizações exatamente pelo tipo de políticas de interesse público que o Congresso e os tribunais norte-americanos decidiram não definir como "confisco regulatório". A maioria das controvérsias entre um investidor e um Estado no âmbito do TLCAN não envolve qualquer nacionalização ou embargo de propriedades. Pelo contrário, investidores estrangeiros frequentemente atacam ações governamentais nas áreas do meio ambiente, da saúde pública, do zoneamento e do ordenamento territorial e outras ações governamentais ordinárias que só afetam uma empresa ou o valor de um investimento marginalmente. A abrangência da linguagem usada no capítulo sobre investimentos do TLCAN - que prevê indenização por ações governamentais "equivalentes" à desapropriação - gera direitos sem precedentes para investidores estrangeiros, os quais lhes permitem desafiar a autoridade cotidiana dos governos provinciais (estaduais) e municipais muito além do que seria permitido no âmbito das leis nacionais vigentes em qualquer dos três países membros do TLCAN.

Esses amplos direitos e restrições ao exercício das funções normais de governo não estão previstos atualmente nos acordos da OMC, embora sejam elementos constitutivos do TLCAN e também figurem num número cada vez maior de tratados bilaterais de investimentos. Além disso, eles constituem, atualmente, um elemento-chave da proposta de ampliação do TLCAN na ALCA.

“Esse processo gera um enorme potencial para ações judiciais, já que mais de 350 milhões de pessoas e empresas dos países membros do TLCAN poderiam utilizá-lo”.

--- *Appleton & Associates (representantes da Ethyl), “Primeira ação judicial contra o governo canadense movida ao amparo do processo ‘investidor – Estado’ do TLCAN”, Comunicado à Imprensa, outubro de 1996.*

O texto do Capítulo 11 do TLCAN sobre investimentos constituiu claramente o ponto de partida das negociações da ALCA. Um dos principais objetivos das empresas multinacionais que estão pressionando mais fortemente pela criação da ALCA é ampliar os direitos e privilégios dos investidores corporativos. Esses interesses fracassaram em suas tentativas de fazer com que o Congresso dos Estados Unidos aprovasse o conceito de "confisco regulatório". Também fracassaram em sua pretensão de estender o modelo de privilégios para investidores previsto no TLCAN à derrotada proposta de um AMI mundial.<sup>11</sup> Sua estratégia atual consiste em ampliar esse modelo extremo de novos privilégios e garantias para investidores vigente no TLCAN por meio da ALCA.

Essa estratégia de pressão na ALCA ocorre paralelamente a pressões idênticas pela adoção de novas garantias para investidores no âmbito da OMC. Um dos objetivos centrais da União Européia e dos Estados Unidos para a Conferência Ministerial da OMC a se realizar setembro em Cancun, México, é pressionar os países em desenvolvimento no sentido de que abandonem sua oposição à negociação de novos direitos para investidores a partir de 2005 na OMC. A ALCA constitui, assim, tanto uma cunha - que pretende separar e arrancar os países latino-americanos e caribenhos do bloco unificado de países em desenvolvimento que não querem discutir investimentos na OMC- como uma opção de retaguarda que permitiria às empresas garantir novos direitos para os investidores, mesmo que somente nos 31 países que se somariam aos três do TLCAN para formar a ALCA.

Por incrível que pareça, uma versão da minuta da ALCA sobre o tema dos investimentos que escapou da censura à divulgação de informações revela que a ALCA poderia, potencialmente, instaurar direitos ainda mais amplos que os previstos no TLCAN para os investidores. Embora até o presente momento a ALCA tenha sido apresentada como uma nova negociação com outros países do continente americano e do Caribe, não há dúvida de que o capítulo do TLCAN sobre investimentos constitui um elemento central dessa negociação. Efetivamente, a minuta inicial da ALCA inclui um capítulo sobre investimentos que contém as mesmas cláusulas que geraram tanta controvérsia no TLCAN, além de outras disposições ainda mais extremadas sobre essa matéria.

### **O Sistema Corporativo de Solução de Controvérsias do TLCAN: Execução Privada de um Tratado Público**

O Capítulo 11 do TLCAN fornece informações detalhadas sobre dois organismos internacionais de arbitragem qualificados para julgar controvérsias entre um investidor e um Estado. Ambos os organismos operam sob regras e procedimentos semelhantes e excluem o público, parlamentares e a imprensa enquanto escutam com simpatia o que os investidores têm dizer. O Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos (CIADI), que opera sob os auspícios do Banco Mundial, começou a funcionar em 1966 como o braço executivo de um tratado internacional conhecido como o Convênio sobre o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados. Esse convênio atribuiu ao CIADI o papel de administrar o sistema de arbitragem completamente novo que ele criou para solucionar controvérsias entre países e investidores privados estrangeiros. Em termos gerais, o objetivo desse novo sistema era solucionar controvérsias contratuais específicas entre governos e empresas contratantes - e não questões delicadas de política pública.<sup>12</sup>

O alcance institucional do CIADI foi ampliado quando o chamado "Regulamento do Mecanismo Complementar" do CIADI foi aprovado em 1978. Essas regras permitiram que ações fossem movidas mesmo que o país no qual o investidor está radicado ou o país objeto de uma ação não fossem signatários do Convênio CIADI. Em 1994, o CIADI assumiu uma nova função ao ser designado pelos negociadores do TLCAN como um dos dois organismos de arbitragem qualificados para julgar ações movidas por investidores no âmbito do Capítulo 11 do TLCAN. Considerando que nem o México, nem o Canadá são signatários do CIADI, qualquer caso do TLCAN em que uma das partes seja dos Estados Unidos precisa, de acordo com o Regulamento do Mecanismo Complementar, ser analisado pelo CIADI. Entretanto, qualquer caso "investidor - Estado" do TLCAN que envolva o Canadá e o México conjuntamente precisará ser julgado de acordo com as regras da CNUDMI.

Em que pese a rápida proliferação de tratados bilaterais de investimentos nos últimos anos, até muito pouco tempo atrás poucos casos haviam sido submetidos ao CIADI. No entanto, nos últimos cinco anos, "parece que as comportas se abriram", segundo as palavras do Secretário-Geral do CIADI.<sup>13</sup> Mais da metade dos casos julgados pelo CIADI ocorreram depois dos primeiros meses de 1997: desde então, foram registrados 49 casos - nove a mais que os registrados em toda a história anterior do CIADI.<sup>14</sup>

Além disso, embora muitos dos primeiros casos submetidos ao CIADI dissessem respeito a controvérsias contratuais privadas, nos últimos anos registrou-se uma explosão de casos relacionados a tratados de investimentos. Em 1987, o primeiro caso relacionado a um Tratado Bilateral de Investimentos (TBI) foi submetido ao CIADI e de um total de 36

ações movidas sob o amparo de acordos de investimentos, 30 foram registrados após os primeiros meses de 1997 - oito dos quais diziam respeito ao TLCAN.<sup>15</sup>

O processo de arbitragem de casos no CIADI é fechado e não prevê qualquer mecanismo de prestação de contas perante quem quer que seja. Os tribunais arbitrais são designados caso a caso e não há nenhuma exigência de que seus árbitros tenham desempenhado uma função semelhante anteriormente.

Mais surpreendente ainda é o fato de as Partes envolvidas no caso geralmente designarem, elas próprias, os membros do tribunal - um sistema que pode ser adequado para o julgamento de controvérsias contratuais privadas, mas não para casos nos quais políticas públicas estão em jogo. Na maioria das vezes, mesmo sob o TLCAN, o investidor e o país implicado designam, cada um, um árbitro e esses dois árbitros iniciais escolhem um terceiro para atuar como presidente do tribunal. Se as Partes não chegam a um acordo sobre esse terceiro árbitro, o Secretário-Geral do CIADI tem poderes para selecioná-lo a partir de uma lista ou "painel" de árbitros designados pelos países membros.

O CIADI só divulga informações mínimas ao público sobre os casos que julga.<sup>16</sup> Em sua página na Internet, o CIADI publica apenas informações básicas, como as Partes implicadas, os nomes dos árbitros e a data de apresentação da demanda, mas não publica documentos produzidos no decorrer do processo. Além disso, não está prevista a participação de terceiros interessados na qualidade de *amicus curie* e não é adotado qualquer procedimento de apelação padronizado, como o disponível em tribunais nacionais.<sup>17</sup> A falta quase total de transparência e participação pública no CIADI, combinada com os vastos poderes de seus tribunais para adjudicar quantias infinitas dos contribuintes a empresas que movem ações no âmbito do TLCAN, nos faz questionar seriamente se o CIADI realmente constitui uma instância adequada para a arbitragem de temas de interesse público tão importantes.

Os processos julgados na CNUDMI são ainda mais fechados e isentos de mecanismos de prestação de contas que os julgados pelo CIADI. A CNUDMI é a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Em 1976, a comissão adotou um Regulamento de Arbitragem que qualquer país pode invocar.<sup>18</sup> Uma vez que nem o México, nem o Canadá são signatários do CIADI, qualquer caso ocorrido no âmbito do TLCAN relacionado aos direitos dos investidores em que ambas as partes sejam desses dois países precisará ser julgado de acordo com as regras da CNUDMI.

As regras da CNUDMI para o processo de arbitragem são muito semelhantes às do CIADI, inclusive as adotadas para a seleção dos árbitros. No entanto, diferentemente do CIADI, a CNUDMI só proporciona um conjunto de regras e não mantém página alguma na Internet para divulgar casos do TLCAN e nem sequer conta com um pessoal qualificado para cuidar da supervisão administrativa dos processos de arbitragem. Ela não reúne e não compila suas decisões finais e, portanto, não tem como torná-las acessíveis ao público. A CNUDMI não reúne e, portanto, não publica nem mesmo informações básicas sobre casos já encerrados ou em processo de resolução, razão pela qual a história dos casos julgados de acordo com suas regras é desconhecida.<sup>19</sup> Além disso, como a comissão não dispõe de pessoal para supervisionar os casos, não está prevista qualquer revisão eventual das decisões do seu tribunal. As regras da CNUDMI não prevêm a revisão de uma decisão mesmo quando surgem fatos novos e provas importantes.

Em vista do exposto acima, os processos da CNUDMI oferecem ainda menos transparência e participação pública que os julgados de acordo com as regras do CIADI. Segundo as regras da CNUDMI, um caso pode ser julgado durante anos sem que o público sequer tome conhecimento de sua existência.

Embora os sistemas do CIADI e CNUDMI não disponham de processos estruturados de apelação, foram finalmente interpostas apelações contra alguns casos do TLCAN em tribunais locais dos países membros do tratado. No caso da Metalclad, por exemplo, após perder a ação movida por essa empresa no tribunal do TLCAN, o governo mexicano submeteu o laudo definitivo da arbitragem a um tribunal canadense alegando "erro arbitral". Essa petição foi iniciada na província canadense da Colúmbia Britânica, porque, segundo as regras do CIADI, o local da arbitragem é escolhido pelo painel e, nesse caso, ele havia optado pela cidade de Vancouver, localizada na Colúmbia Britânica, Canadá. Uma vez escolhido o lugar, as leis locais que regem os processos de arbitragem nessa região podem entrar em jogo. Há

peças que confundiram erroneamente esse tipo de revisão de arbitragem segundo as leis nacionais de algum país membro do TLCAN com uma forma de apelação em potencial. As leis nacionais de arbitragem não permitem uma "revisão" de todos os temas e pormenores do caso, mas apenas de um conjunto limitado de temas que implicam erro arbitral, como corrupção ou conduta fraudulenta, parcialidade ou abuso de poder dos árbitros.

Como demonstram os casos descritos detalhadamente neste relatório, esse tipo de processo a portas fechadas beneficiou somente investidores estrangeiros, em detrimento do interesse comum. Os dois organismos mencionados acima são os mesmos mencionados no capítulo sobre investimentos da minuta da ALCA para julgar controvérsias entre um investidor e um Estado.

## **DOIS CASOS-CHAVE RELACIONADOS AO CAPÍTULO 11 DO TLCAN**

### **Exemplo n. 1: Metalclad versus Município de Guadalcazar, México**

Em 1990, o governo central do México autorizou a empresa mexicana Coterin a operar uma estação de transferência de despejos perigosos no estado mexicano de San Luis Potosí.<sup>20</sup> A Coterin queria ampliar as operações de sua estação e transformá-la num depósito permanente (aterro sanitário) de despejos perigosos, mas o município de Guadalcazar recusou-se a conceder a licença municipal para a sua construção em 1991 e 1992.<sup>21</sup> Em 1993, a empresa californiana Metalclad adquiriu a Coterin e sua estação de transferência. Durante 30 anos, a principal atividade da Metalclad foi a de retirar amianto e substituí-lo por outros materiais isolantes em instalações de clientes da empresa na indústria, no comércio e em órgãos públicos da Costa Oeste dos Estados Unidos.<sup>22</sup> No México, a Metalclad retomou rapidamente os esforços da Coterin para transformar a estação de transferência em depósito permanente e usina de processamento de despejos perigosos. A Metalclad obteve as licenças nacionais (federais) e estaduais exigidas, mas não conseguiu obter a licença municipal de construção - a mesma que a empresa mexicana Coterin não obtivera anteriormente.<sup>23</sup>

#### **O Interesse Público**

Sob a administração da Coterin, o local da estação foi contaminado por 55.000 barris ou 20.000 toneladas de despejos tóxicos e potencialmente explosivos.<sup>24</sup> A geologia dessa zona caracteriza-se por uma hidrologia complexa, com poços ativos e córregos subterrâneos.<sup>25</sup> Estudos indicam que os solos desse local são muito instáveis, motivo pelo qual os despejos tóxicos poderiam infiltrar-se no subsolo e propagar a contaminação por meio de fontes d'água mais profundas, bem como por meio dos córregos ocasionais que se formam na região na estação das chuvas.<sup>26</sup> Em 1991, a comunidade local se mobilizou para frear a chegada de mais despejos.<sup>27</sup> Bloquearam o acesso a caminhonetes, chamaram a atenção das autoridades nacionais e conseguiram fazer com que a estação fosse fechada.<sup>28</sup> Vários anos depois dessa ação bem-sucedida, a comunidade local ainda estava preocupada com a ameaça ambiental da estação e se posicionava decididamente contra a sua reabertura.<sup>29</sup>

A Metalclad adquiriu a Coterin em 1993. Em 1994, as autoridades locais do município de Guadalcazar notificaram a Metalclad que ela deveria interromper a construção de novas instalações para despejos tóxicos, pois não havia sido emitida a licença municipal de construção necessária para a obra.<sup>30</sup> A Metalclad solicitou a licença exigida, mas continuou com as obras enquanto a sua solicitação tramitava.<sup>31</sup> Em 1995, a empresa encomendou um estudo de impacto ambiental supervisionado pelas autoridades ambientais nacionais.<sup>32</sup> Segundo esse estudo, o local era apropriado para o projeto, mas a Greenpeace México e um grupo ecologista local rapidamente rejeitaram o relatório.<sup>33</sup> A obra foi concluída em março de 1995 sem que a licença municipal exigida tivesse sido emitida, mas a empresa não pôde abrir e colocar o depósito em funcionamento devido à oposição local e a manifestações públicas de rejeição.<sup>34</sup> Em dezembro de 1995, o governo municipal rejeitou a solicitação de permissão apresentada pela Metalclad e repreendeu a empresa por ter prosseguido com a obra sem a devida autorização.<sup>35</sup> Em outubro de 1996, a Metalclad notificou o governo mexicano sobre sua intenção de processá-lo de acordo com o disposto no Capítulo 11 do TLCAN.<sup>36</sup> Em 23 de setembro de 1997, o Governador de San Luis Potosí declarou o local como parte de uma área ecológica especial para a conservação da singular diversidade biológica da zona e de várias espécies raras de cactos. Segundo argumentos do governo mexicano recentemente divulgados, a Metalclad poderia continuar a usar o local para fins comerciais mesmo após a emissão do decreto ecológico. O fato de uma propriedade continuar a ter um valor comercial após uma desapropriação geralmente constitui um tema-chave nos casos de "confiscos" julgados por tribunais norte-americanos.

#### **O ataque do TLCAN**

Em 2 de janeiro de 1997, a Metalclad entrou com um processo contra o governo mexicano com base nas disposições do TLCAN sobre investimentos, exigindo uma indenização de US\$ 90 milhões.<sup>37</sup> A Metalclad alegou que as ações do

governo municipal de Guadalcazar equivaliam a uma desapropriação sem indenização, proibida pelo Artigo 1110 do TLCAN.<sup>38</sup> A empresa alegou também que o governo mexicano não havia lhe concedido um tratamento justo e equitativo de acordo com o direito internacional, como previsto no Artigo 1105 do TLCAN.<sup>39</sup>

### **Desenlace**

Em 30 de agosto do 2000, um tribunal especial do TLCAN que operava segundo o Regulamento do Mecanismo Complementar do Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos (CIADI) do Banco Mundial sentenciou que o governo do México deveria pagar uma indenização no valor de US\$ 16.685.000 à Metalclad.<sup>40</sup> O tribunal argumentou que a não concessão da licença municipal de construção e o fato de o local em questão ter sido declarado como reserva ecológica constituíam desapropriações "indiretas" que violavam o disposto no Capítulo 11 do TLCAN.<sup>41</sup> O tribunal argumentou também que o México havia violado as cláusulas do TLCAN sobre níveis mínimos de tratamento, pois a empresa havia sido levada a acreditar que a licença nacional (federal) e provincial (estadual) que havia obtido a habilitavam a construir e operar o depósito de despejos.<sup>42</sup> O tribunal determinou que, ao tolerar as ações do governo municipal e dos funcionários nacionais e provinciais que não esclareceram suficientemente a situação à Metalclad, o governo mexicano havia sido omissivo em sua obrigação de proporcionar "um marco transparente, claro e previsível para os investidores estrangeiros".<sup>43</sup> (Como assinalou um observador, o tribunal do TLCAN, na verdade, gerou a obrigação de o governo nacional do México pegar a empresa pela mão e explicar a ela, detalhadamente, todas as complexidades da legislação municipal, provincial e nacional mexicana. Além disso, ele exigiu que o governo nacional do México tomasse as medidas necessárias para garantir que seus funcionários nos diversos níveis da administração municipal, provincial e nacional nunca dessem orientações contraditórias entre si - o que constitui uma tarefa monumental para qualquer governo).<sup>44</sup>

Para chegar a essas conclusões em relação às obrigações do governo mexicano, o painel importou para o Capítulo 11 as disposições sobre transparência contidas no preâmbulo do TLCAN (Artigo 102) e em seu Capítulo 18 (sobre a Publicação, Notificação e Administração de Leis).<sup>45</sup> Chama fortemente a atenção, também, o fato de o painel ter se atribuído competência sobre uma jurisdição ampliada ao determinar que, à luz da legislação nacional mexicana, a insistente recusa do governo municipal de Guadalcazar de outorgar uma licença de construção foi inadequada.<sup>46</sup> Usando um raciocínio circular, o painel, além de determinar que a lei mexicana havia sido violada, equiparou essa suposta violação de normas nacionais a uma violação da norma internacional do TLCAN, em seu Artigo 1105. Essa surpreendente conclusão ampliou ainda mais a abrangência já acentuada desse artigo em relação à obrigação dos países de conceder um "nível mínimo de tratamento". O painel também sentenciou que os mesmos fatos que constituíam uma violação do Artigo 1105 também configuravam uma desapropriação de acordo com o disposto no Artigo 1110.

Numa atitude sem precedentes para um tribunal do TLCAN, em outubro de 2000 o governo mexicano impugnou a decisão do painel do TLCAN num tribunal canadense, alegando erro arbitral.<sup>47</sup> Essa petição foi iniciada na província canadense da Colúmbia Britânica, porque, segundo as regras do CIADI, o local da arbitragem é escolhido pelo painel e, nesse caso, ele havia optado pela cidade de Vancouver, localizada na Colúmbia Britânica, Canadá. Uma vez escolhido o lugar, as leis locais que regem os processos de arbitragem nessa região podem entrar em jogo.<sup>48</sup> A decisão do júri - que em nenhum momento questionou a legitimidade de se usar um processo de arbitragem comercial para se julgar demandas de alcance tão amplo no âmbito do TLCAN - foi muito adequada e a sentença do juiz David Tysoe, da Corte Suprema da Colúmbia Britânica, foi ambígua. Em 2 de maio de 2001, o juiz Tysoe determinou, por um lado, que o painel do TLCAN havia cometido um erro ao importar para o Capítulo 11 as cláusulas do Capítulo 18 do TLCAN sobre o requisito da transparência.<sup>49</sup> Conseqüentemente, o juiz Tysoe rejeitou quase todos os argumentos que o painel havia baseado no Artigo 1105 quando se referiu às ações das autoridades municipais de Guadalcazar e ao dever do governo nacional do México de gerar um ambiente claro e previsível para os investidores estrangeiros. No entanto, o juiz procedeu dessa maneira somente porque o painel havia fundamentado seus argumentos numa seção equivocada do TLCAN. Por conseguinte, ele rejeitou o veredicto do painel de que a violação do Artigo 1105 também constituía uma violação do Artigo 1110.<sup>50</sup> Por outro lado, no entanto, o juiz concordou com o painel do TLCAN em seu veredicto de que o decreto que o Governador havia emitido declarando o local como reserva ecológica constituía uma desapropriação. Conseqüentemente, o juiz reduziu a soma da indenização devida à Metalclad adiantando a data a partir

da qual o cálculo deveria ser feito para o dia no qual o mencionado decreto ecológico havia sido emitido.<sup>51</sup> O México anunciou inicialmente que apelaria contra a sentença perante uma instância superior da justiça canadense,<sup>52</sup> mas, no dia 3 de junho de 2001, a Metalclad informou que o governo mexicano havia concordado em lhe pagar a soma de US\$ 15,6 milhões fixada pelo juiz Tysoe.<sup>53</sup>

### **Conseqüências**

***As ações do governo mexicano não eliminaram o potencial comercial da propriedade em questão, mas ainda assim elas foram caracterizadas como "confisco".*** O tribunal do TLCAN ignorou um argumento essencial do governo mexicano: "o estabelecimento e desenvolvimento de atividades produtivas - incluindo o funcionamento do depósito - longe de serem impossibilitados [pelo decreto ecológico], ficariam apenas sujeitos a controles reguladores mais rigorosos".<sup>54</sup> Em suma, o argumento era de que a ação do governo mexicano não havia impossibilitado todos os usos ou o valor comercial da propriedade em questão, mas simplesmente pretendia regular um tipo específico de uso. Segundo as disposições da legislação dos Estados Unidos para confiscos, os tribunais geralmente fazem uma avaliação do valor da terra e determinam qual seria o potencial comercial da propriedade após um suposto confisco. A Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos tem assumido sempre a postura de que um confisco só pode ser configurado se a ação impugnada destruir praticamente todo o valor da uma propriedade. Uma regulação que elimine "todos" os benefícios econômicos ou usos produtivos do solo deve prever, obrigatoriamente, uma indenização ao proprietário,<sup>55</sup> mas se ela resultar apenas numa "mera diminuição" do valor da terra, a regulação não constitui um confisco.<sup>56</sup> Considerando os amplos direitos de propriedade contemplados na Constituição dos Estados Unidos, o fato de o TLCAN ter sido interpretado como sendo ainda mais abrangente nesse sentido é significativo. A julgar pela indenização finalmente adjudicada nesse caso, parece que o valor do prédio em questão não foi avaliado de forma alguma após a emissão do decreto ecológico. Portanto, é possível que os direitos substantivos e processuais concedidos à Metalclad no âmbito do TLCAN tenham sido mais amplos que os reconhecidos pelo sistema judicial dos Estados Unidos.

***Controle local minado.*** Nos três países membros do TLCAN, a adoção de controles ambientais para o uso do solo e a exigência de determinadas licenças são medidas comumente tomadas no âmbito municipal. Esse caso demonstra como os tribunais do TLCAN podem questionar ou minar critérios adotados por governos municipais. Ao rever a sentença do tribunal do TLCAN, o juiz Tysoe assinalou que a definição de desapropriação que norteou a decisão desse tribunal é "suficientemente ampla para abranger um reordenamento territorial legitimamente estabelecido por um governo municipal ou outra autoridade competente". Não obstante, o juiz concluiu também que "a definição de desapropriação é uma questão legal sobre a qual esta corte não tem poderes de intervir".<sup>57</sup> Por conseguinte, permaneceu intacto o direito do tribunal do TLCAN de decidir que uma função governamental tão corriqueira constituiria uma desapropriação.

***Os tribunais do TLCAN decidem questões relacionadas à legislação nacional.*** O painel do TLCAN se atribuiu o poder e a competência de julgar temas complexos da legislação nacional mexicana, como se uma licença municipal seria realmente necessária. Além de determinar que as ações do governo municipal equivaliam a uma desapropriação, esse painel foi mais longe e afirmou que as autoridades municipais haviam "atuado fora dos limites de sua competência" ao recusar-se a conceder a licença de construção com base em considerações ambientais. O tribunal emitiu um veredicto sobre um tema substantivo da legislação nacional mexicana ao declarar que "só o governo nacional do México tem a autoridade para situar e autorizar o funcionamento de um depósito de despejos perigosos".<sup>58</sup> Por incrível que pareça, diante da opção de acolher a interpretação de uma empresa norte-americana da legislação nacional mexicana ou a interpretação do governo mexicano de sua própria legislação, o painel do TLCAN optou pela interpretação da empresa litigante. Ainda que o tribunal canadense tenha refutado a decisão do painel nesse ponto, outro tribunal do TLCAN poderia eventualmente emitir uma sentença em sentido contrário, embora o foro adequado para o julgamento de uma controvérsia substantiva em torno do significado de uma lei nacional seja um tribunal nacional.<sup>59</sup>

**Desconsideração das disposições ambientais do TLCAN.** Ao mesmo tempo em que o tribunal do TLCAN não viu qualquer problema em importar conceitos do preâmbulo do TLCAN para sustentar sua intrincada argumentação sobre o caso, chama fortemente a atenção o fato de esse tribunal ter ignorado por completo outros conceitos e expressões do preâmbulo que apóiam o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente. O painel também não considerou o disposto no Artigo 1114 do Capítulo 11, cuja intenção é proteger a capacidade dos países membros do TLCAN de emitir normas ambientais. Pelo contrário, o painel que julgou o caso da Metalclad fez constar em suas argumentações que embora acreditasse que o decreto ecológico oferecia motivos adicionais para configurar a alegada desapropriação, ele havia decidido que "não é necessário levar em consideração as intenções ou motivos para a adoção do decreto ecológico".<sup>60</sup>

**A definição de "confisco" foi ampliada.** O tribunal do TLCAN que julgou o caso da Metalclad definiu o termo desapropriação não apenas como o "confisco patente, deliberado e reconhecido" de uma propriedade - como no caso de um embargo -, mas também como "interferência velada ou fortuita" no uso de uma propriedade".<sup>61</sup> Essa definição de confisco é evidentemente muito mais ampla que a admitida nos tribunais dos Estados Unidos e poderia ter um efeito paralisante sobre a capacidade dos países do TLCAN de exercer suas funções reguladoras governamentais tradicionais.

“A maioria das normas ambientais mexicanas aplicáveis à seleção da localização de um aterro sanitário de despejos tóxicos foi violada por esse projeto. Por que uma empresa americana tinha que escolher um local que já apresentava tantos problemas e optar por um sócio que já tinha demonstrado ser profundamente irresponsável?”

--- *Fernando Bejarano, Rede de Ação para Pesticidas e Alternativas no México (RAPAM) “Impacto Tóxico em Aldea Mexicana”, Multinational Monitor, outubro de 1995.*

**Ocultação.** Por último, é surpreendente que o painel do TLCAN tenha enfatizado tanto a obrigação do governo do México de proporcionar um ambiente comercial transparente às empresas estrangeiras enquanto ele próprio julga seus casos a portas fechadas. Segundo as disposições do TLCAN, os

cidadãos de San Luis Potosí não podiam intervir no caso como parte interessada. Nem mesmo os governos provincial (estadual) e municipal, cujas ações estavam sendo impugnadas, tiveram voz ou voto no processo e eles precisaram depender do governo nacional do México, que apoiava o projeto da Metalclad, para se defender. Assim como os governos nacionais podem consultar livremente funcionários provinciais ou municipais em relação a casos de seu interesse, eles também têm a liberdade de excluí-los.

## Exemplo n. 2: UPS versus Serviço Postal Canadense

A United Parcel Service of America Inc. (UPS), sediada em Atlanta, Georgia, Estados Unidos, é a maior empresa prestadora de serviços de entrega expressa de correspondência e encomendas do mundo.<sup>62</sup> Fundada em 1907, essa empresa emprega 330.000 pessoas e entrega anualmente mais de 3 mil milhões de encomendas e documentos nos Estados Unidos, no Canadá, no México e em 200 outros países.<sup>63</sup> A UPS Canadá vem prestando serviços dessa natureza desde 1975.

### **O Interesse Público**

Em 1981, o sistema canadense de correios deixou de ser um órgão governamental ao ser transformado em Empresa Estatal (*Crown Corporation*), ou seja, o sistema se tornou uma empresa pública.<sup>64</sup> A nova empresa, conhecida como Canada Post, usa freqüentemente uma terminologia empresarial para descrever suas atividades, mas ela continua sendo uma organização de serviço público, designada pelo governo canadense como prestadora universal de serviços postais.<sup>65</sup> Em 1993, a Canada Post adquiriu a principal empresa de correios que entrega objetos postais de um dia para o outro, conhecida como Purolator Courier.<sup>66</sup> A nova entidade emprega aproximadamente a 64.000 funcionários, o que faz do sistema postal o quinto maior provedor de empregos no Canadá.<sup>67</sup>

### O ataque do TLCAN

Em 19 de abril de 1999, a UPS entrou com um processo contra o Canadá sob o amparo do disposto no Capítulo 11 do TLCAN para exigir uma indenização de US\$ 160 milhões. A UPS alega que a Canada Post constitui uma violação do Capítulo 11 e das cláusulas do Capítulo 15 do TLCAN sobre políticas de concorrência, monopólios e empresas administradas pelo Estado. Os Artigos 1502.3(a) e 1503.2 do TLCAN exigem que os monopólios governamentais e as empresas administradas pelo Estado operem em conformidade com as regras previstas no Capítulo 11 do TLCAN. Essas cláusulas foram incorporadas ao Capítulo 11 como referências em seu Artigo 1116.<sup>68</sup> No entanto, os argumentos centrais da UPS se baseiam no Artigo 1502.3(d) do TLCAN, que *não* foi incorporado ao Capítulo 11. Citando essa cláusula, a UPS afirmou que a Canada Post abusa de sua condição especial de monopólio ao usar sua infra-estrutura para oferecer subsídios cruzados a seus serviços de correios e encomendas. Segundo a UPS, esses subsídios cruzados, que são considerados ilegais pelo TLCAN, consistem em caixas postais, locais de venda de serviços postais, transportes aéreos e terrestres e até mesmo nos próprios carteiros. A UPS alegou que essa prática representa uma violação das regras do TLCAN sobre o tratamento justo e equitativo (Artigo 1105), bem como da disposição que estipula que as empresas locais não devem receber um tratamento preferencial no âmbito do TLCAN (Artigo 1102).<sup>69</sup> A UPS argumentou também que a Canada Post recebe uma atenção preferencial na importação de embalagens e nos trâmites e taxas aduaneiros, em violação das regras do TLCAN sobre tratamento nacional (Artigo 1102).<sup>70</sup> Por último, a UPS alegou que a “imparcialidade” garantida pelo Artigo 1105 do TLCAN havia sido violada porque o governo canadense não havia tomado as medidas necessárias após uma avaliação governamental ter determinado que a Canada Post adotava práticas anticompetitivas.<sup>71</sup> Numa atitude pouco usual, a empresa também mencionou outros requisitos previstos no capítulo do TLCAN que regula o comércio no setor de serviços. A UPS alegou tratamento discriminatório à luz do disposto no Artigo 1202 do TLCAN - a cláusula sobre tratamento nacional incluída no capítulo que regula o comércio transfronteiriço de serviços. O montante da indenização exigida pela UPS é a soma dos lucros cessantes da empresa desde que o TLCAN entrou em vigor em 1994 e dois anos adicionais para abranger o período da duração da controvérsia no TLCAN.<sup>72</sup> Esse é o primeiro caso de um processo ‘investidor-Estado’ movido no âmbito do TLCAN diretamente contra um serviço público e sua resolução pode acarretar consequências significativas para todos os serviços públicos nos três países membros do tratado.

### Desenlace

O caso ainda está sendo julgado de acordo com as regras da CNUDMI. O sindicato canadense de trabalhadores postais, cujas vidas e sustento seriam mais afetados por um veredicto adverso do TLCAN, tentou intervir legalmente no caso como parte plenamente interessada e com os mesmos direitos de participação outorgados à UPS. No entanto, sua petição foi rejeitada por um painel do TLCAN. Amparando-se na Lei da Liberdade de Informação (FOIA, sua sigla em inglês), a *Public Citizen* solicitou formalmente informações sobre esse caso e solicitou também que o governo divulgasse essas informações publicamente, como determina a legislação dos Estados Unidos. O Departamento de Estado dos Estados Unidos respondeu que o caso da UPS havia sido classificado como secreto por razões de “segurança nacional” e que, por essa razão, ele não estava sujeito ao disposto na FOIA. É muito difícil imaginar que interesses de “segurança nacional” poderiam estar em jogo no processo movido por essa empresa. Por isso, a *Public Citizen* decidiu impugnar essa decisão do Departamento de Estado junto ao sistema judicial dos Estados Unidos. Após quase dois anos de argumentações e contra-argumentações jurídicas e quando os tribunais dos Estados Unidos estavam prestes a emitir um veredicto sobre o caso apresentado pela *Public Citizen*, a UPS finalmente optou por liberar voluntariamente uma versão alterada do documento em questão e permitir que o público participasse das audiências sobre o tema. É a primeira vez que um processo julgado por um tribunal do TLCAN é aberto ao escrutínio público. Apesar da liberação voluntária do processo alterado da UPS, essa empresa e os governos implicados continuam retendo o documento da demanda original. Supõe-se que o tribunal distrital se manifestará sobre esse tema a qualquer momento.

As ações da UPS e dos governos envolvidos no caso levantam dúvidas em relação à relevância de um “esclarecimento” da Comissão de Livre Comércio do TLCAN datada de 31 de julho de 2001, no qual os três governos do tratado se comprometeram a se empenhar ao máximo para disponibilizar os documentos ao público oportunamente. (Veja a página 25 para obter mais detalhes sobre o mencionado “esclarecimento”). Nessa instância, os governos permitiram

que a empresa agisse como condutora do processo, permitindo que ela ocultasse documentos importantes do público e ditasse os termos de aplicação da Lei da Liberdade de Informação dos Estados Unidos.

### **Conseqüências**

**De uma postura defensiva para uma postura ofensiva.** Em vez de alegar alguma desapropriação associada a alguma ação específica do governo canadense, parece que a UPS está usando as disposições do Capítulo 11 do TLCAN como uma ofensiva estratégica para ter acesso a uma fatia maior do mercado canadense de distribuição de encomendas e objetos postais. A UPS parece estar argumentando que a existência de uma empresa concorrente do setor público, como a Canada Post, viola seus direitos no âmbito do TLCAN. A empresa também tornou a sua demanda retroativa ao dia em que o TLCAN entrou em vigor, 1 de janeiro de 1994. Se a UPS for bem-sucedida em sua ação, seguramente surgirão novas demandas desse tipo contra serviços governamentais, retroativas ao momento em que as empresas obtiveram esses novos direitos de investimento sem precedentes.

**Serviços públicos ameaçados.** A UPS alega que como a Canada Post já presta o serviço público de entrega de cartas em bases monopolistas, ela não deveria ter permissão de concorrer pela oferta de serviços integrados de mensagens (*courier*) e entrega de encomendas. Numa época como a atual, na qual serviços públicos e comerciais geralmente coexistem e se entrelaçam, pouquíssimos serviços públicos ficariam isentos de demandas semelhantes por parte de empresas privadas. Por exemplo, os serviços de saúde e educação se apresentam hoje em dia como serviços comerciais e também como serviços públicos “subsidiados”.

**Direitos empresariais versus Direitos trabalhistas.** Se a UPS for bem-sucedida em sua ação, o governo do Canadá pode ser obrigado a reestruturar o seu sistema de serviços postais para evitar futuras demandas contra ele no TLCAN. Não obstante, os trabalhadores postais - que seriam os mais diretamente afetados por uma decisão adversa - não têm voz nesse caso do TLCAN. Embora as empresas não sejam formalmente “partes” do TLCAN e não tenham obrigações como os governos no âmbito do tratado, a verdade é que o disposto no Capítulo 11 sobre as controvérsias ‘investidor – Estado’ eleva empresas e outros investidores assim definidos pelo TLCAN à condição de ‘partes’ do tratado - permitindo a execução privada de um tratado público. No entanto, os cidadãos e trabalhadores afetados por essas decisões não gozam dessa condição e são obrigados a mendigar perante tribunais particulares do TLCAN por uma oportunidade de serem ouvidos em circunstâncias muito limitantes, com o agravante de que essas petições ficam sujeitas à vontade do tribunal, cujas decisões a esse respeito são inapeláveis.

## **CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES**

Até a presente data, quatro dos processos movidos junto a tribunais do TLCAN foram resolvidos a favor de empresas e treze outros ainda estão sendo julgados. Somente num caso, no caso Azinian, o veredicto foi contrário à empresa, num processo que envolveu também acusações de conduta fraudulenta. No entanto, a maioria dos observadores considera que esse caso foi mais uma “absolvição” do que uma vitória do governo demandado. A maioria das demandas associadas ao Capítulo 11 do TLCAN tem muito pouco ou nada a ver com a confisco de propriedades temido pelos signatários do TLCAN, cuja assinatura em 1992 supostamente defenderia os investidores dessa eventualidade. Pelo contrário, a maioria dos casos representa uma metralhadora de ataques contra atividades governamentais ordinárias. Esses casos enfrentariam importantes obstáculos legais se fossem julgados por tribunais dos Estados Unidos. Por outro lado, várias dessas demandas - como a da UPS - parecem estar estrategicamente orientadas para garantir fatias maiores do mercado - um fenômeno que Howard Mann, do Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável, descreve como a transformação do Capítulo 11 “de escudo em espada”.

A análise de todo o conjunto de casos associados ao Capítulo 11 do TLCAN nos permite chegar a determinadas conclusões:

**Os investidores estrangeiros obtêm mais direitos que os cidadãos e empresas locais:** Embora a análise das leis relativas a desapropriações em 31 países da ALCA ultrapasse os objetivos deste relatório, é evidente que as regras do TLCAN para investimentos muitas vezes garantem aos investidores estrangeiros novos direitos e privilégios que são potencialmente bem mais abrangentes que os previstos nas leis nacionais para cidadãos e empresas locais. Além disso, o sistema de solução de controvérsias ‘investidor – Estado’ oferece aos investidores estrangeiros um mecanismo exclusivo para a reivindicação de indenizações - pagas com dinheiro dos contribuintes - por supostas perdas de lucros (lucros cessantes).

**Mecanismos que permitem aos investidores estrangeiros se omitir de suas obrigações econômicas previstas na legislação:** Os tribunais do TLCAN para a solução de controvérsias ‘investidor – Estado’ proporcionam aos litigantes estrangeiros um mecanismo para exigir ressarcimentos de governos por meio de indenizações impostas a eles pelos tribunais locais de algum país signatário. Se a Loewen for bem-sucedida no processo que moveu no TLCAN, essa empresa poderá “passar a fatura” de sua conduta ilegal aos contribuintes - outro “privilégio” não disponível aos empresários locais.

**Custos potencialmente multimilionários para os contribuintes:** No final, são os contribuintes do país demandado que pagam a indenização quando uma empresa ganha um caso no TLCAN. Nos sete primeiros anos de vida do TLCAN, as poucas controvérsias submetidas a seus tribunais envolvem a incrível soma em indenizações exigidas por empresas em suas demandas originais de US\$ 27.000 milhões, distribuída da seguinte maneira: US\$ 15.600 milhões dos contribuintes norte-americanos; US\$ 400 milhões dos contribuintes mexicanos; e US\$ 11.000 milhões dos contribuintes canadenses. Embora possamos prever que nem todas essas demandas serão acatadas, é evidente que a soma de um grande número de obrigações indenizatórias poderia afetar significativamente os tesouros dos governos nacionais e pressioná-los a arrancar recursos dos governos provinciais (estaduais) e municipais.

**Os governos provinciais e municipais ficam expostos e ao alcance dos tribunais do TLCAN:** Diversas medidas adotadas por governos estaduais, provinciais e municipais foram impugnadas como violações do Capítulo 11 do TLCAN. Embora um tribunal do TLCAN não tenha poderes para anular uma lei e a responsabilidade pelo pagamento de eventuais indenizações recaia tecnicamente sobre o governo nacional (federal), os governos nacionais contam atualmente com diversas de opções na legislação nacional para forçar governos provinciais e municipais a se submeter à sua vontade. Por exemplo, os governos nacionais podem reter - como ‘reféns’ - recursos destinados a projetos provinciais ou municipais até que uma medida infratora seja revogada ou até que as autoridades provinciais ou municipais (segundo o caso) concordem em dar alguma contribuição financeira para cobrir os custos da indenização. Os governos provinciais (estaduais) e municipais devem fazer um escrutínio sistemático e formal de todos os casos

submetidos ao julgamento dos tribunais do TLCAN para compreender os riscos que eles acarretam para a soberania nacional e a governabilidade no âmbito do TLCAN e também da projetada ALCA.

**Os governos ficam expostos a críticas e processos intermináveis nos tribunais do TLCAN:** O tribunal que julgou o caso da S.D. Myers considerou razoável que o Canadá proibisse provisoriamente (durante o breve período em que os Estados Unidos suspenderam a sua proibição de importações de PCB) as exportações de PCB em virtude de suas preocupações ambientais. No entanto, esse tribunal também determinou que a ação do Canadá era ilegal à luz do disposto no TLCAN e decidiu que a forma pela qual o Canadá havia tentado alcançar o seu objetivo ambiental não foi a que teria os efeitos menos restritivos sobre o comércio. Aparentemente carecendo de experiência em políticas ambientais, o painel sugeriu diversas medidas alternativas que o Canadá poderia ter implementado para alcançar o mesmo objetivo.

**As impugnações do TLCAN congelam políticas de interesse público:** Num caso submetido ao julgamento dos tribunais do TLCAN, a empresa norte-americana Ethyl moveu uma ação contra uma medida canadense de proteção sanitária e ambiental que proibia o uso de um aditivo para gasolina desenvolvido pela empresa *no mesmo momento em que o parlamento discutia a proibição proposta*. As regras do TLCAN exigem que as empresas esperem por seis meses após a ocorrência de fatos que dão origem a uma demanda e tentem resolver a situação por meio de negociação antes de recorrer ao processo de arbitragem de um tribunal do TLCAN. O fato de um tribunal do TLCAN ter aceito e julgado o caso embora o momento em que a empresa o apresentou tenha sido inoportuno em termos regulamentares constitui não apenas um poderoso sinal de alarme, mas também uma tentativa descarada de intimidar um órgão legislativo no sentido de que não atuasse. A mera ameaça de elevadas indenizações e os altos custos para se defender numa ação desse tipo podem ser suficientes para fazer com que governos de países pobres cedam diante da simples ameaça de uma ação e se dêem por vencidos antes mesmo de lutar.

**O TLCAN e a pesca milagrosa de indenizações governamentais para empresas estrangeiras:** Uma outra faceta preocupante dos casos julgados por tribunais do TLCAN sob o amparo no disposto em seu Capítulo 11 é a tendência das empresas de exigir indenizações dos governos mesmo quando seus investimentos reais no país demandado não são facilmente reconhecíveis. Somente uma pequena minoria de casos do TLCAN está relacionada a circunstâncias que poderiam ser tipificadas, embora apenas vagamente, como confisco de propriedade. Em muitos outros casos, não é possível identificar claramente que “propriedade” o investidor efetivamente possuía no país demandado. No caso da S.D. Myers, o tribunal do TLCAN chegou ao extremo de determinar que uma “parcela de mercado” constitui um investimento legítimo no âmbito do tratado. Essa decisão alarmante que pode desencadear todo um conjunto de novas demandas por maiores fatias de um mercado.

**As salvaguardas ambientais do TLCAN estão se tornando insignificantes:** O Preâmbulo do TLCAN afirma que os países devem cumprir suas obrigações “observando o imperativo de proteger e conservar o meio ambiente”. Há outros conceitos e expressões no Artigo 1114 do capítulo sobre investimentos destinados a proteger o meio ambiente e evitar que os países fiquem totalmente impossibilitados de adotar normas ambientais. Essas cláusulas têm recebido tão pouca atenção nos tribunais do TLCAN que estão se tornando insignificantes.

**As obrigações de todo o TLCAN e a OMC estão sendo importadas para o Capítulo 11:** Amparando-se no disposto no Artigo 1105 do TLCAN, que exige um tratamento “compatível com o direito internacional” para os investidores, as empresas têm procurado “importar” para o processo de litígio previsto no Capítulo 11 as obrigações de todo o conjunto do TLCAN, além de outras obrigações comerciais internacionais previstas no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, sua sigla em inglês) e adotadas na OMC. Em julho de 2001, os três ministros de comércio exterior publicaram um esclarecimento para tentar fechar essa brecha do Artigo 1105. No entanto, resta saber que peso os tribunais do TLCAN darão a esse esclarecimento.

**De uma postura defensiva a uma postura ofensiva:** Há algumas empresas que nem sequer alegam desapropriação quando movem um processo sob o amparo do disposto no Capítulo 11 do TLCAN. Aparentemente, elas estão usando outras cláusulas do capítulo do TLCAN sobre investimentos para melhorar a sua posição estratégica no mercado. Um

exemplo notório dessas manobras estratégicas é o caso da UPS contra o serviço postal canadense. A UPS alega que como a Canada Post já presta serviços públicos de entrega de cartas e de correios, ela não deveria ter permissão para concorrer no mercado dos serviços integrados de mensagens (*courier*) e entrega de encomendas. A UPS afirma que a vasta infra-estrutura da Canada Post representa um subsídio - ilegal segundo as regras do TLCAN - para seus serviços de mensagens e entrega de encomendas que garante uma vantagem injusta à empresa no mercado. Numa época em que serviços públicos e comerciais freqüentemente coexistem e se entrelaçam, pouquíssimos serviços públicos - inclusive os de saúde e educação - estariam isentos de impugnações semelhantes por parte de empresas privadas. O caso da UPS constitui uma das facetas mais preocupantes de todos os casos submetidos ao julgamento dos tribunais do TLCAN, pois ele sugere que as empresas estão abandonando uma postura defensiva (de se proteger contra eventuais desapropriações) para adotar uma postura ofensiva que lhes garanta condições ou fatias de mercado mais favoráveis ou maiores.

## Conceitos de Investimentos Adotados na Minuta da ALCA

As negociações em torno da ALCA vêm sendo desenvolvidas a portas fechadas desde 1995. O segredo férreo desse processo foi rompido pouco antes da III Cimeira das Américas, realizada em abril de 2001 em Quebec, Canadá, quando o texto da minuta do capítulo da ALCA sobre investimentos vazou para o público. Como um reflexo fiel das visões conflitantes das diversas delegações nacionais que participam dos grupos de negociação da ALCA, o texto dessa minuta está cheio de “colchetes”, ou seja, ele contém todas as diferentes propostas apresentadas para muitas de suas cláusulas. Infelizmente, o texto disponível foi higienizado, ou seja, ele não contém as anotações em suas margens que normalmente acompanham um texto desse tipo em sua fase de elaboração, dificultando enormemente a identificação de quais das versões alternativas - freqüentemente conflitantes e muito diferentes entre si - têm mais possibilidades de chegar ao documento final e de que países apóiam esta ou aquela versão do texto.

No entanto, uma análise da minuta do capítulo da ALCA sobre investimentos revela que ela incorpora e amplia muitas das características do TLCAN, bem como componentes do infame AMI. O AMI foi negociado secretamente por vários anos no seio da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), da qual os Estados Unidos, o Japão, a Austrália e a maioria dos países da Europa Ocidental são membros. Os governos da OCDE suspenderam as negociações do AMI após uma cópia desse acordo extremista no que se refere a investimentos ter chegado às mãos de organizações da sociedade civil e ser disponibilizado por elas na Internet em 1998. O exame dos efeitos e conseqüências desse pacto e as campanhas lançadas para sensibilizar formuladores de políticas e a opinião pública em relação a essa ameaça deram fruto. As expressões de condenação de funcionários públicos e cidadãos consternados em todo o mundo logo derrubaram esse projeto de acordo extremista.

Como o TLCAN e o AMI, o capítulo da ALCA sobre investimentos inclui definições ampliadas dos conceitos de “investimento” e “investidor” e estabelece um amplo conjunto de novos direitos e privilégios para os investidores, entre os quais o direito a indenização por lucros cessantes, desapropriação e confisco regulatório. O capítulo da ALCA sobre investimentos contém também restrições às políticas dos países para controlar a especulação financeira - como a regulação das transferências financeiras - e proíbe a adoção de qualquer requisito de desempenho, mesmo os que não discriminam investidores estrangeiros.

Como no caso do TLCAN e do AMI, esses novos direitos contratuais podem ser impostos privadamente por meio de um sistema de solução de controvérsias ‘investidor – Estado’ semelhante ao previsto no TLCAN. Em muitos aspectos, no entanto, a minuta da ALCA vai muito além do Capítulo 11 do TLCAN e incorpora cláusulas do falido AMI. No que se refere às definições de “investimento” e “investidor”, por exemplo, a minuta da ALCA contém múltiplas versões que incluem desde cópias exatas do mesmo texto do TLCAN - que fornece uma lista específica dos oito tipos de bens ou propriedades abrangidos por sua definição - até definições muito mais amplas, que superam até as amplíssimas definições do AMI nesse campo. Uma das versões propostas define um investimento como “qualquer tipo de bem e

direitos de qualquer natureza”, “próprios ou controlados, direta ou indiretamente, por um investidor”.<sup>73</sup> Qualquer investimento que se enquadre nessas definições se beneficiaria dos novos direitos e garantias previstos na minuta da ALCA. Uma outra versão proposta exige que cada governo “promova, dentro do seu território, os investimentos dos investidores de outras Partes Contratantes”, o que equivale a exigir que os governos defendam os interesses econômicos estrangeiros antes dos interesses econômicos nacionais.<sup>74</sup>

## **Recomendações**

Se as controvérsias surgidas no âmbito do TLCAN continuarem a ser resolvidas a favor das empresas, as críticas mais duras ao TLCAN começarão a se transformar numa realidade cada vez mais notória. Os governos dos países do TLCAN ficarão impossibilitados de desempenhar as mais elementares funções regulatórias se não quiserem ser obrigados a indenizar empresas afetadas por essas regras - nem que seja marginalmente - com o dinheiro dos contribuintes. Isso representa, na prática, uma reestruturação fundamental do delicado equilíbrio estabelecido entre os direitos soberanos dos governos locais e nacionais, os direitos de propriedade e o amplo interesse público na saúde, na segurança e na ordem.

Não é uma boa política formalizar num tratado público esse novo conjunto de direitos tão amplos para os investidores com mecanismos privados para garantir a sua observância. As regras do TLCAN para investimentos devem ser reformuladas e disposições desse tipo não devem ser incluídas em qualquer novo acordo. Do ponto de vista do interesse público, uma “interpretação” ou “esclarecimento” das regras sobre investimentos, como a emitida recentemente pelos três ministros de comércio exterior dos países membros do TLCAN, não aplacam as inquietações e preocupações suscitadas pelos casos analisados aqui. Em primeiro lugar, as interpretações publicadas em julho de 2001 não abordaram muitos temas essenciais. O aspecto mais fundamental, no entanto, é que os casos conhecidos têm implicações que envolvem problemas muito mais importantes, como o acordo de conceder às empresas estrangeiras um tratamento preferencial e diferenciado em relação ao recebido por investidores locais e a pertinência de um mecanismo especial para os investidores estrangeiros impugnarem leis nacionais não discriminatórias e democraticamente aprovadas.

A regra de ouro para demandas comerciais deve ser simplesmente perguntar-se o seguinte: "a norma em questão é discriminatória?" e "ela prevê o mesmo tratamento para investidores estrangeiros e nacionais?" Se a resposta a essas perguntas for afirmativa [no segundo caso, e negativa no primeiro], nenhum acordo comercial internacional deveria legitimar outros motivos para se iniciar uma ação.

Para restituir o equilíbrio - tão comprometido pelo TLCAN - entre o interesse público geral e os interesses empresariais e para evitar que esse modelo falido se propague e se amplie ainda mais na ALCA, a *Public Citizen* recomenda o seguinte:

- O desempenho dos Tratados Bilaterais de Investimentos (TBI) deve ser sistematicamente analisado. Tanto os termos de investimentos como os resultados das controvérsias relacionadas a investimentos devem ser examinados para se ter uma melhor compreensão do impacto que esses tratados estão tendo nos países em desenvolvimento.
- As cláusulas extremas relacionadas ao “confisco regulatório” incluídas no TLCAN mas não na legislação nacional de muitos países devem ser eliminadas do tratado e nunca mais incluídas em outros acordos, como o da ALCA, o Tratado de Livre Comércio (TLC) entre os Estados Unidos e o Chile e o TLC da América Central. Nenhuma “nota interpretativa” será suficiente para proteger o público e os tesouros dos países membros do TLCAN desses amplísimos direitos dos investidores.

- Ao mesmo tempo, o mecanismo quase secreto para a solução de controvérsias ‘investidor – Estado’, que se baseia na noção de que interesses comerciais privados podem executar tratados dos quais não são ‘Partes’, deve ser eliminado do TLCAN e nunca mais incluído em outros acordos.
- Esforços estão sendo empreendidos para introduzir os componentes mais extremos desse modelo de investimentos na OMC. Os investimentos constituem um dos quatro novos “Temas de Singapura”, aos quais os países em desenvolvimento se opõem fortemente. Na próxima Conferência Ministerial da OMC, que será realizada em setembro de 2003 em Cancun, México, será decidido se negociações formais serão abertas para ampliar as regras da OMC na área dos investimentos. É imperativo impedir que isso ocorra.

Independentemente do lugar escolhido pelos partidários da globalização corporativa para introduzir essas cláusulas extremas para investimentos - seja nos TBIs, no TLC entre os Estados Unidos e o Chile, no TLC da América Central, na OMC ou na ALCA - disposições como as incluídas no TLCAN para investimentos constituem uma política pública nociva e devem ser rejeitadas.

## NOTAS

<sup>1</sup> “Obscure NAFTA Clause Empowers Private Parties”, *The National Law Journal*, 6 de abril de 1998.

<sup>2</sup> Aparentemente, há registros de outras duas ações que nunca seguiram em frente: uma que envolvia uma empresa farmacêutica mexicana (Signa, S.A.) e outra que envolvia uma concessão aeroportuária no México (Halchette). Não existe qualquer documentação disponível sobre esses casos e pode ser que existam muitos outros casos de que não temos conhecimento devido ao caráter fechado dos processos.

<sup>3</sup> Gallagher, Kevin e Ackerman, Frank, *The Fiscal Impacts of Investment Provisions in United States Trade Agreements*, Instituto de Desenvolvimento Global e Meio Ambiente, Escola Fletcher de Direito e Diplomacia, Universidade Tufts, maio de 2002, divulgado por ‘Contribuyentes por el Sentido Común’, disponível em <http://www.taxpayer.net/chapter11/index.htm>

<sup>4</sup> TLCAN, Artigo 1139.

<sup>5</sup> TLCAN, Artigo 201.

<sup>6</sup> TLCAN, Artigo 1110.

<sup>7</sup> TLCAN, Artigo 1102.

<sup>8</sup> TLCAN, Artigo 1103.

<sup>9</sup> TLCAN, Artigo 1105.

<sup>10</sup> TLCAN, Artigo 1106.

<sup>11</sup> O AMI era um acordo multilateral de investimentos que incluía garantias para os investidores ainda mais amplas que as contidas no TLCAN. Em 1998, uma cópia do acordo secreto foi publicada na Internet. Os protestos clamorosos de organizações da sociedade civil e outras que se seguiram levaram os negociadores a jogar a toalha em 1998.

<sup>12</sup> Isso ficou evidenciado pelo fato de que até 1987 não havia sido registrado nenhum caso relacionado a tratados de investimentos. Antonio Parra, “Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties”, em Notícias de CIADI, Volume 17, No.2, Outono de 2000; comunicação pessoal entre Parra e David Waskow, Amigos da Terra, 6 de julho de 2001.

<sup>13</sup> Comentários de Antonio Parra, sessão da Sociedade Americana do Direito Internacional, 6 de abril de 2000.

<sup>14</sup> CIADI, *Casos Concluídos e Casos Pendentes*, citado em 6 de Julho de 2001, e [www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm)

<sup>15</sup> Antonio Parra, “Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties”, em Notícias de CIADI, Volume 17, No.2, Outono de 2000; comunicação pessoal entre Parra e David Waskow, Amigos da Terra, 6 de julho de 2001.

<sup>16</sup> Convênio sobre o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, Artigo 48, CIADI, *Casos Concluídos e Casos Pendentes*, citado em 6 de julho de 2001, disponível em [www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm](http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm)

<sup>17</sup> Convênio sobre o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados; Regulamento do Mecanismo Complementar para a Administração de Procedimentos pela Secretaria do Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos [Regulamento do Mecanismo Complementar].

<sup>18</sup> CNUDMI, *About UNCITRAL \* An Introduction to the Work of UNCITRAL*, citado em 6 de julho de 2001, disponível em [www.uncitral.org/em-index.htm](http://www.uncitral.org/em-index.htm)

<sup>19</sup> Comunicação pessoal entre David Waskow, Amigos da Terra, e um funcionário da CNUDMI, 6 de julho de 2001.

<sup>20</sup> Petitioner’s Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso número ARB(AF)/97/1, 22 de janeiro de 2001, at 2.

<sup>21</sup> Petitioner’s Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso número ARB(AF)/97/1, 22 de janeiro de 2001, at 3.

<sup>22</sup> Metalclad Corporation SEC 10K/A, “Relatório Anual”, 6 de junho de 2001.

<sup>23</sup> Petitioner’s Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso número ARB(AF)/97/1, 22 de janeiro de 2001, at 3.

<sup>24</sup> “Toxic Shock in a Mexican Village”, *Multinational Monitor*, Vol. 16, No. 10, outubro de 1995.

<sup>25</sup> “Toxic Shock in a Mexican Village”, *Multinational Monitor*, Vol. 16, No. 10, outubro de 1995.

<sup>26</sup> “Toxic Shock in a Mexican Village”, *Multinational Monitor*, Vol. 16, No. 10, outubro de 1995.

<sup>27</sup> Fernando Bejarano, Rede de Ação para Pesticidas e Alternativas no México (RAPAM), comunicação de 6 de abril de 2001, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>28</sup> Fernando Bejarano, Rede de Ação para Pesticidas e Alternativas no México (RAPAM), comunicação de 6 de abril de 2001, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>29</sup> Greenpeace México, “Las Lecciones de Guadalucazar: Impunidad y Política Ambiental”, *La Jornada*, 30 de maio de 1995.

<sup>30</sup> Petitioner's Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso número ARB(AF)/97/1, 22 de janeiro de 2001, at 4.

<sup>31</sup> Petitioner's Outline of Argument, In the Supreme Court of British Columbia, in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso número ARB(AF)/97/1, 22 de janeiro de 2001, at 4.

<sup>32</sup> Fernando Bejarano, Rede de Ação para Pesticidas e Alternativas no México (RAPAM), comunicação de 6 de abril de 2001, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>33</sup> Fernando Bejarano, , Rede de Ação para Pesticidas e Alternativas no México (RAPAM) comunicação de 6 de abril de 2001, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>34</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 15.

<sup>35</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 17.

<sup>36</sup> Amended Petition to the Court, In the Supreme Court of British Columbia, Re: Sections 30, 31, 42 of the Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, c. 55 and in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso #ARB(AF)/97/1, 27 de outubro de 2000.

<sup>37</sup> A notícia da arbitragem ainda não foi divulgada publicamente. A data e a soma reivindicada ficaram conhecidas pelo Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 4, 36.

<sup>38</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 1.

<sup>39</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 1.

<sup>40</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 42.

<sup>41</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 32 - 35.

<sup>42</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 28.

<sup>43</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 23-24 de agosto de 2000, at 32.

<sup>44</sup> "The Metalclad Decision Under NAFTA Chapter 11", *New York Law Journal*, 27 de outubro de 2000.

<sup>45</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 23-24 de agosto de 2000, at 32.

<sup>46</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 23-24 de agosto de 2000, at 31.

<sup>47</sup> Amended Petition to the Court, In the Supreme Court of British Columbia, Re: Sections 30, 31, 42 of the Commercial Arbitration Act, RSBC 1996, c. 55 and in the Matter of Arbitration Pursuant to Chapter 11 of NAFTA between Metalclad Corporation and the United Mexican States, Mecanismo Complementar do CIADI, caso número ARB(AF)/97/1, 27 de outubro de 2000.

<sup>48</sup> Nesse caso os estatutos aplicáveis foram os do British Columbia Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 e do British Columbia Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 223. O juiz Tysoe determinou que o grau de intervenção que ele podia ter no caso estava limitado pelos termos da Lei da Arbitragem Comercial Internacional.

<sup>49</sup> Na Corte Suprema da Colúmbia Britânica, entre Estados Unidos Mexicanos e Metalclad Corporation, Reasons for Judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe, 2 de maio de 2001, at 26-27.

<sup>50</sup> Na Corte Suprema da Colúmbia Britânica, entre Estados Unidos Mexicanos e Metalclad Corporation, Reasons for Judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe, 2 de maio de 2001, at 29.

<sup>51</sup> Na Corte Suprema da Colúmbia Britânica, entre Estados Unidos Mexicanos e Metalclad Corporation, Reasons for Judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe, 2 de maio de 2001, at 47-48.

<sup>52</sup> “México will Appeal Metalclad Award Again”, *PR Newswire Association, Inc.*, 24 de maio de 2001.

<sup>53</sup> “Metlaclad NAFTA Dispute is Settled”, *Los Angeles Times*, 14 de junho de 2001.

<sup>54</sup> Réplica mexicana à resposta da Metalclad datada de 28 de setembro de 1998 at 117

<sup>55</sup> *Lucas vs South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003.

<sup>56</sup> *Concrete Pipe and Products vs Construction Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602 at 615.

<sup>57</sup> Na Corte Suprema da Colúmbia Britânica, entre Estados Unidos Mexicanos e Metalclad Corporation, Reasons for Judgement of the Honourable Mr. Justice Tysoe, 2 de maio de 2001, at 35.

<sup>58</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 33-34.

<sup>59</sup> “The Metalclad Decision Under NAFTA Chapter 11”, *New York Law Journal*, 27 de outubro de 2000.

<sup>60</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 35-36.

<sup>61</sup> Final Award in the Matter of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos*, Centro Internacional para o Acerto de Diferenças em torno de Investimentos, 25 de agosto de 2000, at 33.

<sup>62</sup> Notice of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, 19 de abril de 1999, at 2.

<sup>63</sup> Notice of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Government of Canada*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, 19 de abril de 1999, at 2.

<sup>64</sup> Canada Post Corporation, “Corporate Overview”, disponível em <http://www.canadapost.ca/CPC2/corpc/overview/overview.html>, citado em 16 de abril de 2001.

<sup>65</sup> Canada Post Corporation Act (R.S. 1985, c. C-10).

<sup>66</sup> Canada Post Corporation, “Corporate Overview”, disponível em <http://www.canadapost.ca/CPC2/corpc/overview/overview.html>, citado em 16 de abril de 2001.

<sup>67</sup> “Corporate Profile”, Purolator Courier Ltd., disponível em <http://www.purolator.com/about-us/corporate-profile.html>, citado em 27 de abril de 2001.

<sup>68</sup> Notice of Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Governo do Canadá*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, 19 de abril de 1999, at 3-4, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>69</sup> Notice of Intent to Submit to Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Governo do Canadá*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, 19 de janeiro de 2000, at 7-10, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>70</sup> Notice of Intent to Submit to Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Governo do Canadá*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, 19 de janeiro de 2000, at 8, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>71</sup> Notice of Intent to Submit to Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement, *UPS Inc. vs Governo do Canadá*, Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, 19 de janeiro de 2000, at 10, em arquivos da *Public Citizen*.

<sup>72</sup> “UPS Files New NAFTA Investment Dispute Case Against Canada”, *Inside U.S. Trade*, 28 de abril de 2000.

<sup>73</sup> FTAA Report FTAA.ngin/02, 26 de novembro de 2000, at Artigo 16.

<sup>74</sup> *Ibid.*, art. 1.