

## COLUMBIA INVESTMENT YEARBOOK, 2011 – 2012

### CHAPTER 4

#### THE INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION MODEL MINE DEVELOPMENT AGREEMENT PROJECT: A STEP TOWARD BETTER PRACTICE AND BETTER DEVELOPMENT RESULTS

LUKE J. DANIELSON AND MARK D. PHILLIPS

Extrato traduzido e apresentado com a permissão do editor. Todos os direitos reservados.

##### i. Organização do MMDA 1.0

O MMDA 1.0 consiste em um Índice, descrevendo mais de 100 subtítulos agrupados sob 38 principais títulos de assuntos. Sob cada subtítulo, o projeto é identificado como uma "cláusula principal" na maioria das circunstâncias tomada diretamente um contrato existente, e diversas cláusulas representativas, também tomadas diretamente de contratos. Por exemplo, a categoria Direito de Posse inclui títulos sobre exploração e desenvolvimento, sendo que cada um destes títulos inclui uma série de subtítulos abrangendo tópicos tais como, o prazo do direito de posse, concessão de direitos de desenvolvimento e obrigações de desenvolvimento.<sup>81</sup> Esta estrutura permite a um usuário visualizar e comparar as abordagens esboçadas por diversos profissionais em cada um destes importantes tópicos. Em uns poucos casos, onde ficou claro que existiam "lacunas" não adequadamente preenchidas pelas cláusulas que encontramos nos contratos existentes, o Comitê sugeriu que fossem redigidas. Segue-se uma análise e comentário seção por seção sobre o MMDA, contendo algumas de nossas opiniões sobre os assuntos ao esboçar esses contratos.

##### D. O MMDA E SEU CONTEÚDO

O MMDA não possui uma única abordagem prescritiva em relação a um contrato. Ele começa com um índice para o contrato. Sob cada título no índice existe uma "cláusula principal" e diversas variantes ou "cláusulas exemplo" tomadas de contratos existentes. Fizemos um esforço para editar e desenvolver as cláusulas principais, de modo que elas funcionem juntas, como um todo, sendo que as referências cruzadas internas são consistentes.

Mas o MMDA *não é um formulário de contrato*; não é possível simplesmente imprimir um contrato, preencher os nomes e assiná-lo. O usuário, como em qualquer guia de redação, precisará escolher entre as variantes, ou simplesmente usá-las como orientação geral para desenvolver cláusulas específicas para qualquer contrato real. A maior parte das informações, juntamente com qualquer variante ou combinação destas cláusulas, deverá ser fornecida pelo usuário.

Não tentaremos comentar todas as cláusulas do MMDA, mas simplesmente anotar algumas das características mais interessantes e importantes, e áreas que irão exigir consideração no desenvolvimento adicional.

As referências nesta discussão, exceto se especificado de outro modo, são às cláusulas principais.

80. Existem três desenvolvimentos iminentes. O MMDA em breve estará disponível em francês e português. E o website poderá ser hospedado pela Associação Internacional dos Advogados, podendo migrar para o website da IBA.
81. Esboço do MMDA, 16 de abril de 2010, disponível em [http://www.mmdaproject.org/?page\\_id=1341](http://www.mmdaproject.org/?page_id=1341) (última visita em 16 de julho de 2012).

Vale ressaltar que o MMDA contém, ao final do texto, resumos de comentários que o Comitê recebeu sobre as disposições principais.<sup>82</sup> Estes poderão ser de valor para o leitor que buscar um melhor entendimento das questões inerentes à redação de contratos de desenvolvimento de minas.

A discussão seguinte provavelmente será mais útil se o leitor se referir ao mesmo tempo ao texto do MMDA, encontrado em [www.mmdaproject.org](http://www.mmdaproject.org).

#### 1. CLÁUSULAS INTRODUTÓRIAS<sup>83</sup>

Duas partes das cláusulas introdutórias merecem menção especial e são autoexplicativas.

[ . . . ] [O] objetivo deste Contrato é desenvolver os Minerais de uma maneira a promover estabilidade de longo prazo nas condições do investimento em mineração e contribuir para o desenvolvimento sustentável do Estado e suas comunidades durante um processo no qual a produção e o uso de recursos naturais não renováveis ocorrem em uma estrutura equitativa [...].<sup>84</sup>

Isto estabelece o acordo fundamental que rege o contrato: para o Estado e suas comunidades, o objetivo é o desenvolvimento sustentável nos níveis nacional e local. Para o investidor, é o aumento na estabilidade. Para alcançar qualquer uma destas metas, existe uma inescapável necessidade de transparência.:

[ . . . ] [A]s Partes reconhecem que este Contrato é de fundamental importância pública e que é e por sua natureza deve estar, livre e publicamente disponível a pedido de qualquer pessoa que o solicitar [ . . . ]"

#### Cláusula 1.0 Definições e Interpretação

Em qualquer contrato, a definição clara dos termos é essencial para a viabilidade do contrato. Geralmente, o que parecem ser direitos ou obrigações graves nas cláusulas substantivas podem ser destituídos de efeito real pelas limitações nas cláusulas de definição.

O MMDA 1.0 tenta, quando possível, usar definições consistentes com outras normas comumente aplicáveis, tais como as Normas de Desempenho IFC.<sup>86</sup> Sentimos que existia um considerável perigo de confusão nas definições do contrato que era similar às Normas de Desempenho.

82. MMDA, pg. 176-92 et seq., disponível em [http://www.mmdaproject.org/?page\\_id=340](http://www.mmdaproject.org/?page_id=340) (última visita em 16 de julho de 2012).

83. MMDA, Preliminares, disponível em <http://www.mmdaproject.org/?p=442> (última visita em 16 de julho de 2012).

84. Esta é realmente uma formulação da opinião declarada pelo ICMM (Conselho Internacional de Mineração e Metais) de que os contratos que não forem entendidos como justos simplesmente não serão estáveis. ICMM, Mining: Partnerships for Development Toolkit, op. cit. nota 38.

85. Apesar de o princípio ser de que o Contrato é um documento público, existe uma disposição de que informações confidenciais muito específicas podem ser reservadas da divulgação. Vide MMDA seção 30.1(b). Mecanismos para assegurar tanto a disponibilidade pública das informações, quanto decidir quais informações são legitimamente confidenciais, encontram-se descritos nas seções 30.1 e 30.2.

86. Vide Normas de Desempenho da International Finance Corporation sobre Sustentabilidade Ambiental e Social, com validade em 1 de janeiro de 2012, disponível em

[http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC\\_Performance\\_Standards.pdf?MOD=AJPERES](http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES)  
(última visita em 16 de julho de 2012).

ou outras normas reconhecidas, mas que divergiram delas em alguns aspectos. 87 Exemplos nos quais a consistência poderá ser importante são as definições de "informações confidenciais," "consulta" e "população indígena ou tribal".

Seguem-se algumas das principais definições.

"Produção Comercial" é importante definir, porque em muitos contratos, chegar a este estágio desencadeia direitos e obrigações muito importantes. Em algumas das cláusulas principais do MMDA, a produção comercial está vinculada a períodos de estabilidade<sup>88</sup> e requisitos de divulgação<sup>89</sup>, entre outros. Este nível é atingido na cláusula principal quando a mina estiver produzindo a 60 por cento da capacidade designada durante um período de 3 meses.

Um "**Perito Único Independente**" está previsto nas cláusulas principais para ser contratado para resolver determinados tipos de litígios, caso ocorram.

"**Melhor Prática**". A grande maioria dos contratos que revisamos possui alguma cláusula comprometendo a companhia a seguir a "prática internacional," "melhor prática" ou alguma variante. A ideia de "melhor prática", conforme usado nos contratos, apresenta algumas questões. Já que isto é tão amplamente usado nos contratos existentes, os redatores presumivelmente têm uma ideia clara do que significam.<sup>90</sup>

Por qualquer que seja a razão e qualquer que seja o efeito, existe, de fato, um crescimento impressionante de diretrizes, normas e padrões internacionais. Nem a lista exata do que é "in" e o que é "out," nem a linguagem a ser usada para descrevê-los foram acordados universalmente, embora estejam ficando mais focados ao longo do tempo. Algumas vezes é a "melhor prática," outras vezes "normas internacionais" ou "*soft law*" ou alguma outra coisa. Vide Quadro I ao final deste artigo.

Este não é um problema abstrato, porém apresenta o mais concreto dos problemas a serem redigidos. Um número muito grande de contratos de mina existentes que revisamos possui neles alguma cláusula defendendo que "a companhia irá seguir a melhor prática internacional em suas operações" ou "normas ambientais internacionais serão observadas." O advogado é deixado se perguntando se esta é uma generalidade sem sentido, inserida somente para dar algum consolo aos governos dos países anfitriões, ou uma cláusula com real significado que impõe algum tipo de obrigação mensurável.<sup>91</sup>

Muitos de nós no processo MMDA achamos que essas cláusulas são úteis e devem estar nos contratos, porém com maior especificidade e definição.<sup>92</sup> A grande pergunta é: O que é "melhor prática internacional?"<sup>93</sup>

Acreditamos que uma referência geral em um contrato à "melhor prática da indústria" ou "prática internacional" poderia bem incluir a maioria dos materiais amplamente aceitos e respaldados descritos em nosso Anexo como Quadro 1.

87. A melhor solução para alguns termos fundamentais poderá ser simplesmente dizer em um contrato que o termo "deverá ter o mesmo significado que na Norma de Desempenho \_\_\_\_" ou outras normas aplicáveis.

88. Vide MMDA, seção 13.2.

89. MMDA, seção 4.3(a).

90. Vide "International 'best practice' in mining: Who decides and how - and how does it impact law development?" de John P. Williams, 39(4) *Georgetown Journal of International Law* 693 (2008).

91. Advogados dos países anfitriões têm nos feito repetidamente esta pergunta, que estão verdadeiramente preocupados que cláusulas de "melhor prática" possam fazer os contratos soarem melhor, porém não criam obrigações exequíveis.

92. A "cláusula principal" no MMDA que aborda isto mais diretamente é a 10.2: Aplicabilidade das Normas de Desempenho do IFC de Princípios do Equador. Esta cláusula não somente aponta as diretrizes aplicáveis, mas esclarece que os processos estabelecidos pelas Normas de Desempenho IFC e as notas de orientação aplicáveis devem ser seguidos para determinar a conformidade ambiental.

93. Este problema específico será explorado em maior profundidade pelo artigo vindouro do autor Danielson em *Lewis & Clark Law Review*.



Isto está consistente com o processo de "interligação", que é uma tendência que pode ser observada em todos estes órgãos internacionais de normas: que os diferentes órgãos de material normativo ou "melhor prática" se referem cada vez mais uns aos outros.

Se alguém perguntar o que "melhor prática internacional" ou "normas internacionais" significam em um contrato de mineração, uma resposta amplamente respaldável é os materiais do Quadro 1 que são relevantes para o assunto específico em questão, com a advertência de que existe a necessidade de inclusões no Quadro de produtos e problemas específicos. Por exemplo, se o problema específico é o fechamento de mina, um importante elemento da norma é claramente o Conjunto de Ferramentas ICMM sobre Planejamento Integrado para Fechamento.<sup>94</sup> Se estivermos focados no uso de cianureto nas operações de mineração, a resposta deve incluir o Código Internacional para Gerenciamento do Cianureto.<sup>95</sup>

Dadas essas advertências, as normas mais amplamente aplicáveis, com aceitação geral neste estágio do desenvolvimento, são provavelmente aquelas listadas no Quadro 1, e uma referência no contrato a "normas internacionais" ou "melhor prática internacional" poderia ser adotada de forma a incluí-las.

A cláusula principal do MMDA adota a abordagem mais limitada e restrita de definir "boa prática na indústria" como:

[A]quele grau de habilidade, diligência, prudência e previsão que seria esperado, razoável e normalmente, ser aplicado por uma pessoa treinada e experiente envolvida na indústria de mineração internacional e inclui, mas não se limita à orientação fornecida, conforme aplicável, pelo Conselho Internacional de Mineração e Metais, pelas Normas de Desempenho IFC e pelas normas ISO 14001.<sup>96</sup>

"**Período de Estabilidade**" fala do problema extremamente difícil da estabilização do regime fiscal. O MMDA não aceita automaticamente que deva existir um período de estabilidade; a cláusula principal mostra uma possível abordagem quando prevê um período de estabilidade fiscal adequado para permitir ao investidor recuperar o investimento inicial, mais uma taxa de retorno acordada.<sup>97</sup> A estabilização de termos não fiscais, tais como leis ambientais é ainda mais problemática, e o MMDA intencionalmente não propõe essas cláusulas.

"**Imposto**" é uma variável importante nas definições. Visto que a estrutura do contrato exige que o usuário escolha entre diversos tipos de impostos, incluindo, impostos sobre a renda, royalties brutos, royalties líquidos<sup>98</sup> ou alguma combinação destes, algumas definições relacionadas a impostos poderão necessitar ser incluídas ou modificadas, uma vez que o regime fiscal seja escolhido.

94. Conselho Internacional de Mineração e Metais, "*Planning for integrated mine closure: Toolkit*" (Londres: ICMM, 2008).

95. O Código Internacional de Gerenciamento de Cianureto para a Indústria de Mineração de Ouro, disponível em [http://www.cyanidecode.org/about\\_code.php](http://www.cyanidecode.org/about_code.php) (24 Out. 2011).

96. A objeção geral a essas cláusulas é de que não existe um acordo universal quanto ao que constitui "melhor prática internacional" ou similar e que as cláusulas são projetadas de maneira simples de modo a fazer parecer que a companhia está comprometida com algo, enquanto, na verdade, implica somente no mais vago e indefinido dos compromissos. A solução do MMDA inclui alguns compromissos sérios e concretos, mesmo se não cumpre tudo o que consta do quadro 1 do Anexo a este capítulo.

97. Vide a discussão das cláusulas de estabilidade em conjunto com o MMDA, seção 13.2.

98. A tributação é tratada na seção 7.0 do MMDA e nas cláusulas que seguem.

## 2. DIREITO DE POSSE

### Cláusula 2.0 Desenvolvimento da Área de Mineração

A segurança do direito de posse é obviamente uma questão crítica para investidores e seus financiadores.<sup>99</sup> Esta seção aborda quais direitos à companhia investidora recebe – seu acesso à área de mineração, quanto tempo esses direitos duram, a extensão até a qual eles estão sujeitos a condições e os eventos que fariam com que o direito de posse terminasse ou expirasse.

A concessão por um governo do direito de posse de uma terra a uma companhia de mineração é um importante ato de autoridade soberana. É uma das características centrais de qualquer contrato de desenvolvimento de mineração para todas as partes interessadas.

Para os investidores, o direito legal de usar a terra para sua pretendida finalidade é essencial. A exclusividade dessa titularidade e quaisquer exceções a essa exclusividade devem ser cuidadosamente descritos. O prazo original do contrato e as disposições que regem a renovação do contrato, também são críticos.

Para as comunidades na área das minas, é essencial conhecer o escopo da terra e os recursos que a companhia de mineração irá controlar, sua exata localização ou localizações, as posições das estradas de acesso ou outra infraestrutura, a geografia natural em questão, e a extensão na qual o direito de posse é exclusivo ou compartilhado, a fim de se poder compreender os prováveis impactos da mina.

### Cláusula 2.1 Vigência deste Contrato

Quando existe um grande investimento de capital e poderão passar muitos anos antes de quaisquer lucros serem obtidos e, ainda mais tempo antes que o capital seja recuperado, os investidores claramente desejam ficar seguros de que seus direitos não irão expirar até que eles tenham tido a oportunidade de obter um retorno.<sup>100</sup>

O país anfitrião possui pelo menos dois interesses claros. Um é o interesse de não ver seus recursos minerais retidos por períodos de tempo excessivos por investidores que não estejam fazendo nenhum progresso para desenvolvê-los.

O outro é a preocupação de que conforme a sociedade se desenvolva ao longo do tempo, pode ficar claro que algumas partes do contrato não sejam mais praticáveis ou não mais correspondam às expectativas da nação. Assim, o país anfitrião poderá querer que exista alguma limitação na vigência do contrato, particularmente quando não existe um progresso claro em relação ao desenvolvimento de uma mina operacional.

### Cláusula 2.2 Exclusividade<sup>101</sup>

Geralmente, o investidor quer direitos exclusivos para minerar quaisquer minerais dentro da área da concessão. Os governos poderão querer conceder somente os direitos a minerais específicos, deixando aberta a opção, se outros minerais forem encontrados, de conceder aqueles a algum outro investidor. Nos contratos existentes, tanto concessões para todos os minerais quanto para minerais específicos existem; qualquer contrato precisa deixar claro este ponto.

99. Agradecemos nosso colega Howard Mann por alguns dos *insights* expressados nesta seção.

100. As ideias nesta seção estão, de um certo modo, expressadas em um estudo interno que foi submetido ao Banco Mundial: Ordem dos Advogados Internacional, *Modelo da IBA do Projeto para Contratos de Desenvolvimento de Mineração: Consultas Estabelecidas para Orientar a Visão e o Esforço do Comitê para a Lei de Mineração em Atingir sua Meta* (31 de maio de 2012).

101. MMDA, seção 2.2.



Uma questão crescente na maior parte do mundo é a extensão na qual é permitido ao investidor substituir outros usos de recursos e de terra dentro da área da concessão. É o direito de mineração superior a concessões florestais, direitos de água, direitos de pesca, exploração em pequena escala de areia e cascalho por moradores locais, pastagem de animais, ou inúmeros outros usos? Tradicionalmente, as companhias de mineração queriam o controle completo sobre a área da concessão, a cessação de todas as outras atividades e o direito de ela mesma usar e excluir outros do uso de todos os recursos existentes na área da concessão. Agora que o custo integral de substituir outras atividades econômicas, tanto para a sociedade quanto para a companhia, está se tornando claro, e as companhias estão começando a internalizá-lo, existe uma tendência para uma maior acomodação.

Outra questão é a extensão na qual o direito de mineração carrega com ele o direito de usar outros recursos no desenvolvimento e operação da mina, tal como madeira, cascalho, areia ou materiais de construção. O mais controverso destes é se a mineração pode se apropriar de água sem passar por qualquer sistema de prioridade que esteja em operação segundo a lei de águas aplicável, i.e., se a demanda por água da mineração é superior aos usos atuais da água.

O MMDA também tenta lidar com o espinhoso problema da "invasão" ou ocupação da concessão por mineiros artesanais. Algumas vezes, mineiros artesanais, que podem ou não ter direitos reconhecidos por lei, já se encontram no site quando o depósito é descoberto. Na verdade, não é raro que o interesse de grandes companhias em um site seja inicialmente atraído pela presença de mineiros em pequena escala,<sup>102</sup> e a companhia de mineração internacional seja, de um certo modo, a "invasora."

Também não é raro que mineiros artesanais entrem em um site porque souberam que uma importante companhia está procurando minerais lá. Existe uma longa história de conflito entre mineiros em pequena escala e grandes operações de mineração industrial. Retiradas em massa de mineiros artesanais foram algumas vezes exigidas pelas companhias, e levaram, às vezes, a conflitos, geralmente violentos, e alegações de grave abuso dos direitos humanos.

A cláusula principal do MMDA diz simplesmente:

O Estado deverá se comprometer em impedir mineiros artesanais e outros colonos de entrar na Área da Mineração, mas não é obrigado a usar a força para fazer isso.<sup>103</sup>

### Cláusula 2.3 Titularidade Legal a Minerais

Existem muitos casos em que minerais foram tirados e vendidos ilegalmente e usados para fins indevidos, inclusive o financiamento de conflito armado.<sup>104</sup> A incerteza quanto a quem detinha os minerais em um determinado ponto e portanto, quem foi a vítima do roubo, tem preocupado alguns promotores. O MMDA torna claro que a titularidade aos minerais está no Estado antes do corte e na companhia investidora uma vez que tenham sido cortados, mesmo se terceiros façam o corte ilegalmente.

102. Kevin D'Souza, Diretor Associado e Principal Engenheiro de Mineração, Wardell Armstrong LLP, "Global perspective: LSM-ASM relationships worldwide," *Large-scale and artisanal mining and infrastructure workshop*, 20 de novembro de 2007, disponível em [http://artisanalmining.org/casm/sites/artisanalmining.org/files/publication/De\\_Souza\\_Perspectives\\_mondiales.pdf](http://artisanalmining.org/casm/sites/artisanalmining.org/files/publication/De_Souza_Perspectives_mondiales.pdf).

103. Pode não ser prudente para o investidor ter uma cláusula que obrigue o Estado a usar de força, ou insistir no uso da força, já que isto poderá ser uma base para asseverar que o investidor é responsável pelos resultados, se eles incluírem violações dos direitos humanos, morte ou danos.

104. Vide James G. Stewart em *Corporate War Crimes: Prosecuting the Pillage of Natural Resources*, Open Society Foundations (New York: Open Society Institute, 2011).



## Cláusula 2.4 Obrigações Antes da Construção<sup>105</sup>

A sequência e a ocasião dos diversos estudos e relatórios que as companhias normalmente precisam preparar ou contratar e submeter ao governo para aprovação são resolvidas na cláusula principal desta maneira:

Dentro de [ \_\_\_\_ ] meses da Data de Vigência e antes de iniciar a construção do Projeto, a Companhia deverá submeter os seguintes documentos ao Estado, conforme adicionalmente descrito neste Contrato (coletivamente, os "Documentos"):

- (a) Estudo de Viabilidade.
- (b) Avaliação Ambiental e Plano de Gerenciamento Ambiental.
- (c) Plano de Ação e Avaliação do Impacto Social.
- (d) Plano de Financiamento.
- (e) Plano de Fechamento, consistente com a Seção 26.1 deste Contrato[ . . . ].<sup>106</sup>

As subseções seguintes descrevem o conteúdo de cada um destes documentos com certo detalhe. Na prática, a qualidade do Estudo de Viabilidade, da Avaliação Ambiental e do Plano de Gerenciamento Ambiental, do Plano de Ação e Avaliação do Impacto Social, do Plano de Financiamento e do Plano de Fechamento terá muito a ver com a qualidade do projeto e dos benefícios de desenvolvimento deles resultantes; eles são muito importantes. Os detalhes destes planos e diversas cláusulas alternativas formam uma parte considerável do MMDA.

Esta é também uma área onde existe considerável espaço para um contrato que se vincula e faz referência a fontes externas e orientação, tal como as Normas de Desempenho IFC,<sup>107</sup> documentos de orientação ICMM e similares. A qualidade da avaliação ambiental e social, planejamento do fechamento ou estimativa da reserva que não são executados de acordo com algum conjunto de princípios reconhecidos é algumas vezes muito ruim. Estas normas e as notas de Orientação<sup>108</sup> ou outras interpretações que foram formadas ao redor delas, podem ser muito úteis de diversas formas:

- Visto que as Normas de Desempenho IFC, diretamente através dos Princípios do Equador, são aplicáveis a tantos projetos, companhias e países estão presumivelmente familiarizados com elas e com o modo de aplicá-las;
- A orientação em relação a estas normas permite aos redatores importar um considerável volume de detalhes por referência sem tornar o texto do contrato desajeitado;
- Podem evitar o problema de uma companhia ter de satisfazer diferentes normas em diferentes projetos, o que pode ser uma fonte de estresse para a administração e certa ineficiência; e
- Visto que muitos projetos são financiados por grupos de bancos, todos eles tendo que efetuar sua própria *due diligence*, elas estabelecem uma norma comum para o processo de *due diligence*.

105. MMDA, seção 2.4: Obrigações Antes da Construção, <http://www.mmdaproject.org/?p=1477> (última visita, 16 de julho de 2012).

106. Todos estes documentos devem estar disponíveis ao público.

107. Vide Normas de Desempenho sobre Sustentabilidade Ambiental e Social da International Finance Corporation, op. cit., nota 85.

108. Normas de Desempenho e Notas de Orientação – Edição 2012, disponível em [http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics\\_Ext\\_Content/IFC\\_External\\_Corporate\\_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/Sustainability+Framework+-+2012/Performance+Standards+and+Guidance+Notes+2012/](http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/Sustainability+Framework+-+2012/Performance+Standards+and+Guidance+Notes+2012/) (última visita, 4 de agosto de 2012).

Existem preocupações de que a revisão do documento poderá ser prolongada em países com capacidade governamental limitada.<sup>109</sup> Em resposta, o MMDA inclui uma cláusula que reza:

Se o Estado não fornecer comentários sobre qualquer falha dos Documentos em estar em conformidade com a Lei Aplicável ou com os termos deste Contrato dentro de [noventa (90)/cento e oitenta (180)] Dias após o recebimento dos Documentos, os Documentos serão considerados como tendo satisfeito os requisitos deste Contrato, ressalvando-se que, o precedente não deverá isentar a Companhia de suas obrigações em cumprir a Lei Aplicável.<sup>110</sup>

#### Cláusula 2.6 Construção e Cronograma da Construção

Governos e companhias têm prioridades diferentes no desenvolvimento de uma mina. Os governos estão geralmente preocupados em fazer com que as companhias se comprometam e sigam cronogramas para a construção de melhoramentos que levem ao início das operações; eles querem que as coisas se movimentem, porque segundo muitos contratos, não existe um imposto significativo a ser pago até que exista produção (royalties) ou renda (imposto de renda).<sup>111</sup>

Os governos não querem que as companhias se atenham a recursos valiosos por anos sem tomar medidas em relação ao seu desenvolvimento. Se as companhias estiverem simplesmente retendo os recursos para especulação, os governos poderão querer rescindir os direitos segundo os contratos, colocando-os nas mãos de partes que irão desenvolver – e produzir receita para o país.

As companhias estão preocupadas em não ficar presas a cronogramas que sejam inflexíveis, não se adaptem às mudanças nas circunstâncias e possam acabar não sendo economicamente eficientes se os preços dos recursos mudarem ou houver outras mudanças nas circunstâncias.

Parece que se os preços de mercado forem suficientemente altos, e o depósito for bom o suficiente, esse será todo o incentivo que é necessário para levar projetos ao desenvolvimento. Se os preços não forem suficientemente altos, ou o depósito for marginal, obrigar as companhias a instalarem moinhos de bolas ou começarem a fazer retiradas excessivas; manterem um cronograma rígido sob pena de perderem seus direitos – tudo resulta em benefícios questionáveis para o Estado. O remédio para a posse especulativa reside mais na vigência do contrato ou outras disposições do que em forçar a adesão a cronogramas de construção rígidos. Concordando o leitor ou não com nossa opinião, o MMDA oferece uma variedade de abordagens de redação.

### 3. FINANCEIRO

#### Cláusula 3.0 Aluguel Anual

A experiência geral é que existe alguma taxa anual modesta, uma soma fixa ou um encargo por hectare, pela detenção da propriedade, esteja esta em desenvolvimento ou não e exista produção ou renda resultante dela. Mas estas taxas nos contratos que revisamos são, geralmente, pequenas.

109. Obviamente, a solução desejável é não pressionar uma estrutura do governo excessivamente estressada para lidar com uma massa de informações complexas apressadamente, no interesse financeiro de uma mina eficiente, mas obter para o governo a capacidade necessária.

110. MMDA, seção 2.4.5: Conformidade com a Lei; Mudanças Solicitadas pelo Estado, disponível em <http://www.mmdaproject.org/?p=1515> (última visita, 16 de julho de 2012).

111. Se isto está realmente consistente com as necessidades de desenvolvimento é um debate atual sério; existem muitas pessoas (os atuais autores, entre elas) que acham que estratégias de desenvolvimento baseadas em minerais não estão, algumas vezes, funcionando.

Pagamentos de aluguel anuais são geralmente usados para desestimular a posse especulativa de terra sem exploração ou desenvolvimento ou para compensar o uso da superfície. O valor não é, normalmente, um componente importante da receita fiscal do Estado.<sup>112</sup>

Entretanto, poderia ser o caso de tornar estes pagamentos um elemento maior do fluxo da receita, tanto porque estes pagamentos começam imediatamente em vez de serem atrasados até que a produção comece, como é o caso dos royalties e imposto de renda, como porque eles podem inserir um maior elemento de estabilidade no que poderia, de outro modo, ser um fluxo muito instável de receita para o Estado ou comunidades locais.<sup>113</sup> Em outras palavras, elevar estes encargos poderá criar benefícios de desenvolvimento, mesmo se houver outras compensações, de modo que a carga tributária total não seja aumentada.

#### Cláusula 4.0 Royalty

O MMDA observa que:

Pagamentos de royalties devem ser considerados juntamente com todos os outros impostos e pagamentos ao governo, qualquer quota de participação ou propriedade do Estado no Projeto exigida segundo a Lei Aplicável, e pagamentos e benefícios de desenvolvimento sociais e comunitários, a fim de avaliar o compartilhamento total de benefícios do desenvolvimento da mina entre o Estado, a Companhia e comunidades e o Governo Local.<sup>114</sup>

Existem diversos diferentes tipos de royalties, e não existe um só tipo que seja sempre a melhor escolha.<sup>115</sup> Pode ser que diferentes tipos de royalties sejam apropriados para diferentes minerais.

Alguns tipos de royalties são mais fáceis de determinar do que outros, e exigem menos capacidade do Estado e menos carga administrativa para verificar. Apesar de a fundição e refinamento ou outro processamento de um minério específico ser difícil e representar considerável risco para o operador, o investidor poderá querer descarregar um pouco deste risco usando um tipo de royalty que se ajuste ao custo do processamento. Os países poderão também não querer ter todo este risco descarregado sobre eles.

Os detalhes do cálculo dos royalties podem ser extremamente importantes para o resultado e para os impostos cobrados, podendo geralmente estar inadequadamente mencionados na lei.

O MMDA oferece diversas variantes dentre as quais os redatores podem escolher: um royalty baseado nos lucros,<sup>116</sup> um royalty baseado no valor (valor bruto),<sup>117</sup> um royalty baseado no valor (valor líquido), algumas formas de

em parte porque existem impactos imediatos que necessitam ser gerenciados, mas nenhuma receita disponível para pagar pelo gerenciamento até muitos anos após o projeto. Vide o próximo trabalho dos autores a partir do Seminário de Mineração de Londres 2012 patrocinado pelo Centro de Direito e Política Energética, Mineral e do Petróleo (CEPMLP) da Universidade de Dundee.

112. Projeto, seção 3.0: Aluguel Anual, <http://www.mmdaproject.org/?p=1528> (última visita, 16 de julho de 2012).

113. James Otto, Craig Andrews, Fred Cawood, Michael Doggett, Pietro Guj, Frank Stermole, John Stermole e John Tilton em *"Mining royalties: A global study of their impact on investors, the government, and civil society"* (Washington, D.C.: o Banco Mundial, 2006) [doravante, "Otto"], p. 32.

114. Projeto, seção 4.0: Royalty, disponível em <http://www.mmdaproject.org/?p=1532> (última visita, Julho 2016 [sic]).

115. Otto, op. cit., nota 112.

116. "o royalty baseado nos lucros é o mais sensível a mudanças nos preços dos Minerais durante a vida do Projeto e a diferenças na economia dos corpos de minério (por exemplo, depósitos grandes x pequenos, alta x baixa graduação, acesso à infraestrutura existente (energia, transporte) x necessidade de construir infraestrutura). Ele permite às Partes compartilhar estes riscos e benefícios. Entretanto, um royalty baseado em lucros será baixo ou não existente durante a recuperação inicial do investimento na mina e períodos de expansão de capital. É também mais difícil para o Estado calcular e cobrar do que royalties baseados no valor." Vide Projeto MMDA, seção 4.0: Royalty.

117. "Um royalty baseado no valor baseado no valor bruto dos Minerais não permite dedução de quaisquer custos e é pagável independente da rentabilidade da mineração. É o tipo menos sensível de royalty a mudanças nos preços dos Minerais.

que são chamados de royalties "retorno líquido da fundição",<sup>118</sup> e um royalty baseado em unidade.<sup>119</sup> Existe também alguma discussão sobre uma "taxa de royalty de escala variável baseada na rentabilidade das operações."<sup>120</sup>

O MMDA levanta, mas não resolve a questão controversa dos "royalties por lucros inesperados". O "royalty de escala variável" é o mais perto que se consegue. O MMDA foca nas participações no ciclo de vida do contrato e das operações de mineração, como parte do seu conceito de desenvolvimento sustentável, e destaca a necessidade de abordar esta questão. Ela pode ser complexa e sua implementação pode ser complicada. Porém, estes fatores não devem ser um impedimento para discutir e resolver a questão,<sup>121</sup> o que pode ser consideravelmente mais fácil fazer no contexto de um contrato específico para um projeto específico que produza uma commodity conhecida, do que no contexto genérico de um contrato como o MMDA, que poderia ser usado para uma variedade de commodities, em uma variedade de circunstâncias.

O imperativo prático nesta área é que a negociação econômica completa deve funcionar em base permanente para ambos os lados – a companhia e o investidor, bem como para a comunidade. Impostos sobre lucros inesperados ou royalties com escala variável, se bem pensados, são um mecanismo para atingir isto.

O MMDA também prevê uma cláusula que exige que a companhia submeta declarações de produção periódicas, (4.3) uma cláusula prevendo a ocasião dos pagamentos de royalties (4.4), e o uso de um perito único independente para resolver quaisquer litígios sobre cálculo de royalties (4.5).

#### Cláusula 5.0 Direitos Alfandegários e Reembolsos

Estas seções tratam da, às vezes difícil, questão do pagamento pela companhia de direitos alfandegários sobre equipamentos e suprimentos que ela necessita para importar, e impostos sobre exportação. Muitas companhias parecer estar muito focadas na isenção de impostos sobre equipamentos importados. Apesar disso, esta pode ser uma fonte de receita para o governo que vem antes no processo de desenvolvimento, do que os royalties ou impostos de renda; os países estão começando a questionar esta isenção mais agressivamente. O MMDA prevê isenções para os suprimentos, equipamentos e materiais necessários para conduzir o projeto, incluindo produtos importados pelas empreiteiras. O Estado pode manter taxas alfandegárias para inspeção sanitária e de segurança. Os autores deste capítulo têm dúvidas importantes de que as companhias tenham uma base real para uma isenção universal, global de todos os direitos alfandegários para importações de equipamentos de mineração.

durante a vida do Projeto e rentabilidade de operações sobre pontos altos e baixos no ciclo econômico. Isto pode resultar na suspensão de operações quando os preços são baixos e a não recuperação de recursos marginais. Poderá, entretanto fornecer um fluxo de receita mais regular para o Estado. O royalty baseado no valor bruto é também mais simples de administrar". Vide Projeto MMDA, seção 4.0: Royalty.

118. "O royalty baseado no valor com base no valor líquido dos Minerais permite dedução de certos custos incorridos na produção e venda de Minerais. Um tipo de royalty de valor líquido para minerais metálicos é o royalty de "retorno líquido da fundição", que permite a dedução de certos custos de processamento, tais como fundição e refinamento, mas não permite dedução de custos de mineração e outros custos que seriam dedutíveis segundo um royalty de lucros líquidos." Vide Projeto MMDA, seção 4.0: Royalty.

119. "Este tipo de Royalty poderá ser apropriado para determinados minerais industriais ou minerais vendidos a granel, mas geralmente não é apropriado para a maior parte dos outros minerais. Deve-se considerar a inflação ao indexar este tipo de royalty, dada a vigência estendida do Contrato." Vide Projeto MMDA, seção 4.0: Royalty.

120. "Se as Partes desejarem aumentar a quota de royalty do Estado durante tempos de preços altos de commodities quando a Companhia estiver reconhecendo lucros mais altos do Projeto, a Taxa de Royalty pode ser aumentada ou diminuída automaticamente (sem mudar o cálculo do royalty), com base no aumento do preço do Mineral, ou com base na rentabilidade da companhia." Vide Projeto MMDA, seção 4.0: Royalty.

121. Agradecemos novamente nosso colega Howard Mann por estes *insights*.

## Cláusula 6.0 Seguro

Não fica de todo claro quais poderão ser todos os riscos associados ao desenvolvimento da mina, quais tipos de seguro cobrem adequadamente estes riscos, e quando o Estado tem interesse suficiente para querer ser um segurado nomeado, ou ter o direito de comprar seguro de tipos que a companhia deixou de comprar e cobrar o custo da companhia.

Esta é uma área em que é necessária considerável competência para escolher entre as diferentes opções de redação apresentadas no MMDA.

## Cláusula 7.0 Tributação

As questões complexas e preocupantes sobre tributação geral são tratadas na Seção 7.0. Especificamente, esta seção e suas subseções tratam de Imposto de Renda, Deduções no Cálculo do Imposto de Renda da Companhia, Impostos sobre Valor Agregado e Impostos sobre Propriedade.

A Seção 7.6 oferece opções para o tratamento de impostos sobre empregados expatriados e a 7.7 de impostos sobre contratadas não residentes. Estas têm sido questões litigiosas, já que países têm tentado usar o código fiscal como meio para executar uma política de "contratação local".<sup>122</sup> A Seção 7.8 oferece opções para obrigações de retenção de impostos.

### Cláusula 7.10 Impostos e Tributos Locais

As companhias querem saber a "tomada" total de imposto a fim de fazer planos de investimento. Elas, portanto, poderão muito bem querer algum tipo de garantia do governo nacional que restrinja a autoridade do governo local de impor impostos ou outros encargos financeiros sobre o projeto.

O contrato de desenvolvimento da mina normalmente é assinado antes do desenvolvimento da mina. Na nossa percepção, na maioria dos casos isto significa antes de ter havido quaisquer consultas ou discussões significativas com as comunidades locais que mostrariam suas preocupações ou aspirações. Em vista do péssimo histórico de muitos governos nacionais de compartilharem quaisquer receitas recebidas com as instituições locais,<sup>123</sup> o governo nacional prometendo que não haverá "tomada" local pode servir como uma fonte lucrativa de oposição local ao projeto. Se as comunidades locais forem proibidas de tributar elas mesmas a mineração – e receber nada da quota do governo nacional – então elas recebem – nada – que é a receita para problemas.

A percepção de que a população local sofre todos os impactos negativos e não recebe nenhum dos benefícios é espalhada e um importante obstáculo ao desenvolvimento da mina.

A trajetória é familiar: Entusiasmado com o otimismo e o conselho dos peritos internacionais, o governo local promete que a companhia não terá que pagar quaisquer custos adicionais no nível local, e estabiliza esse requisito. Mais tarde, quando a consulta local se inicia, existe uma lista de exigências locais para atenuar impactos e oferecer benefícios de desenvolvimento. A companhia resiste a estes pelo menos em parte com base nesta cláusula de "sem encargos locais", bem como o governo local, com base em que "segundo a constituição, todos os recursos minerais pertencem ao governo local."

No pior destes casos, o governo nacional então acaba no meio, entre a (e, possivelmente, bastante sensível) oposição local à mina e a ameaça de arbitragem – em alguns casos, a arbitragem internacional tentando executar o contrato da forma que está

122. A questão da preferência pela contratação local encontra-se abordada nas seções 19.2 e 24.0.

123. Vide discussão do oleoduto Chad-Cameroon, texto acompanha a nota 166 *infra*.

escrito.<sup>124</sup> Presumivelmente, os árbitros não irão forçar o governo a escolher entre atender às exigências financeiras dos investidores e enviar o exército para instalar a mina pela força por cima das objeções veementes dos cidadãos locais que estão recebendo todos os impactos negativos e nenhum dos benefícios.<sup>125</sup> Mas estes conflitos são debilitantes e minam qualquer potencial de desenvolvimento positivo que o desenvolvimento mineral poderá oferecer.

Em muitas arbitragens de investidores, argumenta-se que não existe lugar para qualquer tipo de participação, mesmo como *amici*, por parte dos interesses locais, porque eles estão adequadamente representados na arbitragem por seus governos locais. Este conceito, em casos como os que estamos sugerindo, iria divorciar o processo de arbitragem da importante realidade que, em muitos casos, a disputa real é entre os interesses locais e seu próprio governo nacional, e o investidor é, em grande parte, colhido no meio. Algumas vezes, o investidor acaba planejando programas de desenvolvimento sociais e econômicos locais, os quais ele financia, mais ou menos de bom grado, simplesmente a fim de tornar o projeto viável.

Enquanto que as cláusulas "sem encargos locais" são somente uma parte deste problema, elas podem certamente contribuir para o dilema. O governo nacional tem sido em alguns casos muito liberal em dar essas garantias, pelo menos no parecer das autoridades locais e provinciais. Estes níveis locais do governo, em todo país que tenha uma dotação de recursos naturais – os países mais ricos bem como os mais pobres – estão em uma luta constante com o governo nacional sobre como “dividir a torta”. Algumas perguntas relacionadas incluem:

- A garantia ao investidor de um “limite máximo” sobre a carga tributária total deve ser projetada ao preço de uma quota local mínima (ou mesmo inexistente), quando os impactos do desenvolvimento estão claramente recaindo pesadamente no nível local?
- O governo local pode “desistir” da quota local sem mesmo consultar as autoridades locais? É realmente do interesse do investidor fazer isso, ou é simplesmente uma fonte de futuro conflito?
- A única “quota local” deve ser cobrada pelas autoridades nacionais e depois compartilhadas com a região?<sup>127</sup>
- Quaisquer impostos ou encargos tributados localmente devem resultar em uma diminuição da quota nacional? Isto cria uma fonte adicional de tensão entre autoridades locais e nacionais?

Realisticamente, a única solução estável poderá ser um entendimento tripartite entre o governo nacional, o governo local e a companhia; isto leva a discussão para fora da estrutura

124. Vide, ex., Pac Rim Cayman LLC x República de El Salvador, disponível em <http://www.state.gov/s/l/cafta6/c33258.htm> (última visita, 16 de julho de 2012).

125. Como *amici* locais devem participar de uma arbitragem de um contrato que é confidencial apresenta outros problemas.

126. Vide, ex., Richard Tompson, "LA attorney general files suit over offshore drilling revenue," *Times-Picayune*, 22 de dezembro de 2011, disponível em [http://www.nola.com/business/index.ssf/2011/12/la\\_attorney\\_general\\_files\\_suit.html](http://www.nola.com/business/index.ssf/2011/12/la_attorney_general_files_suit.html) (última visita, 16 de julho de 2012); "Nigeria petroleum pollution in Ogoni Region," TED Case Studies: Ogoni and Oil (Washington, D.C.: American University, 1997), disponível em <http://www1.american.edu/ted/OGONI.HTM> (última visita, 16 de julho de 2012); and Andrew R. Tompson,

"Resource Management," the Canadian Encyclopedia, disponível em <http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/resource-management> (última visita, 1 de agosto de 2012). Estas tensões entre níveis locais e nacionais sobre como compartilhar receitas de recursos parecem ser universais.

127. Esta ideia tem um histórico muito problemático em muitos países, a prometida “quota local” nunca chega – ou chega muito tarde, ou em um valor muito reduzido. A literatura sobre Canon Minerero no Peru ou as promessas da Indonésia de descentralização é bastante instrutiva. Vide, ex., Programa Canon, <http://www.programacanon.org.pe/> (última visita, 16 de julho de 2012).

do MMDA, que é concebido como um contrato entre duas partes – enquanto obter um acordo entre todas as três (ou mais) partes poderá ser politicamente muito desafiador em alguns países, é difícil ver como este problema pode ser resolvido de outro modo.

#### Cláusula 8.0 Financiamento

Esta seção trata de diversas questões críticas, já que o financiamento desses projetos é uma empreitada enorme. Em que medida o país anfitrião está disposto a deixar o investidor usar a propriedade de mineração como garantia real para seus financiadores? Se o financiador tiver que executar, será que o governo quer que automaticamente os financiadores (ou qualquer um a quem eles vendam propriedade) operem a concessão? Uma outra questão espinhosa tem sido o índice dívida/patrimônio do investidor. Têm havido casos em que o projeto comporta tão pouco patrimônio e tanta dívida (algumas vezes vinculados a entidades afiliadas, mas no exterior) que os lucros do projeto, na maior parte (ou inteiramente), vão para o pagamento da dívida, e a tomada de imposto do governo é insignificante ou não existe.<sup>128</sup>

A preocupação com as remessas em moeda estrangeira e capacidade do investidor de repatriar lucros também estão centradas nestas cláusulas.

A Seção 8.5 contém uma série de garantias por parte do Estado para o investidor, das quais a mais importante pode ser a cláusula 8.5(a):

O capital, bens e ativos da Companhia e de suas Afiliadas não deverão ser desapropriados, exceto para fins ou interesse públicos, e somente de acordo com o devido processo legal em base não discriminatória, e com a condição de uma compensação pronta, adequada e efetiva pelo Estado de acordo com a Lei Aplicável.

Existe uma cláusula de não discriminação proposta em 8.5(d):

O Estado, suas repartições, agências e representantes autorizados deverão fornecer à Companhia um regime de investimento tão favorável como aquele concedido às entidades jurídicas estatais e pessoas físicas e investidores estrangeiros envolvidos em operações de mineração situadas em locais similares.

O MMDA coletou e apresentou uma variedade considerável de cláusulas de exemplo nesta área, ilustrando uma série de abordagens para o problema básico de garantir a segurança do investimento. Alguns destes exemplos tocam no assunto da estabilização.

#### Cláusula 9.0 Registros e Demonstrações Financeiras, Normas Contábeis e Moedas

O acesso do governo a estes registros e materiais relacionados é essencial para assegurar que os fluxos de receita para financiar o desenvolvimento efetivamente ocorram e seu volume seja apropriado. É também importante para manter a confiança mútua ao longo do tempo que pode fazer com que acordos funcionem para as partes.

128. "Uma das companhias que provocou a maior controvérsia foi a Exxon Minerals International Inc., que depois de mais de 20 anos de negócios no Chile alegadamente não fez quaisquer pagamentos ao governo em impostos de renda. Críticos das políticas do Chile referentes a investimentos estrangeiros dizem que isto é devido à falta de controles adequados nas leis de investimento estrangeiro no país. Estas leis permitem a subsidiárias das companhias tomar empréstimos no exterior de suas sedes, geralmente em paraísos fiscais, como as Bahamas ou Bermuda, de modo que possam evitar, pelo menos no papel, obter lucros." Gonzalo Baeza, "Mining profits attacked in Chile," UP, 2 de outubro de 2001, disponível em [http://www.upi.com/Business\\_News/2001/10/02/Mining-profits-attacked-in-Chile/UPI-](http://www.upi.com/Business_News/2001/10/02/Mining-profits-attacked-in-Chile/UPI-)

88311002052869/ (última visita, 16 de julho de 2012).

A incapacidade de governos nacionais obterem registros adequados para aliviar o receio de preços de transferência indevidos, compras acima do mercado de subsidiárias ou outras preocupações de que impostos não estejam sendo reportados ou pagos devidamente estão entre as principais causas da falta de confiança que pode minar os acordos.

#### 4. DIREITOS E OBRIGAÇÕES

Direitos e obrigações estão organizados em cinco categorias no MMDA: obrigações mútuas (a), direitos do Estado (b), obrigações do Estado (c), direitos dos investidores (d), e obrigações dos investidores (e). A seção seguinte examina as cláusulas do MMDA que abrangem estas categorias.

O contrato explicitamente dispõe determinados direitos a pessoas físicas, tais como os direitos a informações, o direito de algum tipo de foro para quaisquer alegações contra o investidor e os direitos a um mecanismo de conformidade com reivindicações da IFC, tudo isto discutido abaixo.<sup>129</sup>

##### a. Obrigações mútuas

###### Clause 10.0 Obrigações mútuas

No MMDA, são concebidas obrigações mútuas como aquelas relacionadas com o fornecimento de informações ao governo local (cláusula 10.1), a extensão da aplicabilidade das Normas de Desempenho IFC e dos Princípios do Equador (cláusula 10.2), o compromisso das partes de proteger os direitos humanos (cláusula 10.3) e a prevenção à corrupção (cláusula 10.4). Muito mais pode e deve ser dito sobre isto em um comentário mais amplamente desenvolvido, mas o conceito geral é que estas questões devem ser trazidas à tona e tratadas em qualquer contrato, e que estes assuntos não são nem exclusivamente obrigação do governo nacional nem exclusivamente dos investidores. Além disso, os interesses, tanto do governo como dos investidores, são vistos como estando em risco quando existirem falhas.<sup>130</sup>

A natureza entrelaçada das responsabilidades, riscos e recompensas de evitar problemas de conformidade em nosso parecer justificava agrupar estas questões juntas como obrigações mútuas.

Estes assuntos claramente levam a emprestar outras partes da estrutura internacional de regras emergentes. As Normas de Desempenho IFC estão explicitamente importadas na cláusula principal sob 10.2 e 10.3(a) e determinam:

As Partes, cada uma, comprometem-se à proteção e promoção dos direitos humanos de todas as pessoas físicas afetadas pelo Projeto, conforme esses direitos encontram-se articulados na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948,

129. Vide discussões no MMDA, seções 10.4.3, 10.2 e 10.3 abaixo.

130. Na área dos direitos humanos, o MMDA tenta levar em conta o recente trabalho do Professor John Ruggie, Relator Especial para as Nações Unidas sobre Direitos Humanos e Comerciais. Vide Nações Unidas, "*Protect, Respect and Remedy*," Estrutura para os Direitos Humanos e Comerciais de 2008, disponível em <http://198.170.85.29/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf> (última visita em 16 de julho de 2012). Visto que este trabalho é tão recente, obviamente não está refletido em muitas das cláusulas nos contratos desconstruídos nos quais o MMDA se baseia; está é, portanto, uma área em que o Comitê tomou a iniciativa de propor alguma coisa além do que está na maioria dos atuais contratos. Em apoio a esta decisão, podemos simplesmente apontar para a ampla aceitação que o trabalho do Professor Ruggie obteve tão rapidamente e sua rápida incorporação na prática. John Ruggie, "*Protect, respect, and remedy: A framework for business and human rights*," Relatório do Representante Especial do Secretário-Geral sobre a questão dos direitos humanos e corporações transnacionais e outros empreendimentos comerciais, No. A/HRC/8/5 (Nova York: Conselho dos Direitos Humanos das Nações Unidas: 7 de abril de 2008).

no Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no Acordo Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Lei Aplicável.

O princípio extremamente importante de que pagamentos a entidades governamentais ou funcionários públicos em todos os níveis deverão ser publicamente divulgados de acordo com os critérios desenvolvidos pela Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas é reconhecido na cláusula 30.2.

#### **b. Direitos do Estado**

##### Cláusula 11.0 Acesso do Estado ao Projeto

O acesso pelo país anfitrião é essencial para garantir a transparência e conformidade com o contrato. Esta cláusula estabelece para o país anfitrião o direito de inspecionar a área do projeto mediante aviso prévio razoável, a seu próprio risco e custo, para assegurar a concordância com os contratos e a lei aplicáveis.

##### Cláusula 12.0 Inspeção de Livros, Registros e Informações, Auditoria Independente

Esta cláusula concede ao país anfitrião poderes para auditar os livros, registros e contas da companhia, a seu próprio custo e risco, através de um inspetor técnico ou auditoria independente. O país anfitrião deve assegurar que o inspetor ou auditor utilize informações obtidas da auditoria somente para fins da auditoria, e mantenha a confidencialidade de todas as informações obtidas através da auditoria.

#### **c. Obrigações do Estado**

##### Cláusula 13.2 Cláusula de Estabilização Fiscal

Qualquer cláusula de estabilização fiscal é um exemplo óbvio dos temas abrangentes nestes contratos: o contrato é, por um lado, um acordo comercial particular que deve funcionar para investidores ou não existe investimento. Por outro lado, o contrato estabelece os termos segundo os quais o país anfitrião espera receber um retorno de alguns dos ativos mais valiosos pertencentes a ele e são, portanto um problema político, legitimamente sujeito aos processos políticos do Estado.

A estabilização pode bem ser a questão mais difícil sobre a qual se chegar a um consenso em todo o âmbito dos contratos de desenvolvimento de minas. O Comitê não "resolveu" isto de uma forma definitiva.

O MMDA não considera um fato óbvio que exista qualquer cláusula de estabilização fiscal. Conforme indicado nessa discussão, o Grupo de Trabalho escolheu uma cláusula principal sobre estabilização fiscal. Entretanto, dado às profundas diferenças de opinião quanto a se ou em que extensão poderia ser adequado estabilizar a indenização ambiental pelos direitos à terra, ou outros requisitos legais não fiscais, o Grupo de Trabalho não desenvolveu ou selecionou uma cláusula que se estendesse a essas formas de estabilização.<sup>131</sup>

131. Na opinião dos autores, a ideia de uma estabilização de longo prazo da lei em uma área está rapidamente mudando em todos os países já que a lei ambiental cria problemas insuperáveis. Além disso, mesmo a aceitabilidade de qualquer estabilização de curto prazo dos requisitos ambientais depende, em grande parte, da razoabilidade do que está sendo estabilizado. Recentemente, ex.: vimos um contrato de desenvolvimento de mina em um país africano que pretende autorizar a disposição

ribeirinha de refugos da mina, uma prática que causou enormes problemas, controvérsias e processos judiciais em todos os lugares onde foi empregada, recentemente em Porgera, Grasberg e Ok Tedi, e mais anteriormente em locais

Na verdade, a opinião da grande maioria parece ser que qualquer estabilização não fiscal é quase sempre inapropriada; uma abordagem preferível é aquela discutida na seção 14.0, abaixo.

O conceito básico da cláusula principal sobre estabilização fiscal é que existe algo no contrato chamado um "período de estabilidade." Como pode ser visto, embora existisse uma opinião geral de que a justiça requer que ao investidor seja permitido reaver seu investimento e um retorno razoável, não existe uma única abordagem para definir o período de estabilidade:

(a) "Período de Estabilidade" significa o período de tempo que começa na Data da Entrada em Vigor e termina no \_º aniversário da [Data de Início da Produção Comercial] [produção da quantidade de Minerais comerciais identificados no Estudo de Viabilidade] [data da rescisão deste Contrato] [data da recuperação dos custos de capital mais uma taxa de retorno identificada no Plano de Financiamento].

O Grupo de Trabalho apresentou uma cláusula que não "congela" os impostos utilizados à época do contrato (uma "cláusula de congelamento"), mas que tenta estabilizar a carga tributária global (uma cláusula de "equilíbrio econômico") com uma condição de materialidade. É claro que existem cláusulas exemplo que incorporam outras abordagens, mas a cláusula principal estabelece:

(c) Se, durante o Período de Estabilidade, uma disposição da Lei Fiscal existente na data da assinatura pelo Estado deste Contrato for modificada ou recusada, ou forem feitas pelo Estado novas imposições fiscais ou aumento destas na natureza de um Imposto ou tributo sobre a Companhia ou um royalty ou Imposto sobre Minerais ou sobre a produção de Minerais, exceto mudanças expressamente dispostas neste Contrato e, como resultado, a Companhia seja adversa e significativamente afetada ou suas obrigações sejam materialmente aumentadas, as Partes devem concordar com um método justo e razoável para compensar a Companhia por essas mudanças ou novas imposições fiscais.

(d) O Estado deverá reembolsar a Companhia tão logo seja possível (ou à opção do Estado, efetuar mudanças compensatórias em qualquer lei, ordem, regulamento ou decreto aplicável à Companhia) para garantir que a Companhia seja integral e justamente compensada por quaisquer prejuízos, custos ou outros efeitos adversos incorridos pela Companhia devido à falha por parte do Estado em cumprir a disposição precedente.<sup>132</sup>

#### Cláusula 14.0 Operação de Projeto Justa e Econômica

O mais próximo que qualquer das cláusulas principais no MMDA chega à estabilização de quaisquer disposições não fiscais é a Seção 14.0.

O Estado não deverá adotar qualquer disposição da Lei Aplicável que imponha uma carga financeira relevante ou outra carga relevante exclusivamente sobre a Companhia ou qualquer Lei Aplicável que pretenda razoavelmente proteger a segurança, saúde, bem estar ou segurança do Estado ou de seus cidadãos ou cumprir as obrigações internacionais do Estado. O

como Chañaral e Clark's Fork. Estabilizar essa cláusula (e o contrato que revisamos faz isso) seria um passo espantoso.

132. Nem esta cláusula genérica nem as cláusulas fornecidas refletem as opiniões dos membros do Grupo de Trabalho. Elas são meramente exemplos.

A Companhia estará obrigada por todas as mudanças não discriminatórias na Lei Aplicável referentes à saúde, segurança, mão de obra, ambiente e para abordar os impactos aproximados das Operações de Mineração sobre os direitos humanos, desde que as mudanças nas normas sociais e ambientais sejam razoáveis e atingíveis segundo a Boa Prática da Indústria.

Aqui, diferente de outro lugar no MMDA, o conceito de "boa prática da indústria" tornar-se um limite sobre o que pode ser requerido, ao invés de um teto, um excelente exemplo do por quê a estabilização é tão controversa.

#### Cláusula 15.0 Licenças

O país anfitrião deve estabelecer procedimentos eficientes, de acordo com a lei aplicável e o contrato de desenvolvimento da mina, para aprovação das licenças requeridas para o projeto da mina. Essa aprovação não deve ser injustamente retida ou atrasada.

Alguns membros do Grupo de Trabalho estavam preocupados de que a cláusula principal neste caso parecesse implicar pressão sobre o país anfitrião para emitir licenças mesmo quando não houve uma revisão adequada. Apesar de ninguém estar a favor da ineficiência ou tomada de decisão dilatatória, o que para uma pessoa é incapacidade de "prontamente providenciar" uma licença, para uma outra é simplesmente uma "revisão prudente." A maioria reconhece que geralmente a questão fundamental é simplesmente falta de capacidade do governo anfitrião de atender à longa lista de questões sob sua responsabilidade com funcionários e orçamentos limitados.<sup>133</sup> A abordagem do MMDA é a seguinte:

(a) O Estado compromete-se, desde que seja possível e de acordo com os termos deste Contrato e a Lei Aplicável, a prontamente providenciar todas as aprovações e assistência necessárias para o desenvolvimento e operação do Projeto e de outro modo que possa ser razoavelmente requerido pela Companhia em relação aos direitos a ela concedidos segundo este Contrato. O Estado deverá estabelecer procedimentos simples e rápidos para a aprovação de todas as Licenças requeridas para a construção do Projeto de uma maneira consistente com a Lei Aplicável e de modo a não serem injustamente retidas ou atrasadas.

#### Cláusula 16.0 Expatriados

Esta cláusula estabelece que expatriados empregados pela companhia e os membros da sua família imediata têm livre capacidade para viver, trabalhar e se movimentar dentro e fora do país anfitrião e da área do projeto.

#### Cláusula 17.0 Infraestrutura

Existem duas visões gerais, não mutuamente exclusivas, de como os recursos minerais podem levar ao desenvolvimento. Uma visão, em grande parte tratada nas cláusulas discutidas anteriormente, é que a função da produção mineral gerar receitas para o país anfitrião que é cobrado pelo seu uso para desenvolvimento. A outra é que projetos minerais podem criar uma grande quantidade de benefícios de desenvolvimento mais diretos, tirando as receitas para o tesouro. Esta cláusula e algumas das cláusulas subsequentes lidam com estes benefícios potenciais dos recursos minerais. O princípio geral de tratar da

133. Na opinião dos autores, este é simplesmente um outro modo no qual "os impactos começam antes das receitas. Este é um dos problemas mais fundamentais com as estratégias de desenvolvimento baseadas nos recursos humanos.

infraestrutura deve ser conjuntamente planejado e usado, para criar exterioridades positivas do projeto, conforme incorporado nesta parte da Seção 17.2.

#### Cláusula 17.2 Acesso à Infraestrutura

Uma forma de promover benefícios mais imediatos a partir de um projeto de desenvolvimento de mina é o uso compartilhado da infraestrutura, que o MMDA aborda como segue:

Na medida em que comercialmente viável, a Companhia deverá se esforçar para planejar e desenvolver todas as formas de infraestrutura (incluindo a infraestrutura para energia elétrica, água para o processo, água potável, comunicações e estradas e transporte) de forma a facilitar seu uso compartilhado por outras pessoas e sua contribuição para o desenvolvimento sustentável social e econômico da área na qual estiver localizado.

#### Cláusula 18.0 Obrigações do Estado Re: Governos Locais e Proprietários de Terra

Esta cláusula principal obriga o país anfitrião a cooperar na verificação de que Populações Indígenas ou Tribais com reivindicações da superfície da Área de Mineração sejam de fato os proprietários ou ocupantes legais, e criam a presunção de ocupação legal:

Ocupação ou uso permanente ou sazonal passados da Área de Mineração por Populações Indígenas ou Tribais deverão criar uma presunção de ocupação legal.

Uma questão bastante contenciosa é se é o governo nacional ou a companhia que tem a obrigação de fornecer recursos para o governo local ou as populações locais. As companhias geralmente e talvez algumas vezes imprudentemente, simplesmente querem fazer um “acordo” com o governo nacional e deixar que este “tome conta” das questões locais. Mas as tradições políticas e os sistemas legais variam, e as disposições que pretendem cortar uma longa tradição da autoridade local ao imposto para a conveniência das companhias que desejam uma “one stop shop” poderão apaziguar as pessoas que preparam uma análise do fluxo de caixa descontado do curto prazo do projeto, enquanto no longo prazo geram tensões que poderão prejudicar o projeto.

Se os interesses locais definitivamente obrigam a companhia a pagar uma quota imprevista, do bolso de quem isto sai: Da companhia que deixou de entender e prever a situação adequadamente antes de fazer um contrato ou do governo nacional que fez uma promessa que não podia cumprir?

Uma questão relacionada é uma que atormenta tantos projetos de recursos e, na opinião dos autores é, em casos extremos, um ingrediente importante na violência que se intensificou no desenvolvimento de recursos: a incapacidade de o governo nacional compartilhar a receita com as comunidades locais ou a incapacidade de manter promessas feitas a esse respeito.

Isto mostra novamente as limitações de se tentar chegar ao equilíbrio certo, enquanto se considera o contrato de desenvolvimento da mina independentemente. O contrato da mina é somente uma parte da arquitetura, e se o resto da arquitetura não for funcional, o contrato da mina sozinho não pode resolver todos os problemas resultantes.

Esta é uma parte da razão pela qual muitos profissionais, professores e advogados de desenvolvimento estão exigindo Contratos de Desenvolvimento com a Comunidade com as comunidades locais, para acompanhar contratos de desenvolvimento de minas em nível nacional entre companhias e o governo nacional. Os Contratos de Desenvolvimento com a Comunidade estão discutidos na Seção VI, abaixo.

A cláusula principal no MMDA tenta resolver isto do seguinte modo:

(e) Benefícios financeiros a serem recebidos por um Governo Local de pagamentos feitos pela Companhia ao Estado segundo a Lei Aplicável ou segundo este Contrato deverão ser fornecidos ao Governo Local sem custo adicional para a Companhia. O Estado deverá fornecer um relatório anual para a Companhia e para o Governo Local sobre esses fundos fornecidos pelo Estado ao Governo Local. O Estado deverá cumprir qualquer contrato com a Companhia ou o

Governo Local quanto ao compartilhamento de receita, sendo a incapacidade desse cumprimento considerada uma violação das obrigações do Estado segundo este Contrato.

Conforme discutido segundo a Cláusula 7.10 acima, os autores têm considerável preocupação em tirar o governo ou a companhia de uma enrascada por garantir que existem benefícios reais e tangíveis no nível local. O governo nacional e a companhia têm um interesse compartilhado no sucesso do projeto; o sucesso sempre estará em perigo se não houver um compartilhamento local. Entretanto, em alguns níveis não importa se o projeto falhar por causa da oposição local, seja por “falha” do governo ou da companhia segundo o contrato de desenvolvimento da mina. O desenvolvimento local não irá ter sucesso sem o compromisso do governo e da companhia.

#### **d. Direitos da companhia**

##### Cláusula 19.0 Direitos da Companhia

Transações da companhia com afiliadas tornaram-se uma dor de cabeça para muitos governos. Comprar mercadorias de afiliadas a preços acima do mercado reduz a renda e, portanto, o imposto de renda. Vender minerais para afiliadas ao preço menor do que o de mercado tem o mesmo efeito. A cláusula principal nesta seção do MMDA preserva o direito de fazer transações com afiliadas, porém segundo a fórmula descrita na cláusula 19.1.

##### Cláusula 19.1 Transações com Companhias Afiliadas

Esta cláusula abrange arrendamentos, licenças e transferências de bens e serviços entre a companhia e suas afiliadas, devendo essas transações ser com base em taxas isentas de interesses negociadas entre as partes, de acordo com princípios e diretrizes tais como aqueles discriminados na Organização para a Cooperação Econômica e Diretrizes para Preço de Transferência do Desenvolvimento para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais.

Vendas, arrendamentos, licenças e outras transferências de bens e serviços entre a Companhia e suas Afiliadas deverão ser com base em taxas isentas de interesses negociadas entre as Partes em substancial acordo com os princípios e diretrizes substantivos discriminados nas Diretrizes de Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais publicadas pela Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento<sup>134</sup> ou diretrizes substantivas subsequentes que tenham uma finalidade similar acordadas pelas Partes.

134. OECD, "Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations" (Paris: OECD, 2010), disponível em [http://www.oecd.org/document/34/0,3746,en\\_2649\\_33753\\_1915490\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/34/0,3746,en_2649_33753_1915490_1_1_1_1,00.html) (última visita em 16 de julho de 2012).

## Cláusula 19.2 Decisões de Contratação da Companhia

Esta seção destina-se a proteger a companhia contra a pressão política ou nepotismo na contratação e como uma limitação equilibrada sobre as disposições de “contratação local” da Seção 24.0, discutidas abaixo:

Sujeito à Seção 24.0, a Companhia poderá sempre escolher seus empregados, estando livre para empregar pessoas que não sejam cidadãos do Estado, conforme seja requerido para a condução eficiente do Projeto.

## Cláusula 19.3 Segurança

A manutenção e administração das forças de segurança da companhia é uma outra questão na lista de questões com uma vinculação direta com a violência relacionada aos recursos. Não existe uma solução perfeita para esta questão, já que existem necessidades legítimas para a segurança, do mesmo modo como existem abusos da função de segurança. Existe um papel adequado para equipar e formar a capacidade das forças de segurança do governo, do mesmo modo que existe uma possibilidade de que aquelas forças ajam abusivamente.

A cláusula principal limita as funções de segurança da companhia para a área do projeto e importa a norma reconhecida internacionalmente dos Princípios Voluntários.<sup>135</sup> A companhia deve ter o direito, conforme permitido segundo a lei aplicável, de estabelecer e manter uma força de segurança para proteger os funcionários e manter a segurança da área de mineração, mas essa força de segurança não deve ter o poder de interrogatório e deve ser monitorada pela companhia o tempo todo:

A Companhia terá o direito de manter as disposições da Lei Aplicável, direta ou indiretamente ou sob contrato com outras pessoas, estabelecer e manter sua própria força de segurança com a finalidade de proteger seus funcionários ou manter a segurança dentro da Área de Mineração, com poderes tanto (i) de detenção (sendo que qualquer pessoa detida deverá ser entregue às autoridades do Estado apropriadas tão logo seja possível), como de (ii) exclusão da Área de Mineração e outras partes da Área do Projeto conforme possa estar devidamente restrito por motivos de proteção ou segurança. Essa força de segurança estará sujeita à Lei Aplicável em todos os casos, porém não terá poderes de interrogatório. A Companhia deverá assegurar e monitorar que a força de segurança sempre se conduza de acordo com a Lei Aplicável (incluindo todas as Leis relacionadas à apreensão e detenção e direitos humanos) e os Princípios Voluntários sobre Segurança e Direitos Humanos.<sup>136</sup>

### **e. Obrigações da companhia**

## Cláusula 20.0 Obrigações de Desenvolvimento

Esta seção apresenta a questão, abordada em outro local,<sup>137</sup> da extensão na qual o contrato deve exigir que a companhia proceda ao desenvolvimento do projeto de acordo com o cronograma acordado. Isto envolve as mesmas preocupações: o governo deseja que o projeto seja construído e a receita comece a fluir. A companhia receia ficar presa ao investimento de centenas de milhões de dólares

135. Os Princípios Voluntários sobre Segurança e Direitos Humanos, disponível em [www.voluntaryprinciples.org/files/voluntary\\_principles\\_English.pdf](http://www.voluntaryprinciples.org/files/voluntary_principles_English.pdf) (última visita em 16 de julho de 2012).

136. *Id.*

137. Vide discussão do MMDA, seção 2.6.

e- se o mercado se tornar insatisfatório – ser pego com um projeto que não é mais atraente. Uma possível solução seria uma cláusula que especificamente vincula o cronograma a preços de Mercado do mineral e dá à companhia algum alívio do cronograma se os preços caírem abaixo de um nível estipulado.<sup>138</sup>

Existe uma preocupação real aqui; existe uma série de contratos de minerais que os países estão assinando com companhias que não possuem capacidade concebível de desenvolver uma mina, e estão buscando no contrato simplesmente amarrar o ativo enquanto tentam promovê-lo ou transformá-lo em lucro. Uma séria questão para pesquisa é se estas companhias promocionais estão efetivamente proporcionando valor ao explorar a propriedade, e melhorando sua negociabilidade para pessoas que não possuem a capacidade de desenvolver, em oposição a, por exemplo, simplesmente tentar obter um lucro rápido das conexões políticas no país anfitrião.

Se a finalidade destas cláusulas é desestimular a detenção especulativa de propriedades minerais, talvez o governo possa atingir muito do seu objetivo não firmando contratos com pessoas que obviamente são especuladores.

#### Cláusula 21.0 Uso de Bens e Serviços Locais

Um dos principais objetivos dos governos é aumentar as “*ligações a montante*” na economia local, com base nos comentários que recebemos no processo do MMDA. A questão foi suscitada repetidamente e continua a crescer em importância. Existe por vezes uma tensão quanto a se as “compras locais” podem ser feitas em qualquer parte do país receptor do projeto ou precisam ficar localizadas na área do projeto. A cláusula principal estabelece:

Em suas compras de bens e serviços necessários no tocante a Operações de Mineração, a Companhia deverá dar preferência primeiro, sendo a qualidade, prazo de entrega e preço comparáveis, a bens produzidos no Estado e serviços prestados por cidadãos ou negócios do Estado, observada a aceitabilidade técnica e disponibilidade dos bens e serviços pertinentes no Estado.

Esta cláusula também trata em certa medida do problema de “compras locais” de revendedores que importam bens no exterior e os revendem à companhia com remarcação de preços para mais, a “compras locais de Land Rovers”, como são às vezes são chamadas. O modelo de “revendedor” é questionável em termos de benefícios de desenvolvimento e apresenta considerável potencial para gerar corrupção. A frase “produzido no Estado” destina-se explicitamente a tratar este assunto.

As cláusulas exemplo apresentam uma série de outras opções adicionais.

#### Cláusula 22.0 Desenvolvimento da Comunidade Local

Um dos mais importantes e mais complexos tipos de questões é a relação entre o contrato de desenvolvimento de minas concluído em nível nacional e a necessidade de um tipo de sistema para administrar os impactos e capturar benefícios de desenvolvimento em nível local.

138. Não era viável sugerir esse tipo de cláusula no MMDA, pois os sistemas de economia e mercado para os diferentes minerais são muito distintos. O próprio MMDA não é específico quanto a qualquer mineral. Contudo, deveria ser possível desenvolver essas cláusulas no contexto de projetos específicos.

## Cláusula 22.1 Contrato de Desenvolvimento da Comunidade

Em alguns países hoje em dia é praticamente impossível desenvolver projeto de mineração sem ter alguma forma de contrato escrito com as comunidades afetadas.<sup>139</sup> Em outros países, regulamentos nacionais os exigem.<sup>140</sup> As novas Normas de Desempenho do IFC requerem o consentimento das comunidades indígenas para projetos em seus territórios e requerem que haja “prova” desse consentimento.<sup>141</sup> É difícil imaginar qual poderia ser essa prova de consentimento a não ser algum tipo de contrato.

Em comunidades não indígenas, existe exigência de Norma de Desempenho para desenvolvimento comunitário que pode ser mais bem atendido por um contrato.<sup>142</sup> O Banco Mundial recentemente comissionou um estudo sobre a questão a James Otto e outros.<sup>143</sup> Há disponíveis pelo menos duas bibliotecas de CDCs.<sup>144</sup> Em suma, existe uma tendência importante nesta direção e é de se imaginar que contratos de desenvolvimento comunitários (CDCs), seja qual for sua matéria, tornar-se-ão mais difundidos e poderão em algum ponto se tornar norma universal.

Mas, qual é a relação de contratos desse tipo com contratos de nível nacional, como o que o MMDA propõe? Há muitos aspectos e questões não resolvidos, tais como:

- O contrato nacional de desenvolvimento de mineração deve incentivar, desestimular ou ser neutro quanto à realização de CDCs?
- O contrato nacional deve sugerir ou mesmo prescrever o teor (ou pelo menos lista de matérias prescritas) dos CDCs ou deixar isso inteiramente à negociação local?
- O governo nacional deve ser parte do CDC (modelo de três partes) ou o CDC deve ser firmado simplesmente entre a comunidade e a companhia (modelo de duas partes)?
- Uma das questões não resolvidas mais difíceis com relação a CDCs é quais comunidades são suficientemente “afetadas” para ter um e quais não são. A intenção do contrato nacional de desenvolvimento de mineração é participar desse campo de mineração? Se for assim, de que maneira?
- Se o CDC impuser custo financeiro à companhia, ele de alguma maneira procede da receita de imposto do Governo nacional? Ou é acrescido a essa receita?
- O CDC tira “do sufoco” o governo nacional por compartilhar receitas localmente? Ou os benefícios do CDC são acrescidos a parte da comunidade da receita nacional?
- O CDC é o veículo para elaboração e implementação do “mecanismo de queixa” agora exigido pelas Normas de Desempenho do IFC?<sup>145</sup>

139. Por exemplo, as Primeiras Nações Aborígenes Canadenses e Australianas atualmente negociam contratos extensos que cobrem todas as questões de desenvolvimento mais importantes. No Canadá, esses contratos são havidos por promover certeza em ambos os lados. Courtney Fidler, “Increasing the sustainability of a resource development: Aboriginal engagement and negotiated agreements”, 12(2) *Environment, Development and Sustainability* 233-44 (2010).

140. International Finance Corporation, “Stakeholder engagement: A good practice handbook for companies doing business in emerging markets” (Washington, D.C.: IFC, 2007) [doravante “IFC”], p.49

141. Id., p.12.

142. Id. pág. 44.

143. James Otto, “Community development agreement model regulations in example guidelines” (Washington, D.C.: Banco Mundial, junho de 2010) Os autores também analisaram futura publicação do Banco Mundial, excelente e amplamente esperada, a *Mining Community Development Agreements – Guidance Manual*, ainda não emitida, mas que sem dúvida estará publicada quando sair este artigo.

144. Vide CDC Library, disponível em <http://www/sdsg.org/archives/cda-library/> (última visita: 16 de julho de 2012). Vide também o banco de dados “Agreements, Treaties and negotiated Settlements (ATNS)” da Universidade de Melbourne, disponível em <http://www.atns.net.au/> (última visita: 5 de agosto de 2012).

145. IFC, op. cit., nota 139, pág. 69.

- De que maneira o CDC é exequível? Violação do CDC constitui violação do Contrato de Desenvolvimento de Mineração nacional?

Obviamente, as questões acima não serão respondidas da mesma maneira em todos os países ou em todos os projetos. Será necessária muita prática até que surjam modelos aceitos. Apressar a adoção de soluções que se desenvolvam nesta área certamente requer que as soluções sejam públicas para que as pessoas fiquem informadas sobre elas.

O Grupo de Trabalho ficou convencido de que o MMDA precisava de algum modo tratar o surgimento dramático dos CDCs. Ao mesmo tempo, estava consciente de que se trata de uma área na qual a prática está mudando muito rapidamente e, dessa forma, não é uma grande fonte de experiência.

A cláusula principal da seção 22.1 não requer, por conseguinte, que a companhia conclua CDCs com cada comunidade afetada. Requer, sim, que a companhia faça uma tentativa de negociação desses contratos. E prevê ademais:

Cada Contrato de Desenvolvimento Comunitário ficará sujeito à Lei Aplicável e deverá:

(a) Tratar de que maneira as comunidades locais poderão se beneficiar das oportunidades de desenvolvimento apresentadas pelo Projeto e de que maneira os impactos adversos do Projeto poderão ser mitigados;

(b) Servir como o contrato que especifica como será cumprida a obrigação da Companhia de dispêndio de recursos para desenvolvimento local;

(c) Tratar de situações ambientais, sociais e econômicas durante a mineração e depois do fechamento da mina, e a inevitável transição de economia mineradora para economia pós-mineradora na Área do Projeto, conforme porventura avençado entre as Partes do Contrato de Desenvolvimento Comunitário; e

(d) Tomar por base nos objetivos relacionados no Anexo B.<sup>146</sup>

#### Cláusula 22.2 Relação deste Contrato com o Contrato de Desenvolvimento Comunitário

Esta cláusula rege como as partes deverão tratar qualquer incongruência entre o Contrato de Desenvolvimento Comunitário e o contrato de desenvolvimento de minas. Caso o contrato de desenvolvimento de minas não especifique o contrário, prevalecerá o Contrato de Desenvolvimento Comunitário. Além disso, a violação do Contrato de Desenvolvimento Comunitário deverá constituir a violação do contrato de desenvolvimento de minas.<sup>147</sup>

#### Cláusula 23.0 Saúde da Comunidade

O MMDA tem a seguinte cláusula principal, que reflete tanto a aceitação pela companhia de que não pode ignorar questões de saúde nas comunidades nas quais atua, quanto a relutância da companhia em assumir o papel do estado:

A Companhia resolve cooperar com o Estado no cumprimento das responsabilidades do Estado de proporcionar educação sanitária, tratamento, assistência e cuidados médicos subsidiados segundo padrões aceitáveis.

146. O Anexo B do MMDA apresenta uma série de fatores que deverão ser tratados pelo CDC, inclusive meios de participação, representação de mulheres ou minorias, e obrigações da empresa e comunidade uma com a outra.

147. MMDA Project, Summaries of Prior Comments on MMDA 1.0, disponível em <http://www.mmda.project.org/?p=2198>.

a todos os habitantes das comunidades afetadas pelo Projeto de forma compatível com a política de saúde nacional Governamental estabelecida na Lei Aplicável, e manter dispensário ou hospital adequado e devidamente provido de funcionários, chefiado por médico residente. No entanto, nenhuma disposição deste Contrato isentará o Estado de qualquer obrigação nos termos da Lei Aplicável de proporcionar assistência médica adequada e acessível a comunidades afetadas pelo Projeto.

#### Cláusula 24.0 Contratação e Treinamento de Cidadãos Locais

Trata-se de questão de desenvolvimento que, em conjunto com exigências de infraestrutura e compras locais, é uma prioridade cada vez maior dos governos recebedores do projeto. As companhias tendem a não gostar de cotas de contratação de trabalhadores locais; os países tendem a não confiar em promessas exuberantes de emprego local sem números concretos para respaldá-las. Talvez o ponto em comum seja treinar trabalhadores locais, exigência imperativa se for contratado um número considerável deles. As cláusulas principais do MMDA aliam a preferência geral por trabalhadores locais igualmente qualificados (cláusula 24.1) a esses compromissos; são apresentadas várias alternativas que, neste caso, são uma fonte particularmente rica de ideias para os responsáveis pela elaboração de contratos.

Outra questão, obviamente, é o que significa “local”. Os habitantes originais da província indonésia de Irian Jaya (Papua Ocidental) dos arredores da Mina Grasberg parecem se ressentir do fato de os empregos ficarem com forasteiros de outras partes de Indonésia pelo menos tanto quanto a trabalhadores estrangeiros. De fato, existe conflito considerável entre os habitantes originais e os trabalhadores da mina de outras etnias vindos de outras partes da Indonésia. A contratação de nativos de outras partes do país pouco faz para atender as demandas por mais benefícios de comunidades locais. Na verdade, em vez de amenizar, pode gerar conflito.

Por outro lado, os trabalhadores mais qualificados às vezes podem estar em outras regiões.

#### Cláusula 24.2 Investimento na Qualificação de Mão de Obra Local

Esta Seção define a obrigação da companhia desenvolver e implementar plano de treinamento alinhado ao plano de recursos humanos da companhia, que aprimore a qualificação e experiência dos empregados, incluindo, caso viável, inscrição em programas educacionais pertinentes dentro ou fora do estado.

Nas cláusulas 24.3 e 24.4, o MMDA apresenta uma série de soluções alternativas para desenvolver e implementar um programa de treinamento abrangente para o Estado com o fim de qualificá-los para posições técnicas, administrativas e gerenciais.

#### Cláusula 25.1 Normas Trabalhistas

Nesses contratos, há necessidade de tratar normas trabalhistas principais. A cláusula principal do MMDA é uma amostra de como tratá-las e prevê o seguinte:

- (a) A Companhia adotará as disposições da Lei Aplicável sobre questões trabalhistas.
- (b) A Companhia, suas afiliadas, contratadas e subcontratadas observarão a orientação fornecida pela Melhor Prática da Indústria, bem como normas trabalhistas internacionalmente reconhecidas em relação a todos os contratos da Organização Internacional do Trabalho dos quais o Estado for Parte, e respeitará, conforme ali previsto, o direito de seus empregados de se organizar.
- (c) A Companhia, suas Afiliadas, contratadas e subcontratadas não utilizarão trabalho forçado, tampouco a Companhia, suas afiliadas, contratadas e subcontratadas utilizarão mão

de obra infantil, conforme a Declaração de Política de Trabalho Forçado e Mão de Obra Infantil Prejudicial do International Finance Corporation de março de 1998.

(d) A Companhia adotará sistema de administração de saúde e segurança semelhante ao ANZI Z10 ou OHSAS 18001.

(e) A Companhia não discriminará ou apoiará discriminação na contratação, remuneração, acesso a treinamento, promoção, rescisão de vínculo trabalhista ou aposentadoria com base em raça, nacionalidade ou origem social, casta, nascimento, religião, deficiência, sexo, orientação sexual, responsabilidades familiares, estado civil, filiação a sindicato, opiniões políticas ou idade.

#### Cláusula 25.2 Segurança e Saúde na Mina

Esta Seção trata de uma das questões mais importantes da indústria de mineração: segurança e saúde na mina. Quando os regulamentos de segurança não recebem a devida atenção, as consequências rapidamente se tornam trágicas. Esta cláusula se baseia em sua maior parte nos vínculos com a Melhor Prática da Indústria.<sup>148</sup> Gostaríamos de ter recebido mais opiniões das organizações trabalhistas de mineração acerca dessa cláusula; certamente teriam opiniões que vale a pena ouvir.

#### Cláusula 26.0 Obrigações de Fechamento/Pós-Fechamento de Mineração

Trata-se de área na qual há confusão considerável e falta de entendimento. As questões ambientais e sociais são com frequência imensas. Entre essas questões estão:

- O estabelecimento de plano claro para tratar as condições ambientais dentro e fora do local no fechamento e como chegar ao estado desejado em incrementos eficientes;
- Até que ponto o plano deve incorporar os elementos econômicos e sociais do fechamento;
- Revisão do plano durante a vida da mina à medida que ocorrerem as mudanças inevitáveis das operações; e
- Alguma forma de garantia financeira de que o plano será implementado mesmo se os mercados deteriorarem ou a situação financeira da companhia apresentar queda.

#### Cláusula 26.1 Plano de Fechamento e Obrigações de Fechamento

São apresentadas várias cláusulas desse tipo. Uma delas:

(a) A Companhia elaborará e entregará plano de fechamento ao Estado de acordo com a Seção 2.4(e) deste Contrato (“Plano de Fechamento”). O Plano de Fechamento tratará a condição ambiental, social e econômica prevista da Área do Projeto para o próximo período de cinco anos de Operações de Mineração, e será elaborado em Consulta com comunidades da Área do Projeto. Será compatível com qualquer Contrato de Desenvolvimento Comunitário, e elaborará segundo a orientação fornecida pelo Conjunto de Ferramentas sobre Planejamento Integrado para Fechamento e orientação correlata publicada pelo ICMM.

O Plano de Fechamento será atualizado pelo mesmo processo pelo qual tiver sido elaborado sempre que houver alteração significativa das operações do Projeto. Na hipótese de nenhum

148. Vide discussão de “melhor prática” e “normas internacionais” relativas à seção 1.0 do MMDA acima.



Plano de Fechamento atualizado ser submetido em 5 (cinco) anos, a Companhia entregará Plano de Fechamento atualizado no sexto aniversário da última submissão.

#### Cláusula 26.2 Garantias das Despesas de Fechamento.<sup>149</sup>

A experiência mundial nos ensina repetidamente que promessas a serem cumpridas depois de décadas, com frequência em condições bem diferentes, são muitas vezes vazias, sem nenhum tipo de garantia financeira séria. A cláusula principal prevê:

A Companhia deverá, dentro de 90 (noventa) Dias da Data de Vigência, prestar garantia de fechamento de mina ao Estado. O propósito dessa garantia de fechamento de mina é assegurar a conclusão do Plano de Fechamento da Companhia.

(a) A garantia de fechamento de mina terá o valor calculado como necessário à implementação do Plano de Fechamento caso a Companhia não implemente o Plano de Fechamento durante o período de cinco anos abrangido pelo Plano de Fechamento à época corrente. O valor da garantia será atualizado sempre que o Plano de Fechamento for atualizado ou concomitantemente com a atualização de cinco anos do Plano de Fechamento nos termos da Seção 26.1, de forma que continue suficiente para assegurar que todas as etapas do Plano de Fechamento possam ser concluídas a contento caso a Companhia não implemente o Plano de Fechamento.

#### Cláusula 27.0 Direitos de Cidadãos do Estado

Todos os projetos do IFC, e por incorporação todos os projetos que observam os Princípios do Equador, agora devem apresentar mecanismos de queixa em nível de projeto.<sup>150</sup> Questões sobre o quanto e em que exatamente esses mecanismos devem consistir e de que maneira poderão ser implementados são no momento objeto de intensa discussão na indústria, instituições financeiras e outras esferas. Qualquer contrato que não trate esses mecanismos seria, dessa forma, considerado incompleto. O MMDA estabelece esse tipo de cláusula de queixa da companhia na cláusula 27.1, conforme segue:

#### Cláusula 27.1 Mecanismo de Queixa da Companhia

(a) A Companhia deverá, à sua própria custa, prontamente responder às inquietações das comunidades com relação ao Projeto de Mineração conforme o parágrafo 23 da Norma de Desempenho 1 do IFC.

(b) Caso não seja estabelecido nos termos do contrato de desenvolvimento comunitário, a Companhia estabelecerá mecanismo de queixa destinado a receber e viabilizar a solução das inquietações das comunidades afetadas e queixas acerca do desempenho ambiental e social da Companhia. O mecanismo de queixa deverá ser proporcional aos riscos e impactos adversos do Projeto. O mecanismo de queixa deverá ser estabelecido em Consulta com as comunidades que deverão se valer dele, por meio de processo compreensível e transparente, culturalmente adequado e prontamente acessível a todos os segmentos das comunidades afetadas, sem custo para as comunidades afetadas e sem retaliação. O mecanismo não deverá impedir o acesso a remédios judiciais ou administrativos.

149. Trata-se certamente de passo considerável no trato dos problemas de desenvolvimento enfrentados pelos países recebedores de projeto quando os impactos persistem depois de cessarem os fluxos de receita do projeto. Mas há grande número de problemas práticos que precisam ser resolvidos para que isso ocorra de maneira eficaz.

150. IFC, op. cit., nota 139, pág. 69.

A Companhia informará as comunidades afetadas acerca do mecanismo no decorrer de seu processo de adesão da comunidade.

#### Cláusula 27.2 Fórum para Reivindicações e Controvérsias Envolvendo Cidadãos Nativos do Estado

Em muitos casos, o grande problema que ninguém quer reconhecer é a questão de onde e como os cidadãos que tiverem reclamações sobre a conduta da companhia por meio de algum tipo de processo legal. Seria tolice fingir que nenhum cidadão jamais teve uma reivindicação válida contra investidoras da área de mineração.

Às vezes os cidadãos acreditam que não conseguem receber tratamento justo dos tribunais do país receptor do projeto. Às vezes as companhias investidoras acreditam o mesmo modo. Contudo, se honrarmos a máxima da jurisprudência segundo a qual “para todo mal existe um remédio”,<sup>151</sup> deve existir um fórum que possa ouvir a reivindicação.

Eventos como as reivindicações contra a Chevron-Texaco por cidadãos equatorianos que, como argumentou a companhia não deveriam ser ouvidas em Nova York com base na incompetência do fórum, e agora argumenta não poder ser adequadamente ouvida no Equador,<sup>152</sup> levaram à instauração de processos pela Chevron-Texaco contra o advogado e peritos do autor, e praticamente toda semana geram novas decisões de novos tribunais e árbitros, e deixa a questão de exatamente onde poderiam e deveriam ser ouvidos. O fato é que cerca de vinte anos depois dos danos alegados, ainda não foi proferida decisão definitiva e ninguém foi indenizado; ninguém deseja um resultado como esse.

A questão de quando as companhias mineradoras podem e quando não podem ser processadas nos tribunais de seu país de origem gerou literatura jurídica considerável.<sup>153</sup> Há uma pletora de casos em que os cidadãos do país receptor do projeto talvez tenham de litigar durante anos sobre que tribunal lhes caberia.<sup>154</sup>

A ideia desta disposição é que isso deveria ser objeto de negociação e contrato no início da relação e que o contrato deveria especificar em que local a companhia concordaria que as reivindicações pudessem ser apresentadas sem contestações jurisdicionais intermináveis.

## 6 OUTROS TERMOS E CONDIÇÕES

#### Cláusula 28.0 Obrigações de Contratadas e Subcontratadas

Caso grande parte do trabalho do projeto seja assumido por subcontratadas, um dos maiores desafios tanto do investidor quanto do país receptor do projeto é assegurar que as contratadas e subcontratadas se conduzam de maneira compatível com os objetivos globais do contrato. Caso o objetivo

151. *Ubi jus ibi remedium* ou “onde o mesmo direito, o mesmo deve ser o remédio”.

152. Mark Hamblett, “Despite old ruling, Chevron cleared to challenge Ecuadorian courts”, *New York Law Journal*, 8 de setembro de 2011; Patrick R Keefe, “Reversal of fortune”, *New Yorker*, 9 de janeiro de 2012; *Chevron Corp. v. Donziger*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 107693 (D.C. SDNY 31 de julho de 2012).

153. O número de artigos de revisão de lei recentes é deveras grande, segue-se uma amostra do que existe: J. Stanton Hill, “Towards global convenience, fairness, and judicial economy: An argument in support of forum non conveniens dismissals before determining jurisdiction in United States Federal District Courts”, 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1177-210 (2008); John R Wilson, “Coming to America to file suit: Foreign plaintiffs and the forum non conveniens barrier in transnational litigation”, 65 *Ohio State Law Journal* 659-95 (2004); “Cross-jurisdictional forum non conveniens preclusion”, 121 *Harvard Law Review* 2178-99 (2008).

154. O litígio da Chevron corre desde 1993, sem previsão de encerramento; litígios sobre tribunal competente são demorados em muitos outros casos. Vide, por exemplo, *Sarei v. Rio Tinto Plc*, números 02-56256, 02-56390, 9ª Cir., 25 de outubro de 2011.

do contrato seja promover desenvolvimento social e econômico, é crucial que as contratadas também estejam alinhadas com esse objetivo.

#### Cláusula 28.1 Aplicação das Obrigações às Contratadas e suas Subcontratadas

Por exemplo, caso existam compromissos de contratação e treinamento de trabalhadores locais ou de construção da capacidade de negócios locais para venda de seus produtos ao projeto, não é possível manter inteiramente esses compromissos se as contratadas não participarem.

(a) Qualquer contrato entre a Companhia e contratadas ou subcontratadas conterá termos adequados segundo os quais a contratada ou subcontratada reconhecerá os termos deste Contrato na medida aplicável às atividades realizadas pela contratada e suas subcontratadas.

(b) A Companhia assegurará que a supervisão e administração, por sua parte, de suas contratadas e subcontratadas destas sejam suficientes para informá-la sempre que as práticas de suas contratadas ou subcontratadas destas possam colocá-las ou à Companhia em risco de violar este Contrato.

(c) Nenhuma das disposições deste contrato isentará a Companhia das obrigações, no todo ou em parte, previstas neste Contrato, não obstante a delegação de tais obrigações à contratada ou suas subcontratadas.

#### Cláusula 28.2 Aplicação das Obrigações à Controladora e Afiliadas

De forma análoga, existe o compromisso de assegurar que controladoras e afiliadas também apoiem o contrato:

A Companhia assegurará que suas Afiliadas, na medida razoável e adequada nos termos da Lei Aplicável, observem os termos deste Contrato como se fossem parte dele.

(a) Qualquer contrato entre a Companhia e contratadas ou subcontratadas conterá termos adequados segundo os quais a contratada ou subcontratada reconhecerá os termos deste Contrato na medida aplicável às atividades realizadas pela contratada e suas subcontratadas.

(b) A Companhia assegurará que a supervisão e administração, por sua parte, de suas contratadas e subcontratadas destas sejam suficientes para informá-la sempre que as práticas de suas contratadas ou subcontratadas destas possam colocá-las ou à Companhia em risco de violar este Contrato.

(c) Nenhuma das disposições deste contrato isentará a Companhia das obrigações, no todo ou em parte, previstas neste Contrato, não obstante a delegação de tais obrigações à contratada ou suas subcontratadas.

#### Cláusula 29.0 Cessão

Uma questão óbvia e negligenciada com bastante frequência é o fato de a indústria mineradora estar sujeita a constantes incorporações, aquisições e vendas de participações em bens. Um contrato de cavalheiros ou confiança na reputação de uma companhia dura apenas até a próxima mudança de titularidade ou a transferência do gerente que fez a promessa.

#### Cláusula 29.1 Cessão a Afiliada

A cláusula introdutória do MMDA sobre essa questão prevê, em parte:

A Companhia terá direito de ceder a totalidade (contudo, não menos do que a totalidade) de seus direitos e participações nos termos deste Contrato para a Afiliada, observada a notificação ao Estado, *ressalvando-se, entretanto*, que a Afiliada reconheça e avence assumir todas as obrigações da Companhia previstas neste Contrato, tenha capacidade de cumprir essas obrigações e a Controladora garanta as obrigações da Afiliada na mesma medida da garantia prestada pela Controladora por conta da Companhia.

#### Cláusula 29.2 Cessão a Terceiro

A cessão a terceiros é tratada conforme segue:

A Companhia terá direito, mediante a prévia aprovação escrita do Estado, aprovação essa que não será injustificadamente negada ou protelada, de livremente ceder todos os seus direitos e participações nos termos deste Contrato a terceiro, contanto que o terceiro reconheça e avence assumir todas as obrigações da Companhia previstas neste Contrato e tenha capacidade de cumprir essas obrigações.

São apresentadas várias outras abordagens nas cláusulas exemplo.

#### Cláusula 30.0 Disponibilidade de Informações

Como discutimos em outra parte deste artigo, a questão da disponibilidade ao público de informações relativas a contratos de desenvolvimento de minas é obviamente o ponto central no aprimoramento da prática e melhoria de resultados. Não é possível submeter a debate contratos secretos; os segredos ocultam igualmente erros, inovações brilhantes e corrupção.

Não é possível haver confiança e aceitação do público de atividades conduzidas de acordo com regras secretas.

Ao mesmo tempo, existem certos tipos de informações em relação às quais há uma justificativa clara e categórica para a confidencialidade. Por conseguinte, existe para o responsável por elaborar o contrato o desafio de distinguir corretamente entre a área mais ampla na qual a norma é a disponibilidade ao público e a área mais restrita na qual a confidencialidade deveria ser respeitada.

#### Cláusula 30.1 Este Contrato é um Documento Público

A cláusula introdutória do MMDA procura solucionar esses problemas nos seguintes termos:

(a) Este Contrato e os Documentos que devem ser submetidos nos termos da Seção 2.4 por quaisquer Partes passadas e presentes constituem documento público e ficarão abertos à livre inspeção pelo público no órgão Governamental competente e nos seguintes arquivos designados na alínea (e), e no escritório da Companhia no Estado durante o horário de expediente normal.

(b) pressupõe-se que quaisquer informações relativas a este Contrato ou às atividades realizadas nos termos deste Contrato são Informações públicas e não Confidenciais.

Dizer que um documento é público é bom primeiro passo. Contudo, é necessário haver um mecanismo para transformar esta promessa em realidade prática. Frequentemente, a transparência se perde numa troca de argumentos sobre se o estado ou a companhia é responsável por transformar transparência em princípio na transparência de fato. A cláusula principal atribui responsabilidade tanto ao governo quanto à companhia, e prevê uma série de repositórios de documentos para acesso pelo cidadão.

(d) A Companhia manterá arquivos de documentos com o fim de viabilizar o acesso do público a este Contrato e aos Documentos e participação com conhecimento de causa em todas as Consultas exigidas por este Contrato. Esses arquivos conterão este Contrato, os Documentos, todas as respectivas atualizações e alterações adotadas, e informações sobre pagamentos e relatório nos termos da Cláusula 30.0 deste Contrato. Esses arquivos serão mantidos nos seguintes locais e ficarão abertos ao público em geral durante o horário comercial normal:

---

---

(e) Contra pagamento de taxa razoável prescrita pelo Estado, o Público em geral terá direito de obter cópia deste Contrato do órgão Governamental competente ou nos escritórios da Companhia relacionados acima.

As exceções a esta política de transparência são apresentadas na cláusula 30.2(b).

#### Cláusula 30.2 Certas Informações Confidenciais

A cláusula introdutória reconhece que certas informações são legitimamente confidenciais e prevê:

(b) “Informações Confidenciais” significarão:

- (a) Informações que, nos termos da lei, são confidenciais segundo a Lei Aplicável;
- (b) Questões pessoais, prontuários médicos de empregados individuais ou outros documentos em relação aos quais empregados ou outros tenham expectativa razoável de privacidade e outras questões que envolvem a privacidade de pessoas físicas;

(c) Informações confidenciais técnicas ou de propriedade reservada relativas a equipamentos, inovações de processo ou segredos de negócio;

(d) Questões jurídicas confidenciais, inclusive recomendações de advogados;

(e) Propriedade intelectual da Companhia relacionada ao Projeto, incluindo informações geológicas e sobre reservas de minerais;

(f) Informações (que não Informações Confidenciais) obtidas no curso de auditoria nos termos da Cláusula 11.0 supra;

(g) Informações divulgadas à outra Parte deste Contrato designadas como “Confidenciais” mediante Notificação à outra Parte quando de sua divulgação inicial a essa Parte, contanto que tal designação seja considerada declaração que a Parte divulgadora razoavelmente determinou, depois de analisar as informações, que é necessário manter a confidencialidade das informações para proteger segredos de negócio ou informações de propriedade reservada.

São fornecidas mais oito versões de cláusulas de confidencialidade nas cláusulas exemplo.

#### ***Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas***

Como respaldo ao objetivo de transparência dos contratos econômicos entre o investidor e o país receptor do projeto, a cláusula introdutória do MMDA sugere, ademais, compromisso recíproco de observância da Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas.<sup>155</sup>

155. Vide Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas, <http://www.eiti.org>.

(d) A Companhia e o Estado implementarão a Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas (EITI) e, caso conveniente, a Companhia contribuirá com a implementação pelo Estado da EITI tornando-se companhia apoiadora da EITI.

(a) A Companhia e o Estado deverão observar as exigências da Iniciativa de Transparência das Indústrias Extrativas no tocante a todos os pagamentos e relatórios a serem realizados por qualquer um deles de acordo com este Contrato. A violação por uma Parte destas disposições não isentará de observância a outra Parte.

Duas outras cláusulas merecem menção especial. A primeira é a questão da solução de controvérsias e arbitragem.

#### Cláusula 32.0 Cooperação, Solução de Controvérsias e Arbitragem

A cláusula introdutória do MMDA requer cooperação na solução de controvérsias e uso de Perito Exclusivo Independente para dirimir questões puramente técnicas.

#### Cláusula 32.1 Cooperação

As Partes acordam fornecer uma à outra Notificação dando conta de qualquer controvérsia ou disputa e subsequentemente:

(a) Buscar solução amigável de qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação deste Contrato;

(b) Submeter qualquer controvérsia ou disputa relacionada exclusivamente a questões técnicas a Perito Exclusivo Independente dentro de 10 (dez) Dias a contar da entrega de Notificação por uma Parte à outra dando conta de controvérsia não solucionada amigavelmente. A decisão do Perito Exclusivo Independente deverá ser proferida dentro de 30 Dias, e será final e transitada em julgado.

A cláusula principal prevê solução de controvérsias por arbitragem do ICSID; há uma relação considerável de cláusulas compromissórias alternativas. Vide Seção 32.2.

A cláusula principal também contém renúncia parcial à imunidade soberana e certas estipulações sobre condução de arbitragem.

#### Cláusula 36.0 Análise Periódica

Um das ideias mais controvertidas no desenvolvimento o MMDA era o conceito de análise periódica de contrato. De um lado temos a opinião de executivo de mineração sênior experiente de que, no decorrer das décadas, esses contratos em princípio vigorarão, sempre haverá pressão para renegociar termos, pois os mercados e condições econômicas mudam. Em suma, as coisas mudam, e como sempre ocorrerão discussões periódicas dos termos de contratos, é melhor que isso ocorra de forma estruturada.

Por outro lado, existe o princípio da santidade do contrato e a preocupação de que qualquer abertura em direção a flexibilidade será indevidamente usada pelo governo receptor do projeto para ter uma desculpa para não cumprir seus compromissos.

Existe aqui certo desequilíbrio, se considerarmos um comportamento comercial perfeitamente normal qualquer desejo de renegociação das companhias quando mudarem as condições, ao passo que o desejo do governo de renegociar termos é motivo de alarme. Também não parece razoável considerar realidade cálculos de valor líquido do presente para quarenta anos no futuro, e considerar imaginário o

grande vaivém dos acontecimentos humanos, como algo que possa ser contido pelos termos do contrato. O risco de mudança no final é um custo e nenhuma tentativa de passar todo esse risco a qualquer lado proporcionará o equilíbrio necessário para criar contratos estáveis. Sem dúvida, cada lado gostaria de se imaginar auferindo todos os benefícios de futuros acontecimentos favoráveis, como aumento dos preços dos minerais, ou por outro lado assumindo todos os ônus e riscos das mudanças adversas. Mas qualquer tentativa de auferir todos os benefícios e evitar todos os riscos levará a contratos instáveis.

Nenhum de nós pode prever todas as exigências que podem surgir nos próximos 20 anos; nem mesmo podemos prever com êxito as notícias de amanhã. Parece irreal acreditar que é melhor evitar o assunto porque a ideia de renegociação nunca ocorreria aos governos não fossem as cláusulas de reabertura.

Os contratos de desenvolvimento de minas frequentemente duram várias décadas durante as quais mercados, concorrência e expectativas locais e nacionais podem mudar drasticamente. Isso acarreta exigências periódicas de renegociação de contratos. As cláusulas de “reabertura” compreensivelmente suscitam preocupação considerável nos investidores, embora por vezes os investidores tenham sido as partes que pediram renegociação. A visão do MMDA é que as circunstâncias em mutação geralmente criam pressão para alterar termos, e que é melhor dispor de processo estruturado e sistemático para discussão de modificações do que tentar elaborar disposição contratual que possa de alguma maneira lutar contra a maré.

#### Cláusula 36.1 Modificação e Análise

A cláusula principal do MMDA é uma versão bastante moderada:

Este Contrato, atendendo solicitação escrita de uma Parte, ficará sujeito a análise periódica a cada 5 (cinco) anos contados da Data de Vigência para fins de discussões de boa-fé visando considerar qualquer/quaisquer modificação(ções) proposta(s) a este Contrato conforme porventura necessário ou conveniente à luz de qualquer alteração significativa de circunstâncias durante porventura ocorridas no período anterior de 5 (cinco) anos, ou experiência adquirida no referido período. As Partes se comprometem a sempre estar abertas à discussão de qualquer questão que possa ajudar a maximizar os benefícios positivos do desenvolvimento do Projeto, ou minimizar seus impactos indesejáveis. Nenhuma disposição aqui contida impedirá uma Parte de solicitar à outra Parte o início de discussões relativas a qualquer disposição deste instrumento, contanto que este Contrato permaneça em vigor durante o período durante o qual as partes estiverem realizando as discussões.

#### ***Outras Disposições***

Uma série de seções no final da maioria dos contratos são frequentemente consideradas “padrão” e com frequência não são consideradas adequadamente; talvez nem sempre apareçam, mas quando aparecem, são de importância considerável. O MMDA contém cláusulas sobre Força Maior e Suspensão de Operações em razão de Condições de Mercado (31.0), Abandono e Rescisão pelo estado ou pelo investidor, inclusive obrigações subsequentes à expiração, abandono ou rescisão (33.0), notificações (34.0), Lei Aplicável (35.0), e várias das disposições acessórias habituais, inclusive procedimentos de alteração, e declarações e garantias (37.0). O texto conclui com uma avença de boa-fé (38.0).