

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

**PASSADO, PRESENTE E PERSPECTIVAS
PARA O FUTURO DA PROTEÇÃO
INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS:
entre a fragmentação e a coesão no Direito
Internacional**

Belo Horizonte

2017

Filipe Greco De Marco Leite

**PASSADO, PRESENTE E PERSPECTIVAS
PARA O FUTURO DA PROTEÇÃO
INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS:
entre a fragmentação e a coesão no Direito
Internacional**

Dissertação de Mestrado apresentada pelo bacharel em Direito Filipe Greco De Marco Leite ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para a conclusão do mestrado.

Linha de Pesquisa: Poder, História e Liberdade.

Projeto: Estado e Mundialização: Fronteiras do Trabalho e Tecnologias.

Área de estudos: Ordem Jurídica Transnacional.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido.

Belo Horizonte

2017

L533p Leite, Filipe Greco De Marco
Passado, presente e perspectivas para o futuro da proteção
internacional de investimentos / Filipe Greco De Marco Leite –
– 2017.

Orientador: Fabrício Bertini Pasquot Polido.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional – Teses 2. Investimentos – Teses
3. Arbitragem internacional I.Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 341

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

A dissertação intitulada “Passado, Presente e Perspectivas para o Futuro da Proteção Internacional de Investimentos: entre a fragmentação e a coesão no Direito Internacional”, de autoria de Filipe Greco De Marco Leite, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Fabrício Bertini Pasquot Polido
(FDUFMG – Orientador)

Professora Doutora Mariah Brochado Ferreira
(FDUFMG)

Professora Doutora Maristela Basso
(FDUSP)

Professor Doutor Fabio Morosini
(FDUFRGS)

Belo Horizonte, 28 de julho de 2017

Agradecimentos

Agradecer é, ao mesmo tempo, uma tarefa prazerosa e ingrata. Prazerosa por nos dar a possibilidade de reconhecer a importância daqueles que contribuíram para a realização de dado objetivo, e sem os quais o resultado alcançado certamente não teria o mesmo sabor, e ingrata porque está, quase que inevitavelmente, fadada ao cometimento do pecado do esquecimento em relação a algum desses importantes partícipes de determinada jornada. Não por outras razões, já faço aqui constar meu sincero agradecimento a todos aqueles que, ainda que não aqui incluídos, contribuíram para a realização desse importante objetivo de minha vida.

Agradeço, em primeiro lugar à minha família e, em especial, aos meus pais, por me instigarem sempre a voar mais alto e confiarem sem hesitação nas minhas potencialidades, e à minha irmã pelo companheirismo de vida e de profissão.

Aos meus amigos, pelos constantes e necessários momentos de leveza que, certamente, me deram forças para chegar até aqui.

Ao Prof. Fabrício, pela orientação desde antes do mestrado e pelos grandes exemplos no direito internacional e na academia. Também a todos os professores que, antes e ao longo dessa caminhada, contribuíram de forma inestimável para meu crescimento intelectual no direito.

Por fim, aos colegas de Grebler Advogados pelo companheirismo e contribuição para meu crescimento profissional e, em especial, ao Eduardo Grebler pela inspiração para o tema deste trabalho e ao Pedro Soares pela preciosa contribuição de revisão e sugestões a este trabalho.

Quel que soit le milieu social où il s'applique, le droit a la même fondement, parce qu'il a toujours la même fin: il vise partout l'homme, et rien que l'homme. Cela est tellement évident, qu'il serait inutile d'y insister si les brumes de la souveraineté n'avaient pas obscurci les vérités le plus élémentaires.

Nicolas Politis, *Les Nouvelles Tendances du Droit International*, 1927.

Owing to the binding character of express promises and agreements, a wise and prudent Nation will carefully examine and maturely consider a treaty of commerce before concluding it, and will take care not to bind itself to anything contrary to its duties to itself and to others.

Emer de Vattel, *The Law of Nations*, 1758.

Resumo

Este trabalho pretende analisar o tema da proteção internacional de investimentos, no contexto do direito internacional, desde suas primeiras manifestações até sua atual formatação. Nesse caminho, serão analisadas diversas categorias e institutos do direito internacional que são empregados e se relacionam com a proteção internacional de investimentos, de modo a investigar, também, o papel do indivíduo e das corporações tanto no contexto geral do direito internacional quanto no contexto da proteção internacional de investimentos. Por fim, são analisadas as interações existentes entre a proteção internacional de investimentos e outras importantes agendas e interesses, de modo a evidenciar a necessária consideração de interesses externos à proteção internacional de investimentos como condição para a efetividade e legitimação da proteção internacional de investimentos. Finalmente, com o objetivo de alcançar as referidas efetividade e legitimação, serão traçadas algumas breves propostas de melhorias para a atual formatação da proteção internacional de investimentos.

Palavras-chave: Investimentos Internacionais – Direito Internacional – Arbitragem – Fragmentação – Legitimidade.

Abstract

This paper seeks to analyse the theme of international investment protection, in the context of international law, since the earliest manifestations of such concern until its present format. In this endeavour, several categories and institutions of international law which are employed and relate to the context of international investment protection will be analysed, in order to also investigate the role of the individual and of corporations both in the context of general international law and of international investment protection. Finally, the existing interactions between international investment protection and other important agendas and interests will also be analysed, in order to demonstrate the need for consideration of interests which are external to the context of international investment protection as a precondition for the effectiveness and legitimacy of the field of international investment protection. Lastly, seeking to achieve the abovementioned effectiveness and legitimacy in the field of international investment protection, a few propositions will be drawn up in order to improve on the current framework of international investment protection.

Keywords: International Investments – International Law – Arbitration – Fragmentation – Legitimacy.

Lista de Siglas e Abreviaturas

CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPA	Corte Permanente de Arbitragem
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
ECT	Tratado da Carta de Energia (<i>Energy Charter Treaty</i>)
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio (<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>)
ICSID	Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>)
NAFTA	Acordo de Livre Comércio da América do Norte (<i>North American Free Trade Agreement</i>)
OECD	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>)
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
TBI	Tratado Bilateral de Investimento
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I – PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E SEUS DILEMAS DO PASSADO: (IN)EXISTÊNCIA E (IN)EFICIÊNCIAS	17
1. Delimitações conceituais: o termo “investimentos” no contexto do presente trabalho	18
2. Anotações Preliminares: contexto da proteção internacional de investimentos e o indivíduo no direito internacional	20
3. A Proteção Internacional de Investimentos no âmbito do Direito Internacional Consuetudinário	23
3.1. A Responsabilidade Internacional dos Estados e o Desenvolvimento do Padrão Internacional Mínimo de Proteção	25
3.2. Proteção Diplomática e Investimentos	33
3.3. Uso da Força e Proteção de Investimentos	38
3.4. Corte Mundial e Investimentos	41
4. Proteção Internacional de Investimentos e os Primeiros Esforços de Tratificação	48
4.1. Os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação	49
4.2. O Contexto Econômico e Político do Pós Segunda Guerra Mundial e sua Influência nos Rumos da Tratificação da Proteção Internacional de Investimentos	53
5. A Segunda Onda de Tratificação e a Mudança de Paradigma na Proteção Internacional de Investimentos	56
5.1. Esforços Multilaterais	56
5.2. Esforços Bilaterais.....	62
6. Conclusões preliminares: da Política ao Direito?	69
PARTE II – ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS: MUDANÇA DE PARADIGMAS E NOVOS PERCURSOS	71

7. Anotações Preliminares: o Contexto da Proteção Internacional de Investimentos e os Atores do Direito Internacional – entre a capacidade e a personalidade jurídica no plano internacional.....	72
7.1. O Direito Internacional sob a Ótica Vestifáliana: uma visão restritiva dos atores do Direito Internacional	73
7.2. O Direito Internacional sob Perspectivas Contemporâneas: uma visão abrangente dos atores do Direito Internacional	80
8. A Arbitragem no Direito Internacional.....	87
8.1. A Arbitragem nas Relações Internacionais entre Estados	88
8.2. A Arbitragem nas Relações Privadas Internacionais entre Particulares.....	93
8.3. A Arbitragem nas Relações entre Estados e Indivíduos em Matéria de Investimentos Internacionais	100
8.4. Arbitragem e Consentimento.....	108
9. Acesso à Justiça e Proteção Internacional de Investimentos.....	117
9.1. Resolução de Disputas sobre Investimentos por Cortes Domésticas	118
9.2. A Ideia da Denegação de Justiça no Direito Internacional.....	123
9.3. As Respostas pela Arbitragem Investidor-Estado	127
10. Proteção Internacional de Investimentos e Fragmentação do Direito Internacional	132
10.1. Algumas Notas sobre a Fragmentação do Direito Internacional Contemporâneo ...	132
10.2. Arbitragem Investidor-Estado e a Relação Existência-Efetividade na Proteção Internacional de Investimentos.....	138
10.3. A Proteção Internacional de Investimentos e o Direito Internacional: autonomia ou interação?	140
11. Conclusões Preliminares: do Direito à Realidade?	149
 PARTE III – A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E SUA AGENDA DO PRESENTE	 151
12. Delimitação Conceitual: brevíssimas reflexões sobre a ideia de legitimidade	152

13. Anotações Preliminares: proteção internacional de investimentos no contexto contemporâneo – diferentes interesses em rota de conflito e complementariedade.....	154
14. Proteção Internacional de Investimentos e Direitos Humanos	157
15. Proteção Internacional de Investimentos e Meio Ambiente	165
16. Proteção Internacional de Investimentos e a Questão dos Poderes Regulatórios dos Estados	172
CONCLUSÕES: Da Realidade à Legitimidade? Rumos para o Futuro da Proteção Internacional de Investimentos	178
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	186

INTRODUÇÃO

Um dos questionamentos mais recorrentes e instintivos que pode ser feito por quem se dedica ao estudo do direito internacional é, sem dúvida, “para que serve o direito internacional?”. Muito já se debateu sobre quais seriam as funções, objetivos e limites do direito internacional, desde sua gênese até sua evolução no contexto contemporâneo.¹ Ao tentar responder precisamente esse questionamento, Martti Koskenniemi afirmou que os objetivos do direito internacional não poderiam ser dissociados dos objetivos dos membros da comunidade internacional, e que, nesse sentido, o direito seria a forma que encobre a substância daquilo que eles querem.² Essa visão aparentemente pessimista sobre a normatividade e legitimidade do direito internacional revela, contudo, um aspecto extremamente relevante do direito internacional: este se constrói, em grande medida, em torno da política antes de se construir em torno do direito. E se, portanto, o direito internacional é – como conceituou determinado autor ao interpretar as ideias de Koskenniemi – a continuação da batalha da política por meios mais civilizados, em nenhum outro campo tal assertiva se mostra mais claramente óbvia do que na proteção internacional de investimentos.³

É precisamente nesse contexto que pretende o presente trabalho explorar, criticamente, o tema da proteção internacional de investimentos. Dentro de suas limitações metodológicas, ele objetiva empreender uma análise histórica das ferramentas do direito internacional empregadas para o propósito de proteção internacional de investimentos desde as origens dessa preocupação até sua formatação moderna, para, ao final, propor alguns pontos de melhoria na busca da legitimidade e efetividade da proteção internacional de investimentos.

¹ Para uma visão crítica sobre o tema, ver, por exemplo: KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia - the Structure of the Legal Argument*. New York: Cambridge University Press, 2006.

² KOSKENNIEMI, Martti. *What is International Law for?* p. 4. Disponível em: https://www.academia.edu/22821838/What_is_International_Law_for. Acesso em 10/7/2017.

³ D'ASPREMONT, Jean. *International Customary Investment Law: Story of a Paradox*. In GAZZINI, Tarcisio; DE BRABANDERE, Eric. *International Investment Law – The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 4.

Nesse sentido, o presente trabalho será dividido em três Partes. Na primeira Parte será feita uma análise histórica sobre os mecanismos de proteção de investimentos existentes no contexto do direito internacional, tanto do ponto de vista material quanto processual, de modo a evidenciar de que maneira a aparente insuficiência desses mecanismos gerou um esforço, por parte de alguns Estados, de criação de novas alternativas para a efetiva proteção dos investimentos de seus nacionais em outros Estados. Essa primeira Parte culminará na análise dos instrumentos convencionais e dos mecanismos neles inseridos, que foram empregados nesse contexto, culminando em mudança de paradigma da proteção internacional de investimentos, possibilitando a conclusão preliminar no sentido de que tais mecanismos tiveram o condão de erigir a proteção internacional de investimentos, em certa medida, do campo da política para o campo do direito.

A segunda Parte deste trabalho dedica-se à análise da proteção internacional de investimentos no marco desse seu novo paradigma, norteado pelo emprego da arbitragem entre investidores e Estados receptores de investimentos. Serão também exploradas as mudanças de visão por parte do direito internacional sobre seus próprios atores, de modo coincidente com a virada observada no campo da proteção de investimentos no sentido de emancipação do investidor da onipresente tutela de seu Estado, que foi característica inarredável da proteção internacional de investimentos por um longo período de seu desenvolvimento. Ainda nessa segunda Parte, será empreendida uma breve sistematização sobre o emprego da arbitragem no contexto internacional, de modo a subsidiar a análise sobre as particularidades das já referidas arbitragens entre investidores e Estados, e também uma breve análise sobre as questões do acesso à justiça e denegação de justiça no plano internacional, sempre no marco da proteção internacional de investimentos. Ao cabo, serão apresentadas algumas anotações sobre a questão da fragmentação do direito internacional contemporâneo, de modo a subsidiar o diálogo que será empreendido na terceira Parte do trabalho.

Na terceira e última Parte desse trabalho serão analisados alguns conflitos e interações existentes entre a proteção internacional de investimentos em sua atual formação e outros campos do direito internacional e interno. Tal análise será guiada, sobretudo, por casos concretos em matéria de investimentos, de modo a evidenciar

como a proteção internacional de investimentos tem se construído na prática, norteadas, sobretudo, pelas decisões e interpretações de tribunais arbitrais em matéria de investimentos.

Já na conclusão final deste trabalho, serão apresentadas, à luz das reflexões propostas ao longo do trabalho, sugestões de aspectos que podem ser modificados e aprimorados no âmbito da proteção internacional de investimentos, de modo a legitimar esse tão importante e particular campo do direito internacional.

Um dos mais relevantes fios condutores do presente trabalho será, sem dúvida, a busca pela compatibilização dos interesses econômicos e políticos envolvidos na proteção internacional de investimentos, com interesses e agendas externas ao referido contexto, mas que se mostram de extrema relevância na atualidade, tal como a proteção internacional dos direitos humanos, a proteção internacional do meio ambiente, entre outros. É precisamente nesse debate que se inserem questões de interface entre um presumido “sistema internacional de proteção de investimentos” e sistemas ora complementares ora conflitantes anunciados pela recorrente ideia de fragmentação ou especialização no direito internacional.

Como muito bem observado por Ernst-Ulrich Petersmann, governança democrática e democracia constitucional, no contexto dos investimentos internacionais, requerem não somente discussão transparente e balanceamento justo dos diversos interesses dos investidores, trabalhadores, consumidores, cidadãos, atores governamentais nacionais e transnacionais, mas também a proteção legal de todos os interesses dos mencionados grupos e instituições de governança global;⁴⁻⁵ tal objetivo somente poderá ser alcançado, no contexto da proteção internacional de investimentos, por meio da consideração e balanceamento dos diversos interesses e agendas envolvidos

⁴ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Rule of Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration*. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vol. 16. Issue 2, 2009, p. 529-530.

⁵ O termo “governança global” pode ser assim definido para os propósitos do presente trabalho: “Governança global é governar, sem autoridade de soberania, relações que transcendem as fronteiras nacionais. Governança global é fazer internacionalmente o que os governos fazem em casa.” No original: “Global governance is governing, without sovereign authority, relationships that transcend national frontiers. Global governance is doing internationally what governments do at home.” FINKESLSTEIN, Lawrence S. *What Is Global Governance?* Global Governance. Vol. 1. Nº 3, 1995, p. 369.

nesse âmbito. É precisamente este o objetivo do presente trabalho: contribuir para esse relevante debate, no sentido do fomento de uma ordem internacional mais justa e democrática em todos os seus contextos e âmbitos de inserção.

**PARTE I – PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E SEUS
DILEMAS DO PASSADO: (IN)EXISTÊNCIA E (IN)EFICIÊNCIAS**

1. Delimitações conceituais: o termo “investimentos” no contexto do presente trabalho

O termo “investimento(s)”, quando analisado do ponto de vista puramente linguístico, denota “aplicação de capital”, “resultado dessa aplicação” e “o capital que assim se aplicou ou investiu”.⁶ No âmbito linguístico, portanto, parece que a ideia de investimentos está ligada unicamente à ideia de capital e de seu emprego na geração de mais capital. No âmbito jurídico, contudo, o termo “investimento(s)” pode ser dotado de uma gama muito maior de sentidos, sobretudo no contexto da temática central do presente trabalho: a proteção internacional de investimentos. A definição precisa sobre o conteúdo do termo, contudo, é fonte de enorme incerteza por parte de estudiosos e praticantes no âmbito da proteção de investimentos, chegando as dúvidas a se estender até mesmo à natureza – de “coisa” ou de “atividade” – da ideia de investimento.⁷

Essa dificuldade na definição do termo se reflete até mesmo na tendência observada atualmente no sentido da utilização mais frequente de tratados bilaterais do que tratados multilaterais em matéria de investimentos, o que possibilita uma maior liberdade aos Estados contratantes, no contexto das negociações do tratado, de definir o termo de acordo com seus interesses e propósitos particulares.⁸

Não pretende o presente trabalho realizar um estudo específico sobre a definição e o conteúdo do termo “investimento(s)” no âmbito da proteção internacional da matéria; contudo, é necessário para os propósitos do presente estudo, uma pequena delimitação conceitual do termo. O termo “investimento(s)”, nesse sentido, será utilizado no presente trabalho, por motivos de mera conveniência, como englobando todos os aspectos – mutantes através dos tempos e dos contextos de análise – dos

⁶ Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=RQoea>. Acesso em 10/7/2017.

⁷ RUBINS, Noah. *The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration*. In KRÖLL, Stefan Michael; HORN, Norbert; (eds.) *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law*. Kluwer Arbitration Law International, 2004, p. 284.

⁸ Para uma discussão profunda sobre a questão dos incentivos na utilização dessas diferentes modalidades de tratados, inclusive em matéria de investimentos, ver, por exemplo: THOMPSON, Alexander; VERDIER, Daniel. *Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design*. *International Studies Quarterly*. Vol. 58. Issue 1, 2014.

direitos de investidores estrangeiros que pretendem ser englobados no âmbito da proteção internacional de investimentos, ainda que, na prática, em algum momento possa determinado “investimento” específico não ser tido como englobado no referido âmbito. Um exemplo prático de tal situação se encontra, por exemplo, no fato de que, historicamente, os tratados que lidavam com a proteção da propriedade no plano internacional – e que serão objeto de análise deste trabalho – não faziam qualquer distinção entre investimentos e outras formas de propriedade e atividades econômicas.⁹

Como muito bem delimitado por Wolfgang Peter, o conceito de investimento é uma noção em movimento.¹⁰ Para os propósitos do presente trabalho, portanto, o termo investimentos deve ser entendido no seu sentido amplo, sem que tal situação implique qualquer predefinição sobre o seu conteúdo específico em dado contexto, de modo que, sempre que for relevante especificar o conteúdo do termo, para os propósitos desse estudo, tal especificação será feita de modo expresso.

⁹ RUBINS, Noah. *The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration*. In KRÖLL, Stefan Michael; HORN, Norbert; (eds.) *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects - Studies in Transnational Economic Law*. Kluwer Arbitration Law International, 2004, p. 284.

¹⁰ PETER, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Kluwer Law International, 1995, p. 18.

2. Anotações Preliminares: contexto da proteção internacional de investimentos e o indivíduo no direito internacional

A história da proteção internacional de investimentos se confunde com a própria história das relações internacionais e do direito internacional, no âmbito do comércio e dos fluxos de investimentos estrangeiros que, desde muito cedo na história mundial, se desenvolveram ao redor do globo. Apesar da presença precoce de elementos que denotam preocupação com a proteção de investimentos e da propriedade de modo geral, no âmbito internacional,¹¹ o desenvolvimento da proteção de investimentos no plano internacional se mostra um caminho complexo. Ele permeia, ao mesmo tempo, o desenvolvimento do direito internacional, o forjamento das relações econômicas e políticas entre nações e o papel dos indivíduos e das corporações no contexto do direito internacional. Este desenvolvimento se deu, como será visto com profundidade ao longo deste trabalho, a partir, sobretudo, dos primeiros movimentos de descolonização observados na história mundial, uma vez que foi nesse contexto em que começaram a surgir as percepções iniciais sobre a necessidade de proteção de investimentos e propriedades no âmbito internacional.¹²

A primeira Parte do presente trabalho busca apresentar um panorama histórico da proteção de investimentos no plano internacional, analisando as origens das preocupações com a criação de mecanismos destinados à determinação do conteúdo dos direitos e deveres dos investidores internacionais e dos Estados, bem como analisando criticamente as grandes forças motrizes do desenvolvimento da matéria ao longo dos

¹¹ “Previsões relacionadas à proteção de propriedades no estrangeiro podem ser encontradas em acordos internacionais datando ao Século XVIII.” No original: “Provisions relating to the protection of property abroad may be found in international agreements dating back to the late Eighteenth Century.” VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005. p. 158.

¹² M. Sornarajah explica a razão preponderante pela qual não existia a necessidade de proteção dos investimentos por mecanismos internos e supra estatais no âmbito das relações entre metrópoles e colônias: “Uma vez que o sistema imperial assegurava a proteção dos fluxos de capital dentro do sistema, não existia a necessidade de desenvolvimento de um sistema de direito separado para a proteção dos investimentos estrangeiros.” No original: “Since the imperial system ensured the protection of the flows of capital within the system, there was no need for the growth of a separate system of law for the protection of foreign investment.” SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 20.

diversos contextos históricos pelos quais passou, até culminar em sua formatação contemporânea. O desenvolvimento da proteção internacional de investimentos evidencia de forma notável as nuances das relações travadas entre os Estados no plano internacional e sua quase indissociável ligação com os interesses econômicos e políticos que norteiam o comportamento dos atores do cenário internacional, a depender do contexto histórico no qual se insere a análise eventualmente proposta.

O objetivo desta primeira Parte do presente trabalho, portanto, é percorrer o caminho do desenvolvimento histórico da proteção de investimentos internacionais, debruçando com maior profundidade sobre alguns conceitos e categorias que se mostram mais relevantes para a compreensão do complexo de proteção internacional de investimentos que se desenvolveu ao longo dos anos, e como estes conceitos e categorias podem ter contribuído para uma eventual classificação do atual sistema de proteção internacional dos investimentos como um fragmento do direito internacional contemporâneo ou sistema de direito internacional,¹³ aliando o objeto precípua de análise aqui empreendida – a proteção de investimentos do ponto de vista eminentemente histórico-material – ao que será analisado com mais profundidade na segunda Parte do presente trabalho – a proteção de investimentos do ponto de vista processual, sob o prisma de uma particular mudança de paradigma nesse âmbito específico a partir do advento da arbitragem investidor-Estado.

É particularmente interessante notar que o desenvolvimento desse aludido sistema internacional de proteção de investimentos evidencia também parte do caminho do desenvolvimento dos papéis dos indivíduos e organizações internacionais, e, até mesmo a centralidade do ser humano no contexto do direito internacional. O gradual abandono da noção de impossibilidade de outorga de direitos a pessoas que não pertenciam ao lugar ou ao grupo social no qual se encontravam deu lugar à possibilidade, com o passar dos anos, da presença ativa do indivíduo não somente como sujeito de direitos em contextos sociais e legais diferentes daqueles de sua origem, mas também no plano do direito internacional, em alguns contextos específicos tal como a proteção de investimentos, como dotado de capacidade postulatória. Parte desse

¹³ Os termos “fragmento” e “sistema” são aqui empregados de forma introdutória, sem que se tenha ainda feito uma análise aprofundada de seu conteúdo e sentido para o presente trabalho, o que será desenvolvido na segunda Parte deste estudo.

percurso, em seus estágios iniciais de desenvolvimento, é bem resumido por Edwin Borchard, em obra clássica sobre o tema da proteção de indivíduos fora de seus Estados:

A história da relação legal entre Estado e indivíduos, seus próprios cidadãos e cidadãos estrangeiros, é, em grande medida, uma história da transição do sistema de leis pessoais para a territorialidade da lei, acompanhada tanto por um crescimento crescente do controle por parte de um poder central sobre os indivíduos dentro de sua jurisdição e pelo surgimento de certas características, independência territorial e soberania, como qualificações essenciais à admissão de um Estado dentro da sociedade de Estados.¹⁴

É exatamente nesse contexto de construção lenta e gradual dessa capacidade e vocação do indivíduo no plano do direito e no plano internacional que se desenvolveu o complexo de proteção de investimentos internacionais que pudesse – ainda que, nos dias de hoje, longe de sua estabilização e completude – pretender-se eficaz e, em certa medida, independente, conforme será visto com profundidade na segunda Parte desse trabalho. Além disso, o movimento contemporâneo de criação de ordens jurídicas transnacionais no contexto do direito internacional também exerceu significativa influência no desenvolvimento da proteção de investimentos, como será visto com profundidade na segunda e terceira Partes desse trabalho. Faz-se importante, portanto, compreender com precisão os contornos históricos da proteção internacional de investimentos como alicerce básico para a construção dos demais diálogos propostos pelo presente estudo.

¹⁴ No original: “The history of the legal relation between the state and individuals, its own citizens and aliens, is largely a history of the transition from the system of personal laws to the territoriality of law, accompanied both by a growing control of a central power over the individuals within its jurisdiction and by the appearance of certain characteristics, territorial independence and sovereignty, as essential qualifications for admission of a state into the society of states.” BORCHARD, E. M. *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. New York: The Banks Law Publishing, 1925, p. 3.

3. A Proteção Internacional de Investimentos no âmbito do Direito Internacional Consuetudinário

Desde o advento dos chamados tratados de paz de Vestifália,¹⁵ e com eles o início do desenvolvimento dos moldes do que viria a ser o direito internacional moderno,¹⁶ os diversos interesses políticos e econômicos dos Estados participantes da ordem mundial passaram a exercer considerável influência no desenvolvimento e consolidação dos vários campos do direito internacional.

Com o desenvolvimento do direito internacional, passou a desempenhar papel relevante na sua formação o costume como fonte do direito internacional. De fato, o costume é, modernamente, elencado no artigo 38 do Estatuto da CIJ como fonte do direito internacional, podendo seu conteúdo e conceito assim ser explicados:

O próprio artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça qualifica devidamente o costume internacional ao referir-se a ele como “prova de uma prática geral aceita como sendo direito”. Donde os dois elementos clássicos constitutivos do costume: o elemento objetivo, representado pela própria prática internacional, e o elemento subjetivo, a *opinio juris sive necessitatis*, i.e., a convicção de que tal prática é de direito e aceita como tal. Tal configuração do costume internacional é ainda a predominantemente aceita em nossos dias.¹⁷

¹⁵ “Os tratados de paz assinado nas cidades Vestifalianas de Münster e Osnabrück em 30 de janeiro e 24 de outubro de 1648 colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), a qual estava sendo travada na Europa central por quase todas as potências Europeias.” No original: “The Peace treaties signed in the Westphalian towns of Münster and Osnabrück on January 30 and October 24, 1648 ended the Thirty Years War (1618-1648), which had been waged in central Europe by nearly all European powers.” ZAYAS, Alfred-Maurice de. *Peace of Westphalia*. In BERNHARDT, R. (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 1. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1981, p. 536.

¹⁶ “Tradicionalmente, a Paz de Vestefália tem sido vista como um grande marco na história do direito das nações, como o primeiro pacto europeu a estabelecer paz com base no equilíbrio de poderes. [...] O novo Sistema se apoiava no direito internacional moderno em desenvolvimento e no equilíbrio de poderes, operando entre ao invés de acima dos Estados.” No original: “Traditionally the Peace of Westphalia has been seen as a major landmark in the history of the law of nations, as the first great European charter to establish Peace on the basis of a balance of power. [...] The new system rested on the developing modern international law and on the balance of power, operating between rather than above States.” ZAYAS, Alfred-Maurice de. *Peace of Westphalia*. In R. Bernhardt (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 1. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1981, p. 536-539.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 5.

A despeito da clareza da ideia, o conteúdo do dito “costume internacional”, sobretudo em determinados campos do direito internacional, nem sempre foi objeto de consenso entre os Estados.

No campo da proteção de investimentos, é notável a divergência existente nos anos iniciais de sua construção no âmbito internacional, no que diz respeito à existência ou não de proteção de investimentos por força do costume internacional, enquanto fonte do direito internacional.

Impulsionado por interesses políticos e econômicos, os Estados exportadores de capital perceberam, desde muito cedo, que a proteção conferida pelos Estados receptores de capital aos investidores estrangeiros, no âmbito de seus direitos internos, poderia não ser suficiente para proteger satisfatoriamente os seus nacionais que ali pretendiam investir, bem como as propriedades por estes eventualmente detidas nesses referidos países. Perceberam também que o direito internacional talvez pudesse ser uma alternativa a esta deficiência na proteção de seus interesses. É precisamente nesse contexto que surge a ideia de uma proteção de investimentos que fluísse diretamente do direito internacional e que não ficasse à mercê de cada direito doméstico do país no qual os investidores internacionais levassem seus investimentos.¹⁸

A proteção internacional de investimentos no âmbito do direito internacional consuetudinário, portanto, tem sua fundação na ideia de que cidadãos de um Estado têm direito a proteção fora daquele Estado, por força do próprio direito internacional, e que, quando tal proteção é desrespeitada, surge a responsabilidade por parte do Estado que a desrespeitou de reparar o dano ocasionado. Todo esse raciocínio se respalda na existência de uma obrigação no plano do direito internacional costumeiro – na forma de um princípio de direito internacional – de preservação do direito de propriedade e do direito à reparação quando tal obrigação é violada por determinado Estado. A aplicação prática dessas noções, no plano processual, no âmbito do direito internacional consuetudinário, por sua vez, se dá, notadamente, na forma da proteção diplomática.

¹⁸ SCHNEIDERMAN, David. *The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice?* Journal of Transnational Legal Theory. Vol. 5. Issue 1, p. 5-6.

O que se verifica no âmbito da proteção internacional de investimentos centrada no direito internacional consuetudinário, portanto, é uma associação de mecanismos de proteção material – em torno da responsabilidade dos Estados no plano internacional por atos ilícitos praticados contra cidadãos de outros Estados – a mecanismos processuais que visam colocar em prática a proteção material – em torno, sobretudo, da proteção por meio de canais diplomáticos entre os próprios Estados. Dessa maneira, o presente capítulo abordará o surgimento da noção de responsabilidade internacional do Estado, com alguns de seus desdobramentos mais relevantes para a proteção internacional de investimentos e, em seguida, abordará as origens, características e possíveis deficiências do mecanismo de proteção diplomática para a efetivação da proteção internacional de investimentos.

3.1. A Responsabilidade Internacional dos Estados e o Desenvolvimento do Padrão Internacional Mínimo de Proteção

O conceito de responsabilidade internacional do Estado é uma das categorias mais elementares do direito internacional e se ergue a partir da tradicional ideia sobre a coexistência de Estados soberanos em um plano internacional, como explica Malcolm Shaw:

A responsabilidade do Estado é um princípio fundamental do direito internacional, que surge da natureza do sistema legal internacional e das doutrinas sobre a soberania e igualdade dos Estados. Ela dispõe que sempre que um Estado comete um ato ilícito internacional contra outro Estado, responsabilidade internacional se estabelece entre os dois Estados. Um descumprimento de obrigação internacional gera uma exigência de reparação.¹⁹

A ideia da responsabilidade dos Estados no plano internacional por ações ou omissões em relação a direitos de terceiros, que gerem algum tipo de dano a este,

¹⁹ No original: “State responsibility is a fundamental principle of international law, arising out of the nature of the international legal system and the doctrines of state sovereignty and equality of states. It provides that whenever one state commits an internationally unlawful act against another state, international responsibility is established between the two. A breach of an international obligation gives rise to a requirement for reparation.” SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 778.

encontra-se consubstanciada atualmente no art. 1º da Resolução da Assembleia Geral da ONU sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais, adotada em 2001, que afirma que “*todo ato ilícito internacional por parte de Estados acarreta na responsabilidade internacional daquele Estado*”.²⁰

Os dizeres do referido artigo, apesar de apenas recentemente adotados de maneira formal no plano internacional, reiteram o que é considerada a regra geral, apoiada de modo substancial pela prática nesse âmbito.²¹

A configuração dessa responsabilidade por parte dos Estados, por sua vez, passa por uma análise que depende de alguns fatores básicos tais como a existência de uma obrigação legal internacional entre dois Estados, a ocorrência de um ato ou omissão em violação à referida obrigação que possa ser imputável a um dos dois Estados em questão e, por fim, que tal ato ou omissão ilícitos tenham resultado em algum tipo de perda ou dano para um dos Estados.²²

De maneira geral, para que haja responsabilidade internacional por parte de um Estado, portanto, é necessário que haja, antes de qualquer coisa, uma obrigação no plano internacional que deva ser observada pelo referido Estado. Sem a existência de tal obrigação, ainda que proveniente, por exemplo, de um princípio geral do direito internacional, não há que se falar em responsabilidade do Estado.

É neste quadro conceitual básico que se desenham os demais contornos da responsabilidade internacional dos Estados, a depender da área do direito internacional em questão e do momento histórico da análise efetuada.

Um dos corolários lógico-jurídicos da existência e configuração de responsabilidade por parte de um Estado no plano internacional é a geração para aquele Estado de responsabilidade pela reparação dos danos causados. Esta ideia também se encontra refletida na supramencionada resolução da ONU sobre o tema, que afirma que

²⁰ No original: “Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.” Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83. Acesso em 10/7/2017.

²¹ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 781.

²² SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 781.

“o Estado responsável tem a obrigação de reparar integralmente as lesões causadas pelo ato ilícito internacional.”²³

A obrigação de reparação por parte de Estados que cometem atos ilícitos internacionais foi cunhada, em grande medida, pela CPJI no famoso e paradigmático caso da *Fábrica de Chorzów*.²⁴ Naquela oportunidade, a Corte apreciou pedido da Alemanha de condenação da Polônia a indenizar-lhe pela perda de uma fábrica pertencente a uma empresa alemã, e que havia sido desapropriada pelo governo polonês após alterações territoriais decorrentes dos tratados de paz do pós Primeira Guerra. Ao decidir sobre o aspecto jurisdicional do caso, no ano de 1927, a Corte afirmou que:

É um princípio do direito internacional que a ruptura de um compromisso envolve uma obrigação de realizar reparação na forma adequada. Reparação, portanto, é o complemento indispensável de uma falha ao aplicar uma convenção e não há nenhuma necessidade de isto estar previsto expressamente na convenção. Divergências relativas às reparações que possam ser devidas por força de uma falha ao aplicar uma convenção são, como consequência, divergências relacionadas à sua aplicação.²⁵

Com isso, a Corte reconheceu a existência e importância como princípio do direito internacional do dever de um Estado de reparar os danos ocasionados por sua conduta ilícita no plano internacional, princípio este que poderia, em tese, ser livremente aplicado também no âmbito da proteção internacional de investimentos, se configurado o pressuposto primeiro de existência de responsabilidade internacional dos Estados, qual seja, um dever, fruto do direito internacional consuetudinário, de proteger a propriedade de estrangeiros em seu território de acordo com os padrões internacionais e não apenas com aqueles padrões de proteção do direito interno.

De modo a conseguir transpor a ideia da responsabilidade dos Estados pelos atos ilícitos cometidos no plano internacional para a proteção internacional de investimentos,

²³ No original: “The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.” Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83. Acesso em 10/7/2017.

²⁴ PCIJ. *Caso da Fábrica de Chorzów (Alemanha vs. Polônia)*.

²⁵ No original: “It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application.” PCIJ. *Caso da Fábrica de Chorzów (Alemanha vs. Polônia)*. Decisão sobre Jurisdição, 1927, p. 21.

passou a ser necessário, portanto, que a ideia da inviolabilidade da propriedade e dos investimentos fosse erigida a um princípio geral do direito internacional, que devesse ser observado por todos os Estados e que caso desrespeitado fosse, geraria responsabilidade por parte do Estado que o desrespeitou de reparar os danos e as perdas ocasionadas.

É precisamente nesse contexto que surge a ideia do chamado padrão internacional mínimo, que pretendia estabelecer, no âmbito do direito internacional, a inviolabilidade de certos direitos como princípio do direito internacional que, por conseguinte, devesse ser respeitado por todos os Estados integrantes da comunidade internacional.

A defesa da existência desse chamado padrão internacional mínimo, que funcionaria como manto sob o qual estariam englobados, notadamente, os direitos de propriedade e aqueles a ele conexos, foi encampada pelos países exportadores de capital como um mecanismo de proteção dos interesses econômicos de seus cidadãos nos países receptores de capital. A principal consequência da existência desse padrão internacional enquanto princípio geral do direito internacional seria, naturalmente, a submissão do tratamento dos referidos interesses econômicos dos cidadãos dos países exportadores de capital a um padrão emanante do plano internacional e não aos diferentes – e muitas vezes imprevisíveis e menos protetivos – padrões adotados pelos direitos domésticos dos diferentes países receptores de capital. Os aspectos políticos que permeiam a criação do padrão internacional mínimo, sob a ótica da ideia de justiça, são muito bem explicados por David Schneiderman:

Em sua origem no final do sec. XIX e início do sec. XX, o regime legal da proteção diplomática de estrangeiros se voltava à distinção entre Estados as quais práticas representavam os padrões civilizados de justiça e aqueles os quais comportamentos não se erigiam a este alegado plano internacional mais elevado.²⁶

²⁶ No original: “At its origins in the late nineteenth and early twentieth centuries, the legal regime concerning the diplomatic protection of aliens turned on the distinction between states whose practices represented the standards of civilised justice and those whose behaviour did not rise to this purported higher international plane.” SCHNEIDERMAN, David. *The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice?* Journal of Transnational Legal Theory. Vol. 5. Issue 1, 2014, p. 5.

Nesse contexto, um dos mais ávidos defensores do chamado padrão internacional mínimo para o tratamento dos direitos de propriedade de estrangeiros, com base na noção desses referidos padrões civilizados de justiça, foi o jurista estadunidense Edwin Borchard, que afirmou que:

É, portanto, aparente que tanto em seu aspecto substantivo quanto processual, o direito internacional, na forma como evidenciado pela prática diplomática e decisões de tribunais arbitrais, estabeleceu a existência de um padrão mínimo internacional o qual todos os Estados civilizados devem observar sob pena de responsabilização. [...] O padrão internacional é composto por princípios gerais reconhecidos pelas leis domésticas de praticamente todos os países civilizados, e não deve ser presumido que qualquer Estado normal o repudiaria, ou, se apto, falharia em observá-lo.²⁷

Outro notório defensor da existência de um padrão internacional mínimo de tratamento dos estrangeiros, o estadista americano Elihu Root afirmou que:

Existe um padrão de justiça, muito simples, muito fundamental, e de tamanha aceitação geral por todos os países civilizados que forma parte do direito internacional do mundo. As condições nas quais qualquer país pode medir a justiça devida por ele a um estrangeiro pela justiça que ele franqueia a seus próprios cidadãos são aquelas pelas quais o seu sistema legal e administrativo deve estar de acordo com esse padrão geral. Se o sistema legal e administrativo de um país não estiver de acordo com tal padrão, apesar de as pessoas daquele país puderem estar satisfeitas ou inclinadas a viver sob sua égide, nenhum outro país pode ser forçado a aceitar tal situação como fornecendo uma medida de tratamento satisfatória a seus cidadãos.²⁸

A existência de um padrão internacional mínimo, ao qual todas as nações deveriam submeter o tratamento de estrangeiros em seu território, por força do direito

²⁷ No original: “It is thus apparent that both in its substantive and procedural aspects international law, as evidenced by diplomatic practice and arbitral decision, has established the existence of an international minimum standard to which all civilized states are required to conform under penalty of, responsibility. [...] The international standard is compounded of general principles recognized by the domestic law of practically every civilized country, and it is not to be supposed that any normal state would repudiate it or, if able, fail to observe it.” BORCHARD, Edwin. *The Minimum Standard of Treatment of Aliens*. Michigan Law Review. Vol. 38. Nº 4, 1940, p. 456-458.

²⁸ No original: “There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world. The condition upon which any country is entitled to measure the justice due from it to an alien by the justice which it accords to its own citizens is that its system of law and administration shall conform to this general standard. If any country's system of law and administration does not conform to that standard, although the people of the country may be content or compelled to live under it, no other country can be compelled to accept it as furnishing a satisfactory measure of treatment to its citizens.” ROOT, Elihu. *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*. The American Journal of International Law. Vol. 4. Nº 3, 1910, p. 521-522.

internacional, não era, contudo, plenamente aceito por todos na comunidade internacional. Um dos exemplos mais notáveis de resistência à ideia do padrão internacional mínimo foi o desenvolvimento da chamada Doutrina Calvo no contexto da América Latina.

O jurista argentino Carlos Calvo foi um dos maiores defensores da ideia de igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais. Sustentou ele, em sua famosa obra “Direito Internacional Teórico e Prático da Europa e América Latina”, escrita em 1868, que:

Com esta questão [da responsabilidade dos Estados] se relaciona o gravíssimo assunto das constantes reclamações das grandes potências europeias em relação aos governos dos Estados americanos. Todas se fundam em ofensas pessoais, algumas vezes reais, outras avolumadas por seus agentes, sempre descritas por eles com vivas cores. E a regra que em mais de um caso tentaram impor as primeiras em relação aos segundos é a de que os estrangeiros merecem mais consideração, maior respeito e privilégios que os naturais do país em que residem. Este princípio, cuja aplicação é notoriamente injusta e atentatória à lei de igualdade dos Estados, e cujas consequências são essencialmente perturbadoras, não constitui regra de direito aplicável nas relações internacionais dos Estados europeus, e sempre que fora exigido por algum deles a resposta do outro foi absolutamente negativa. E assim deveria ser, porque, do contrário, os povos relativamente fracos estariam à mercê dos poderosos e os cidadãos de um país teriam menos direitos e garantias que os residentes estrangeiros.²⁹

Partindo desse princípio, a Doutrina Calvo desenvolveu três elementos constitutivos básicos: cidadãos estrangeiros não têm direito a tratamento mais favorável do que nacionais dos Estados onde se encontram, os direitos dos estrangeiros são regidos pelas leis dos Estados onde se encontram e as cortes nacionais dos Estados onde

²⁹ No original: “Con esta cuestión, se relaciona el gravísimo asunto de las constantes reclamaciones de las grandes potencias europeas cerca de los gobiernos de los Estados americanos. Todas se han fundado en ofensas personales, reales unas veces, otras abultadas por sus agentes, pintadas siempre por ellos con vivos colores. Y la regla que en más de un caso han tratado de imponer las primeras a los segundos es, que los extranjeros merecen más consideración y mayores respetos y privilegios que los mismos naturales del país en que residen. Este principio, cuya aplicación es notoriamente injusta y atentatoria á la ley de la igualdad de los Estados, y cuyas consecuencias son esencialmente perturbadoras, no constituye regla de derecho aplicable en las relaciones internacionales de los de Europa, y siempre que se ha exigido por alguno, la contestación del otro ha sido absolutamente negativa. Y debía de ser así, porque de lo contrario los pueblos relativamente débiles estarían a merced de los poderosos, y los ciudadanos de un país tendrían menos derechos y garantías que los residentes extranjeros.” CALVO, Carlos. *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*. Paris: D’amyot, 1868. p. 392-393.

se encontram os estrangeiros têm competência exclusiva sobre disputas envolvendo tais estrangeiros.³⁰

Outro partidário da ideia da igualdade entre estrangeiros e nacionais no contexto latino-americano, o jurista chileno Alejandro Alvarez contribuiu de forma relevante para a compreensão sobre a importância dos países latino-americanos para o desenvolvimento do direito internacional e para a resistência ante a dominação europeia e norte americana. É o que explica David Schneiderman:

A emergência dos Estados latino-americanos enquanto atores internacionais, observava Alvarez, “é um dos fatos importantes na história da civilização... modificando radicalmente as características do direito internacional. Apesar de os Estados da América Latina terem herdado a civilização dos povos da Europa, eles se desenvolveram por linhas diferentes”, ele defendeu, e suas ideias poderiam legitimamente contribuir para o desenvolvimento da justiça civilizada. Refletindo a Doutrina Calvo, Alvarez insistia que se estrangeiros residindo nos Estados Unidos e na Europa não poderiam nunca “por qualquer razão que fosse” deter mais direitos que nacionais, por que deveriam investidores norte americanos e europeus que residissem em outras localidades ter direito a tratamento diferenciado?³¹

Parece claro, portanto que, pelo menos no contexto latino-americano existia bastante resistência à aceitação da ideia de que o direito internacional, por meio de um padrão internacional mínimo de proteção de indivíduos e de seus direitos, pudesse, de certa maneira, se sobrepor ao direito doméstico de cada país, gerando tratamento mais benéfico a estrangeiros residentes em determinado país do que aquele dispensado aos próprios nacionais daquele país.

Não foi, contudo, apenas nos Estados latino-americanos que a ideia da elevação da proteção dos direitos de propriedade e investimentos ao status de componente do direito internacional costumeiro encontrou resistência. Como apontado por alguns

³⁰ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 12-13.

³¹ No original: “The emergence of Latin American states as international actors, observed Alvarez, ‘is one of the most important facts in the history of civilisation ... radically modifying’ the character of international law. ‘Although the Latin States of America inherited the civilisation of the peoples of Europe, they developed along different lines,’ he maintained, and their ideas legitimately could contribute to the development of civilised justice. Reflecting on Calvo’s doctrine, Alvarez insisted that if foreigners residing in the United States and Europe could never, ‘for any reason whatsoever,’ hold more rights than nationals, why should U.S. and European investors residing elsewhere be entitled to preferential treatment?” SCHNEIDERMAN, David. *The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice?* Journal of Transnational Legal Theory. Vol. 5. Issue 1, 2014, p. 8.

autores, em sua essência, a busca pela consagração do direito à propriedade e sua conservação por meio do padrão internacional mínimo de proteção não é nada mais que a busca pela preservação da ordem social e econômica das nações capitalistas europeias.³²

Naturalmente, portanto, outra grande frente de resistência à ideia do padrão internacional mínimo veio da Rússia, que, em 1917, acabara de passar por um movimento revolucionário que buscava implantar um regime socialista e possuía uma visão bastante conflitante com a visão capitalista sobre os direitos de propriedade e sua função:

Em 1917, o governo revolucionário na Rússia emitiu um decreto abolindo toda a propriedade privada, inclusive a propriedade de estrangeiros. Apesar de os Estados do ocidente terem se posicionado no sentido de que o decreto violava o direito internacional, muitas das reclamações nunca foram formalmente resolvidas. As nacionalizações Soviéticas da propriedade privada são significativas porque desafiaram a presunção de que todos os Estados estavam comprometidos com a propriedade privada, com uma economia de mercado e com a limitação do poder do Estado sobre a economia.³³

A existência de um padrão internacional mínimo, portanto, não foi de pronto aceita como componente do direito internacional consuetudinário por todos os Estados, tendo a ideia encontrado significativos conflitos com visões legais, econômicas e sociais bastante contrastantes com aquelas defendidas pelos países europeus e pelos Estados Unidos, os grandes exportadores de capital no cenário internacional à época. Contudo, parece que, a despeito dessa resistência, persistiu por muito tempo no contexto internacional, sob as vestes do direito internacional costumeiro, a visão dos Estados exportadores de capital sobre a questão, tendo tal conceito ocasionalmente servindo de fonte do direito internacional de proteção de investimentos no âmbito do direito internacional consuetudinário.³⁴

³² Nesse sentido: DUNN, Frederick Sherwood. *International Law and Private Property Rights*. Columbia Law Review. Vol. 28. Nº 2, 1928, p. 175.

³³ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 13-14.

³⁴ D'ASPREMONT, Jean. *International Customary Investment Law: Story of a Paradox*. In GAZZINI, Tarcisio; DE BRABANDERE, Eric. *International Investment Law – The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 11.

O passar dos anos e as alterações na organização econômica e social no plano internacional, impulsionadas, sobretudo pelo fim da Segunda Guerra Mundial e pelos posteriores movimentos de descolonização, fez crescer situações de conflitos envolvendo propriedades e investimentos de estrangeiros.³⁵ É nesse contexto que a proteção de investimentos por meio do direito internacional consuetudinário começa a perder força, dando lugar ao desenvolvimento de novas alternativas, conforme será visto mais adiante no presente trabalho. Antes disso, contudo, mostra-se importante a análise sobre alguns aspectos do instituto da proteção diplomática, categoria clássica do direito internacional, que também serviu aos propósitos da proteção de investimentos.

3.2. Proteção Diplomática e Investimentos

O dever e prerrogativa dos Estados de defender seus próprios nacionais é um conceito básico de direito internacional, que encontra respaldo, por exemplo, na clássica obra de Emer de Vattel:

Quem quer que trate indevidamente um cidadão, indiretamente ofende o Estado que é obrigado a proteger este cidadão; e o soberano deste último deve se vingar das ilicitudes, punir o agressor e, se possível, obrigá-lo a realizar uma reparação completa; de outra maneira, o cidadão não estaria obtendo o grande fim da associação civil, que é a proteção.³⁶

Edwin Borchard, por sua vez, analisa as repercussões de atos ilícitos praticados por Estados no âmbito doméstico e no âmbito internacional da seguinte maneira:

Cada Estado na comunidade internacional presumidamente estende proteção completa à vida, liberdade e propriedade de todos os indivíduos sob sua jurisdição. Se ele falha nesse dever para com os seus próprios cidadãos, isto não gera preocupação internacional. Se ele falha nesse dever para com um estrangeiro, ele incorre em responsabilidade para com o Estado do qual o

³⁵ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 18.

³⁶ No original: “Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is safety.” VATTEL, Emer de. *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Liberty Fund, 2008. p. 298.

estrangeiro é cidadão, e o direito internacional autoriza o Estado a exigir reparação pelos danos sofridos pelo seu nacional.³⁷

A existência desse direito subjetivo dos Estados de exercer proteção sob seus nacionais nos casos de inobservância de seus direitos por parte de outros Estados também foi reconhecido pela CPJI. No caso *Mavrommatis*,³⁸ decidido no ano de 1924, envolvendo concessões feitas a um nacional Grego para fornecimento de energia elétrica e água potável na cidade de Jerusalém, a Corte assim se posicionou:

É um princípio elementar de direito internacional que um Estado tem o direito de proteger seus súditos quando este é lesado por atos contrários ao direito internacional, cometidos por outro Estado, contra o qual não foi possível obter satisfação de seus direitos por meio dos canais normais. Quando um Estado acolhe o caso de seus súditos e quando lança mão de ação diplomática ou de procedimentos judiciais internacionais em seu favor, o Estado está, na realidade, defendendo seus próprios direitos – seu direito de assegurar, na pessoa de seus sujeitos, respeito pelas regras de direito internacional.³⁹

Parece bastante claro, nesse contexto, que o direito internacional, de maneira elementar, permite aos Estados exercer proteção diplomática em relação a seus cidadãos quando contra estes é praticado algum ilícito internacional por parte de algum outro Estado. Essa regra abre aos Estados e, por extensão e por meio dos Estados, aos seus cidadãos, a possibilidade de utilização da proteção diplomática para a proteção de interesses relacionados a investimentos, na medida em que, quando ocorresse algum tratamento contrário ao direito internacional por parte de um Estado em relação a um cidadão de outro Estado – fundado, por exemplo, na já analisada ideia do padrão internacional mínimo no âmbito do direito internacional consuetudinário –, este segundo Estado poderia tomar para si a causa de seu cidadão e, por meio da proteção

³⁷ No original: “Each state in the international community is presumed to extend complete protection to the life, liberty and property of all individuals within its jurisdiction. If it fails in this duty toward its own citizens, it is of no international concern. If it fails in this duty toward an alien, responsibility is incurred to the state of which he is a citizen, and international law authorizes the national state to exact reparation for the injury sustained by its citizen.” BORCHARD, E. M. *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. New York: The Banks Law Publishing, 1925, p. 3.

³⁸ CPJI. *Caso Mavrommatis (Grécia vs. Reino Unido)*.

³⁹ No original: “It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.” CPJI. *Caso Mavrommatis (Grécia vs. Reino Unido)*. Sentença, 1924, §21.

diplomática, buscar reparação pelos danos sofridos por seu nacional. Os contornos da proteção diplomática no âmbito dos investimentos internacionais são muito bem desenhados por Bishop e Crawford:

Sob a égide do direito internacional clássico, empresas e indivíduos não tinham legitimidade para apresentar demandas diretamente contra Estados. Somente os Estados eram sujeitos de direito internacional. Se os cidadãos de um Estado fossem maltratados pelo governo de outro Estado, o único recurso disponível para os cidadãos era o da busca pela proteção diplomática por parte de seu próprio Estado. [...] O Estado do investidor, se estivesse inclinado a ajudar seu nacional, respondia ou por meio de demonstrações de poder militar (a chamada “política de canhões”) ou oferecendo “proteção diplomática”. Esta última estava baseada no princípio do direito internacional da nacionalidade, na medida em que o governo do investidor estrangeiro demonstrava um interesse no tratamento de seu nacional pelo governo de outro Estado. A proteção diplomática era geralmente levada a cabo por meio da troca de correspondências diplomáticas entre governos, com o governo do investidor formalmente protestando contra a perda da propriedade do investidor e exigindo a sua devolução ou o pagamento de uma compensação. Ela também poderia ser exercida através do governo do investidor encampando formalmente uma demanda em nome do seu cidadão, em uma relação entre governos, criando, por ação conjunta, tribunais arbitrais *ad hoc* ou comissões mistas para adjudicar uma única demanda ou certa categoria de demandas.⁴⁰

Em verdade, conforme se viu, no âmbito do direito internacional clássico, uma das únicas alternativas que restavam aos indivíduos que buscassem reparação pela perda de propriedades e investimentos era a proteção diplomática, por meio de seu país de nacionalidade. É precisamente a quase absoluta ausência de capacidade por parte do indivíduo na configuração do direito internacional por um longo período de tempo⁴¹ que

⁴⁰ No original: “Under traditional international law, corporations and individuals did not have standing to bring claims directly against governments. Only governments were subjects of international law. If one government's citizens were mistreated by another government, the citizen's only remedy lay in seeking diplomatic protection from its own government. The investors' governments, if they were inclined to help their nationals, responded either with a show of military force (so called ‘gunboat diplomacy’) or by providing ‘diplomatic protection’. The latter was based on the international law principle of nationality, the governments of the foreign investors claiming an interest in the treatment of their nationals by other governments. Diplomatic protection was usually pursued through exchanges of diplomatic notes between governments, with the investor's government formally protesting the taking of the investor's property and demanding either its return or the payment of compensation. It could also be exercised by the investor's government espousing a formal claim on behalf of its national, on a government to government basis, creating, by joint action, ad hoc arbitral tribunals or mixed claims commissions to adjudicate a single claim or certain categories of claims.” BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª Ed. Kluwer Law International, p. 1-3.

⁴¹ James Crawford, por exemplo, afirma: “Nos anos de 1920 era amplamente tido que o direito internacional era inteiramente dependente do consentimento – expresso ou implícito – dos estados e era

levava à necessidade da proteção diplomática para a proteção dos direitos desse indivíduo – inclusive os relacionados à propriedade e a investimentos – em face de violações cometidas contra ele por Estados.

Contudo, a proteção diplomática, mesmo quando destinada à proteção dos investimentos, se submetia às regras de direito internacional que, tradicionalmente condicionavam e regulavam a sua aplicação. Desta maneira, para que um Estado pudesse exercer proteção diplomática sobre as pretensões de seu nacional de reparação por perda de seus investimentos em face de outro Estado, era necessário que as demandas fossem apresentadas de conformidade com as regras do direito internacional, incluindo as regras relativas às questões de nacionalidade⁴² – que regulavam, por exemplo, qual Estado estaria apto a solicitar proteção diplomática em nome de quais nacionais – e era também necessário que a regra relativa à exaustão dos mecanismos internos fosse observada pelos Estados, ou seja, que todas as medidas disponíveis no direito interno tivessem sido efetivamente exploradas pelo sujeito que buscava a proteção diplomática.⁴³

Além disso, um aspecto extremamente relevante da proteção diplomática, que representava uma das grandes dificuldades para seu emprego no âmbito da proteção dos investimentos, é o fato de que a escolha pelo exercício ou não de proteção diplomática cabe exclusivamente ao Estado. Desta maneira, os Estados poderiam decidir por não exercer proteção diplomática por motivos completamente alheios à disputa em si mesma, gerando um grau muito elevado de discricionariedade por parte dos Estados e pouco ou nenhum controle por parte dos indivíduos sobre a busca por reparação dos danos sofridos.⁴⁴ Na prática, muitos Estados deixavam de exercer proteção diplomática

aplicável somente aos estados [...]” No original: “By the 1920s, it was widely thought that international law was entirely dependent on consent – express or implied – of states, and was applicable to states alone [...]” CRAWFORD, James. *Browlie’s Principles of Public International Law*. 8ª Ed. London: Oxford University Press, 2012, p. 5.

⁴² Soma-se a isto o fato de que questões sobre determinação, aquisição, perda, etc. de nacionalidade geralmente são reguladas pelo direito interno de cada país, apresentando critérios variáveis e nem sempre uniformes.

⁴³ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 5.

⁴⁴ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 5.

sobre os pleitos de determinado indivíduo por motivos diplomáticos, militares ou geopolíticos relativamente ao Estado violador dos direitos de seu cidadão.⁴⁵

A despeito de tal situação, a proteção diplomática era de fato utilizada em algumas circunstâncias. Um dos casos mais notórios de exercício de proteção diplomática com o intuito de proteger interesses relacionados a investimentos é o famoso caso *Barcelona Traction*.⁴⁶ Naquela oportunidade, a CIJ julgou pedido formulado pelo governo Belga contra o governo da Espanha por danos que teriam sido sofridos por acionistas belgas em uma companhia chamada “*Barcelona Traction Light and Company Limited*”. A despeito de ter a Corte acolhido as objeções preliminares do governo da Espanha e não se posicionado sobre o mérito do litígio, a decisão evidencia as enormes dificuldades existentes no desenvolvimento da proteção de investimentos à época, sobretudo no âmbito do direito internacional costumeiro:

Considerando as importantes evoluções na última metade do século, o crescimento dos investimentos estrangeiros e a expansão da atividade internacional das corporações, em particular de holdings, que são, frequentemente, multinacionais, e considerando a forma como os interesses econômicos dos Estados proliferaram, pode, a primeira vista, parecer surpreendente que a evolução do direito não tenha ido mais adiante e que nenhuma regra amplamente aceita sobre a matéria tenha se cristalizado no plano internacional. Não obstante, um exame mais cuidadoso dos fatos demonstra que o direito sobre esse assunto foi formado em um período caracterizado por um intenso conflito de sistemas e interesses. São essencialmente bilaterais as relações que tiveram que ser consideradas, relações nas quais os direitos tanto do Estado exercendo proteção diplomática quanto do Estado em relação ao qual se exerce a proteção tiveram que ser preservados. Aqui, como em qualquer outra instância, um corpo de regras somente poderia ter se desenvolvido a partir do consentimento daqueles envolvidos. As dificuldades encontradas refletiram na evolução do direito sobre esse assunto.⁴⁷

⁴⁵ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 5.

⁴⁶ CIJ. *Caso Barcelona Traction Lights and Power Co., Ltda. (Bélgica vs. Espanha)*.

⁴⁷ No original: “Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of States have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane. Nevertheless, a more thorough examination of the facts shows that the law on the subject has been formed in a period characterized by an intense conflict of systems and interests. It is essentially bilateral relations which have been concerned, relations in which the rights of both the State exercising diplomatic protection and the State in respect of which protection is sought have had to be safeguarded. Here as

A rigidez das regras de proteção diplomática e os conflitos políticos que poderiam ser ocasionados pela assunção por parte de um Estado de um pleito de seus nacionais, acabaram evidenciando sua ineficiência para o campo da proteção dos investimentos.⁴⁸ Foi, dessa maneira, precisamente nos anos subsequentes à paradigmática decisão da CIJ no caso *Barcelona Traction* que vieram a se desenvolver e a se consolidar as alternativas à sistemática da proteção diplomática no âmbito da proteção internacional de investimentos, como será analisado mais à frente no presente trabalho. Antes disso, contudo, algumas outras alternativas também foram empregadas no âmbito da proteção de investimentos, como, por exemplo, o uso da força no plano internacional, como será a seguir visto.

3.3. Uso da Força e Proteção de Investimentos

O uso da força no contexto das relações internacionais entre Estados remonta a períodos anteriores até mesmo à própria existência da ideia moderna de direito internacional. Uma das mais antigas tentativas de justificação teórica para o uso da força no contexto das relações internacionais é a chamada guerra justa, conceito cunhado no âmbito da expansão do cristianismo no império romano e que ditava que a força poderia ser legitimamente utilizada por um Estado, ou por um soberano, contra outros, se o propósito de tal uso fosse compatível com a vontade divina.⁴⁹ Essa ideia de uma necessária adequação dos propósitos para o uso da força a um conceito eminentemente teológico e fundado na visão de mundo difundida pelo cristianismo, foi contraposta, sobretudo, por Hugo Grócio, que defendia a legitimidade do uso da força em situações de autodefesa, para a proteção da propriedade e para a punição por males praticados contra cidadãos de um determinado Estado.⁵⁰

elsewhere, a body of rules could only have developed with the consent of those concerned. The difficulties encountered have been reflected in the evolution of the law on the subject” CIJ. *Caso Barcelona Traction Lights and Power Co., Ltda. (Bélgica vs. Espanha)*. Decisão de 5/2/1970, p. 47-48.

⁴⁸ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª Ed. Kluwer Law International, p. 2-3.

⁴⁹ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 1119.

⁵⁰ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 1120.

Nesse contexto, portanto, o direito internacional não apenas deixava de proibir o uso da força no âmbito das relações entre Estados, como também legitimava tal uso em uma gama bastante considerável de situações. É com suporte nessa ideia de legitimação do uso da força que alguns Estados a empregavam no contexto de proteção de propriedades e investimentos de seus cidadãos no exterior. A força e o poderio militar dos países exportadores de capitais era empregada, inclusive, no contexto do exercício da proteção diplomática – analisada no tópico anterior do presente trabalho – para a defesa de interesses relacionados a investimentos:

Durante o século XIX e começo do século XX, o exercício da proteção diplomática por países poderosos era frequentemente acompanhada por “políticas de canhões” – a ameaça ou o efetivo uso da força para apoiar reivindicações no âmbito da proteção diplomática. Àquele tempo, o uso da força no exercício da proteção diplomática não era incompatível com o direito internacional. Apesar do fato de que as Convenções da Haia de 1899 e de 1907 para a Solução Pacífica de Controvérsias Internacionais (Convenções da Haia) previam que os Estados parte deveriam “envidar seus melhores esforços para assegurar a resolução de suas diferenças internacionais”, tanto os Estados Unidos quanto as potências europeias utilizaram a força e a ameaça do uso da força em várias ocasiões para apoiar e fazer cumprir pleitos no âmbito da proteção diplomática. Por exemplo, entre 1820 e 1914, a Grã-Bretanha interveio na América Latina pelo menos quarenta vezes para fazer cumprir pleitos britânicos relacionados a lesões a seus nacionais e para restaurar a ordem e proteger propriedades.⁵¹

O uso da força, sobretudo pelos Estados Unidos e pelas potências europeias no contexto latino americano, levou à criação da chamada Doutrina Drago, que se baseava nas ideias de Carlos Calvo sobre os fundamentos das relações travadas entre os países exportadores e receptores de capital. A referida doutrina surgiu como reação a uma intervenção de forças Inglesas, Alemãs e Italianas na Venezuela, com o propósito de cobrar títulos da dívida da Venezuela que eram detidos por cidadãos dos países

⁵¹ No original: “During the nineteenth and early twentieth centuries, the exercise of diplomatic protection by powerful states was often accompanied by ‘gunboat diplomacy’– the threat or the use of force to back up diplomatic protection claims. At the time, the use of force in the exercise of diplomatic protection was not inconsistent with international law. Despite the fact that the 1899 and 1907 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (Hague Conventions) provided for state parties ‘to use their best efforts to ensure the pacific settlement of international differences,’ both the US and the European powers used force and threats of force on numerous occasions to back up and enforce claims of diplomatic protection. For instance, between 1820 and 1914, Great Britain intervened in Latin America at least forty times to enforce British claims for injuries to its nationals and to restore order and protect property.” NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 9.

interventores e os quais a Venezuela se negava a pagar.⁵² A reação do Ministro do Exterior argentino Luis Drago, gerou a criação do que ficou conhecido como a Doutrina Drago, que pregava que “*dívidas públicas não podem dar azo a intervenção armada nem a efetiva ocupação de territórios de nações Americanas por potências europeias.*”⁵³

O posicionamento de Luis Drago e o desenvolvimento da Doutrina Drago foram tão significativos no contexto da cobrança de dívidas públicas por meio do uso da força que levaram ao desenvolvimento da Convenção da Haia de 1907 sobre Limitações para o Emprego da Força para a Cobrança de Dívidas, a chamada Convenção Drago-Porter.⁵⁴

Com o passar dos anos, as convergências de posicionamento da comunidade internacional em favor do primado do estado de direito no âmbito internacional e no sentido da limitação do uso da força levaram, já no bojo da Liga das Nações, à criação, em 1928, do Tratado Geral para o Repúdio da Guerra, o chamado Pacto de Briand-Kellogg, que proibia expressamente o uso da força. Referido instrumento afirma, em seu artigo primeiro que as partes contratantes declaram que “*condenam o recurso à guerra para a solução de controvérsias internacionais e renunciam a ela como um instrumento de política nacional nas suas mútuas relações*”.⁵⁵ O passo seguinte no caminho da abolição do uso da força no contexto do direito internacional foi a criação, em 1945, da Carta da ONU, que determina, em seu artigo 2(4), que “*todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.*”

O desenvolvimento do direito internacional, portanto, levou à efetiva cristalização de um princípio de direito internacional que proíbe o uso da força nas

⁵² GATHII, James Thuo. *War's Legacy in International Investment Law*. International Community Law Review. Vol. 11, 2009, p. 353.

⁵³ GATHII, James Thuo. *War's Legacy in International Investment Law*. International Community Law Review. Vol. 11, 2009, p. 353.

⁵⁴ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 9.

⁵⁵ No original: “The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it as an instrument of national policy in their relations with one another.” Tratado Geral para a Renúncia da Guerra como Instrumento de Políticas Nacionais, 1929.

relações entre Estados, exceto em algumas poucas situações específicas.⁵⁶ Sobre essa constatação afirma Cançado Trindade:

A mais lúcida doutrina jurídica caracteriza o princípio da proibição da ameaça e uso da força como pertencente ao domínio do *jus cogens*, e adiciona que violações a este princípio não têm o condão de enfraquecer o seu caráter imperativo. A “condenação do uso da força” é qualificada como a “mais notável” característica da Carta da ONU, - representando, efetivamente, um avanço notável em relação ao Pacto da Liga das Nações.⁵⁷

O efetivo banimento do uso da força pelo direito internacional, com o passar dos anos de seu desenvolvimento, portanto, passou a impossibilitar o recurso a este método como forma de proteção internacional de investimentos.

3.4. Corte Mundial e Investimentos

Um dos corolários da ideia de soberania é a máxima que afirma que, no plano internacional, os Estados somente estão obrigados a se submeter a um terceiro para decidir eventuais disputas internacionais – sobretudo a um tribunal arbitral ou a uma corte internacional – se tiverem consentido com a jurisdição desse terceiro.⁵⁸ Este consentimento com a solução de uma disputa por um terceiro neutro pode ser dado por meio da previsão desse terceiro em tratados e convenções específicos, como ocorria, por exemplo, com alguns tratados de paz, amizade e comércio,⁵⁹ ou por meio de tratados constitutivos específicos que criam cortes internacionais permanentes, às quais os

⁵⁶ Para uma análise aprofundada das exceções à proibição do uso da força no direito internacional, ver, por exemplo: CRAWFORD, James. *Browlie's Principles of Public International Law*. 8ª Ed. London: Oxford University Press, 2012, p. 746 *et seq.*

⁵⁷ No original: “The most lucid international legal doctrine has characterized the principle of the prohibition of the threat and use of force as belonging to the domain of *jus cogens*, and has added that of this principle do not weaken its imperative character. The ‘condemnation of the use of force’ has been qualified as the ‘most remarkable’ feature of the UN Charter, - representing effectively, a notable advance in relation to the Covenant of the League of Nations.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 360.

⁵⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo: “Um estado não está sujeito à jurisdição de um tribunal internacional sem o seu consentimento.” No original: “A state is not subject to the jurisdiction of an international tribunal without its consent.” CIJ. *Reparação por Acidentes sofridos no Serviço das Nações Unidas*. Opinião Consultiva nº 174, 1949, p. 177-178.

⁵⁹ VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 165.

Estados parte do tratado ou convenção podem submeter suas disputas com outros Estados parte.⁶⁰

Conforme será visto com maior profundidade no curso do presente trabalho, a arbitragem sempre desempenhou papel fundamental na resolução de disputas internacionais envolvendo investimentos, tanto entre Estados quanto, sobretudo na configuração mais moderna da proteção de investimentos, entre particulares e Estados. Contudo, no curso do desenvolvimento da proteção internacional dos investimentos, também a Corte Mundial⁶¹ desempenharam, em determinados momentos históricos, papel relevante na formação desse campo do direito internacional. Apesar da inexistência de um foro próprio e especializado para resolução de disputas envolvendo investimentos, os meios disponíveis aos Estados no âmbito internacional foram algumas vezes utilizados para solucionar conflitos nesse âmbito e contribuíram para o desenvolvimento desse campo do direito internacional. É precisamente da análise desta contribuição que se ocupará a presente seção deste trabalho, analisando algumas emblemáticas decisões da CPJI e de sua sucessora, a CIJ, e seus impactos na construção de alguns conceitos e princípios relevantes para o campo da proteção internacional de investimentos.

A CPJI, tribunal internacional de caráter permanente, foi criado em 1922, após o fim da Primeira Guerra Mundial, com o propósito de ter jurisdição geral sobre os membros da Liga das Nações.⁶² Referida Corte teve a oportunidade de decidir algumas disputas entre Estados relacionadas a investimentos internacionais feitos por seus nacionais em outros Estados e, por meio dessas decisões, ajudou a desenvolver alguns princípios que, em certa medida, perduraram por muito tempo no âmbito do direito internacional e guiaram o desenvolvimento da proteção internacional de investimentos.

⁶⁰ Nesse sentido diz, por exemplo, o artigo 36(1) do Estatuto da CIJ: “A jurisdição da Corte engloba todos os casos que as partes tenham referido a ela e todas as matérias especificamente dispostas na Carta das Nações Unidas ou em tratados em vigor.” No original: “The jurisdiction of the Court comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force.”

⁶¹ “O termo ‘Corte Mundial’ é o rótulo comumente utilizado para designar a Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça [...]” No original: “The ‘World Court’ is the label commonly applied to the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice [...]” CRAWFORD, James. *Browlie’s Principles of Public International Law*. 8ª Ed. London: Oxford University Press, 2012, p. 721.

⁶² Nesse sentido, ver, por exemplo: <http://www.icj-cij.org/pcij/?p1=9>. Acesso em 10/7/2017.

No primeiro desses casos, já mencionado em outro contexto do presente trabalho, decidido pela CPJI em 1924, o governo da Grécia submeteu, por meio do instituto da proteção diplomática, pleito contra o Reino Unido relacionado à perda de algumas concessões para o fornecimento de energia elétrica e água para a cidade de Jerusalém. O chamado caso *Mavrommatis* fixou o entendimento da Corte no sentido de que o direito dos Estados de exercer proteção diplomática na proteção dos interesses dos seus cidadãos seria um “*princípio elementar de direito internacional*”.⁶³ Considerando a constatação de que a proteção diplomática foi, por muito tempo, um dos únicos meios pelos quais os Estados poderiam encampar os pleitos de seus nacionais no tocante a investimentos estrangeiros, a decisão no caso *Mavrommatis* contribuiu para a consolidação da proteção diplomática como instituto do direito internacional e, por consequência, para a sua utilização – ainda que limitada – também no campo da proteção internacional de investimentos.

Em outro emblemático caso, também já mencionado em outro contexto do presente trabalho, a CPJI decidiu – em 1927 a questão jurisdicional e em 1928 o mérito do litígio – sobre a responsabilidade do governo polonês por danos ocasionados a cidadãos alemães por força de atos expropriatórios praticados por esse primeiro. A importante contribuição do caso da *Fábrica de Chorzów*⁶⁴ para a construção do direito internacional no âmbito da proteção dos investimentos reside no reconhecimento pela Corte de uma obrigação por parte dos Estados, no âmbito do direito internacional, de indenizar os danos ocasionados por suas atitudes a particulares de outro Estado. Os parâmetros fixados pela Corte nesse caso influenciaram inclusive a criação dos Artigos da *International Law Commission* sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais.⁶⁵

Esses dois casos representam importantes marcos para a evolução da proteção de investimentos no âmbito do direito internacional, exercendo influência no rumo do desenvolvimento da matéria, ao elevar ao parâmetro de princípios gerais do direito

⁶³ No original: “It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects” CPJI. *Caso Mavrommatis (Grécia vs. Reino Unido)*. Sentença, 1924, §21.

⁶⁴ PCIJ. *Caso da Fábrica de Chorzów (Alemanha vs. Polônia)*.

⁶⁵ O referido caso é citado, por exemplo, em diversas passagens dos comentários oficiais aos referidos artigos, como fundamento de muitos dos conceitos ali tratados. Nesse sentido: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em 10/7/2017.

internacional dois elementos essenciais na proteção de investimentos, sobretudo no âmbito do direito internacional geral: o direito de ação dos Estados na proteção dos interesses dos seus cidadãos e a obrigação internacional dos Estados de reparar danos gerados a particulares.

Também no âmbito da CIJ, algumas importantes decisões em casos envolvendo investimentos estrangeiros desempenharam – e em certa medida continuam a desempenhar – papel importante na construção do regime internacional sobre a matéria. O primeiro e talvez mais emblemático, deles foi o chamado caso *Barcelona Traction*,⁶⁶ decidido pela Corte em 1970, que, além de sua já aqui comentada constatação sobre o surpreendente atraso no desenvolvimento das regras de proteção internacional de investimentos, fez significativa contribuição para a interpretação da extensão da proteção diplomática a direitos de acionistas. Naquela oportunidade, a Corte apreciou pedido por parte do governo da Bélgica, também no âmbito da proteção diplomática, contra o governo da Espanha, sobre a perda de direitos relacionados a ações de uma companhia no contexto da Guerra Civil espanhola. Em sua decisão, a Corte:

[...] rejeitou o direito da Bélgica de apresentar pedidos em nome de uma companhia que era controlada por acionistas belgas, mas incorporada de acordo com as leis do Canadá, afirmando que para os propósitos da proteção diplomática, a companhia *Barcelona Traction* não possuía nacionalidade belga.⁶⁷

A decisão tomada naquele caso permanece, em grande medida, viva no âmbito da definição dos aspectos relativos à nacionalidade de companhias e seus efeitos no instituto da proteção diplomática, que permanece disponível aos Estados na ausência de regras e regimes mais específicos sobre proteção de investimentos.⁶⁸

Em outro interessante caso, conhecido como caso *Elsi*,⁶⁹ a CIJ enfrentou uma disputa entre os Estados Unidos e a Itália relativa à requisição pelo governo italiano de

⁶⁶ CIJ. *Caso Barcelona Traction Lights and Power Co., Ltda. (Bélgica vs. Espanha)*.

⁶⁷ No original: “With 15 votes to 1, it denied Belgium’s right to bring proceedings on behalf of a company that was controlled by Belgian shareholders but incorporated under Canadian law, holding that for the purposes of diplomatic protection the *Barcelona Traction* company did not possess Belgian nationality.” TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios. *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*. Leiden Journal of International Law. Vol. 23, 2010, p. 1-2.

⁶⁸ TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios. *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*. Leiden Journal of International Law. Vol. 23, 2010, p. 14.

⁶⁹ CIJ. *Caso Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos vs. Itália)*.

uma fábrica e demais propriedades de uma companhia italiana cujas ações eram de titularidade de uma empresa americana. Nessa oportunidade, os Estados Unidos apresentaram pedido perante a Corte alegando violação de obrigações assumidas pela Itália no âmbito do tratado de amizade, comércio e navegação assinado entre os dois Estados em 1948.

Entre outros pontos interessantes,⁷⁰ a Corte analisou alguns aspectos relativos à aplicação da regra de exaustão dos recursos internos no âmbito de obrigações provenientes de tratados. No entendimento da Corte, apesar de o direito internacional permitir às partes contratantes de um determinado tratado excluir a aplicação da regra da exaustão dos recursos internos, tal exclusão não poderia ser tácita.⁷¹ Esse posicionamento da Corte evidenciou o fato de que, mesmo no âmbito de tratados de amizade, comércio e navegação, em contraposição ao âmbito do direito internacional consuetudinário, existia, a priori, a necessidade de exaustão dos recursos internos para que um pedido relativo à perda de investimentos por nacionais de um Estado contratante em outro pudesse ser admitido pela CIJ. Ou seja, não existiria um direito de acesso direto à via convencional de resolução de disputas nem mesmo para os próprios Estados contratantes para a defesa de interesses de seus nacionais. Interessante notar que o entendimento da Corte sobre as regras relativas à exclusão da regra de exaustão dos recursos internos foi, em grande medida, encampada pelos Artigos da *International Law Commission* sobre Proteção Diplomática.⁷²

Por fim, no recente caso *Diallo*,⁷³ a CIJ, apreciando as objeções preliminares à jurisdição, em sua decisão de 2007, teve a oportunidade de revisitar alguns pontos importantes tratados no caso *Barcelona Traction* relativos à proteção diplomática,

⁷⁰ Para uma análise mais profunda do caso ver, por exemplo: SACERDOTI, Giorgio; RENCANTI, Matilde. *Alternative Investors - State Dispute Settlement Systems: Diplomatic Protection and State to State Arbitration*. Bocconi Legal Studies Research Paper. Nº 2562782, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2562782>. Acesso em 10/7/2017.

⁷¹ SACERDOTI, Giorgio; RENCANTI, Matilde. *Alternative Investors - State Dispute Settlement Systems: Diplomatic Protection and State to State Arbitration*. Bocconi Legal Studies Research Paper. Nº 2562782, 2015, p. 8. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2562782>. Acesso em 10/7/2017.

⁷² SACERDOTI, Giorgio; RENCANTI, Matilde. *Alternative Investors - State Dispute Settlement Systems: Diplomatic Protection and State to State Arbitration*. Bocconi Legal Studies Research Paper. Nº 2562782, 2015, p. 9. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2562782>. Acesso em 10/7/2017.

⁷³ Decisões disponíveis em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=103&p3=4>. Acesso em 10/7/2017.

imprimindo a eles um posicionamento mais compatível com o moderno desenvolvimento do direito internacional. Dois dos pontos mais interessantes da referida decisão que geram efeitos favoráveis à proteção de investimentos e que se relacionam com aspectos já tratados pela Corte no âmbito do caso *Barcelona Traction* podem assim ser resumidos:

Como foi demonstrado, a decisão da Corte Internacional de Justiça sobre as objeções preliminares no caso Diallo tem implicações importantes para investidores estrangeiros, Estados e para a própria Corte. Investidores são favorecidos pela decisão da Corte de definir os direitos dos acionistas de acordo com a lei do Estado receptor dos investimentos. Essa conclusão, além de lógica, torna mais fácil para os investidores estrangeiros e seus Estados a apresentação de queixas no âmbito da proteção diplomática, quando necessário, uma vez que tal definição determina de forma clara o quadro legal aplicável. Adicionalmente, a regra *de facto* da presunção da exaustão dos recursos internos também pode beneficiar investidores ao permitir que o pleito de proteção diplomática tenha seguimento, independente da exaustão dos recursos internos, caso o Estado requerido deixe de levantar objeção nesse aspecto.⁷⁴

Algumas dificuldades existentes no âmbito da proteção de investimentos pelos meios disponíveis no direito internacional geral – proteção diplomática e direito costumeiro, principalmente –, conforme analisado anteriormente no presente trabalho, limitaram significativamente a atuação da Corte Mundial no âmbito da matéria. A despeito disso, como conclui com propriedade Alain Pellet, é inegável que as decisões da Corte Mundial e sua influência na formação dos princípios gerais do direito internacional, aplicáveis também no âmbito dos investimentos, ainda que, argumente-se, de forma subsidiária, ajudaram a moldar a construção da proteção internacional de investimentos e exercem, ainda hoje, significativa influência – ainda que relutem eles

⁷⁴ No original: “As has been shown, the ICJ decision on preliminary objections in the Diallo case has important implications for foreign investors, States and the Court itself. Investors are favored by the ICJ decision to define shareholders' rights according to the law of the host State. This finding is not only logical, but it also makes it easier for foreign investors and their States to raise claims of diplomatic protection, when it is required, because this definition determines with clarity the legal framework applicable. Additionally, the *de facto* rule of presumption of local remedies also may also benefit investors by allowing the claim of diplomatic protection to continue, whether or not all the local remedies were exhausted, should the respondent host State fail to raise the objection.” ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. *Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case*. North Carolina Journal of International Law. Vol. 33. Nº 3, 2008, p. 453.

em admitir – até mesmo nas decisões de tribunais arbitrais constituídos no âmbito e nos moldes dos modernos tratados sobre a matéria.⁷⁵

⁷⁵ PELLET, Alain. *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*. ICSID Review. Vol. 28. Nº 2, 2013, p. 223-240.

4. Proteção Internacional de Investimentos e os Primeiros Esforços de Tratificação⁷⁶

De maneira concomitante com o desenvolvimento da proteção internacional de investimentos no âmbito do direito internacional costumeiro, desenvolveu-se também a construção da proteção dos investimentos por meio de tratados, firmados entre Estados por diferentes razões e que contemplavam aspectos relevantes para a construção da referida proteção. A manifestação expressa de vontade por parte dos Estados, por meio de tratados sobre a matéria, ainda que menos evidente que na formatação contemporânea da proteção de investimentos, como será visto mais adiante no presente estudo, parece ter se mostrado mais eficiente do que as alternativas analisadas nas partes anteriores desse trabalho.

Os chamados tratados de amizade, comércio e navegação foram, por muitos anos, os instrumentos mais empregados para os fins de proteção de investimentos estrangeiros, chegando alguns autores a defender que exercem eles significativa influência no desenvolvimento desse campo do direito até os dias de hoje.⁷⁷ Serão estes, portanto, analisados em primeiro lugar para, em seguida, ser tratada a questão das alterações no cenário econômico, político e social após a Segunda Guerra Mundial e como tal cenário pode ter exercido influência na significativa alteração observada no curso das ondas de tratificação da proteção internacional de investimentos, alteração esta que será analisada com maior profundidade na última seção desta primeira Parte do presente trabalho.

⁷⁶ O termo “tratificação” (“*treatification*”) é utilizado, por exemplo, por Jeswald Salacuse para se referir ao processo de construção de tratados no âmbito da proteção de investimentos e, por sua precisão conceitual – a despeito de configurar neologismo no vernáculo – será empregado com o mesmo sentido no presente trabalho. Desta maneira, tratificação deve aqui ser compreendida como os esforços por parte dos Estados, em diversos contextos históricos de análise, no sentido de criar fontes do direito internacional – tratados – que se destinam a regular suas relações em matéria de investimentos estrangeiros de seus nacionais. Nesse sentido, ver: SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London, Oxford University Press, 2015, p. 87 *et seq.*

⁷⁷ Nesse sentido, ver, por exemplo: ALSCHER, Wolfgang. *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*. *Goettingen Journal of International Law*. Vol. 5. Nº 2, 2013.

4.1. Os Tratados de Amizade, Comércio e Navegação

A história dos tratados de amizade, comércio e navegação tem seu início no século XVIII, tendo os Estados Unidos – no contexto da sua luta por independência e buscando expandir suas relações comerciais de forma autônoma⁷⁸ – contribuído significativamente para o seu fomento, com assinatura, a partir de 1778, de tratados com a Holanda, Suécia, Prússia e Grã-Bretanha.⁷⁹

Estes primeiros instrumentos, contudo, não intencionavam a proteção de investimentos de cidadãos ou companhias de um Estado contratante no outro Estado contratante, mas buscavam, primordialmente, estabelecer relações políticas e comerciais amistosas entre as recém-independentes colônias Americanas e o Velho Continente.⁸⁰ Desta maneira, tais tratados lidavam, sobretudo, com assuntos como o status de cidadãos no exterior, relações consulares, imigração, direitos relativos a religião e direitos pessoais, entre outros.⁸¹ Contudo, ainda que de forma tímida e indireta, é possível notar nesses tratados as primeiras manifestações expressas de vontade de dois Estados contratantes no tocante a elementos de proteção de direitos relativos à propriedade de indivíduos de um Estado em outro Estado:

Antes da Segunda Guerra mundial, a proteção de investimentos estrangeiros diretos não era uma preocupação frequente em acordos internacionais. A maior parte dos acordos econômicos internacionais se preocupava com o estabelecimento de relações comerciais, apesar de que esses acordos algumas vezes incluíam algumas provisões sobre proteção de propriedades de nacionais de um Estado no território do outro Estado.⁸²

⁷⁸ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 92.

⁷⁹ COYLE, John F. *The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era*. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 51, 2013, p. 307.

⁸⁰ ALSCHER, Wolfgang. *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*. Goettingen Journal of International Law. Vol. 5. Nº 2, 2013, p. 461.

⁸¹ ALSCHER, Wolfgang. *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*. Goettingen Journal of International Law. Vol. 5. Nº 2, 2013, p. 461.

⁸² No original: “Prior to the Second World War, the protection of foreign direct investment was not often a concern in international agreements. Most international economic agreements concerned themselves with establishing trade relations, though these agreements sometimes included some provisions on the protection of property of nationals of one state in the territory of another state.” VANDELDE, Keneth

Ainda que de maneira indireta, portanto, tais tratados continham provisões que protegiam a propriedade dos cidadãos de um Estado contratante no território do outro Estado contratante, de modo que muitos desses tratados mencionavam, por exemplo, proibições de confiscação de navios, cargas e mercadorias de nacionais da outra parte contratante sem o pagamento de justa e suficiente compensação.⁸³

A despeito da timidez com a qual era tratada a proteção de bens no âmbito desses primeiros tratados de amizade, comércio e navegação, é inegável que foram eles os primeiros a buscar desenvolver alguma forma de proteção que não dependesse das incertezas do direito internacional consuetudinário:

Está implícito em todas as provisões [dos tratados de amizade, comércio e navegação] a ideia que pessoas estrangeiras e suas propriedades têm o direito de um mínimo respeito e proteção. De modo similar, e a despeito do fato de que a lei doméstica possa oferecer um nível mais baixo de proteção, governos dos países receptores não podiam tomar tais propriedades por decreto executivo arbitrário e estavam sujeitos a provisões de tratados de amizade, comércio e navegação que deviam ser aplicadas de acordo com uma regra ampla de razão. Dessa maneira, um dos objetivos fundamentais do processo de criação de tratados era o de assegurar um padrão internacional mínimo de tratamento para investidores e investimentos no exterior.⁸⁴

Contudo, com o passar dos anos e as naturais mutações dos interesses econômicos e políticos dos países envolvidos na construção das relações internacionais e do direito internacional de forma geral, os tratados de amizade, comércio e navegação começaram, após a Primeira Guerra Mundial, a ganhar contornos mais especificamente voltados à proteção dos investimentos no plano internacional. Este movimento, bem como o protagonismo, também nesse contexto, dos Estados Unidos, evidenciou uma série de tratados que lidavam, de maneira crescente, com investimentos estrangeiros e sua proteção, por exemplo, contra ações governamentais discriminatórias e arbitrárias,

J. A *Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 158.

⁸³ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 94.

⁸⁴ No original: “Implicit in all of the provisions is the idea that the persons and property of foreigners are entitled to a minimum of respect and protection. Similarly, and regardless of the fact that domestic law might offer a lower level of protection, host governments might not take such property by arbitrary executive decree and were subject to FCN provisions that must be applied according to a broad rule of reason. Thus, a fundamental objective of the treaty-making process was to secure minimum international standards of treatment for investors and investment abroad.” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 93-94.

expropriação, procedimentos para resolução de disputas e questões relativas à proteção da propriedade intelectual.⁸⁵

Esta mudança de foco dos tratados, contudo, foi acentuada e consolidada apenas após a Segunda Guerra Mundial, quando, como será visto com mais profundidade na seção seguinte do presente trabalho, o contexto histórico novamente contribuiu de forma determinante para a definição do caminho da proteção de investimentos:

Primeiramente, como uma reação à severa depressão econômica, que precedeu a guerra e que muitos acreditavam ter sido exacerbada pelas medidas protecionistas dos anos de 1920, os vitoriosos aliados forjaram um consenso em favor da liberalização do comércio. Esse consenso levou, em 1947, à conclusão do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), que deslocou o quadro primário do comércio internacional dos acordos bilaterais para os multilaterais e desencadeou subsequentes rodadas de negociações voltadas para a liberalização mundial do comércio.⁸⁶

A partir, portanto, do início da separação entre os interesses comerciais e os interesses na esfera dos investimentos internacionais por parte dos Estados, o campo da proteção internacional de investimentos ficou livre para traçar seu próprio caminho, apesar de ainda utilizando, nesse contexto histórico, os modelos – revisitados em muitos aspectos – dos tratados de amizade, comércio e navegação. Também nesse cenário, as potências econômicas da época (antigas e emergentes) desempenharam papel fundamental no desenvolvimento e consolidação dessa modalidade de proteção de investimentos, guiando-o no ritmo de seus interesses:

Os anos após a Segunda Guerra Mundial testemunharam uma grande expansão nos investimentos estrangeiros, lideradas inicialmente pelos Estados Unidos, em seguida, acompanhados pela Europa, mais tarde, pelo Japão e, mais tarde ainda, por outras partes do mundo. Respondendo a esse crescimento nos investimentos Americanos no estrangeiro após a Segunda Guerra Mundial, o governo Americano empreendeu um programa para concluir uma rede de tratados bilaterais de amizade, comércio e navegação,

⁸⁵ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 94.

⁸⁶ No original: “First, as a reaction to the severe economic depression that had preceded the war and that many believed had been exacerbated by the protectionist policies of the 1920s, the victorious allies forged a consensus in favor of liberalizing trade. That consensus led in 1947 to the conclusion of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which shifted the primary legal framework for international trade relations from bilateral to multilateral agreements and set in motion successive rounds of negotiations aimed at worldwide trade liberalization.” VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 161-162.

os quais, em adição a outras matérias comerciais, buscavam especificamente facilitar e proteger os investimentos diretos Americanos no estrangeiro. De fato, devido à redução da importância de tratados comerciais bilaterais como forma de promoção do comércio na era das regras de comércio multilaterais do pós-guerra, os Estados Unidos viam, de maneira crescente, os tratados de amizade, comércio e navegação como o método preferido para a proteção de investimentos.⁸⁷

O emprego de tratados de amizade, comércio e navegação na proteção de interesses relativos a investimentos perdurou até o final dos anos de 1960, quando outros modelos de acordos começaram a surgir⁸⁸ e a dominar o cenário internacional. Com isso, o mundo assistiu ao declínio dos tratados de amizade, comércio e navegação no âmbito da proteção de investimentos devido, sobretudo, à sua incapacidade de atender às novas demandas e interesses do cenário internacional e de moldar-se ao novo contexto econômico e político que se desenvolvia. De modo geral, podem ser identificados três fatores principais que contribuíram para o declínio na utilização dos tratados de amizade, comércio e navegação, principalmente pelos Estados Unidos, um de seus mais frequentes usuários: as pressões diplomáticas de Guerra Fria e a relutância de alguns países em firmar tratados de “amizade” com outros países; o aumento das nacionalizações de propriedades em alguns países estrangeiros, o que evidenciou a abrangência excessiva dos tratados de amizade, comércio e navegação e a necessidade de desenvolvimento de um modelo mais especializado; e a bem sucedida negociação de tratados multilaterais em diversas matérias, levando a uma percepção sobre a desnecessidade desses tipos de tratados bilaterais para determinados assuntos, tal como o comércio internacional.⁸⁹

⁸⁷ No original: “The post-World War II years witnessed a great expansion in foreign investment, led initially by the United States, then joined by Europe, later by Japan, and still later by other parts of the world. Responding to this growth in US foreign investment after World War II, the US government undertook a program to conclude a network of bilateral treaties of friendship, commerce, and navigation which, in addition to other commercial matters, specifically sought to facilitate and protect US direct foreign investments abroad. Indeed, because of the diminished importance of bilateral commercial treaties as a means to promote trade in the post-war era of multilateral trade rules, the United States increasingly viewed FCN treaties as the preferred method for investment protection.” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 97.

⁸⁸ VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 167-169.

⁸⁹ COYLE, John F. *The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era*. Columbia Journal of Transnational Law. Vol. 51, 2013, p. 309-310.

Estes tratados, contudo, pavimentaram o caminho para as formas de proteção internacional de investimentos que se sucederiam, sendo inegável sua significativa contribuição para o desenvolvimento desse campo do direito internacional e sua possível influência até mesmo no futuro da proteção internacional de investimentos.⁹⁰

O passar dos anos, contudo, fez emergir novas formas de regular a proteção internacional de investimentos, notadamente no âmbito dos novos esforços multilaterais e bilaterais. A proteção internacional de investimentos, mais uma vez, reinventou-se, criando o que será aqui chamado de proteção de investimentos no contexto contemporâneo e será analisado mais à frente no presente trabalho sob a ótica, precisamente, desses novos esforços multilaterais e bilaterais. Importante, antes disso, analisar brevemente a forma como o contexto histórico dos anos do pós Segunda Guerra Mundial influenciaram nos rumos da proteção internacional de investimentos.

4.2. O Contexto Econômico e Político do Pós Segunda Guerra Mundial e sua Influência nos Rumos da Tratificação da Proteção Internacional de Investimentos

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe alterações significativas para a ordem econômica, social e política ao redor do globo. O intenso processo de descolonização que se instaurou após a guerra e a criação de novos países independentes, mas pouco desenvolvidos economicamente, gerou um movimento de exacerbado protecionismo em relação às recém conquistadas liberdades e independências em face das potências dominantes da época. Esse movimento gerou uma série de fechamentos de portas para investimentos estrangeiros e o crescimento da nacionalização daqueles investimentos já existentes.⁹¹

⁹⁰ Para uma análise que defende a retomada dos modelos de tratados inspirados nos tratados de amizade, comércio e navegação, ver, por exemplo: ALSCHER, Wolfgang. *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*. Goettingen Journal of International Law. Vol. 5. Nº 2, 2013.

⁹¹ VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005. p. 166-167.

Soma-se a isso, a tentativa por parte dos países exportadores de capital de liberalização geral do comércio mundial, por meio da criação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947,⁹² o chamado GATT, que pretendia regular o comércio mundial em âmbito multilateral, mas não continha provisões sobre a questão dos investimentos internacionais, o que significou que a regulação dos investimentos, a partir daquele ponto, seguiria seu próprio caminho,⁹³ sendo moldada pelo conflito de poderes e interesses fruto desse contexto histórico.

Outro evento importante no contexto do pós Segunda Guerra Mundial, que exerceu influência sobre os rumos da regulação da proteção de investimentos, foi a emergência de um bloco de países, liderados pela União Soviética, que pregava uma visão bastante diferente sobre as ideias de mercado e propriedade, exercendo em muitas ocasiões – e encorajando os países em desenvolvimento a fazer o mesmo – seus direitos de expropriar bens que se encontravam em seus territórios. Estes países, já no começo dos anos de 1970, iniciaram uma campanha junto à Assembleia Geral da ONU com o intuito de ver reconhecido, naquele âmbito, seu direito de expropriar sem o pagamento de compensações.⁹⁴

Como fruto desses esforços, no de 1974, foram aprovados dois importantes instrumentos, no âmbito da Assembleia Geral da ONU: a Declaração para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial⁹⁵ e a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados.⁹⁶ Esses instrumentos consagravam o princípio da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos e sobre as atividades econômicas que se desenvolvessem no seu território, afirmavam que nenhum Estado tinha a obrigação de conceder tratamento preferencial a investimentos estrangeiros e determinavam que compensações eventualmente devidas por expropriações deveriam respeitar as regras do direito doméstico de cada Estado, sem fazer qualquer tipo de

⁹² Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947. Texto completo disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm. Acesso em 10/7/2017.

⁹³ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 19-20.

⁹⁴ VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005. p. 167.

⁹⁵ Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso em 10/7/2017.

⁹⁶ Disponível em: <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>. Acesso em 10/7/2017.

menção ao direito internacional e à ideia de padrão mínimo de compensação dele proveniente.⁹⁷

Foi exatamente esse contexto econômico e político que ditou os próximos passos no desenvolvimento dos esforços de tratificação da proteção internacional de investimentos. Como uma resposta às tentativas de alteração dos princípios de proteção de investimentos construídos no âmbito do direito internacional consuetudinário, ainda de forma não unânime, e ante a evidente constatação da deficiência de regulações específicas para a proteção de investimentos, reconhecida inclusive pela CIJ no caso *Barcelona Traction*, os países exportadores de capital passaram a intensificar seus esforços de criação de tratados bilaterais e multilaterais com regras especiais sobre a proteção de investimentos e mecanismos de acesso direto pelos investidores, conforme será visto nas próximas seções do presente trabalho.

⁹⁷ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009, p. 31-32.

5. A Segunda Onda de Tratificação e a Mudança de Paradigma na Proteção Internacional de Investimentos

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, foram intensificados os esforços no plano internacional – impulsionado, sobretudo, pela influência exercida pelos Estados exportadores de capital – de criação de tratados especificamente voltados para a proteção de investimentos. Esses instrumentos passaram a conter uma série de regras e mecanismos que buscavam conferir maior segurança na proteção dos interesses dos investidores estrangeiros, representando uma evolução significativa na regulação e aplicação prática da proteção de investimentos no âmbito internacional.

Os referidos esforços de tratificação, que se intensificaram no pós Segunda Guerra Mundial, podem ser divididos em duas categorias distintas, que serão em seguida analisadas separadamente: os esforços no âmbito dos tratados multilaterais e os esforços no âmbito dos tratados bilaterais.

5.1. Esforços Multilaterais

Motivados, sobretudo, pelo contexto político e econômico que sucedeu a Segunda Guerra Mundial e pelas constatações quanto à insuficiência do direito internacional geral para a proteção de investimentos internacionais, conforme visto nas seções anteriores do presente trabalho, alguns dos países membros da comunidade internacional passaram a buscar mais avidamente a criação de um regime multilateral para a proteção de investimentos. Contudo, a tarefa jamais se mostrou simples. A dificuldade existente na tentativa de uniformização da proteção internacional de investimentos no âmbito de um único regime por meio de um tratado multilateral contendo as regras substantivas que se aplicariam nesse campo, se deve, sobretudo, à existência de abordagens conflitante em relação à questão da proteção de investimentos

estrangeiros e à existência de sistemas concorrentes dedicados ao tratamento da matéria.⁹⁸

A existência dessas mencionadas diferenças de abordagens em relação à questão da proteção internacional de investimentos, contudo, não impediu os Estados de buscar criar mecanismos convencionais multilaterais que – tanto em seus sucessos quanto em seus fracassos – contribuíram para a construção da regulação da matéria e, em alguns casos, formam até hoje parte significativa do quadro da proteção de investimentos.

O primeiro esforço no sentido de criação de um instrumento multilateral de proteção de investimentos e regulação das regras aplicáveis à matéria foi o chamado Tratado de Havana negociado no ano de 1948 e que continha em seu texto mecanismos de promoção e proteção de investimentos, mencionando, inclusive aspectos como o tratamento justo e equitativo dos investimentos por parte dos Estados.⁹⁹ Contudo, os conflitos entre as visões dos Estados desenvolvidos e em desenvolvimento sobre as provisões do Tratado de Havana acabaram se mostrando irreconciliáveis e resultaram em seu fracasso, não tendo tal instrumento jamais entrado em vigor.¹⁰⁰ O resultado dos esforços no âmbito da Convenção de Havana foi a ratificação do acordo do GATT, que lidava exclusivamente com aspectos do comércio internacional e pretendia ser aplicado apenas provisoriamente. Tal situação resultou na frustração da tentativa de criação, àquela época, da chamada Organização Internacional do Comércio.¹⁰¹ A tentativa de harmonização da proteção de investimentos no âmbito do Tratado de Havana, contudo, contribuiu significativamente para o desenvolvimento da proteção internacional de investimentos, ao passo que representou o início da separação entre comércio e investimentos, até então extremamente conectados em seus desenvolvimentos.¹⁰²

⁹⁸ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 269.

⁹⁹ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 95-96.

¹⁰⁰ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª Ed. Kluwer Law International, p. 1-3.

¹⁰¹ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009, p. 19-20.

¹⁰² GHOURI, Ahmad. *Interaction and Conflict in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library. Vol. 32, Kluwer Law International, 2015, p. 19.

Outro importante passo na construção da proteção internacional de investimentos, também fruto dos esforços multilaterais no âmbito internacional, foi a criação, em 1966, no bojo do Banco Mundial, da Convenção sobre Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados, a chamada Convenção ICSID.¹⁰³ Uma das mais interessantes características dessa convenção foi a mudança de abordagem em relação às anteriores tentativas – fracassadas – de criação de um quadro geral de proteção material dos investimentos no plano internacional; na Convenção ICSID, ao contrário, estando seus redatores cientes da enorme dificuldade de encontrar consenso sobre os padrões materiais de proteção internacional de investimentos, buscou-se criar um foro neutro para a resolução de disputas relativas a investimentos internacionais, por meio de arbitragem, com acesso direto por parte dos investidores.¹⁰⁴ As características desse método de resolução de conflitos – arbitragem investidor-Estado – e suas influências nos rumos da proteção internacional dos investimentos serão profundamente analisados na próxima Parte do presente trabalho. Contudo é importante, por ora, destacar que a posição adotada pelo Banco Mundial com a criação da Convenção ICSID seguiu uma tendência interessante observada no âmbito da proteção internacional dos investimentos, como à época era percebido:

Uma terceira abordagem em relação ao problema da percepção de insegurança no âmbito dos investimentos estrangeiros privados foi proposta no fim dos anos de 1950, à luz de enormes inconveniências com relação ao instituto da proteção diplomática. Tal proposta foi no sentido de se estabelecer um corpo arbitral internacional ao qual investidores estrangeiros poderiam ter acesso para resolução de disputas com os Estados que recebiam seus investimentos, sem a necessidade de engajar o apoio de seus próprios Estados para que apresentassem pedidos em seus nomes.¹⁰⁵

Fica evidente, portanto, que os grandes objetivos da Convenção ICSID quando de sua idealização inicial eram, em primeiro lugar, a criação de um sistema jurídico-

¹⁰³ Convenção ICSID. disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

¹⁰⁴ PARRA, Antonio R. *The History of ICSID*. Oxford University Press, 2012, p. 18-22.

¹⁰⁵ No original: “A third approach to the problem of the perceived insecurity of private foreign investments was proposed in the late 1950s in light of such drawbacks of the institution of diplomatic protection. This was to set up an international arbitral body to which foreign investors might have access for resolving disputes with their host governments, without having to enlist the support of their home governments to present claims on their behalf.” PARRA, Antonio R. *The History of ICSID*. Oxford University Press, 2012, p. 17-18.

funcional voltado aos investidores internacionais ao qual poderiam estes recorrer para, por meio da arbitragem, solucionar controvérsias relativas a investimentos, e, em segundo lugar, a superação das incertezas e da seletividade características da proteção diplomática que a tornavam claramente insuficiente para o campo dos investimentos internacionais.

Nesse sentido, a Convenção ICSID buscou criar, para os Estados contratantes, um centro permanente de resolução de disputas entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimentos, por meio de arbitragem, que visa: “*fornecer um foro para a resolução de conflitos em um quadro que cuidadosamente balanceia os interesses e necessidades de todas as partes envolvidas, e busca, em particular, ‘despolitizar’ a resolução de disputas sobre investimentos.*”¹⁰⁶

Buscando atingir tal propósito, a Convenção ICSID estabeleceu, em seu artigo 25, os limites de sua própria jurisdição:

A jurisdição do Centro se estenderá a qualquer disputa legal surgida diretamente de um investimento, entre um Estado Parte [...] e um nacional de outro Estado Parte, quando as partes da disputa tenham manifestado seu consentimento por escrito com a submissão da disputa ao Centro. Quando ambas as partes tiverem manifestado seu consentimento, nenhuma parte poderá revogar tal consentimento unilateralmente.¹⁰⁷

Ou seja, nos termos da própria convenção, sua jurisdição está condicionada à manifestação de vontade expressa e por escrito de ambas as partes, inclusive do Estado receptor do investimento objeto da disputa. Apesar do caráter inovador no que diz respeito à abordagem que motivou a criação da convenção, suas restrições jurisdicionais auto impostas, aliadas ao contexto histórico de desenvolvimento da proteção de investimentos à época de sua entrada em vigor, dificultaram sua efetiva utilização de forma expressiva:

¹⁰⁶ SHIHATA, Ibrahim. *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review. Vol. 1. Issue 1, 1986, p. 5.

¹⁰⁷ No original: “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.” Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

Entretanto, porque arbitragem surgida diretamente no âmbito da Convenção ICSID se limita a casos nos quais investidores estrangeiros e Estados previram expressamente a aplicação de arbitragem ICSID em um contrato de investimento do qual o Estado em questão (ou uma subdivisão específica do Estado) deve necessariamente ser parte, arbitragens ICSID foram pouco utilizadas durante os vinte primeiros anos de sua existência. Existiram alguns casos isolados que forneceram orientações valiosas para investidores e Estados e atraíram interesse por parte da doutrina, mas a arbitragem ICSID permaneceu bastante esotérica.¹⁰⁸

Outra contribuição significativa para a proteção de investimentos no âmbito dos esforços multilaterais foi a criação, em 1992 do Acordo de Livre Comércio da América do Norte, o chamado NAFTA, entre Estados Unidos, Canadá e México.¹⁰⁹ Apesar de se tratar, essencialmente, de um acordo para a promoção de livre comércio entre os Estados contratantes, em seu Capítulo 11, o NAFTA prevê, entre outros pontos, o direito de acesso direto a arbitragem por parte de investidores de um Estado parte contra outro Estado parte, além de delimitar regras bastante rígidas no que diz respeito à proteção de investimentos, tratamento justo e equitativo e expropriação, deixando pouco espaço para o exercício de controle sobre os investimentos pelos Estados parte.¹¹⁰ No que diz respeito especificamente ao mecanismo de solução de controvérsias, é interessante notar que o NAFTA é o primeiro acordo envolvendo países desenvolvidos que prevê a utilização de arbitragem diretamente pelo investidor contra um Estado parte do tratado.¹¹¹ Desde sua criação, o NAFTA deu origem a um número bastante significativo de arbitragens contra todos os seus Estados membros, as quais discutiram muitos dos pontos relevantes no âmbito da proteção de investimentos contidos nas

¹⁰⁸ No original: “Nonetheless, because arbitration arising directly under the ICSID Convention is limited to cases in which foreign investors and States have explicitly provided for ICSID arbitration in an investment contract to which the relevant State (or a specifically designated subdivision of the State) is required to be a party, ICSID arbitration was little used for the first 20 years of its existence. There were isolated cases that did provide valuable guidance for investors and States and attracted scholarly interest, but ICSID arbitration remained rather esoteric.” REED, Lucy; PAULSSON, Jan; et. all. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010, p. xi-xii.

¹⁰⁹ Para mais informações e acesso aos textos da convenção, ver: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Welcome>. Acesso em 10/7/2017.

¹¹⁰ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 289.

¹¹¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 289.

provisões do tratado, contribuindo significativamente para o desenvolvimento da matéria no contexto internacional.¹¹²

Outra importante e inovadora iniciativa no âmbito dos esforços multilaterais de proteção de investimentos foi a criação, em 1994 do *Energy Charter Treaty*, o chamado ECT.¹¹³ Referido tratado, ao invés de buscar fomentar a integração na proteção de investimentos orientado pelo aspecto territorial – como ocorre, por exemplo, nos tratados de integração regional – buscou desenvolver um quadro legal de proteção de investimentos em um setor específico do mercado, lidando exclusivamente com a proteção e fomento de investimentos no setor de energia.¹¹⁴ Interessante considerar, também, o contexto histórico e político que fomentou a criação do referido acordo:

O tratado surgiu da ideia, que emergiu com o fim do Comunismo, de que os países ocidentais tinham a necessidade de fontes estáveis e eficientes de energia, enquanto que os países da antiga União Soviética, devido ao fato de serem dotados de recursos naturais, tinham grande potencial energético, o qual desenvolvimento requeria capital e tecnologia em poder do ocidente; consequentemente, a cooperação internacional no setor de energia poderia trazer benefícios para todos os lados.¹¹⁵

Nesse sentido, ao contrário da formatação da Convenção ICSID, por exemplo, o ECT traz em seu texto elementos que buscam tanto a proteção material dos investimentos no setor de energia entre os países membros, quanto fornecer aos Estados e aos investidores mecanismos de solução de controvérsias em seu âmbito. O tratado, portanto, garante uma série de direitos fundamentais aos investidores estrangeiros em relação a seus investimentos no setor, nos países receptores, estando estes protegidos contra os mais relevantes aspectos políticos, como discriminação, expropriação e nacionalização, quebra de contratos, danos relativos a guerra, entre outros; tais direitos

¹¹² NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009, p. 53.

¹¹³ Para mais informações e acesso ao texto dos tratados, veja: <http://www.energycharter.org/>. Acesso em 10/7/2017.

¹¹⁴ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 114.

¹¹⁵ No original: “The treaty arose out of the idea, emerging with the end of Comunism, that western countries were in need of stable efficient sources of energy while the states of the former Soviet Union, because of their endowment, had great energy potential whose development required the capital and technology held by the west; consequently, cooperation in the international energy sector could bring benefits to all sides.” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 114.

são ainda reforçados pelos mecanismos de resolução de controvérsias existentes no tratado, voltados tanto para arbitragens entre Estados quanto para a arbitragem investidor-Estado.¹¹⁶

O ECT conta com 54 países membros, além de 15 países com status de observadores,¹¹⁷ desempenhando papel relevante no cenário da proteção internacional de investimentos no âmbito do setor de energia, além de já ter dado origem, até o presente momento, ao significativo número de 101 procedimentos arbitrais entre investidores de países membros do tratado contra Estados membros receptores de investimentos.¹¹⁸

Interessante notar, nesse contexto, que o Brasil não faz parte de nenhum dos esforços multilaterais de proteção internacional de investimentos aqui mencionados. Por uma série de razões de ordem política, econômica e jurídica, relacionadas, inclusive, com a utilização da arbitragem no âmbito do direito brasileiro, nosso país encontra-se hoje em situação de certo isolacionismo no campo da proteção multilateral dos investimentos.¹¹⁹ Não pretende o presente trabalho aprofundar a análise sobre o posicionamento brasileiro quanto à proteção internacional de investimentos nos âmbitos multilaterais, mas é importante notar que tal posicionamento pode ter, a curto, médio ou longo prazo, o condão de influenciar os fluxos de investimentos que chegam e saem de nosso país.

5.2. Esforços Bilaterais

Como foi visto nas seções anteriores do presente trabalho, os primeiros esforços bilaterais de criação de elementos de proteção internacional de investimentos se deram,

¹¹⁶ Informações disponíveis em: <http://www.energycharter.org/what-we-do/investment/overview/>. Acesso em 10/7/2017.

¹¹⁷ Informações disponíveis em: <http://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/>. Acesso em 10/7/2017.

¹¹⁸ Informações disponíveis em: <http://www.energycharter.org/?id=345>. Acesso em 10/7/2017.

¹¹⁹ Para uma discussão mais aprofundada sobre aspectos da proteção de investimentos especificamente no Brasil, ver, por exemplo: PUCCI, Adriana Noemi; BORJA, Ana Gerdau; et al. (orgs.). *Investment Protection in Brazil*. Kluwer Law International, 2013.

sobretudo, no âmbito dos tratados de amizade, comércio e navegação, os quais, por muito tempo, constituíam a principal fonte convencional de obrigações relativas à proteção de investimentos utilizada entre os Estados. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, contudo, as alterações no cenário internacional levaram alguns países a buscar alternativas para a proteção internacional de investimentos no âmbito bilateral, a partir da nítida percepção das deficiências do antigo modelo dos tratados de amizade, comércio e navegação, o que culminou com o seu gradual abandono ao longo dos anos de 1960 e 1970.¹²⁰

Com a constatação da insuficiência dos tratados de amizade, comércio e navegação e com a eclosão das alterações no cenário político e econômico no mundo, conforme visto nas seções anteriores deste trabalho, emergiu, em resposta a tal cenário, uma nova modalidade de tratados bilaterais de investimento:

Os países desenvolvidos responderam à ameaça de expropriação sem compensação, com a criação do Tratado Bilateral de Investimento (BIT). [...] A Alemanha foi o primeiro país a concluir tal tratado. Após ter perdido seus investimentos estrangeiros na Segunda Guerra Mundial, a Alemanha era especialmente sensível aos riscos políticos aos quais investimentos estrangeiros encontravam-se expostos. Em 1959 a Alemanha concluiu os dois primeiros tratados bilaterais de investimentos, um com o Paquistão e o outro com a República Dominicana.¹²¹

O novo modelo dos tratados bilaterais de investimento (TBIs) continha cláusulas relativas a compromissos de não discriminação, proteção integral dos investimentos, compensação em casos de expropriação, livre transferência de capital e uma cláusula de resolução de controvérsias entre os Estados contratantes por meio da CIJ, mediante concordância de ambas as partes.¹²² Além disso, um dos elementos dos novos modelos de TBIs e que os diferenciam substancialmente dos antigos tratados de amizade,

¹²⁰ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 97-98.

¹²¹ No original: "Developed countries responded to the threat of uncompensated expropriation by creating the bilateral investment treaty (BIT). Germany was the first to conclude such an agreement. Having lost its foreign investment as a result of its defeat in the Second World War, Germany was especially sensitive to the political risks to which foreign investment was exposed. In 1959, Germany concluded the first two bilateral investment treaties, one with Pakistan and the other with the Dominican Republic." VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 168-169.

¹²² GHOURI, Ahmad. *Interaction and Conflict in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library. Vol. 32, Kluwer Law International, 2015, p. 24.

comércio e navegação, é o fato de que os TBIs se concentram na proteção dos investimentos *per se*, em contraposição à ênfase em direitos e obrigações dos países signatários para com nacionais e companhias do outro país.¹²³

A iniciativa alemã rapidamente foi seguida por outros Estados europeus, tendo, entre os anos de 1960 e 1980, França, Suíça, Holanda, Itália, União da Bélgica-Luxemburgo, Suécia, Dinamarca, Noruega, Reino Unido e Áustria, todos concluído TBIs com diversos países do mundo.¹²⁴ Também os Estados Unidos iniciaram, já no começo dos anos de 1980, seu programa de fomento de TBIs.¹²⁵

As grandes dificuldades – algumas delas analisadas nas seções anteriores deste trabalho – na criação de um quadro multilateral geral para proteção internacional de investimentos fomentaram o crescimento da utilização dos TBIs, uma vez que são estes feitos de forma *ad hoc* e podem ser negociados de tal maneira a conciliar os interesses mútuos de ambas as partes.¹²⁶

Foi precisamente no âmbito dos esforços bilaterais de proteção internacional de investimentos por meio dos TBIs e de sua expansão como principal mecanismo de proteção nesse contexto, que ocorreu uma enorme evolução no desenvolvimento da matéria, que teria o condão de mudar substancialmente o quadro da proteção de investimentos no âmbito internacional. Tal mudança ocorre a partir do ano de 1968, com uma alteração na forma de solução de disputas previstas no âmbito dos TBIs:

Até 1968, TBIs somente previam a possibilidade de resolução de disputas entre os próprios Estados por meio da formação de um tribunal arbitral ou pela submissão da disputa à Corte Internacional de Justiça. Aparentemente, o primeiro TBI que incorporou expressamente previsões de arbitragens entre investidores e Estados, apesar de tê-lo feito com algumas condicionantes, foi o TBI entre Indonésia e Holanda. [...] O TBI entre Chade e Itália (1969) parece ter sido o primeiro TBI a prever a possibilidade de arbitragem investidor-Estado com o consentimento incondicional do Estado. Este TBI, e não o TBI entre Alemanha e Paquistão, marca o verdadeiro início da prática

¹²³ GANN, Pamela B. *The U.S. Bilateral Investment Treaty Program*. Leland Stanford Junior University, 1985, p. 374.

¹²⁴ VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 169-170.

¹²⁵ GANN, Pamela B. *The U.S. Bilateral Investment Treaty Program*. Leland Stanford Junior University, 1985, p. 373-375.

¹²⁶ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 212.

moderna de TBIs, porque combina obrigações substantivas de promoção e proteção de investimentos com arbitragem investidor-Estado vinculante para enfrentar violações a tais obrigações.¹²⁷

A proteção de investimentos por meio de TBIs não esteve, contudo, imune a críticas, o que inibiu, ao longo dos anos de 1960 até o começo dos anos de 1990, sua consolidação como forma de proteção de investimentos dominante no cenário internacional:

A presunção subjacente era a de que o tratado protegeria os investimentos do país desenvolvido no território do país em desenvolvimento. Tipicamente, o tratado era escrito pelo país desenvolvido e oferecido ao país em desenvolvimento para assinatura, com o acordo final contendo apenas pequenas modificações em relação à minuta original. Esse padrão persistente conferiu uma dimensão ideológica aos tratados. Apesar de ambas as partes formalmente assumirem as mesmas obrigações, os tratados eram vistos como não recíprocos porque na prática todas as obrigações recaíam sobre o país em desenvolvimento.¹²⁸

A despeito das críticas ao modelo dos TBIs, no fim dos anos de 1980 e início dos anos de 1990 sua utilização sofreu significativo incremento, resultado, principalmente, da combinação de dois significativos fatores conjunturais à época: o primeiro deles foi uma percepção sobre o fim do comunismo como alternativa viável à ordem econômica vigente, o que levou muitos países antes hostis a investimentos

¹²⁷ No original: “Until 1968, BITs only provided for state to state dispute resolution through the establishment of an arbitral tribunal or submission of the dispute to the ICJ. It appears that the first BIT that expressly incorporates provisions for investor-state arbitration, though with qualifications, is Indonesia-Netherlands (1968). In 1969, ICSID published a series of model BIT arbitration clauses for use in BITs. Chad-Italy (1969) appears to be the first BIT that provides for investor-state arbitration with unqualified state consent. This BIT, rather than Germany-Pakistan (1959), marks the true beginning of modern BIT practice because it combines substantive investment promotion and protection obligations with binding investor-state arbitration to address alleged breaches of those obligations.” NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009, p. 44-45.

¹²⁸ No original: “Second, BITs were negotiated principally between a developed and a developing country. The underlying assumption was that the agreement would protect the investment of the developed country in the territory of the developing country. Typically, the agreement was drafted by the developed country and offered to the developing country for signature, with the final agreement reflecting only minor changes from the original draft. This persistent pattern added an ideological dimension to the agreements. Although both parties formally assumed the same obligations, the agreements were perceived as nonreciprocal because in practice the obligations all fell on the developing country party.” VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 170-171.

estrangeiros a buscar ativamente atraí-los para si;¹²⁹ o segundo deles foi a falta de fundos públicos para fomento de desenvolvimento, como resultado de recessões dos anos anteriores, gerando a necessidade da busca por fundos privados, fomentada, sobretudo, pela visão liberal de mercado promovida pelos Estados Unidos e Europa com vistas à intensificação da liberalização da economia mundial.¹³⁰ Como resultado desses fatores, o número de TBIs, que era de 309 em 1988 passou para 2.608 apenas 20 anos mais tarde,¹³¹ chegando ao número total de 2.946 TBIs no fim de 2015.¹³² Tal tendência de assinatura de TBIs também atingiu, a partir dos anos de 1990, os países latino-americanos, que passaram a assiná-los em massa e a, inclusive, ratificar, em grande número, a Convenção ICSID.¹³³

Foi uma combinação da previsão de arbitragem investidor-Estado de forma ampla, aliada à subsequente massificação de assinatura de TBIs nos anos 90 que mudou por completo a face da proteção internacional de investimentos, criando as primeiras características do que viria a ser entendido como um sistema pretensamente autônomo no contexto do direito internacional. É, portanto, inegável que a construção daquilo que veio a ser tido como a proteção internacional de investimentos em sua formatação contemporânea se deu por meio da influência exercida pelos Estados exportadores de capital no âmbito do fomento dos modernos TBIs, tendo sido eles o grande mecanismo de integração dos Estados no âmbito da proteção internacional de investimentos.¹³⁴

Nesse contexto, parece que a formatação da proteção internacional de investimentos que emergiu naquele momento não contou com nenhum tipo de debate ou consideração de ordem democrática sobre as possíveis interferências desse campo nas

¹²⁹ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 104.

¹³⁰ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press: 2004, p. 215.

¹³¹ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 104.

¹³² World Investment Report 2016 – UNCTAD, p. 101. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf. Acesso em 10/7/2017.

¹³³ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009, p. 50.

¹³⁴ VANDELDELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005, p. 183-184.

realidades domésticas dos Estados receptores de investimentos, nem em outros campos do direito internacional, o que pode ter sido um dos fatores responsáveis pela emergência de alguns dos problemas contemporâneos existentes na proteção internacional de investimentos, que serão analisados na Parte final deste trabalho.

As particularidades da arbitragem investidor-Estado e seus impactos para a proteção internacional dos investimentos serão vistos na próxima Parte deste trabalho, sendo relevante para o presente momento uma análise mais profunda sobre algumas particularidades do ponto de vista material dos modernos TBIs. De maneira geral, os modernos TBIs apresentam configurações bastante parecidas, começando por uma apresentação dos objetivos gerais do tratado de promoção e proteção de investimentos entre os Estados signatários, seguido de uma identificação dos tipos de investimentos protegidas pelo tratado e dos critérios de nacionalidade que qualificam o investidor para proteção no âmbito do tratado, seguido do padrão de tratamento ao qual devem ser submetidos os investimentos, alguma menção aos padrões de indenização para os casos de expropriação e, por fim, a previsão de arbitragem para a resolução de controvérsias relativas aos investimentos.¹³⁵

Uma das mais relevantes consequências da assinatura de TBIs pelos Estados é a criação de *lex specialis* entre os Estados signatários do tratado,¹³⁶ o que efetivamente retira a disputa do âmbito do direito internacional geral e leva, a priori, para a estrita aplicação das regras definidas pela manifestação de vontade das partes contratantes. Além disso, a previsão geral de resolução de controvérsias por meio da arbitragem investidor-Estado teve o condão de elevar significativamente a efetividade das garantias materiais previstas nos referidos tratados, e de difundir de maneira contundente a busca por parte dos investidores por reparação por danos a seus investimentos que alegam ter sofrido, conforme será visto com maior profundidade na Parte seguinte do presente trabalho.

¹³⁵ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 217.

¹³⁶ M. Sornarajah, por exemplo, afirma que: “Esses tratados são melhor interpretados como criando *lex specialis* entre as partes, ao invés de como criando princípios costumeiros de direito internacional.” No original: “These treaties are best seen as creating *lex specialis* between the parties rather than as creating customary principles of international law.” SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 206.

Digno de menção, por fim, é o fato de que também no âmbito dos esforços bilaterais, o Brasil se mostra relutante em embarcar na proteção de investimentos por meio dos modernos TBIs. Nenhum dos TBIs assinados pelo Brasil foi, até o presente momento ratificado,¹³⁷ se mostrando o Brasil, dessa maneira, relutante a aceitar a utilização de arbitragem investidor-Estado para resolução de conflitos no âmbito da proteção dos investimentos, bem como de encampar as tradicionais garantias materiais contidas na maioria dos TBIs.¹³⁸ Considerando que, conforme será visto à frente com maior profundidade é precisamente o elemento da arbitragem investidor-Estado que norteia as próximas análises propostas pelo presente trabalho, a situação específica e a formatação escolhida pelo Brasil para o desenvolvimento de suas iniciativas de proteção e fomento de investimentos não serão objeto do presente estudo.

¹³⁷ Informações disponíveis em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>. Acesso em 10/7/2017.

¹³⁸ Sobre as razões para tal posicionamento por parte do Brasil no que diz respeito à sua visão sobre a proteção internacional de investimentos, afirma, por exemplo, José Augusto Fontoura Costa: “Assim, a recuada brasileira seguiu a convicção de que os APPRIs poderiam ter efeitos inesperados, bem além da confirmação de parâmetros jurídicos internos e o efeito de sinalização positivo. Além disso, o fluxo consistente de entrada de capitais estrangeiros e o destacado interesse nas privatizações de empresas públicas levaram à convicção de que a adoção de APPRIs não era necessária. Feitas as conta, decidiu-se que a ratificação não valia a pena. A mesma resistência à possível mitigação de competências e poderes internos vale para acordos bilaterais, regionais e multilaterais. O Brasil, à exceção de um curto período nos anos 90, vem resistindo de maneira contínua à inclusão do tema dos investimentos nas negociações econômicas internacionais, o que valeu para a discussão no âmbito da OMC como um dos temas de Singapura e para as negociações da Alca. Raciocínio similar serve para compreender a resistência à adesão ao Cisdí. A preocupação com a ingerência estrangeira em assuntos internos e a convicção de que os investidores estrangeiros, ressalvadas umas poucas exceções, devem se submeter integralmente ao ordenamento interno estão no fundamento da postura brasileira de, em um primeiro momento, não assinar e, mais tarde, aderir à CW [Convenção de Washington], possibilidade que chegou a ser aventada nos anos 90.” COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 264-265.

6. Conclusões preliminares: da Política ao Direito?

Ao longo da história de sua formação e desenvolvimento, a proteção internacional de investimentos experimentou com várias das fontes e categorias clássicas do direito internacional, tal como a ideia de princípios no direito internacional, a ideia de responsabilidade internacional do Estado, o uso da força nas relações internacionais, as cortes internacionais, o instituto da proteção diplomática, a criação de obrigações por meio de tratados multilaterais e bilaterais. Foi somente nesta última fonte do direito internacional, contudo, que a proteção internacional de investimentos encontrou solo realmente fértil para sua consolidação no âmbito do direito internacional.

Foi preciso, no entanto, que mais um elemento fosse incorporado à tradicional formatação dos tratados bilaterais no direito internacional – reino historicamente habitado unicamente por Estados soberanos e, ainda que somente em tese, iguais entre si – para que fosse de fato possível para a proteção internacional de investimentos cruzar a tênue linha que separa as promessas de suas realizações e criar um elemento que conferisse efetividade aos compromissos assumidos entre os Estados no âmbito dos referidos tratados de investimento. É muito curioso notar como teve a proteção internacional de investimentos, movida pela contundente força dos interesses políticos e econômicos das potências dominantes, a capacidade de forjar e moldar mais uma categoria clássica do direito internacional – a resolução de disputas por meio da arbitragem internacional – às suas necessidades específicas.

A criação de tratados de investimento dotados de cláusula de resolução de controvérsias por meio da arbitragem investidor-Estado mudou por completo não somente a face, mas o ritmo de desenvolvimento da proteção de investimentos. Nesse sentido, sua construção deixou de ser obra exclusiva da vontade dos Estados e passou a se desenrolar, em grande parte, pela ação dos muitos tribunais arbitrais que passaram a interpretar as categorias de proteção de investimentos contidas nos tratados e nos princípios gerais de direito internacional, dando corpo às regras materiais que regulam esse campo.

Kenneth J. Vandeveld afirma, com invejável convicção, que foi exatamente a disponibilização ao investidor de um mecanismo legal que não dependesse da vontade

dos Estados de exercer proteção diplomática sobre seus pleitos ou usar da força para defendê-los, que teve o condão de levar a proteção internacional dos investimentos do reino da política para o domínio do direito.¹³⁹ Mas, até que ponto é possível afirmar que o direito no qual passou a se inserir a proteção internacional de investimentos não é fruto de construção política e do embate entre forças e interesses conflitantes? Parece inegável que foi de fato essa alteração de ambiente da proteção internacional de investimentos que teve o condão de mudar por completo seu paradigma e todo o caminho de sua evolução que veio em seguida. É importante, contudo que os impactos de tal mudança sejam analisados de forma contextualizada, sem que tal separação entre o que é político e o que é direito tenha o condão de dogmaticamente cegar a análise que se pretende empreender das intrínsecas conexões – aliadas também ao reino da economia – existente entre essas categorias.

Ao que tudo indica, portanto, o tortuoso caminho percorrido pela proteção internacional de investimentos levou-a a um ponto no qual parece ser possível afirmar que tal categoria do direito internacional faz, de fato, parte do domínio do direito – ainda que com todas as ressalvas críticas aqui apresentadas –, sendo dotada de um grau de abrangência e aplicação nunca antes experimentados em seus anos de formação. Resta agora investigar quais foram os elementos do contexto de desenvolvimento do direito internacional contemporâneo que possibilitaram à proteção internacional de investimentos alcançar seu atual status, bem como quais são as consequências sistêmicas que essa mudança de paradigma por meio da arbitragem investidor-Estado trouxe para a categorização e posicionamento da proteção de investimentos dentro do direito internacional. Por fim, será possível investigar quais foram as consequências mais notáveis trazidas pelo desenvolvimento desse pretense sistema de direito internacional, a partir de algumas decisões de tribunais arbitrais em matéria de investimentos, como verdadeiros elementos de formação da proteção internacional de investimentos em sua formatação atual.

¹³⁹ VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12, Nº 1, 2005, p. 175.

**PARTE II – ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E A PROTEÇÃO
INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS: MUDANÇA DE PARADIGMAS E
NOVOS PERCURSOS**

7. Anotações Preliminares: o Contexto da Proteção Internacional de Investimentos e os Atores do Direito Internacional – entre a capacidade e a personalidade jurídica no plano internacional

Uma análise da evolução histórica do direito internacional evidencia diferentes abordagens sobre quais seriam os atores¹⁴⁰ do cenário internacional – bem como quais seriam as extensões de seus direitos e prerrogativas – a depender do contexto histórico e da ótica adotada para a análise. Um primeiro contexto – que será aqui denominada visão restritiva dos atores do direito internacional – propaga uma ideia de que somente os Estados seriam dotados de capacidade e personalidade jurídica no direito internacional; já um segundo contexto – que será aqui denominada visão abrangente dos atores do direito internacional – a despeito de ter ganhado força mais recentemente, em termos históricos, propõe uma visão mais ampla sobre o tema, com base, sobretudo, no que diz respeito ao papel do indivíduo no direito internacional, em uma proposta de retomada da visão clássica dos chamados pais fundadores do direito internacional, no seio do denominado direito das gentes.

Em termos históricos, boa parte da análise proposta pela Parte anterior do presente trabalho, no que diz respeito às origens e ao desenvolvimento da proteção dos investimentos no âmbito do direito internacional, deu-se no contexto da referida visão restritiva dos atores do direito internacional, contexto em que a ordem internacional se baseava, sobretudo, na ideia do equilíbrio entre poderes estatais soberanos, fruto, em grande medida, da lógica adotada pelas potências signatárias dos tratados de paz de Vestifália, já mencionados em outras oportunidades no presente trabalho, e, posteriormente, de uma visão positivista extrema sobre o direito. Esse paradigma de direito internacional levou a proteção internacional de investimentos, até certo ponto de sua história, a se desenvolver, sobretudo no âmbito das relações entre os próprios Estados, restando ao indivíduo e às corporações buscar a tutela do Estado para efetivar

¹⁴⁰ A palavra “atores” é aqui propositalmente empregada para evidenciar o fato de que os sujeitos do direito internacional desempenham papel ativo nesse contexto, não sendo meros objetos de direitos e obrigações, mas dotados de capacidade para, no contexto do direito internacional, valer-se desses direitos e responder por essas obrigações.

quaisquer direitos que pudessem ter, conforme amplamente analisado na Parte anterior desse trabalho.

As gradativas mudanças no contexto do direito internacional – e também do mundo –, levaram a uma paliativa mudança de concepção sobre os atores do direito internacional, seus direitos e prerrogativas, a partir, notadamente, de uma retomada de boa parte da visão clássica dos grandes fundadores da disciplina. Nesse contexto, surge o que foi aqui denominada visão abrangente dos atores do direito internacional, segundo a qual passou-se a admitir que outros atores – sobretudo os indivíduos, as corporações e as organizações internacionais – pudessem ser dotados de responsabilidade, direitos, deveres e capacidade no direito internacional. Tal mudança de mentalidade do direito internacional, naturalmente, repercutiu também no âmbito da proteção internacional dos investimentos, possibilitando, notadamente, o surgimento e consolidação do direito de acesso direto pelo investidor a mecanismos internacionais de resolução de controvérsias, particularmente à arbitragem investidor-Estado.

A presente seção deste trabalho passará a analisar, portanto, os dois contextos e visões do direito internacional acima mencionados, de modo a permitir avaliar como referidos contextos podem ter influenciado o desenvolvimento dos mecanismos de acesso direto pelos investidores ao direito internacional no âmbito da proteção de investimentos, mudando a face do sistema de proteção internacional de investimentos de forma significativa.

7.1. O Direito Internacional sob a Ótica Vestifáliana: uma visão restritiva dos atores do Direito Internacional

Os tratados de paz assinados no ano de 1648 por grande parte das nações europeias da época marcam o fim da chamada Guerra dos Trinta Anos, que assolava a Europa desde 1618. Uma das principais causas da Guerra dos Trinta Anos foi a ameaça à hegemonia do domínio da Igreja Católica e do Sacro Império Romano Germânico surgida, sobretudo, por força das reformas protestantes desencadeadas pela Reforma de

Martinho Lutero no ano de 1517.¹⁴¹ A organização da Europa durante boa parte da Idade Média se deu a partir do poder central da Igreja Católica, manifestado por meio do Sacro Imperador Romano como seu líder temporal e do Papa como seu líder espiritual.¹⁴² Nesse contexto, portanto, a possibilidade de exercício de soberania pelos países europeus inseridos no domínio do Império e da Igreja era bastante limitada, o que se evidenciou, sobremaneira na tentativa por parte do Império de restaurar a unidade da fé católica e combater as aspirações federalistas dos príncipes germânicos.¹⁴³

Assim, o fim da Guerra dos Trinta Anos e a assinatura dos tratados de paz de Vestifália representaram uma ruptura da ideia de unidade do domínio da Igreja sobre a Europa, conforme evidencia Arthur J. Almeida-Diniz, ao afirmar que: “*O preâmbulo dos tratados traduz a preocupação com valores cristãos, não sem a inevitável ambiguidade de um novo imperialismo nascente: o imperialismo territorial.*”¹⁴⁴

É assim que começa a construção de uma nova ordem mundial, baseada não mais na hegemonia absoluta da Igreja, mas fundada na gênese da concepção moderna de Estado¹⁴⁵ e do equilíbrio de poderes entre esses Estados, soberanos tanto do ponto de vista territorial quanto do ponto de vista da dominação da Igreja. É o que descreve James Crawford:

O início do período moderno também testemunhou a emergência de estados “soberanos” das reivindicações do Império, seculares ou religiosas. Os estados surgiram como entidades materiais independentes e o direito

¹⁴¹ ZAYAS, Alfred-Maurice de. *Peace of Westphalia*. In BERNHARDT, R. (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 1. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1981, p. 536.

¹⁴² ZAYAS, Alfred-Maurice de. *Peace of Westphalia*. In BERNHARDT, R. (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 1. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1981, p. 536.

¹⁴³ ZAYAS, Alfred-Maurice de. *Peace of Westphalia*. In BERNHARDT, R. (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 1. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1981, p. 536.

¹⁴⁴ ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabres Editor, 1995, p. 90.

¹⁴⁵ Nesse sentido, afirma Antonio Cassese: “A comunidade internacional em sua formação moderna é contemporânea à consolidação dos Estados.” No original: “The international community in its modern shape is contemporaneous with the consolidation of States.” CASSESE, Antonio. *States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community*. In FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press, 2012, p. 49.

internacional foi uma das formas que eles desenvolveram de administrar suas relações.¹⁴⁶

É nesse cenário, portanto, que começa a se desenvolver o direito internacional sob a ótica dos tratados de paz de Vestifália, no contexto de influência da soberania dos Estados e na preocupação com o equilíbrio de poderes entre esses Estados soberanos. Os impactos desses tratados e da realidade que eles criaram podem assim ser resumidos:

Os tratados de Münster e Osnabruck, na Vestefália, em 24 de outubro de 1648, marcaram o fim da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648): o fim de uma era e o início de outra, em matéria de política internacional, com acentuada influência sobre o direito internacional, então em seus primórdios. [...] Podem ser apontados não somente o conceito de neutralidade na guerra, em relação aos estados beligerantes, como também fazer paralelo, entre o princípio então adotado, da determinação da religião do estado pelo governante, o que seria o ponto de partida do princípio contemporâneo da não-ingêrência nos assuntos internos dos estados. Desde então, o desenvolvimento do direito internacional marchou rapidamente.¹⁴⁷

O período entre os referidos tratados de paz e o fim do séc. XIX evidenciou a consolidação do domínio exclusivo dos Estados no campo do direito internacional e o início do desenvolvimento das primeiras regras de convívio entre esses Estados no plano internacional:

O que caracterizou os primeiros séculos de desenvolvimento da comunidade internacional foi a presença exclusiva dos Estados como atores do cenário internacional. Povos e indivíduos não tinham voz, e os indivíduos eram meramente objeto do poder do Estado, seja como nacionais, estrangeiros ou piratas (enfaticamente designados pela expressão *hostes humani generis*). Outra característica marcante da comunidade internacional nesse estágio inicial (e até o séc. XIX) era a escassez das regras de direito que regulavam as relações internacionais. Existia somente um núcleo de regras: aquelas sobre a conclusão de tratados; a troca de e os direitos e privilégios relacionados a diplomatas; o livre uso do alto mar; captura de piratas; e o recurso à força (tanto para proteger os próprios interesses quanto para fazer valer direitos); e também algumas regras rudimentares sobre a guerra.¹⁴⁸

¹⁴⁶ No original: “The early modern period also saw the emergence of ‘sovereign’ states from the claims of Empire, secular or religious. States emerged as material, independent entities and international law was one of the ways they developed of managing their relations.” CRAWFORD, James. *Browlie’s Principles of Public International Law*. 8ª Ed. London: Oxford University Press, 2012, p. 9.

¹⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 64-65.

¹⁴⁸ No original: “What characterized the first centuries of development of the international community was the sole presence of States as actors on the international scene. Peoples and individuals had no say, and individuals were only objects of state power, either as nationals, or as foreigners, or as pirates (emphatically designated with the expression of *hostes humani generis*). Another striking feature of the

A partir do final do séc. XIX e início do séc. XX, o imperialismo europeu e o estreitamento das relações de poder entre os Estados no cenário internacional contribuíram de forma significativa para a consolidação da ordem internacional com base na lógica da relação entre Estados soberanos e a expressão de seus consentimentos. Esse aspecto deixava pouco, ou nenhum espaço, para o protagonismo de outros atores:

Em termos de história intelectual, o direito internacional era, portanto, europeu em sua origem, apesar de que a Europa em questão era grande, se estendendo para todo o Mediterrâneo, para a Rússia e o Leste Próximo; dali o direito internacional viajava com os colonizadores para as Américas, Ásia, África e, por fim, Oceania. [...] Nesse ponto, a “estrutura moderna” do direito das nações estava reconhecidamente em vigor. O sistema de relações diplomáticas, reconhecimento, organizações internacionais, tratados, direito internacional costumeiro, tinham ganhado contornos essencialmente modernos. Ao mesmo tempo, o colonialismo moldou o mundo em uma imagem eurocêntrica. Por volta dos anos de 1920, o número de estados do mundo tinha sido reduzido para algo em torno de 64, dos quais 16 eram antigas colônias espanholas e portuguesas nas Américas do Sul e Central. [...] Talvez como correspondência dessa redução, era atribuída à soberania valor único na esfera internacional. Por volta dos anos de 1920, era amplamente pensado que o direito internacional era totalmente dependente do consentimento – implícito ou expresso – dos estados, e era aplicável somente aos estados.¹⁴⁹

Um dos mais influentes pensadores do direito internacional, Lassa Oppenheim, por sua vez, era enfático ao afirmar que:

world community in this initial stage (and until the 19th century) was the paucity of legal rules regulating international intercourse. States were both unable and uninterested in agreeing upon common standards of behaviour. There only existed a core of rules: those on the conclusion of treaties; the exchange of, and the rights and privileges accruing to diplomats; the free use of the high seas; the capture of pirates; and the resort to force (admissible both to protect one's own interests and to vindicate one's rights); as well as some rudimentary rules of warfare.” CASSESSE, Antonio. *States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community*. In FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press, 2012, p. 54-55.

¹⁴⁹ No original: “In terms of intellectual history, international law was thus European in origin, although the Europe in question was large, extending to the whole Mediterranean, to Russia and the Near East; thence international law travelled with the colonizers to the Americas, to Asia, to Africa and eventually to Oceania. [...] By this stage, the ‘modern structure’ of the law of nations was recognizably in place. The system of diplomatic relations, recognition, international organizations, treaties, and customary international law had taken on essentially modern contours. At the same time, colonialism had reshaped the world in a Eurocentric image. By the 1920s, the number of states in the world has been reduced to some 64, of which 16 were former Spanish and Portuguese colonies in South and Central America. [...] Perhaps as a concomitant of this reduction, sovereignty was assigned unique value in the international sphere. By the 1920s, it was widely thought that international law was entirely dependent on the consent – express or implied – of states, and was applicable to states alone.” CRAWFORD, James. *Browlie’s Principles of Public International Law*. 8^a Ed. London: Oxford University Press, 2012, p. 9.

Uma vez que o Direito das Nações é baseado no consentimento comum de Estados individuais, e não de seres humanos individuais, os Estados única e exclusivamente são sujeitos de direito internacional. Isso significa que o Direito das Nações é um direito para a conduta dos Estados, e ao de seus cidadãos. Os sujeitos dos direitos e deveres que emanam do Direito das Nações são somente e exclusivamente os Estados.¹⁵⁰

O mesmo autor vai ainda mais fundo ao analisar se os indivíduos, como parte fundamental dos Estados, poderiam ter algum direito garantido pelo direito internacional, e afirma:

Se olharmos de perto para esses direitos, se torna bastante óbvio que eles não são concedidos para os indivíduos diretamente pelo Direito das Nações. Por que como poderia o direito internacional, que é um direito entre Estados, conceder direitos aos indivíduos no que diz respeito às suas relações com um Estado?¹⁵¹

Em uma das decisões mais notórias e comentadas de toda a jurisprudência da Corte Mundial, a CPJI, ao decidir o chamado caso *Lotus*,¹⁵² também reafirmou a visão de que o direito internacional seria protagonizado por Estados soberanos e a eles destinado:

O direito internacional rege as relações entre Estados independentes. As regras de direito vinculantes para os Estados, portanto, emanam de suas próprias vontades livres, expressadas em convenções ou por meio de usos geralmente aceitos como expressando princípios do direito e estabelecidos de modo a regular as relações entre essas comunidades independentes coexistentes, ou com vistas ao alcance de metas em comum.¹⁵³

Foi também nesse contexto que ganhou força uma visão excessivamente positivista sobre o direito, que, quando não negava por completo a existência do direito

¹⁵⁰ No original: “Since the Law of Nations is based on the common consent of individual States, and not of individual human beings, States solely and exclusively are the subjects of International Law. This means that the Law of Nations is a law for the international conduct of States, and not of their citizens. Subjects of the rights and duties arising from the Law of Nations are States solely and exclusively.” OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise. Vol. I – Peace*. Longman Green and Co., 1905, p. 18-19.

¹⁵¹ No original: “If we look more closely into these rights, it becomes quite obvious that they are not given to the favoured individuals by the Law of Nations directly. For how could International Law, which is a law between States, give rights to individuals concerning their relations to a State?” OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise. Vol. I – Peace*. Longman Green and Co., 1905, p. 342.

¹⁵² CPJI. *Caso SS Lotus (França vs. Turquia)*.

¹⁵³ No original: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims.” CPJI. *Caso SS Lotus (França vs. Turquia)*. Sentença, p. 18.

internacional,¹⁵⁴ pregava uma visão exacerbada da ideia do voluntarismo como fonte quase que exclusiva de legitimidade do direito internacional, resultando no protagonismo praticamente hegemônico por parte dos Estados no campo internacional, conforme avalia Cançado Trindade:

A personificação do Estado todo-poderoso, inspirada na filosofia do direito de Hegel, teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do Século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. [...] Toda uma corrente doutrinária, - do positivismo tradicional, - formada, além de Triepel e Anzilotti, também por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, dentre outros, passou a sustentar que somente os Estados eram sujeitos do Direito Internacional Público.¹⁵⁵

Também Gerson Boson parece atribuir culpa a tais leituras positivistas do direito pela exacerbção do papel do Estado e consequente ofuscação do indivíduo no plano internacional:

Não temos dúvida de que a chamada proteção diplomática e o acesso a uma Corte como direito exclusivo do Estado são construções positivistas que não destroem a presença do indivíduo na relação jurídica *material*. A introdução do conceito de soberania incontrolável no Direito das gentes, com êsse aspecto indisfarçável de veículo lógico à consecução de fins políticos, trouxe, em preceitos normativos, a eliminação da capacidade direta dos indivíduos para as demandas internacionais. Mas isto, evidentemente, só da relação *formal* elimina o particular, que continua sendo o sujeito do direito *substantivo*.¹⁵⁶

Uma das principais vozes defensoras da visão do direito internacional do qual somente os Estados poderiam ser sujeitos de direito foi Jeremy Bentham:

Em 1789, Jeremy Bentham criou o termo “direito internacional” na sua *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação*. Bentham definiu o novo conceito como o direito que se relaciona com “as mútuas transações entre

¹⁵⁴ “John Austin afirmava que, porque o direito internacional público reivindicava regular matérias entre estados soberanos que, como soberanos, não poderiam ser reguladas por nenhuma autoridade externa, o direito internacional seria uma forma de ‘moralidade positiva’ e não seria direito de maneira alguma.” No original: “John Austin argued that because public international law claimed to regulate matters between sovereign states which as sovereigns could not be regulated by any outside authority, international law was just a form of ‘positive morality’ and not really law at all.” JANIS, M. W. *Individuals as Subjects of International Law*. Cornell International Law Journal. Vol. 7. Issue 1, 1984, p. 63.

¹⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 192-193.

¹⁵⁶ BOSON, Gerson de Britto Mello. *O Homem como Sujeito de Direito Internacional*. Belo Horizonte, 1951, p. 10.

soberanos como tais.” Ele pensava que “todas as transações que podem ter lugar entre indivíduos que são sujeitos de diferentes estados são reguladas por leis internas e decididas por tribunais internos” dos estados soberanos individuais. Categorizando o direito com base nas “pessoas as quais condutas são o objeto do direito”, Bentham concluiu que o direito internacional tinha somente estados como seus sujeitos.¹⁵⁷

Ou seja, parece que tanto do ponto de vista da influência da sistemática dos tratados de paz de Vestifália quanto do ponto de vista da influência dessa leitura do pensamento positivista sobre o direito, por muito tempo, a ideia dominante sobre os atores do direito internacional era a de que somente os Estados seriam sujeitos de direitos e prerrogativas no bojo do direito internacional, restando ao indivíduo apenas o campo dos diferentes direitos internos dos Estados.

Assim, sob a ótica por um longo período de tempo dominante no direito internacional, parecia altamente contestável – se não, para alguns, absolutamente inconcebível – que o indivíduo pudesse ter acesso direto ao direito internacional, seja como sujeito de direitos seja como detentor de prerrogativas e capacidade para delas se valer. Essa realidade fez com que o desenvolvimento da proteção internacional dos investimentos, por muito tempo – conforme analisado em detalhes na primeira Parte deste trabalho – se desse sob a constante tutela dos Estados.

Ao longo de seu desenvolvimento, contudo, o direito internacional foi experimentando mudanças que possibilitaram o gradual abandono da visão restritiva dos atores e partícipes da ordem mundial para caminhar no sentido de um retorno às concepções clássicas dos grandes pensadores que fundaram o direito internacional como o chamado direito das gentes, o que refletiu também no contexto da proteção internacional de investimentos, notadamente por meio da criação de mecanismos processuais acessíveis diretamente pelos próprios investidores, conforme será analisado mais adiante nesse trabalho.

¹⁵⁷ No original: “In 1789, Jeremy Bentham created the term ‘international law’ in his Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Bentham defined the new concept as the law which relates to ‘the mutual transactions between sovereigns as such.’ He thought that ‘as to any transactions which may take place between individuals who are subjects of different states, these are regulated by the internal laws, and decided upon by the internal tribunals’ of individual sovereign states. Categorizing laws on the basis of ‘the persons whose conduct is the object of the law,’ Bentham concluded that international law had only states as its subjects.” JANIS, M. W. *Individuals as Subjects of International Law*. Cornell International Law Journal. Vol. 7. Issue 1, 1984, p. 62.

7.2. O Direito Internacional sob Perspectivas Contemporâneas: uma visão abrangente dos atores do Direito Internacional

A despeito da aparente predominância das visões sobre o direito internacional que defendiam os Estados como os únicos sujeitos do direito internacional, a questão da capacidade de outros sujeitos – notadamente dos indivíduos – sempre foi um tópico de significativo debate no direito internacional. Um dos precoces defensores da personalidade jurídica do indivíduo no direito internacional, Gerson Boson, assim criticou aqueles que entendiam em contrário:

A capacidade jurídica de agir pressupõe a personalidade, e não o contrário. A capacidade de agir é um desdobramento da personalidade que, por sua vez, se desdobra em capacidade processual de agir e esta, em direito de postular, perante instâncias internacionais, na forma que for determinada pelos criadores de tais instâncias. Assim, a verificação de que normas de Direito internacional declaram direitos subjetivos basta para, em conceitos de realidade jurídica, excluir deduções dos que negam a personalidade internacional do homem, baseados em argumentos rotineiros de processualística.¹⁵⁸

Outro importante defensor dos indivíduos como sujeitos de direito internacional, Nicolas Politis, ainda no ano de 1927, assim resumiu a visão da doutrina dominante sobre o papel do indivíduo no direito internacional, para então criticá-la:

O indivíduo, como tal, não era nem membro nem sujeito da comunidade internacional. [...] Ele não poderia, diretamente, nem a invocar nem a ela ascender. [...] Nenhuma ação de sua parte contra um Estado era concebível nem por meio da arbitragem nem perante um tribunal internacional. [...] Na vida jurídica dos povos, o indivíduo não se evidencia a não ser por meio da organização política da qual ele faz parte. Considerado somente na sua qualidade de humano, ele era ignorado pelo direito internacional.¹⁵⁹

A partir desse quadro, Politis se posiciona de maneira enfática e precocemente lúcida:

¹⁵⁸ BOSON, Gerson de Britto Mello. *A Internacionalização dos Direitos do Homem*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1972, p. 9-10.

¹⁵⁹ No original: “L’individu, comme tel, n’était membre ni sujet de la communauté internationale. [...] Il ne pouvait directement ni l’invoquer ni le subir [...] Aucune action, de sa part, contre un État n’était concevable ni par voie d’arbitrage ni devant un tribunal international. [...] Dans la vie juridique des peuples, l’individu n’apparaissait que derrière l’organisation politique dont il faisait partie. Considéré en sa seule qualité humaine, il était ignoré par le droit international.” POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachete, 1927, p. 55-57.

No estado de complexidade que ele obteve, o direito internacional não pode cumprir sua missão, se não de maneira imperfeita, se ele se limitar a editar para os homens regras de conduta, deixando para os governos o cuidado de as fazer valer na ordem interna e internacional. Ele deve também organizar as sanções para suas regras de tal maneira que possam os homens, diretamente e sem intermediários, ter os seus benefícios e sentir os seus efeitos. Ele deve fornecer ao indivíduo os meios de defender ele mesmo seus interesses legítimos, e aos governos e, eventualmente, às organizações internacionais, os poderes necessários à salvaguarda do interesse geral da comunidade dos povos contra as empreitadas ilegais dos indivíduos.¹⁶⁰

De modo a dar suporte à sua visão, Politis identifica algumas situações de fato existentes no direito internacional à sua época que depunham contra a impossibilidade de acesso pelo indivíduo ao direito internacional, afirmando que já existiam naquele contexto, situações nas quais a ação judiciária direta pelo indivíduo fora admitida, tal como na Corte de justiça internacional que funcionou na América Central entre 1907 e 1917 e perante os tribunais arbitrais mistos instituídos pelos tratados de paz de 1919-1920.¹⁶¹

Também Gerson Boson faz lúcida anotação sobre interessantes particularidades do acesso ao direito internacional pelo indivíduo no contexto dos mencionados tribunais arbitrais mistos do pós Primeira Guerra Mundial:

Mas é no exemplo dos Tribunais Arbitrais Mistos que melhor se definiu, com relação à Paz de 1.919, o direito dos indivíduos de reivindicar perante a justiça internacional, direito êsse exercitado por inúmeros nacionais dos diversos países europeus, pessoas físicas e jurídicas. E justamente a nacionalidade do demandante particular constituia uma das questões preliminares de maior importância, pôsto que os apátridas estavam excluídos dos benefícios dos tratados, bem assim os nacionais, com relação aos danos causados por atos de guerra da própria pátria.¹⁶²

¹⁶⁰ No original: “Dans l’état de complexité où il est parvenu, le droit international ne peut arreindre sa mission que de manière bien imparfaite s’il se bone à édicter aux hommes des règles de conduite, en laissant aux gouvernant le soin de les réaliser dans l’ordre interne et international. Il droit aussi organiser les sanctions de ces règles de telle manière que les hommes puissent directement et sans intermédiaire en avoir le bénéfice et en sentir l’effet. Il faut accorder à l’individu le moyen de défendre lui-même ses intérêts légitimes at aux gouvernant et, éventuelement, aux organes internationaux, les pouvoirs nécessaires à la sauvegarde de l’intérêt général de la communauté des peuples contre les enterprises illégales de l’individu.” POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachete, 1927, p. 82-83.

¹⁶¹ POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachete, 1927, p. 66.

¹⁶² BOSON, Gerson de Britto Mello. *O Homem como Sujeito de Direito Internacional*. Belo Horizonte, 1951, p. 118.

Para além desse quadro, uma das primeiras contribuições reais¹⁶³ para o enfraquecimento da ideia da hegemonia absoluta dos Estados no direito internacional foi o início do surgimento das organizações internacionais, ainda no período entre guerras, que passaram a ser entendidas como dotadas de – ainda limitada – capacidade no direito internacional:

[...] em sua sessão de Bruxelas, em 1923, ele [o Instituto de Direito Internacional] adotou por unanimidade, sobre a condição jurídica das Associações internacionais sem fins lucrativos, um projeto de convenção que coloca essas Associações sobre a proteção direta do direito internacional e lhes concede a faculdade de atacar perante a Corte permanente de justiça internacional certas decisões de Governos tomadas contra elas em violação às regras do direito internacional.¹⁶⁴

Contudo, foi somente com o fim da Segunda Guerra Mundial que o desenvolvimento do papel das organizações internacionais ganhou força significativa, contribuindo para a alteração do paradigma do direito internacional exclusivo dos Estados. Um grande exemplo desse fato foi a criação da ONU, que teve o condão de consolidar a gradativa ascensão das organizações internacionais como sujeitos de direito internacional. Tais organizações passaram a gozar de maior autonomia em relação aos Estados, trazendo também elas consequências que contribuiriam para que o direito internacional experimentasse significativas mudanças:

O surgimento das organizações internacionais, atuando tanto no plano universal como regional, e nos mais distintos domínios da atividade humana (político, segurança, econômico, social, cultural), veio, por sua vez, a

¹⁶³ Há de se mencionar também os esforços consubstanciados na criação da Liga das Nações, no contexto do pós Primeira Guerra Mundial, no sentido de questionar a ideia da hegemonia absoluta dos Estados e de suas vontades no plano internacional; tais esforços contudo, não se mostraram bem sucedidos, como pontua, por exemplo, Alain Pellet: “A título político, esta organização tem como objectivo essencial a manutenção da paz. Como não lhe foram atribuídos poderes suficientes para sancionar a agressão, a S.d.N [Sociedade das Nações ou Liga das Nações] só pode contar com as virtudes da democracia internacional, designadamente a discussão pública entre dirigentes responsáveis. Todavia, a saída dos Estados autoritários (Alemanha, Japão) e a ausência de certas grandes potências (Estados Unidos, URSS antes de 1934 e depois de 1939) fazem com que perca uma grande de sua credibilidade e acentuam a sua dimensão europeia.” NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 72.

¹⁶⁴ No original: “[...] à sa session de Bruxelles, en 1923, il a adopté à l’unanimité, sur la condition juridique des Associations internationales sans but lucratif, un projet de convention qui place ces Associations sous la protection directe du droit international et leur donne la faculté d’attaquer devant la Cour permanente de justice internationale certaines décisions des Gouvernements prises contre elles en violation des règles du droit international.” POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachete, 1927, p. 70.

ampliar o corpus juris do Direito Internacional, a começar pelas próprias personalidade e capacidade jurídicas internacionais. Estas últimas, outrora apanágio dos Estados, passaram a abarcar também as organizações internacionais, acarretando uma reavaliação – e ampliação – do capítulo dos sujeitos do Direito Internacional. O modelo westfaliano do ordenamento internacional, marcado pela visão puramente inter-estatal das relações internacionais, não resistiu aos desafios dos novos tempos.¹⁶⁵

Outro importante evento ocorrido após o fim da Segunda Guerra Mundial também teve o condão de colocar em xeque a visão predominante no direito internacional sobre a hegemonia dos Estados como sujeitos do direito internacional, ao passo que evidenciou a gradual construção também da responsabilidade internacional do indivíduo:

Os julgamentos dos criminosos de guerra nazistas após a Segunda Guerra Mundial realçaram as limitações do positivismo. Confrontados com os excessos de um estado aparentemente “civilizado”, aqueles formulando e aplicando o direito internacional descartaram qualquer pretensão no sentido de que o direito internacional se aplicaria somente ao comportamento dos estados. A Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fez expressamente com que indivíduos fossem sujeitos às regras internacionais relativas a crimes contra a paz, crimes de guerra, e crimes contra a humanidade. Em Nuremberg e em outros tribunais de guerra, milhares de indivíduos foram julgados e condenados; centenas foram executados. Nuremberg reestabeleceu clara e vigorosamente que as regras de direito internacional devem e se aplicam a indivíduos.¹⁶⁶

Estavam, portanto, lançadas as bases para a gradativa alteração do paradigma do direito internacional que vigia desde os tratados de paz de Vestifália e que se sustentava, posteriormente, em uma visão positivista extrema sobre o direito; não se podia mais afirmar que o direito internacional girava única e exclusivamente em torno dos Estados, sendo fundado na manifestação expressa de vontade por parte destes. O direito internacional – bem como as vozes que se opunham à tal tendência – teria que conviver com os “novos” sujeitos de direito.

¹⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª Ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2003, p. 722-723.

¹⁶⁶ No original: “The trials of Nazi war criminals after the Second World War highlighted the limitations of positivism. Faced with the excesses of a seemingly ‘civilized’ state, those formulating and applying international law discarded any pretense that international rules applied only to state behavior. The Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg explicitly made individuals subject to international rules relating to crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity. At Nuremberg and in other war trials, thousands of individuals were tried and convicted; hundreds were executed. Nuremberg re-established plainly and forcefully that the rules of international law should and do apply to individuals.” JANIS, M. W. *Individuals as Subjects of International Law*. Cornell International Law Journal. Vol. 7. Issue 1, 1984, p. 65-66.

Interessante notar, nesse ponto, que as proposituras a respeito da personalidade e capacidade do indivíduo como sujeito de direito no campo internacional, ao contrário de evidenciarem uma visão extremamente progressista da matéria, parecem surgir de uma retomada das ideias dos pensadores clássicos do direito internacional:

A ideia de o direito internacional rege não somente as relações de estados independentes, mas que suas provisões são diretamente vinculantes para os indivíduos sem a intermediação de seus estados, é pelo menos tão antiga quanto à ciência do direito internacional, que se originou no sec. XVI. Grócio considerava o direito das nações como um corpo de regras governando as atividades de indivíduos nas relações internacionais, ao invés de um corpo de disposições vinculantes entre os estados em suas relações com outros estados. Pufendorf enfatiza a identidade da lei natural vinculante para indivíduos e estados. Hobbes expressa opinião similar.¹⁶⁷

Também Cançado Trindade se filia à esta corrente de pensamento, em análise no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, chegando a culpar de maneira enfática o positivismo jurídico pela ofuscação do papel do indivíduo no direito internacional, em contraste com o pensamento dos fundadores do direito das gentes:

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente universal, vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de “vontade própria”, reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estados a este “concedia”. O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se o critério predominante no direito internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos. Isto dificultou a compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio Direito Internacional, reduzindo-o a direito estritamente inter-estatal, não mais acima, mas entre Estados soberanos.¹⁶⁸

Ao que parece, portanto, em sua origem, o tradicional direito das nações, que passou a ser – incorretamente – equiparado com o direito internacional definido como o

¹⁶⁷ No original: “The idea that international law rules not only the intercourse of independent states but also that its provisions are directly binding on individuals without the intermediary of their state, is at least as old as the science of international law, which originated in the sixteenth century. Grotius considered the law of nations as a body of rules governing the activities of individuals in international relations rather than as a body of provisions binding on states in their relations with other states. Pufendorf stresses the identity of the natural law binding for individuals and states. Hobbes expresses a similar opinion.”KOROWICZ, Marek. *The Problem of the International Personality of Individuals*. The American Journal of International Law. Vol. 50, 1956, p. 534.

¹⁶⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 191-192.

regramento das relações estritamente entre Estados,¹⁶⁹ concedia ao indivíduo um grau muito maior de prestígio, sendo, em grande medida, a ele finalmente destinado.

A consolidação da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito de direito internacional – em diversas áreas do direito internacional – foi classificada por Cançado Trindade como sendo “*o legado mais precioso do pensamento jurídico do século XX*”¹⁷⁰, de modo que, ao que parece, não faz mais sentido afirmar, no contexto do direito internacional contemporâneo, que somente os Estados poderiam ser dotados de capacidade e direitos no plano internacional:

Não existe nenhuma regra geral no sentido de não poderem os indivíduos ser “sujeitos do direito internacional”, e em alguns contextos específicos, os indivíduos têm direitos *intuito personae* os quais podem eles reivindicar por meio de ação internacional, notadamente no campo dos direitos humanos e da proteção de investimentos.¹⁷¹

Especificamente no campo da proteção internacional de investimentos, conforme antevisto na citação acima transcrita, também exerceu influência a gradativa alteração de visão sobre os atores do direito internacional, seus direitos e, sobretudo, sua capacidade jurídica. Um dos eventos mais relevantes nesse sentido, foi a já mencionada criação da Convenção ICSID, que teve o condão de, de forma pioneira, conceder ao indivíduo o direito de acesso direto a um mecanismo internacional de resolução de controvérsias por meio do qual poderia ele buscar reparação diretamente contra os Estados. Essas gradativas alterações de visão do direito internacional – também no âmbito da proteção internacional de investimentos – foram cruciais para o desenvolvimento da matéria, de modo que pudesse ela alcançar o estágio de evolução no qual hoje se encontra.

Uma vez que parece aceita a possibilidade, no contexto do direito internacional contemporâneo, de ter o indivíduo acesso a mecanismos internacionais de resolução de controvérsias, faz-se necessário analisar as características da arbitragem como método

¹⁶⁹ JANIS, M. W. *Individuals as Subjects of International Law*. Cornell International Law Journal. Vol. 7. Issue 1, 1984, p. 62.

¹⁷⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 187.

¹⁷¹ No original: “There is no general rule that individuals cannot be ‘subjects of international law’, and in particular contexts individuals have rights *intuito personae* which they can vindicate by international action, notably in the field of humans rights and investment protection.” CRAWFORD, James. *Browlie’s Principles of Public International Law*. 8ª Ed. Oxford University Press, 2012, p. 121.

de resolução de conflitos no âmbito do direito internacional, passando por seu emprego tanto no direito internacional público quanto privado, nas suas implicações em relação à ideia de soberania e de autonomia da vontade para, ao cabo, analisar com maior profundidade o instituto da arbitragem investidor-Estado, um dos elementos essenciais para a formação e configuração da proteção internacional de investimentos na sua concepção atual.

8. A Arbitragem no Direito Internacional

Alguns autores chegam a apontar evidências de aplicação da arbitragem até mesmo no contexto da mitologia grega, trazendo alguns relatos de disputas entre deuses e semideuses que teriam sido resolvidas por um terceiro em um contexto remotamente semelhante à ideia moderna de arbitragem internacional.¹⁷² De modo geral, a arbitragem pode ser caracterizada, desde sua origem e, em certa medida, até sua formatação moderna, como um método privado de resolução de disputas, escolhido pelas próprias partes como uma forma eficiente de colocar um fim às disputas existentes entre elas sem a necessidade de recorrer a um órgão jurisdicional,¹⁷³ seja este órgão dedicado à resolução de conflitos entre Estados ou entre particulares, no âmbito doméstico ou internacional.

No plano internacional, portanto, as arbitragens podem ser empregadas para resolução de disputas entre Estados no que diz respeito a questões estritamente relacionadas ao direito internacional público e aos interesses dos Estados em especial, ou para resolução de disputas entre particulares, sobretudo no âmbito comercial, quando a relação jurídica apresentar elementos de estraneidade, conforme será visto com maior riqueza de detalhes a seguir.

Além disso, a depender das partes envolvidas – particulares ou Estados – a arbitragem internacional poderá ter algumas características distintivas, sendo, contudo, certo que a arbitragem entre Estados e a arbitragem entre particulares – esta última notadamente no âmbito do comércio internacional – se desenvolveram concomitantemente, com objetivos, institutos e procedimentos bastante semelhantes.¹⁷⁴

Passaremos, desta maneira, a analisar o instituto da arbitragem, primeiramente no âmbito do direito internacional público – nas relações entre Estados –, em seguida no âmbito do direito internacional privado – nas relações privadas entre particulares,

¹⁷² BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 7.

¹⁷³ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ª Ed. Sweet and Maxwell: London, 2004, p. 1.

¹⁷⁴ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 7.

notadamente no campo do comércio internacional – e, por fim, no âmbito da proteção internacional de investimentos, na figura da arbitragem investidor-Estado. Ao cabo será também feita uma análise específica da questão do consentimento na arbitragem, delineando seus contornos em cada âmbito da arbitragem internacional anteriormente analisados.

8.1. A Arbitragem nas Relações Internacionais entre Estados

Foi na Grécia que a adjudicação pacífica de disputas internacionais por meio de arbitragem entre Estados – ou entidades equivalentes aos Estados – teve sua verdadeira origem e primeiros desenvolvimentos.¹⁷⁵ Os relatos históricos reportam a utilização da arbitragem para resolução de disputas no mundo grego por mais de quinhentos anos.¹⁷⁶ Com o crescimento de Roma – primeiro como república e depois como império – e sua política beligerante de dominação, a arbitragem perdeu força no âmbito das relações entre os Estados e entidades equiparáveis.¹⁷⁷

Com o passar dos anos, a Idade Média trouxe a dominação da Igreja sobre a Europa – e, em certa medida, sobre o mundo – passando a arbitragem entre nações a ser tratada como uma forma de resolução de controvérsias condizente com os valores cristãos, como defendia Hugo Grócio:

Seguramente, portanto, é uma forma de encerrar suas disputas, equilibrando seus poderes, e acertando suas pretensões, digna de ser adotada pelos Reis e Estados Cristãos. Por que se, de modo a evitar julgamentos perante juízes que são estranhos à verdadeira religião, os Judeus e Cristãos nomeassem árbitros próprios, e esta foi uma prática recomendada e ordenada por São Paulo, quanto mais deve ser recomendada e aplicada, de modo a alcançar o ainda mais nobre objetivo de se evitar as calamidades da guerra.¹⁷⁸

¹⁷⁵ FRASER, Henry S. *A Sketch of the History of International Arbitration*. Cornell Law Review. Vol. 11. Issue 2, 1926, p. 185.

¹⁷⁶ FRASER, Henry S. *A Sketch of the History of International Arbitration*. Cornell Law Review. Vol. 11. Issue 2, 1926, p. 188.

¹⁷⁷ FRASER, Henry S. *A Sketch of the History of International Arbitration*. Cornell Law Review. Vol. 11. Issue 2, 1926, p. 189-190.

¹⁷⁸ No original: “Surely then it is a mode of terminating their disputes, balancing their powers, and settling their pretensions worthy to be adopted by Christian Kings and States. For if, in order to avoid

Nesse contexto, portanto, a arbitragem era vista como uma forma de se evitar o recurso à guerra para a resolução de divergências entre os Estados. A submissão pelos Estados à vontade de um terceiro por eles escolhido constituía elemento relevante na tentativa de se evitar a guerra e conservar a paz.

Ou seja, de modo a resolver suas divergências no âmbito do direito internacional, os Estados, por muito tempo, tinham duas alternativas básicas: iniciar uma guerra ou buscar uma solução pacífica (na maioria das vezes por meio de arbitragem ou negociações diplomáticas). É o que afirmava Carlos Calvo, já nos anos de 1860:

No estado atual da sociedade e do direito, as nações não podem encontrar um tribunal superior sobre a terra, diante do qual compareçam para a resolução de suas diferenças. Têm somente dois meios para resolvê-las: as negociações amistosas, *via amicabile*, e as atitudes mais ou menos violentas, *via facta*. As primeiras são geralmente classificadas pelos publicistas em acordos, transações, mediações, arbitragens, conferências; e as segundas em coerção, represálias, sequestro e embargo.¹⁷⁹

Com a evolução do direito internacional e o gradativo – ainda que lento – abandono da guerra como opção para resolução das disputas entre os Estados, a arbitragem passa a ganhar ainda mais espaço. Um dos marcos mais relevantes para o desenvolvimento da arbitragem, apontado como o início da era moderna no âmbito da arbitragem internacional, foi a assinatura do chamado tratado de Jay, em 1794, entre o Reino Unido e os Estados Unidos da América, que pode ser assim caracterizado:

Entre outras coisas, em um esforço determinado de restaurar as relações amigáveis entre os recém-independentes Estados Unidos e o Reino Unido, o Tratado de Jay previa a instituição de três mecanismos arbitrais diferentes, lidando com disputas de fronteiras, reivindicações de mercadores britânicos contra nacionais americanos e reivindicações de nacionais americanos contra o Reino Unido. Esse foi um passo notável, entre quem eram até

trials before judges who were strangers to the true religion, the Jews and Christians appointed arbitrators of their own, and it was a practice recommended and enjoined by St. Paul, how much more ought such a practice to be recommended and enforced, to gain the still nobler end of preventing the calamities of war.” GRÓCIO, Hugo. *The Rights of War and Peace* (Tradução de A.C. Campbell), 1901, p. 276.

¹⁷⁹ No original: “En el estado actual de la sociedad y del derecho, las naciones no pueden encontrar un tribunal superior sobre la tierra, delante del cual comparezcan para el arreglo de sus diferencias. Solo tienen dos medios para resolverlas; las negociaciones amistosas, *via amicabile*, y los hechos mas o ménos violentos, *via facta*.” CALVO, Carlos. *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*. Paris: D’amyot, 1868, p. 407.

recentemente inimigos, que introduziu novos tempos na arbitragem entre estados.¹⁸⁰

Inaugurou-se, assim, a nova era de utilização da arbitragem entre Estados, passando tal mecanismo a mostrar-se cada vez mais presente no âmbito da relação entre esses no plano internacional. A utilização da arbitragem no contexto moderno da história das relações internacionais precede até mesmo a utilização da via jurisdicional – por meio de tribunais internacionais – para resolução de conflitos, devido, sobretudo, ao caráter mais respeitador da soberania do Estado observável na arbitragem.¹⁸¹

A importância da arbitragem nesse contexto de inexistência de autoridade jurisdicional central no âmbito do direito internacional se encontra muito bem compreendida na definição de arbitragem já proposta por Lassa Oppenheim, em obra do ano de 1905:

Arbitragem é o nome para a resolução de diferenças entre Estados por meio do veredito de um ou mais árbitros escolhidos pelas partes. Como não há poder político central acima, nem uma Corte Internacional que possa exercer jurisdição sobre Estados Soberanos, as diferenças entre os Estados, ao contrário das diferenças entre indivíduos, não podem, como regra, ser obrigatoriamente resolvidas por cortes de justiça. A única forma pela qual a resolução de diferenças entre Estados por meio de veredito pode ser alcançada é quando os Estados em conflito consentem em se submeter a um veredito de um ou mais árbitros escolhidos por elas mesmas para tal propósito.¹⁸²

Um dos passos mais importantes na consolidação da arbitragem como mecanismo de solução de disputas internacionais entre Estados foi a criação da CPA, no

¹⁸⁰ No original: “Among other things, in a determined effort to restore amicable relations between the newly-independent United States and Great Britain, Jay’s Treaty provided for the establishment of three different arbitral mechanisms, dealing with boundary disputes, claims by British merchants against U.S. nationals and claims by U.S. citizens against Great Britain. This was a remarkable step, between recent combatants, which ushered a new age of inter-state arbitration.” BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 12-13.

¹⁸¹ NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 884.

¹⁸² No original: “Arbitration is the name for the determination of differences between States through the verdict of one or more umpires chosen by the parties. As there is no central political authority above, and no such International Court as could exercise jurisdiction over, the Sovereign States, State differences, unlike differences between private individuals, cannot as a rule be obligatorily settled in courts of justice. The only way in which a settlement of State differences through a verdict may be arrived at is that the conflicting States voluntarily consent to submit themselves to a verdict of one or more umpires chosen by themselves for that purpose.” OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise*. Vol. II – *War and Neutrality*. Longman Green and Co., 1905, p. 15.

âmbito da Convenção da Haia de 1899, posteriormente confirmada pela Convenção da Haia de 1907. A organização e principais características da CPA, no âmbito da Convenção da Haia de 1899, podem ser assim descritas:

De conformidade com os artigos 20 a 29 da Convenção da Haia para a solução Pacíficas de controvérsias internacionais, os Países Signatários, em 1900, organizaram a Corte Internacional de Arbitragem na Haia. Esta organização compreende três corpos distintos –, a saber, o Conselho Administrativo Permanente da Corte, o Bureau Permanente da Corte, e a própria Corte de Arbitragem. Mas um quarto corpo também deve ser notado –, a saber, o tribunal a ser constituído para decidir cada caso. [...] A Corte de Arbitragem (artigo 23) consiste de um grande número de indivíduos “de reconhecida competência em matéria de Direito Internacional, gozando da mais alta reputação moral”, selecionados e nomeados pelos Países Signatários. [...] A Corte assim constituída tem jurisdição sobre todos os casos de arbitragem, a não ser que as partes concordem no sentido de um tribunal especial composto por árbitros selecionados fora da lista de membros da Corte (artigo 21). A Corte de Arbitragem não decide os casos levados diante dela, mas um tribunal é criado para cada caso em particular por meio de seleção de um certo número de árbitros da lista de membros da Corte.¹⁸³

A CPA mantém, desde sua criação, uma formatação bastante semelhante, tendo sido o principal mecanismo empregado pelos Estados para resolução de seus litígios até a criação da CIJ.¹⁸⁴ Nesse contexto, podem os Estados parte da Convenção submeter suas disputas à resolução por arbitragem nos termos da Convenção, por meio de um compromisso específico para resolução de um litígio surgido entre elas, ou por meio de cláusulas de arbitragem inseridas em determinados tratados.

¹⁸³ No original: “In compliance with articles 20 to 29 of the Hague Convention for the peaceful adjustment of international differences, the signatory Powers in 1900 organised the International Court of Arbitration at the Hague. This organisation comprises three distinct bodies—namely, the Permanent Administrative Council of the Court, the International Bureau of the Court, and the Court of Arbitration itself. But a fourth body must also be distinguished — namely, the tribunal to be constituted for the decision of every case. The Court of Arbitration (article 23) consists of a large number of individuals ‘of recognised competence in questions of International Law, enjoying the highest moral reputation,’ selected and appointed by the signatory Powers. The Court thus constituted has jurisdiction over all cases of arbitration, unless there shall be an agreement between the parties for a special tribunal of arbitrators not selected from the list of the members of the Court (article 21). The Court of Arbitration does not as a body decide the cases brought before it, but a tribunal is created for every special case by selection of a number of arbitrators from the list of the members of the Court.” OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise. Vol. I – Peace*. Longman Green and Co., 1905, p. 498-500.

¹⁸⁴ CRAWFORD, James. *Browlie’s Principles of Public International Law*. 8ª Ed. Oxford University Press, 2012, p. 733.

Uma das características mais marcantes da arbitragem é sua extrema flexibilidade procedimental, podendo esta, ao contrário do que em geral ocorre com a resolução por meio de tribunais internacionais, ser moldada pela vontade das partes para servir da melhor forma possível ao propósito de resolução de uma disputa específica entre elas.¹⁸⁵ Contudo, é relevante notar que os procedimentos de arbitragens internacionais envolvendo Estados mostram, de forma consistente na história de seu desenvolvimento, sobretudo a partir do séc. XIX, uma série de características em comum:

Estas incluem um sistema essencialmente contencioso, com os estados sendo livres para – e exigidos a – apresentar seus respectivos casos, frequentemente por meio de advogados e/ou agentes; um procedimento adjudicatório, com decisões baseadas nas submissões de provas e argumentos legais das partes e geralmente resultando em uma sentença fundamentada; e esforços contínuos para o desenvolvimento de procedimentos que forneçam um procedimento arbitral justo, eficiente e célere.¹⁸⁶

Outra característica extremamente relevante do procedimento de arbitragem entre Estados é a possibilidade – que se apresenta de maneira bastante consistente no contexto histórico de emprego da arbitragem – de as partes nomearem os árbitros que decidirão aquele litígio, geralmente por meio de nomeações unilaterais de determinado número de árbitros por cada parte envolvida na disputa.¹⁸⁷

Podemos, portanto, concluir que o emprego da arbitragem é uma das alternativas mais antigas para a resolução de disputas internacionais entre Estados, estando esta assentada em seu consentimento e apresentando-se como uma forma contenciosa de resolução desses conflitos, com suficiente flexibilidade procedimental para atender às necessidades dos Estados em cada caso concreto. A arbitragem, portanto, constitui até

¹⁸⁵ NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 883.

¹⁸⁶ No original: “These have included an essentially adversarial procedure, with states being free – and required – to present their respective cases, often through counsel and/or agents; an adjudicative procedure, with decisions being based on the evidentiary and legal submissions of the parties and generally resulting in a reasoned award; and continuing efforts to devise procedures that would provide a fair, efficient and expeditious arbitral process.” BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 19.

¹⁸⁷ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 20-24.

hoje um método relevante e amplamente difundido de adjudicação de disputas internacionais entre Estados.

Passaremos, em seguida, a analisar as particularidades e principais características da arbitragem no âmbito do direito internacional privado, como método de resolução de disputas privadas entre particulares.

8.2. A Arbitragem nas Relações Privadas Internacionais entre Particulares

As principais características do instituto da arbitragem são comuns tanto à sua aplicação entre Estados quanto entre particulares, podendo, de modo geral, a arbitragem entre particulares ser definida como uma forma de solução de controvérsias civis alternativa à via judicial, bastante empregada na prática, sobretudo no contexto do comércio internacional e caracterizada pela faculdade garantida às partes de escolher livremente quem decidirá a controvérsia, conferindo-lhe poder e autoridade para dar tal decisão.¹⁸⁸

Também de forma semelhante ao que ocorreu no contexto das arbitragens entre Estados no âmbito internacional, as primeiras evidências de utilização de arbitragem para solução de disputas entre particulares podem ser encontradas no contexto do Egito, Grécia e Roma, sendo empregada para resolução de disputas de diversas naturezas, incluindo, questões de direito de família, disputas sobre heranças e questões comerciais.¹⁸⁹

Parece também claro que, de forma semelhante ao que ocorreu com as arbitragens entre Estados, a ausência de uma estrutura judiciária centralizada para lidar com administração da justiça em matérias civis, em grande parte das sociedades antigas,

¹⁸⁸ LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato – Il sistema e L'esperienza*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2004, p. 3.

¹⁸⁹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 24-30.

também fomentou a precoce utilização da arbitragem no contexto das relações entre particulares.¹⁹⁰

Nesse contexto, foi no domínio do comércio internacional que a arbitragem, desde suas origens, ganhou mais força, tendo sido empregada de forma massiva no âmbito das guildas de comerciantes e outras organizações profissionais existentes na Europa medieval, regulando boa parte das relações entre mercadores da Confederação Suíça, do Norte da Itália, da região da Alemanha, da França e da Inglaterra.¹⁹¹ Tal era o prestígio da arbitragem em certo ponto na história que, no contexto do direito francês, ainda no ano de 1560, a legislação previa a obrigatoriedade do uso da arbitragem em determinadas matérias, entre as quais “*as diferenças entre mercadores no que diz respeito às suas mercadorias*”.¹⁹² Também no contexto do direito brasileiro, a utilização da arbitragem pode ter suas origens traçadas de volta ao Império, tendo sido até o ano de 1866 também obrigatória para algumas matérias indicadas no Código Comercial de 1850.¹⁹³

No âmbito do comércio internacional, desde as primeiras manifestações de utilização do instituto da arbitragem, esta evoluiu de tal maneira que chega a ser classificada por René David como sendo a verdadeira jurisdição do comércio internacional.¹⁹⁴ São, portanto, as arbitragens comerciais internacionais que representam a verdadeira contraposição às arbitragens internacionais entre Estados, se mostrando essas duas ao mesmo tempo semelhantes em termos de características principais e fundamentos históricos de desenvolvimento, e distintas em termos de protagonistas e objeto. É, portanto, no campo das arbitragens comerciais internacionais que o emprego do instituto da arbitragem entre particulares no âmbito internacional ganha maior relevância e apresenta maior nível de desenvolvimento. A popularidade da arbitragem –

¹⁹⁰ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 25.

¹⁹¹ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 30-31.

¹⁹² No original: “Sans remonter inutilement aux temps le plus anciens, on notera, touchant l’ancien droit, que l’édit de François II, d’août 1560, confirmé par l’ordonnance de Moulins, rendait l’arbitrage force en certaines matières: les différends entre marchands pour le fait de leurs marchandises [...]” ROBERT, Jean. *L’arbitrage – Droit Interne, Droit International Privé*. 5ª Ed. Paris: Dalloz, 1983, p. 4.

¹⁹³ ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 461-462.

¹⁹⁴ DAVID, René. *L’arbitrage dans le Commerce International*. Paris: Economica, 1982, p. 5.

como método no qual podem as partes, em regra, delimitar livremente o objeto do litígio, fixar as regras processuais aplicáveis e escolher o direito que será aplicável ao mérito da controvérsia¹⁹⁵ – no âmbito do comércio internacional se mostra bastante compreensível quando são levadas em conta as características básicas do comércio internacional, conforme observa Amílcar de Castro:

Notando que o comércio internacional é essencialmente movimento, rapidez, dinamismo, migração de homens, circulação de mercadorias e de capitais, fala Gannagé que êsse movimento vem se chocar com a nação, entidade política e econômica que cada vez mais se organiza e se nacionaliza em face de outras, e por isso as regras que o governam devem ser, ao mesmo tempo, maleáveis, para não embaraçarem o movimento das transações internacionais, e firmes para não sacrificarem o equilíbrio econômico da nação e a ordem interna.¹⁹⁶

Dois aspectos que se mostram particularmente relevantes para a análise das arbitragens nas relações comerciais internacionais são a determinação do caráter internacional e do caráter comercial de certa arbitragem. Tais determinações se mostram especialmente complexas, posto que, como o objeto da análise são as relações entre particulares no âmbito internacional, é quase inevitável que tal análise se conecte a diferentes direitos nacionais – das partes do litígio, do local onde se desenvolve a arbitragem, etc. – e as definições de “internacional” e “comercial” se diferem de forma significativa de Estado para Estado.¹⁹⁷

No que diz respeito à ideia de internacionalidade de determinada arbitragem, contudo, de maneira geral, a questão pode ser assim descrita:

O termo “internacional” é usado para marcar a diferença entre arbitragens que são puramente nacionais ou domésticas e aquelas que de alguma maneira transcendem os limites nacionais, e assim são internacionais ou, na terminologia adotada pelo Juiz Jessup “transnacionais”. Algumas vezes é dito que toda arbitragem é uma arbitragem “nacional”, uma vez que tem que se desenvolver em determinado lugar e está, portanto, sujeita às leis nacionais daquele lugar. Enquanto esse pode ser um tópico interessante de debate, é costumeiro na prática distinguir entre arbitragens puramente

¹⁹⁵ MOURA VICENTE, Dário. *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra Editora, 1990, p. 68.

¹⁹⁶ DE CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 2ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 157.

¹⁹⁷ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 14.

“domésticas” e aquelas que são “internacionais” (devido à natureza da disputa, da nacionalidade das partes ou outro critério relevante).¹⁹⁸

As possibilidades de diferenças na abordagem quanto ao caráter internacional ou doméstico de determinada arbitragem são bem ilustradas pelas distintas regulações da matéria encontradas nos direitos nacionais de determinados países. No caso francês, por exemplo, explica Jean Robert, fazendo referência ao artigo 1492 do Código de Processo Civil francês vigente à época, e que tem redação idêntica ao artigo 1504 do atual código:¹⁹⁹

Ainda que o artigo 1492 disponha que “é internacional a arbitragem que trata de interesses do comércio internacional”, se constata que esta é a única definição que nos fornece o texto legal, o que não é provido de conteúdo nem se define que não negativamente e por meio de antítese.²⁰⁰

Já no do direito brasileiro, por exemplo, o legislador optou por uma definição mais simples e precisa a respeito do caráter internacional de determinada arbitragem, como explica Carlos Alberto Carmona ao comentar o dispositivo da Lei nº 9.307/1996 – Lei Brasileira de Arbitragem – que trata do assunto:

[...] optou o legislador brasileiro por definição mais objetiva, mais simples, embora tecnicamente criticável, baseando-se apenas e tão somente no local onde o laudo será proferido. Será assim nacional a sentença arbitral se o laudo for proferido dentro do território brasileiro, ainda que os árbitros devam tratar de questão ligada ao comércio internacional e ainda que estejam em jogo ordenamentos jurídicos variados; será estrangeiro o laudo

¹⁹⁸ No original: “The term ‘international’ is used to mark the difference between arbitrations which are purely national or domestic and those which in some way transcend national boundaries and so are international, or in the terminology adopted by Judge Jessup, ‘transnational’. It is sometimes said that every arbitration is a ‘national’ arbitration, in the sense that it must be held at a given place and is accordingly subject to the national law of that place. Whilst this may be an interesting topic for debate, it is customary in practice to distinguish between arbitrations which are purely ‘domestic’ and those which are ‘international’ (because of the nature of the dispute, the nationality of the parties or some other relevant criteria)” REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 14.

¹⁹⁹ “Artigo 1504: É internacional a arbitragem que trata de interesses do comércio internacional” No original: “Article 1504: Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.”

Disponível

em:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3F80C8711E4A74510FBBA477CF46BD8C.tp_dila15v_2?idSectionTA=LEGISCTA000023450640&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20170507. Acesso em 10/7/2017.

²⁰⁰ No original: “Lorsque l’article 1492 dispose qu’ ‘est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international’, l’on constate que telle est la seule définition que fournit le texte legal, ce qui n’y est pas contenu ne se définissant que négativement et par antithèse.” ROBERT, Jean. *L’arbitrage – Droit Interne, Droit International Privé*. 5ª Ed. Paris: Dalloz, 1983, p. 219.

arbitral se proferido fora do território nacional, ainda que sejam as partes brasileiras, resolvendo controvérsia decorrente de contrato celebrado no Brasil e que aqui deva ser cumprido.²⁰¹

Também no que diz respeito à natureza “comercial” de determinada arbitragem – sobretudo de determinada arbitragem *internacional* – é preciso adotar uma abordagem pragmática e internacionalista na definição do conceito, como explicam Fouchard, Gaillard e Goldman:

Veremos que, nesse contexto, comércio internacional significa todas as trocas econômicas através das fronteiras nacionais, ao invés de a estreita e técnica definição encontrada no direito doméstico francês. Em arbitragem internacional, uma interpretação ampla de comércio deve, portanto, ser adotada: qualquer arbitragem internacional entre companhias na qual a disputa é econômica em sua natureza será considerada comercial.²⁰²

Como uma escolha pelas partes de determinada relação jurídica privada pluriconectada – e, portanto, internacional – a arbitragem se mostra, no contexto do direito internacional privado, intimamente relacionada à ideia do conflito de jurisdições, sinteticamente definido por Jacob Dolinger como o objeto do direito internacional privado que “*cuida de definir a competência do Judiciário de cada país na solução dos conflitos que envolvem pessoas, coisas ou interesses que extravasam os limites de uma soberania.*”²⁰³

Em uma relação jurídica que extravasa os limites de uma soberania e apresenta, portanto, chances de conflitos entre as possibilidades de competência de vários poderes judiciários diferentes, há naturalmente incerteza e insegurança para as partes da relação em questão. Esses problemas advindos da dificuldade de determinação de qual judiciário terá jurisdição para decidir uma questão comercial internacional já eram identificados desde os primórdios da utilização da arbitragem, como explica Gary Born:

²⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei N° 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 439.

²⁰² No original: “We shall see that, in this context, international commerce means all economic exchanges across national boundaries, rather than the narrow, technical definition found in French domestic law. In international arbitration, a broad interpretation of commerciality should therefore be adopted: any international arbitration between companies where the dispute is economic in character will be considered to be commercial.” FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 35.

²⁰³ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2.

Colocado de forma simples, a arbitragem era utilizada em parte substancial, como uma forma de superar as peculiares dificuldades e incertezas de litígios internacionais em cortes domésticas. Um dos mais proeminentes historiadores Europeus do período feudal coloca a questão desta maneira: “Os casos mais sérios poderiam ser ouvidos em muitas cortes diferentes exercendo jurisdição em paralelo. Certamente existiam algumas regras que, em teoria, determinavam os limites de competência de várias cortes; mas a despeito delas, a incerteza persistia. Os registros feudais que chegaram até nós são abundantes em cartas relativas a disputas entre jurisdições concorrentes [...]”²⁰⁴

É, portanto, nesse contexto, e de modo a evitar as referidas dificuldades e incertezas, que optam as partes de determinada relação jurídica internacional – e em enormes proporções de uma relação *comercial internacional* – por empregar a arbitragem internacional para resolução dos conflitos presentes ou futuros advindos dessa relação jurídica.

O desenvolvimento da arbitragem comercial internacional fez surgir novas preocupações por parte dos estudiosos que se dedicam à matéria, sendo uma das mais atuais destas questões advinda precisamente da particularidade já mencionada a respeito das múltiplas conexões existentes nesse tipo de arbitragem a distintos ordenamentos jurídicos domésticos. Nesse sentido, apontam Fouchard, Gaillard e Goldman sobre as duas distintas visões dominantes sobre a questão das leis aplicáveis à arbitragem comercial internacional:

[...] de acordo com a primeira teoria, o procedimento arbitral deve ser regido, na ausência de acordo pelas partes, pela lei da sede da arbitragem; as regras de conflito de leis da sede da arbitragem devem ser utilizadas na determinação da lei aplicável ao mérito da disputa; as regras mandatórias a serem aplicadas pelos árbitros devem ser aquelas da sede da arbitragem; nenhuma renúncia a uma ação para anulação pode ser tolerada, sob pena de se colocar em risco todo o procedimento arbitral; e, finalmente, quando anulada, uma sentença arbitral deixa de existir e não pode ser executada em nenhuma jurisdição. Em contraste, de acordo com a segunda teoria, os árbitros gozam de extensa autonomia para determinar as regras procedimentais aplicáveis; eles também estão livres para selecionar as regras

²⁰⁴ No original: “Simply put, arbitration was used in substantial part as a means of overcoming the peculiar difficulties and uncertainties of international litigation in state courts. One of Europe’s leading historians of the feudal period put it as follows: ‘The most serious cases could be heard in many different courts exercising parallel jurisdiction. Undoubtedly there were certain rules which, in theory, determined the limits of competence of the various courts; but in spite of them uncertainty persisted. The feudal records that have come down to us abound in charters relating to disputes between rival jurisdictions [...]’” BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 34.

aplicáveis ao mérito, as quais, em observância à fonte de seus poderes, podem ser regras transnacionais; os únicos requisitos imperativos a serem aplicados por árbitros internacionais são aqueles advindos da ordem pública verdadeiramente internacional; uma renúncia a qualquer ação de anulação da sentença em seu país de origem é concebível; e, por outro lado, uma sentença anulada em seu país de origem ainda pode ser executada em outros locais.²⁰⁵

Em suma, a arbitragem comercial internacional é a forma pela qual a grande maioria dos conflitos no âmbito do comércio internacional são solucionados,²⁰⁶ por meio do acordo de vontades das partes nele envolvidas, que têm o condão de afastar da jurisdição estatal – qualquer que seja a jurisdição, de conformidade com as regras de direito internacional privado de cada país, que pudesse ter competência sobre o litígio específico – para atribuir a um ou vários árbitros o poder de solucionar o litígio privado entre as partes, de acordo com as regras por elas determinadas e – ainda que haja controvérsia sobre a questão – de acordo com algumas leis dos ordenamentos nacionais que demonstrem conexão com o caso.

A compreensão sobre alguns aspectos relevantes das arbitragens internacionais entre particulares servirá de base – aliada à análise semelhante feita no âmbito das arbitragens entre Estados – para a compreensão dos fundamentos e da aplicação da arbitragem no campo da proteção internacional de investimentos, notadamente no que diz respeito à arbitragem investidor-Estado, conforme se passará a analisar.

²⁰⁵ No original: “This fundamental difference of philosophy explains many of the specific controversies regarding a number of very practical issues: according to the first theory, the arbitral procedure should be governed, failing agreement of the parties, by the law of the seat; the choice of law rules of the seat should be used in determining the law applicable to the merits of the dispute; the mandatory rules to be applied by the arbitrators should be those of the seat; no waiver of an action to set aside can be tolerated without jeopardizing the whole arbitral process; and, lastly, when set aside, an award ceases to exist and cannot be enforced in any jurisdiction. In contrast, under the second theory the arbitrators enjoy extensive freedom to determine the applicable procedure rules; they are also free to select the rules applicable to the merits, which, in keeping with the source of their powers, may be transnational rules; the only overriding requirements to be applied by international arbitrators are those of truly international public policy; a waiver of any action to set aside the award in its country of origin is conceivable; and, conversely, an award set aside in the country of origin may still be enforced elsewhere.” FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 3.

²⁰⁶ Um grande exemplo do massivo emprego da arbitragem no âmbito internacional são os números divulgados no começo de 2017 pela Corte de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional, uma das instituições de arbitragens mais movimentadas do mundo: foram números recordes no ano de 2016, com 966 novos casos registrados, envolvendo 3.099 partes de 137 países diferentes. Dados disponíveis em: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/>. Acesso em 10/7/2017.

8.3. A Arbitragem nas Relações entre Estados e Indivíduos em Matéria de Investimentos Internacionais

A partir das reflexões propostas nas seções anteriores, parecem ter ficado evidentes as origens históricas e principais características da aplicação do instituto da arbitragem para a resolução de disputas entre Estados e para a resolução de disputas entre particulares, no âmbito internacional. Resta avaliar o que ocorre quando as duas situações descritas são combinadas, gerando uma hipótese de aplicação do instituto da arbitragem para solução de disputas internacionais entre um Estado e um particular. O campo da proteção internacional de investimentos é, atualmente, um dos âmbitos do direito internacional onde tal hipótese se apresenta de forma mais nítida e recorrente.

A delimitação das fronteiras existentes entre as três hipóteses de resolução de controvérsias aqui tratadas – entre Estados, entre particulares e entre particulares e Estados – pode assim ser apresentada:

Enquanto disputas comerciais entre particulares geralmente são decididas perante cortes nacionais ou tribunais arbitrais, matérias contenciosas entre Estados podem enquadrar-se no escopo da jurisdição da Corte Internacional de Justiça ou outro sistema judicial de resolução de disputas (especializado ou regional). No que diz respeito a disputas mistas, ou seja, disputas entre Estados e particulares, especialmente aquelas relativas a investimentos, no passado, estas eram geralmente decididas perante cortes nacionais ou por meio de arbitragens ad hoc. Requerentes privados tinham poucas chances de sucesso se queriam iniciar procedimentos contra Estados ou entidades Estatais. Um Estado poderia encampar os pedidos de um de seus nacionais, – além desse direito de proteção diplomática – não existia direito a recurso direto por parte de nacionais estrangeiros contra Estados por violação de seus direitos e nenhum foro apropriado parecia estar disponível para esse tipo de disputa.²⁰⁷

²⁰⁷ No original: “While commercial disputes between private parties are usually settled before national courts or arbitral panels, contentious matters between States may fall under the jurisdiction of the International Court of Justice or other (specialized or regional) judicial dispute settlement systems. As to mixed disputes, that is, disputes between States and private parties, in particular those relating to investments, in the past, these were mostly settled either before national courts or through ad hoc arbitration. Individual claimants had very little chance of success if they intended to bring claims against States or State entities. A State could espouse a claim of one of its nationals, but – short of this right of diplomatic protection – there was no direct right of recourse by foreign nationals against States for violation of their rights and no appropriate forum seemed to be generally available for this type of disputes.” REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution*. In

Tal constatação, aliada à extensa análise já apresentada pela primeira Parte do presente trabalho no que diz respeito às alternativas de proteção internacional de investimentos existentes no âmbito do direito internacional ao longo do desenvolvimento histórico do tema, evidenciam a necessidade latente de proposição de alguma alternativa viável para a resolução de disputas sobre investimentos internacionais entre indivíduos e Estados, conciliando, na maior medida possível os distintos interesses desses dois grupos.

É nesse contexto que começa a surgir, no plano internacional, a ideia de emprego da arbitragem – já amplamente consolidada no âmbito de resolução de disputas entre Estados e entre particulares, conforme já analisado – entre um Estado e um nacional estrangeiro, para resolução de disputas relativas a investimentos internacionais.

Nesse contexto, cabe ressaltar que, conforme analisado anteriormente no presente trabalho, a evolução do direito internacional observada, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, fez com que se passasse gradativamente a admitir um maior protagonismo de outros atores além dos Estados no âmbito do direito internacional. Com isso, também no campo da proteção internacional de investimentos passou a ser concebível pelo paradigma do direito internacional, conceder ao indivíduo e às corporações acesso direto a mecanismos de solução de controvérsias, por meio, nesse caso, do emprego de arbitragem entre um Estado e um nacional de outro Estado para resolver conflitos relativos a investimentos desse último naquele primeiro.

A primeira grande consubstanciação dessa possibilidade veio por meio da criação, em 1966, da Convenção sobre Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados, a já mencionada Convenção ICSID. A Convenção ICSID criou o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos, uma das cinco organizações existentes no âmbito do Banco Mundial, a agência especializada da ONU que se dedica, entre outras funções, a promover o desenvolvimento dos seus membros por meio da facilitação de investimento de capital

para propósitos produtivos.²⁰⁸ A grande inovação da Convenção ICSID foi a adoção, em uma convenção multilateral, da premissa básica de que indivíduos poderiam ter acesso direto a um foro internacional, conforme explica Aron Broches:

Do ponto de vista jurídico, a mais notável característica da Convenção é que ela estabelece de maneira firme a capacidade de um indivíduo ou de uma corporação para proceder diretamente contra um Estado em um foro internacional, contribuindo, dessa maneira, para o crescente reconhecimento do indivíduo como um sujeito do direito internacional.²⁰⁹

O pontapé inicial dado pela criação da Convenção ICSID, portanto, impulsionou o subsequente desenvolvimento e consolidação de um modelo híbrido de resolução de disputas entre investidores e Estados por meio de arbitragem, conforme explica Jeswald Salacuse:

A Convenção cria um sistema de arbitragem que é distinto de arbitragens entre Estados e de arbitragens comerciais internacionais. Em certa medida, ele se situa entre essas duas formas de arbitragem, ao mesmo tempo em que compartilha de características de ambos os sistemas. Ela cria um sistema jurisdicional completo, autocontido para a resolução de disputas entre investidores e Estados. Dessa maneira, a Convenção estabeleceu as bases para que futuros tratados de investimento incorporassem esse mecanismo em seus textos. Portanto, um investidor pode iniciar uma ação sem a ajuda ou intervenção de seu Estado de nacionalidade e litigar em pé de igualdade procedimental com o Estado receptor de investimentos. A criação da arbitragem institucional entre investidor-Estado por meio do ICSID se transformou em um catalisador para o surgimento de outras formas institucionais e ad hoc de arbitragem.²¹⁰

É, portanto, na criação da arbitragem investidor-Estado que se observa o degrau inicial da maior mudança de paradigma experimentada pelo campo da proteção

²⁰⁸ PUIG, Sergio. *Recasting ICSID's Legitimacy Debate: Towards a Goal-Based Empirical Agenda*. Fordham International Law Journal. Vol. 36, 2012, p. 1.

²⁰⁹ No original: "From the legal point of view, the most striking feature of the Convention is that it firmly established the capacity of a private individual or a corporation to proceed directly against a State in an international forum, thus contributing to the growing recognition of the individual as a subject of international law." BROCHES, Aron. *Selected Essays – World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 198.

²¹⁰ No original: "The Convention establishes a system of arbitration that is distinct from inter-state arbitration and international commercial arbitration. In a sense, it stands between those two forms of arbitration, while sharing features of both systems. It creates a complete, self-contained jurisdictional system for the settlement of investor-state disputes. Thus, the Convention laid the foundation for future investment treaties to incorporate this mechanism into their texts. Therefore, an investor can bring suit without the aid or intervention of its national state and litigate on a procedurally equal footing with the host state. The establishment of the ICSID institutional investor-state arbitration became a catalyst for offering other institutional, as well as ad hoc, forms of arbitration." SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 420-421.

internacional de investimentos,²¹¹ com a criação de um mecanismo internacional de solução de controvérsias que concede ao indivíduo e às corporações verdadeiro *jus standi* no campo da proteção internacional de investimentos. As características, híbridas e inovadoras desse sistema de resolução de disputas são muito bem resumidas por Zachary Douglas:

O desafio analítico apresentado no regime de tratados de investimentos para a arbitragem de disputas é que este não pode ser racionalizado nem como uma forma de resolução de disputas transnacionais públicas nem privadas. Tratados de investimentos são instrumentos internacionais entre estados, regidos pelo direito internacional público dos tratados. O beneficiário principal do regime dos tratados de investimentos é, frequentemente, uma corporação constituída no âmbito de um direito doméstico, enquanto os interesses jurídicos protegidos pelo regime são um grupo de direitos sobre um investimento surgidos no âmbito de outro direito doméstico. Os padrões de proteção são estabelecidos por um tratado internacional, mas a responsabilidade por seu descumprimento é tida como dando origem a uma sentença ‘civil ou comercial’, para os propósitos de execução. Apenas esta avaliação superficial das diferentes relações jurídicas e categorias originadas do regime de tratados de investimentos é suficiente para revelar sua natureza híbrida ou *sui generis*.²¹²

A peculiar construção desse método de solução de controvérsias, iniciado sobretudo pela Convenção ICSID, evidencia como o direito de ação por danos possibilitou que o sistema ICSID navegasse, de forma pioneira, os contornos do direito internacional público e privado, direitos e obrigações contratuais e gerais, direitos nacional e internacional, através da tomada de elementos de direito internacional,

²¹¹ GHOURI, Ahmad. *Interaction and Conflict in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library. Vol. 32, Kluwer Law International, 2015, p. 31.

²¹² No original: “The analytical challenge presented by the investment treaty regime for the arbitration of investment disputes is that it cannot be adequately rationalised either as a form of public international or private transnational dispute resolution. Investment treaties are international instruments between states governed by the public international law of treaties. The principal beneficiary of the investment treaty regime is most often a corporate entity established under a municipal law, while the legal interests protected by the regime are a bundle of rights in an investment arising under a different municipal law. The standards of protection are fixed by an international treaty, but liability for their breach is said to give rise to a ‘civil or commercial’ award for enforcement purposes. Even this superficial appraisal of the different legal relationships and categories arising out of the investment treaty regime is sufficient to disclose its hybrid or *sui generis* character.” DOUGLAS, Zachary. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. British Yearbook of International Law. Vol. 74. Issue 1, p. 153.

arbitragem internacional e métodos alternativos de resolução de controvérsias, além de diplomacia.²¹³

Contudo, conforme já mencionado em outros pontos deste trabalho, cabe ressaltar que a adesão à Convenção ICSID não gera, natural e automaticamente uma submissão por parte do Estado em questão à jurisdição do ICSID para resolução de toda e qualquer disputa sobre investimentos realizados em seu território; para tal efeito, é preciso que, nos termos do Artigo 25(1) da Convenção ICSID, haja consentimento por escrito de ambas as partes envolvidas na disputa.²¹⁴

Portanto, a despeito de ter a Convenção ICSID criado as bases para a proliferação desse novo e misto mecanismo de arbitragem investidor-Estado, no âmbito estrito da Convenção ainda era necessário o consentimento expresso por parte do Estado receptor de investimento e do investidor em questão em submeter a disputa aos auspícios do ICSID para que qualquer tribunal arbitral formado de conformidade com a Convenção ICSID pudesse ter jurisdição sobre a disputa. Para a verdadeira expansão e consolidação da arbitragem investidor-Estado, faltava ainda a superação da questão do consentimento expresso e casuístico por parte do Estado – geralmente por meio de uma cláusula compromissória em um contrato assinado com o investidor – para submeter uma disputa ao mecanismo de arbitragem investidor-Estado, o que somente veio a ocorrer alguns anos depois, conforme será visto em detalhe na próxima seção deste trabalho.

A Convenção ICSID, portanto, abriu caminhos tanto para a consolidação da possibilidade de um indivíduo ou corporação ter acesso direto a um mecanismo internacional de solução de disputas em matéria de investimentos por meio de arbitragem, quanto para que cláusulas específicas por meio das quais Estados submetiam-se à jurisdição do ICSID – e também de outros centros de arbitragem ou tribunais de arbitragem *ad hoc* – para resolução de suas disputas com investidores.

²¹³ PUIG, Sergio. *No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration*. University of Pennsylvania Journal of International Law. Vol. 35. Issue 3, 2014, p. 839.

²¹⁴ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 421.

Uma das formas mais comuns de manifestação de vontade de se submeter a um procedimento de arbitragem por parte dos Estados, para resolução de disputas com investidores, é por meio da inserção de cláusulas específicas em tratados de investimento, conforme explica Zachary Douglas:

Tratados de investimento geralmente criam dois mecanismos de solução de disputas distintos: um para disputas entre investidores elegíveis e o estado receptor de investimento em relação a seus investimentos (“disputas entre investidores-Estados”) e um outro para disputas entre as partes contratantes do tratado (“disputas entre Estado-Estado”). [...] Os foros jurisdicionais prescritos para resolução de disputas entre investidores-Estados geralmente incluem uma ou mais das seguintes opções, à escolha do investidor:

- cortes domésticas do estado receptor dos investimentos;
- arbitragem ICSID de conformidade com as Regras de Arbitragem do ICSID ou com as Regras Adicionais;
- arbitragem ad hoc de conformidade com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL;
- arbitragem perante a Câmara de Comércio Internacional;
- arbitragem perante a Câmara de Comércio de Estocolmo;
- um procedimento de resolução de controvérsia previamente acordado entre o investidor e o estado receptor.²¹⁵

O primeiro tratado bilateral a prever a possibilidade incondicionada de resolução de disputas entre investidores e um dos Estados contratantes por meio de arbitragem investidor-Estado foi o tratado assinado entre o Chade e a Itália, no ano de 1969, sendo este TBI considerado o marco inicial das práticas modernas em tratados dessa natureza, uma vez que combina obrigações substantivas relativas a investimento com o

²¹⁵ No original: “Investment treaties usually create two distinct dispute resolution mechanisms: one for disputes between a qualifying investor and the host state in relation to its investment (‘investor/state disputes’) and another for disputes between the contracting state parties to the treaty (‘state/state disputes’). [...] The judicial forums prescribed for the resolution of investor/state disputes generally include one or more of the following at the option of the investor:

- municipal courts of the host state;
- ICSID arbitration pursuant to the ICSID Arbitration Rules or the Additional Facility Rules;
- ad hoc arbitration pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules;
- International Chamber of Commerce arbitration;
- Stockholm Chamber of Commerce arbitration; or
- a settlement procedure previously agreed to between the investor and host state.” DOUGLAS, Zachary. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. British Yearbook of International Law. Vol. 74. Issue 1, p. 156.

mecanismo da arbitragem investidor-Estado vinculante para tratar das violações às referidas proteções materiais.²¹⁶

Outro importante evento internacional que contribuiu de forma significativa para a consolidação da prática das arbitragens investidor-Estado foi a criação, em 1981 do Tribunal de Reclamações Estados Unidos-Irã, conforme explica Andreas Lowenfeld:

O conceito de arbitragem internacional de disputas entre investidores estrangeiros e países receptores de investimentos recebeu uma enorme e inesperada propulsão nos anos de 1980, quando, por meio de uma curiosa combinação de circunstâncias, os Estados Unidos e o Irã concordaram em criar um tribunal internacional na Haia para adjudicar reclamações entre, de um lado nacionais e companhias Americanas e, de outro, o governo do Irã e suas entidades detidas pelo governo. Por mais de quinze anos, o Tribunal ouviu centenas de casos, pequenos e grandes, advindos da abrupta mudança de direção no Irã provocada pela queda do Shah Reza Pahlavi e a chegada da Revolução Islâmica liderada pelo Aiatolá Ruholla Khomeini.²¹⁷

Até maio de 2016, o Tribunal de Reclamações Estados Unidos-Irã emitiu mais de 300 sentenças arbitrais,²¹⁸ tendo tais decisões resultado em um rico corpo de jurisprudência em matéria de investimentos internacionais, muito útil para as partes interessadas.²¹⁹

A despeito das significativas mudanças trazidas para a proteção internacional de investimentos a partir da disseminação da arbitragem investidor-Estado, é preciso ter sempre em mente que tais mudanças são, sem dúvidas, impulsionadas por aqueles grupos interessados em conferir maior autonomia e legitimação à proteção de

²¹⁶ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009. p. 44.

²¹⁷ No original: “The concept of international arbitration of disputes between foreign investors and host states received a major and unexpected boost in the 1980s, when through a curious combination of circumstances the United States and Iran agreed to create an international tribunal at The Hague to adjudicate claims between United States nationals and companies on one side and the government of Iran and its state-owned entities on the other. For fifteen years and more the Tribunal heard hundreds of cases, large and small, growing out of the sharp change of direction in Iran brought about by the fall of the Shah Reza Pahlavi and the arrival of the Islamic Revolution led by the Ayatollah Ruholla Khomeini.” LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2ª Ed. Oxford University Press, 2008, p. 541-542.

²¹⁸ Comunicação de 9 de maio de 2016 em relação aos trabalhos do Tribunal, disponível em: [http://www.iusct.net/General%20Documents/Communique%2016.1%20\(9%20May%202016\).pdf](http://www.iusct.net/General%20Documents/Communique%2016.1%20(9%20May%202016).pdf). Acesso em 10/7/2017.

²¹⁹ LAGERGREN, Gunnar. *The Formative Years of the Iran-United States Claims Tribunal*. Nordic Journal of International Law. Vol 66. Issue 1, 1997, p. 31.

investimentos no âmbito do direito internacional. Esse ímpeto, naturalmente, gera uma formatação desse sistema no sentido dos fortes interesses nele envolvidos. Tal situação é muito bem analisada por M. Sornarajah:

A alegação é a de que arbitragem, sendo um método consensual de resolução de disputas, favoreceu os poderes dos entes privados e foi utilizada por tais entes para promover seus próprios interesses em detrimento dos estados que são partes de disputas sobre investimentos estrangeiros. A acusação é a de que tais poderes foram utilizados para fazer surgir um regime de regras favorável à proteção do investimento estrangeiro. A história da arbitragem de investimento certamente presta-se a tal análise. Seu mais fervoroso defensor não contesta o fato de que em sua origem – relativamente recente – arbitragem internacional de investimentos favoreceu os interesses dos países desenvolvidos, exportadores de capital. As mesmas técnicas que vêm sendo utilizadas em arbitragem comercial internacional para criar um sistema que se divorcia do controle doméstico têm sido utilizadas pelos entes privados para criar um regime favorável a seus interesses. [...] O progresso da arbitragem internacional de investimentos dependerá da extensão na qual tais influências possam ser eliminadas.²²⁰

Os impactos da disseminação massiva da arbitragem investidor-Estado como forma de proteção dos direitos de investimentos frente a Estados receptores de investimentos, bem como os impactos de tal disseminação para a caracterização da natureza do sistema de proteção internacional de investimentos serão analisados mais adiante no presente trabalho. Também será mais adiante aprofundada a análise sobre as críticas mais atuais à arbitragem investidor-Estado – bem como à proteção de investimentos como um todo – adiantada na supracitada ideia de M. Sornarajah. Cabe agora, entretanto, uma análise sobre um dos pontos mais fundamentais do instituto da arbitragem em todos os contextos aqui já analisados – arbitragem entre Estados, arbitragem entre particulares e arbitragem investidor-Estado –, a questão do

²²⁰ No original: “The claim is that arbitration, being a consensual method of settlement of disputes, has favoured private power and has been utilised by such power to further its own interests to the detriment of the states which are parties to foreign investment disputes. The charge has been made that this power has been utilised to bring about a regime of rules that are conducive to foreign investment protection. The history of investment arbitration certainly lends itself to such an analysis. Its most devout adherents do not contest the fact that in its origin – and it is of relatively recent origin – international investment arbitration favoured the interests of the developed, capital exporting states. The same techniques which have been used in international commercial arbitration to create a system which is divorced from national controls has been utilized by private power to create a regime that is favourable to its interests. [...] Progress of international investment arbitration and its acceptability will depend on the extent to which these biases can be eliminated.” SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 159.

consentimento e seus diferentes fundamentos e implicações em cada um desses contextos.

8.4. Arbitragem e Consentimento

Um dos princípios basilares de qualquer arbitragem – independente de quem sejam os atores nela envolvidos e de qual seja a matéria dela objeto – é a ideia de que o fundamento da arbitragem resta no consentimento entre as partes envolvidas no sentido de submeter sua disputa à resolução por meio de arbitragem. Os contornos básicos dessa noção são traçados de forma didática por Jan Paulson:

É lugar-comum dizer sobre a arbitragem que esta é consensual. Um requerente inicia uma arbitragem porque concordou com o requerido que qualquer disputa entre eles será assim resolvida. Qualquer das partes pode iniciar o procedimento na qualidade de requerente; uma vez que tenha a arbitragem se iniciado, o requerido poderá apresentar uma reconvenção.²²¹

Enquanto tal caracterização parece fazer absoluto sentido para a grande maioria das instâncias nas quais pode a arbitragem ser empregada, uma análise mais cuidadosa revela algumas particularidades de determinados tipos de arbitragem que fogem à essa descrição generalista. Tal assertiva se mostra particularmente válida para o âmbito das arbitragens investidor-Estado, que apresentam alguns elementos e características que as distinguem de forma notável dos outros tipos de arbitragem tratadas nas seções anteriores do presente trabalho.

Cabem, primeiramente, algumas notas a respeito das questões do consentimento, da soberania e da autonomia da vontade, na forma como se manifestam no âmbito das arbitragens entre Estados e no âmbito das arbitragens entre particulares para, em seguida, passarmos a analisar como esses dois conceitos se aplicam às arbitragens investidor-Estado.

²²¹ No original: “It is commonplace to say of arbitration that it is consensual. A claimant initiates arbitration because it has agreed with the defendant that any dispute between them will be thus resolved. Either party can commence proceedings as a claimant; once an arbitration has started, the defendant may raise a counterclaim.” PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. ICSID Review. Vol. 10. Nº 2, 1995, p. 232.

No que diz respeito às arbitragens entre Estados, assim como ocorre no âmbito geral das resoluções de controvérsias entre Estados no plano internacional, a ideia de submissão a um tribunal arbitral para que este decida o litígio que se apresenta entre os Estados está intimamente ligada à noção de soberania:

Na ordem interna a justiça é obrigatória no sentido em que toda a parte num litígio tem o direito de solicitar os tribunais por uma interpelação unilateral (citação directa), e o seu adversário tem de comparecer. Na ordem internacional, o recurso a um processo jurisdicional ou arbitral está subordinado ao consentimento de todas as partes num litígio. Enquanto sobreviver a soberania estatal, será impossível estabelecer uma justiça internacional obrigatória que autorize cada Estado a citar unilateralmente um outro Estado perante uma jurisdição internacional a propósito de qualquer conflito. De facto, a resolução jurisdicional está em progresso, mas a sua evolução continua a depender da conclusão voluntária de compromissos de submissão a um processo jurisdicional determinado. Assim, podemos falar em justiça internacional obrigatória, mas somente determinando em quais relações e entre que Estados: este carácter obrigatório não assenta sobre um princípio geral de direito internacional mas sempre sobre um fundamento convencional.²²²

Sobre o conceito de soberania, afirma de forma particularmente lúcida e crítica Luigi Ferrajoli:

Soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado. Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da ideia de um ordenamento jurídico universal que a cultura medieval havia herdado da romana. Falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascida na Europa há pouco mais de quatro séculos, exportada no século XX a todo o planeta e hoje em declínio.²²³

A despeito das pertinentes críticas sobre o dito declínio da ideia de soberania no mundo moderno feitas por Ferrajoli,²²⁴ no que diz respeito à possibilidade de submissão por parte de dois Estados a um tribunal arbitral internacional, ainda existe, no contexto

²²² DINH, Nguyen Dinh; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 880.

²²³ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1-2.

²²⁴ Para uma visão completa das ideias do autor a respeito, ver: FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

do direito internacional, a necessidade de que tais Estados consintam expressamente em derrogar uma parcela específica de sua soberania para se submeter à jurisdição e à decisão dos árbitros. Nesse sentido, é comum que se categorize duas formas distintas de manifestação de consentimento por parte dos Estados para submissão de determinada controvérsia internacional entre eles à jurisdição de um tribunal arbitral:

Arbitragem internacional geralmente começa por meio de um dos dentre dois procedimentos. Primeiro, depois que uma disputa surge, as partes podem concordar em levar tal disputa para ser resolvida por meio de arbitragem internacional. [...] O segundo procedimento para início de uma arbitragem internacional é quando duas partes, antes do surgimento de uma disputa, concordem que, se uma disputa venha a surgir entre elas, poderá uma delas levar a outra até um procedimento de arbitragem internacional. [...] As duas partes tradicionalmente finalizariam um instrumento (por exemplo, um tratado ou um contrato) que cubra a relação jurídica de forma geral, e que contém uma cláusula (uma cláusula compromissória) prevendo arbitragem internacional sempre que surja uma disputa.²²⁵

Ou seja, para que exista a possibilidade de um dado litígio internacional entre dois Estados ser submetido a um procedimento de arbitragem, é preciso que tais Estados manifestem de forma expressa – seja antes ou depois de instaurado o litígio – que consentem com a possibilidade de decisão por meio de arbitragem. Por meio do consentimento para arbitrar, portanto, as partes concordam em se submeter à arbitragem e a, de boa-fé, se submeter também à decisão dos árbitros.²²⁶

Também para o caso das arbitragens entre particulares, a questão do consentimento em relação à submissão à resolução de determinada controvérsia por meio de arbitragem parece se mostrar indispensável. Contudo, enquanto que no âmbito das relações entre Estados tal necessidade está relacionada à ideia de soberania, no âmbito das relações entre particulares, tal necessidade está relacionada à ideia de

²²⁵ No original: “International arbitration is normally commenced through one of two processes. First, *after* a dispute has arisen, the parties can agree to take the dispute to international arbitration. [...] The second process for commencing international arbitration is for two parties, *before* a dispute has arisen, to agree that, if a dispute arises between them, either party may compel international arbitration. [...] The two parties typically would conclude an instrument (*e.g.*, a treaty or a contract) that covers the legal relationship generally, and that contains a clause (a *compromissory clause*) providing for international arbitration whenever a dispute arises.” MURPHY, Sean D. *Principles of International Law*. 2ª Ed. West, 2006, p. 133-135.

²²⁶ OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise. Vol. II – War and Neutrality*. Longman Green and Co., 1905, p. 15.

autonomia da vontade, evidenciada pela natureza contratual da arbitragem, conforme explicam Fouchard, Gaillard e Goldman:

As bases contratuais da arbitragem têm sido constantemente reafirmadas por legislações e pela jurisprudência. Entre as mais importantes consequências desse fato é a de que, em termos gerais, a arbitragem internacional depende somente da vontade das partes, e não das regras processuais da sede da arbitragem. Em outras palavras, a natureza jurisdicional da arbitragem internacional em nenhuma medida enfraquece o igualmente firme princípio da autonomia da vontade. [...] O contrato entre as partes é o elemento constituinte fundamental da arbitragem internacional. É a vontade comum das partes que confere poderes aos árbitros.²²⁷

É preciso, contudo, que se tenha atenção ao analisar essa pretensa independência absoluta da arbitragem internacional em relação aos diferentes sistemas jurídicos domésticos com os quais esta se conecta, como alerta Gary Born:

É algumas vezes dito que “a arbitragem é uma criatura que deve sua existência unicamente à vontade das partes.” Tal assertiva é correta, mas apenas parcialmente correta. Apesar de que o consentimento das partes é essencial para um compromisso de arbitragem, a eficácia última de um compromisso internacional de arbitragem depende em grande medida de sua validade e exequibilidade perante cortes nacionais, que aplicam regras de direito doméstico e internacional. Somente quando cortes nacionais estão dispostas a reconhecer e executar um compromisso de arbitragem, de conformidade com a lei doméstica e o direito internacional, pode a vontade das partes ser eficaz.²²⁸

Parece, contudo, evidente que nenhuma dessas discussões advindas da já notada peculiaridade da arbitragem internacional entre particulares no que diz respeito à sua pluriconexão com vários ordenamentos jurídicos distintos, enfraquece a necessidade premente de que exista consentimento pelas partes para que possa existir arbitragem,

²²⁷ No original: “The contractual basis of arbitration has been constantly reaffirmed in legislation and case law. Among the most important consequences is that, in very general terms, international arbitration depends solely on the parties’ intentions, and not on the procedural rules of the law of the seat of the arbitration. In other words, the judicial nature of international arbitration in no way weakens the equally firm principle of party autonomy. [...] The contract between the parties is the fundamental constituent of international arbitration. It is the parties’ common intention which confers powers upon the arbitrators.” FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 31.

²²⁸ No original: “It is sometimes said that ‘arbitration is a creature that owes its existence to the will of the parties alone.’ That is correct, but only partially correct. Although the parties’ consent is essential for an agreement to arbitrate, the ultimate efficacy of an international arbitration agreement depends in large part upon its validity and enforceability in national courts, applying rules of national and international law. Only if national courts are prepared to recognize and enforce an agreement to arbitrate, under applicable national and international law, can the parties’ will be effective.” BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014, p. 229.

sendo o acordo entre as partes para submeter um litígio à arbitragem considerado a pedra fundamental também da moderna arbitragem comercial internacional.²²⁹

Um atestado da importância do consentimento para a arbitragem internacional pode ser encontrado, por exemplo, nas previsões da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 e na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, ambas as quais preveem a possibilidade de negativa de reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira caso seja demonstrado algum vício no compromisso de arbitragem.²³⁰

No âmbito das arbitragens investidor-Estado, denotando, novamente, o já mencionado caráter híbrido de tal instituto, a questão do consentimento – elemento indispensável para a existência de jurisdição de um tribunal arbitral, também em matéria de investimentos²³¹ – apresenta interpretações bastante modernas e particulares. Nesse sentido, é dito a respeito das arbitragens investidor-Estado que em tal modalidade, um requerente não precisa dispor de uma verdadeira relação contratual com o Estado requerido e que, curiosamente, nesse cenário, o jogo não pode, como regra geral, ser virado, ou seja, não tem o requerido certeza de poder apresentar uma reconvenção, uma vez que contra ele tenha sido apresentado algum pedido.²³² De onde, então – para além da forma mais óbvia, ou seja, algum instrumento contratual assinado entre o Estado e o investidor²³³ – advém o elemento de consentimento necessário à existência válida de uma arbitragem no campo das arbitragens investidor-Estado?

No caso da arbitragem investidor-Estado, a forma, o momento e contexto de manifestação de vontade se mostram diferentes em relação ao indivíduo e ao Estado. Da

²²⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4^a Ed. London: Sweet and Maxwell, 2004, p. 6.

²³⁰ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4^a Ed. London: Sweet and Maxwell, 2004, p. 6-7.

²³¹ SCHREUER, Christoph. *Consent to Arbitration*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 831.

²³² PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. ICSID Review. Vol. 10. Nº 2, 1995, p. 232.

²³³ SCHREUER, Christoph. *Consent to Arbitration*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 831.

parte do Estado envolvido na relação, a primeira forma de manifestação de sua vontade de submeter determinado litígio – ou, mais precisamente, determinada categoria de litígios – à jurisdição de um tribunal arbitral internacional pode ser dada por meio de uma lei nacional por ele editada em matéria de promoção e proteção de investimentos.²³⁴

O primeiro caso concreto a tratar de possibilidade envolveu uma empresa chamada *Southern Pacific Properties* (SSP) e o governo do Egito.²³⁵ SSP iniciou um procedimento de arbitragem perante o ICSID contra o governo do Egito utilizando como base para seus pedidos – e como fundamento da jurisdição do ICSID – uma lei nacional egípcia que promovia e regulava investimentos estrangeiros no país. SSP afirmou, naquela oportunidade, que a referida lei nacional egípcia continha um artigo que previa a possibilidade de submissão de disputas relativas a investimentos feitos no âmbito da referida lei à resolução de controvérsias por meio da Convenção ICSID. O tribunal arbitral nesse caso entendeu, pela primeira vez na história das arbitragens de investimento, que o consentimento por parte do Estado poderia ser manifestado por meio de uma lei nacional dirigida a um grupo de potenciais investidores. A importância dessa decisão é assim caracterizada por Jan Paulsson:

O princípio consolidado naquele dia foi o de que um Estado poderia estar vinculado a uma oferta de arbitragem estendida para uma classe indeterminada de potenciais investidores, qualquer dos quais poderia dar início a uma ação internacional alegando que o Estado falhou em cumprir as promessas substantivas por ele feitas. Isto abriu as portas para arbitragens fundadas tanto em tratados de investimentos quanto em leis de investimentos que fazem referência a arbitragem internacional ou ao que eu me referi como, um pouco imprecisamente, “arbitragem sem conhecimento”.²³⁶

A segunda forma mais comum de manifestação de vontade de se submeter a arbitragem por parte dos Estados é por meio da assinatura de tratados – sejam eles bilaterais ou multilaterais – com outros Estados, nos quais exista a previsão do direito

²³⁴ PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. ICSID Review. Vol. 10. Nº 2, 1995, p. 234.

²³⁵ ICSID. *SSP vs. Egito*. Caso ICSID nº ARB/84/3.

²³⁶ No original: “The principle established that day was that a State could be held to an offer of arbitration extended to an indeterminate class of potential investors, any of whom might raise an international claim that the State had failed to live up to substantive promises. This opened the door to arbitrations founded on either investment treaties or investment laws that refer to international arbitration, or what I referred to, somewhat imprecisely, as ‘arbitration without privity.’” PAULSSON, Jan. *The Tipping Point*. In KINNEAR, Meg N.; FISCHER, Geraldine R. et al. (eds.). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Kluwer Law International, 2016, p. 85-86.

dos investidores de ambos os Estados de recorrer a um procedimento de arbitragem internacional para resolução de certas categorias de disputas. O primeiro caso que se tem registro de uma arbitragem entre um investidor e um Estado, fundada em um tratado de investimento, envolveu uma empresa constituída em Hong Kong e o governo do Sri Lanka, conforme descreve Jeswald Salacuse:

A primeira arbitragem investidor-estado a determinar sua jurisdição com base em um tratado bilateral de investimento foi o caso, de 1990, *AAPL v Sri Lanka*. O tribunal em *AAPL* se baseou no Artigo 8 do TBI de 1980 entre Reino Unido-Sri Lanka, que previa que “as Partes Contratantes consentem em se submeter ao” ICSID “para resolução por conciliação ou arbitragem... de qualquer disputa surgida entre aquela Parte Contratante e um nacional ou companhia da outra Parte Contratante em relação a um investimento do primeiro no território dessa última.” Sem uma cláusula de arbitragem específica em um contrato entre o investidor e o governo do Sri Lanka e com poucas discussões sobre o tema, o tribunal decidiu que a previsão do tratado era suficiente para determinar o consentimento do Sri Lanka com a arbitragem [...].²³⁷

Da parte do investidor, por outro lado, o elemento de consentimento em relação à submissão de certa disputa a um tribunal arbitral internacional se manifesta, mais comumente, de maneira bastante simples: por meio da apresentação de um pedido de arbitragem.²³⁸ Essa visão foi defendida pelo Tribunal do já citado caso *AAPL vs. Sri Lanka*, que entendeu “*que a apresentação de um pedido de arbitragem era evidência suficiente do consentimento por parte do investidor do Reino Unido.*”²³⁹

Este cenário cria uma situação bastante particular no âmbito das arbitragens investidor-Estado no que diz respeito ao elemento de consentimento com a arbitragem:

²³⁷ No original: “The first investor-state arbitration to establish jurisdiction on the basis of an investment treaty was the 1990 case of *AAPL v Sri Lanka*. The tribunal in *AAPL* relied on Article 8 of the 1980 UK-Sri Lanka BIT, which provided that ‘[e]ach Contracting Party hereby consents to submit to’ ICSID ‘for settlement by conciliation or arbitration...any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former’. Without a specific arbitration clause in a contract between the investor and the Sri Lankan government and with little discussion, the tribunal decided that the treaty provision was sufficient to establish Sri Lanka’s consent [...]” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 424.

²³⁸ SCHREUER, Christoph. *Consent to Arbitration*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 855.

²³⁹ No original: “[...] and that the filing of a request for arbitration was adequate evidence of the UK investor’s consent” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 424.

esse elemento se manifesta em momentos diferentes em relação a cada um dos pólos envolvidos na relação jurídica. O Estado, em primeiro lugar, oferece o que é comumente caracterizado como uma “*oferta irrevogável*”²⁴⁰ em submeter determinados litígios a arbitragem – seja por meio de suas leis nacionais, seja por meio de um tratado com outro(s) Estado(s) – e o investidor, posteriormente, manifesta sua intenção de aderir à oferta formulada pelo Estado iniciando o procedimento de arbitragem previsto na legislação ou no tratado que ao investidor se aplique.

Essa situação dá luz a uma outra particularidade no que toca o consentimento na arbitragem investidor-Estado: a questão do momento de aperfeiçoamento do consentimento – o momento no qual ambas as partes concordam com a arbitragem – pode apresentar uma série de desdobramentos e particularidades. A determinação do momento desse aperfeiçoamento do consentimento é de extrema relevância, uma vez que é esse o momento levado em conta, no âmbito do ICSID, por exemplo, para que não possam as partes revogar o consentimento para aquela arbitragem em questão, para a determinação da nacionalidade do investidor para os efeitos da arbitragem, para a exclusão do recurso à proteção diplomática e para a determinação das regras de arbitragem que serão aplicáveis ao procedimento.²⁴¹

Todas essas questões e particularidades, aliadas à importância da determinação da existência, extensão e momento de aperfeiçoamento do consentimento, evidenciam tanto a importância quanto a quantidade de possíveis desdobramentos a partir da questão do consentimento nas arbitragens investidor-Estado, conforme pontuado por Christoph Schreuer:

A existência de um consentimento válido com a arbitragem é uma das questões mais complexas na resolução de disputas internacionais sobre investimentos. As dificuldades surgem, em parte, dos diferentes métodos de manifestação de consentimento. Esses métodos experimentaram um dramático desenvolvimento ao longo dos anos. Os primeiros casos eram baseados em cláusulas compromissórias em acordos entre os Estados receptores e os investidores. Os casos mais recentes são, em sua maioria, baseados em ofertas de consentimento em tratados e, ocasionalmente, em

²⁴⁰ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 422-423.

²⁴¹ SCHREUER, Christoph. *Consent to Arbitration*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 855-856.

legislações domésticas. Não é surpreendente que as diferentes formas de manifestar o consentimento levaram a diferentes questionamentos e problemas.²⁴²

Parece, desta maneira, que a regra geral sobre a necessidade do consentimento como pedra fundamental da arbitragem – ainda que possa ele ser manifestado de formas e em momentos distintos a depender do tipo de arbitragem que se considera – permeia os três tipos de arbitragem aqui analisados – arbitragens entre Estados, entre particulares e arbitragens investidor-Estado. Neste último tipo de arbitragem, em especial, o consentimento se apresenta com novas vestes, demonstrando, também nesse ponto, o caráter dramaticamente diferente das arbitragens investidor-Estado se comparadas com tudo aquilo que antes se conhecia no âmbito do direito internacional.²⁴³

²⁴² No original: “The existence of a valid consent to arbitration is one of the most complex issues in the settlement of international investment disputes. The difficulties stem in part from the different methods of giving consent. These methods have undergone a dramatic development over time. Early cases were based on consent clauses in agreements between the host State and the investors. More recent cases are mostly based on offers of consent in treaties and occasionally in national legislation. Not surprisingly, the different ways of giving consent have led to different questions and problems.” SCHREUER, Christoph. *Consent to Arbitration*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 866.

²⁴³ PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. ICSID Review. Vol. 10. N° 2, 1995, p. 256.

9. Acesso à Justiça e Proteção Internacional de Investimentos

O direito de acesso à justiça deriva da noção, já analisada no presente trabalho, da existência de um padrão internacional mínimo de justiça que deve ser observado por todos os países do mundo, no que diz respeito ao tratamento de estrangeiros.²⁴⁴ O direito de acesso à justiça pode ser entendido de forma abrangente como o direito de um indivíduo de obter a proteção da lei e de ter disponíveis mecanismos legais de proteção perante órgãos judiciais ou equivalentes.²⁴⁵ O princípio do direito de acesso à justiça, desta maneira:

[...] pressupõe que a um indivíduo que sofreu alguma lesão em um país estrangeiro nas mãos de alguma autoridade pública ou de entidades privadas, deve ser proporcionada a oportunidade de obter reparação perante algum órgão judicial ou perante alguma agência administrativa competente.²⁴⁶

No que diz respeito à proteção de investimentos, tal garantia de acesso à justiça se mostra relevante especialmente antes do surgimento e consolidação dos mecanismos convencionais para resolução de controvérsias, como é o caso da arbitragem investidor-Estado, uma vez que, de modo a se desvencilhar do campo extremamente politizado da proteção diplomática – conforme se tratou com maior profundidade na primeira Parte deste trabalho – somente restava ao investidor internacional o recurso às cortes domésticas para ter acesso a um mecanismo jurisdicional, seja no Estado receptor de seus investimentos, seja em um outro Estado que se relacionasse com a situação de fato em questão.

Contudo, ainda que se garanta o acesso à justiça no plano doméstico, as cortes domésticas podem se mostrar ineficientes para tratar da proteção internacional de investimentos. Alguns dos motivos para essa possível constatação serão a seguir analisados, de modo a possibilitar o contraponto que será feito ao final do presente

²⁴⁴ FRANCONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. Nº 3, p. 730.

²⁴⁵ FRANCONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. Nº 3, p. 729.

²⁴⁶ No original: “This principle presupposes that the individual who has suffered an injury in a foreign country at the hands of public authorities or of private entities must be afforded the opportunity to obtain redress before a court of law or appropriate administrative agency.” FRANCONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. Nº 3, p. 730-731.

capítulo a partir da análise das possíveis respostas que a arbitragem investidor-Estado pode oferecer aos problemas existentes na utilização das cortes domésticas para disputas dessa natureza, no contexto da garantia de acesso à justiça no plano internacional.

9.1. Resolução de Disputas sobre Investimentos por Cortes Domésticas

Antes da difusão das arbitragens investidor-Estado, os investidores internacionais dispunham de poucos métodos para resolução das disputas com os Estados receptores, surgidas no contexto de seus investimentos. Um desses mecanismos – talvez o mais intuitivo deles – era o recurso às cortes domésticas dos Estados para solucionar tais disputas. Nesse sentido, poderiam os investidores recorrer às cortes domésticas do próprio Estado onde se encontravam seus investimentos ou a cortes de outros Estados que, de alguma maneira, pudessem se conectar à sua situação de fato e àquela de seus investimentos. A primeira hipótese aqui aventada – resolução de disputas perante as cortes domésticas do próprio Estado receptor dos investimentos – parece ser a mais recorrente:

Devido à natureza específica das relações em matéria de investimentos entre uma parte privada e um Estado, é provável que estas relações sejam entendidas como tendo vínculos mais próximos com o Estado onde o investimento é feito, ou seja, o Estado receptor. Desta maneira, a maioria das regras de jurisdição aplicáveis irão apontar para as cortes domésticas do Estado receptor como sendo o foro competente para a resolução de quaisquer disputas surgidas de um investimento.²⁴⁷

No caso da utilização de cortes domésticas fora do âmbito do Estado receptor dos investimentos as dificuldades preliminares se mostram ainda mais evidentes. Na ausência de um acordo entre as partes – por meio de uma cláusula de eleição de foro em um contrato entre o investidor e o Estado receptor, por exemplo – as cortes nacionais geralmente entendem ser necessário demonstrar um contato mínimo da situação de fato

²⁴⁷ No original: “Because of the specific nature of investment relations between a private party and a State, it is likely that these relations will be held to have their closest connection to the State where the investment is made, that is, the host State. Thus, most applicable jurisdictional rules will point to the domestic courts of the host State as the competent forum for the settlement of any disputes arising from an investment.” REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 696.

com suas jurisdições antes de poderem sequer averiguar se uma violação de um acordo com um Estado estrangeiro pode ser indenizada.²⁴⁸

Além disso – e das questões de ordem técnica que serão a seguir analisadas – a utilização das cortes domésticas, sobretudo dos próprios Estados onde se encontram os investimentos, apresenta alguns complicadores de ordem prática:

Primeiramente, dependendo do país em questão, as cortes domésticas podem carecer de independência judiciária e podem estar sujeitas ao controle do governo receptor, privando o investidor de um foro imparcial. Em segundo lugar, mesmo que o judiciário seja independente, este pode, não obstante abrigar preconceitos em relação a investidores estrangeiros [...] Em terceiro lugar, as cortes domésticas podem não ter especialização para aplicar princípios complexos do direito internacional a complexas transações de investimentos estrangeiros. Em quarto lugar, ainda que as cortes tenham tal especialização, a lei doméstica pode limitar ou proibi-las de julgar os compromissos internacionais de seu estado. E, finalmente, as cortes domésticas frequentemente têm uma enorme carga de casos e procedimentos ineficientes que impossibilitam a obtenção de justiça célere e tornam difícil a obtenção de uma decisão final.²⁴⁹

Contudo, não são apenas esses “inconvenientes” que verdadeiramente dificultam o acesso às cortes domésticas para resolução de disputas relativas a investimentos. Conforme será a seguir analisado, existem questões que tocam alguns dos preceitos fundamentais do direito internacional que incidem de forma significativa nesse cenário.

9.1.1. A Doutrina da Imunidade de Jurisdição dos Estados

Ainda que não existisse qualquer dificuldade, insuficiência ou inconveniente na utilização de cortes domésticas para resolução de disputas relativas a investimentos, um

²⁴⁸ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 341.

²⁴⁹ No original: “First, depending on the country concerned, local courts may lack judicial independence and might be subject to the control of the host government, depriving the investor of an impartial forum. Second, even if the judiciary is independent, it may nonetheless harbor prejudice towards foreign investors [...] Third, local courts may not have the expertise to apply complex principles of international law to complicated foreign investment transactions. Fourth, even if courts have such expertise, domestic law may limit or prohibit them from adjudicating their state’s international commitments. And finally, local courts often have a heavy backlog of cases and inefficient procedures that deny expeditious justice and make obtaining a final judicial determination difficult.” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 397.

aspecto de enorme importância no âmbito do direito internacional, e os obstáculos por ele impostos, teriam que ser levados em consideração no momento de avaliação da utilização das cortes nacionais para disputas dessa natureza. Trata-se da questão da imunidade de jurisdição dos Estados no plano internacional. Não faz parte do escopo do presente trabalho analisar todos os fundamentos e implicações desse conceito, o que mereceria, certamente, esforço de enorme fôlego, sendo, contudo, pertinente, uma breve elucidação a respeito do mesmo, de modo a se contrapor com algumas das características das arbitragens investidor-Estado que serão posteriormente analisadas.

De modo a corretamente compreender a doutrina da imunidade de jurisdição dos Estados é preciso, antes de tudo, ter em mente que o conceito de jurisdição orbita em torno dos princípios de soberania dos Estados, igualdade e não interferência.²⁵⁰ Dessa maneira, a maioria das razões para o exercício ou não de jurisdição podem ser relacionadas com os requisitos, segundo o direito internacional, de respeito à integridade territorial e independência política de outros Estados.²⁵¹ É nesse contexto que o princípio da imunidade de jurisdição dos Estados pode ser assim conceituado, considerando, inclusive parte de sua evolução histórica:

Imunidade por soberania é uma defesa contra a jurisdição de uma corte. No direito mais antigo, existia uma proibição absoluta para se demandar contra um soberano estrangeiro ou uma entidade soberana estrangeira perante cortes domésticas. Esta regra absoluta foi substituída pela emergência de uma teoria restritiva da imunidade soberana, que confina a defesa a atos puramente de governo por parte dos estados estrangeiros.²⁵²

A ideia de imunidade de jurisdição, portanto, se relaciona à noção de que não pode um Estado ser demandado perante cortes domésticas de outro Estado, em respeito à sua soberania e ao princípio de igualdade que rege, de modo geral, as relações internacionais. As origens dessa noção são assim apresentadas por Malcolm Shaw:

²⁵⁰ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 697.

²⁵¹ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 697.

²⁵² No original: "Sovereign immunity is a plea against the jurisdiction of the court. In earlier law, there was an absolute prohibition against impleading a foreign sovereign or foreign sovereign entity before domestic courts. This absolute rule has been displaced by the emergence of the restrictive theory of sovereign immunity, which confined the plea to purely governmental acts of foreign states." SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 344-345.

Soberania, até recentemente, era tida como dizendo respeito a um indivíduo em particular em um estado e não como uma manifestação abstrata da existência e do poder do estado. O soberano era uma pessoa definida, a quem era devido fidelidade. Como uma parte dessa mística, o soberano não poderia ser sujeitado a um processo judicial em seu país. Logo, fazia sentido que ele não pudesse ser processado perante cortes estrangeiras. A ideia da soberania pessoal seria, sem dúvidas, abalada se as cortes pudessem exercer jurisdição sobre soberanos estrangeiros. Essa personificação foi gradualmente substituída por um conceito abstrato de soberania do estado, mas a mística permaneceu.²⁵³

Em sua construção mais antiga, aproximadamente nos séculos XVIII e XIX, a ideia da imunidade de jurisdição se mostrava bastante abrangente e descomplicada, dando azo ao conceito de imunidade absoluta, pelo qual o soberano era completamente imune às jurisdições estrangeiras, em todos os casos e independentemente das circunstâncias.²⁵⁴

A evolução do direito internacional e o crescimento das atividades nas quais o Estado passou a atuar, criou problemas que, gradualmente, levaram à modificação da regra da imunidade absoluta de jurisdição.²⁵⁵ Com isso, foi-se criando uma abordagem mais restritiva em relação à imunidade de jurisdição dos Estados, sendo esta hoje confinada aos atos puramente de governo e não se aplicando a questões de natureza comercial.²⁵⁶ Desta maneira, “*atos do governo em relação aos quais a imunidade se aplicaria são denominados atos jure imperii, enquanto aqueles relacionados a atividades privadas ou comerciais são denominados atos jure gestionis.*”²⁵⁷

Contudo, a despeito da aparente diminuição da abrangência da teoria da imunidade de jurisdição dos Estados, resta ainda um grande complicador à submissão

²⁵³ No original: “Sovereignty until comparatively recently was regarded as appertaining to a particular individual in a state and not as an abstract manifestation of the existence and power of the state. The sovereign was a definable person, to whom allegiance was due. As an integral part of this mystique, the sovereign could not be made subject to the judicial processes of his country. Accordingly, it was only fitting that he could not be sued in foreign courts. The idea of the personal sovereign would undoubtedly have been undermined had courts been able to exercise jurisdiction over foreign sovereigns. This personalisation was gradually replaced by the abstract concept of state sovereignty, but the basic mystique remained.” SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 697-698.

²⁵⁴ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 701.

²⁵⁵ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 701.

²⁵⁶ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 345.

²⁵⁷ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6ª Ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 701.

de um Estado à jurisdição de cortes nacionais de outro Estado, que parece não ter sido resolvida de forma homogênea pelas diferentes fontes do direito internacional: a distinção entre atos de governo e atos comerciais, na qual se assenta a teoria restritiva da imunidade de jurisdição dos Estados, tem sido difícil de ser traçada:

A interferência no curso futuro do andamento de investimentos estrangeiros frequentemente se daria por meio de diretivas administrativas ou executivas que são especificamente dirigidas a contratos ou impedem a execução do contrato. Também esses atos devem ser vistos como atos de governo, uma vez que são realizados no curso da execução de deveres de governos. A possibilidade de cortes domésticas exercerem jurisdição sobre tais situações é remota.²⁵⁸

Ao que parece, portanto, mesmo a partir da visão mais moderna da teoria da imunidade de jurisdição dos Estados, que aceita, em tese, que um Estado possa responder perante cortes nacionais de outro Estado por algumas categorias de atos por ele praticados, no âmbito da proteção de investimentos, caracterizar os atos dos Estados como um desses atos pelos quais pode o Estado responder, pode se mostrar tarefa difícil. Desta maneira, em adição às dificuldades e inconvenientes de se resolver uma disputa sobre investimentos em uma corte doméstica, parece provável que tal situação possa encontrar uma barreira quase intransponível, consubstanciada na teoria da imunidade de jurisdição dos Estados.

Por fim, cabe ressaltar que ainda que se pudesse cogitar que a imunidade de jurisdição dos Estados pudesse ser superada e cortes domésticas pudessem enfrentar e resolver questões relativas a investimentos, o mero acesso às referidas cortes não é garantia de que será conferida ao investidor estrangeiro tutela jurídica compatível com o direito internacional. Nos casos em que tal situação ocorre e ao estrangeiro não é garantido o seu efetivo direito de acesso à justiça, origina-se a ideia da denegação de justiça no direito internacional, conforme será a seguir analisado.

²⁵⁸ No original: “The future course of interference in the working of foreign investment would often be through administrative or executive directives which are specifically directed at contracts or hinder the carrying out of the contract. These too must be regarded as governmental acts as they are done in the course of carrying out governmental duties. The possibility of domestic courts exercising jurisdiction over such takings is remote.” SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 348.

9.2. A Ideia da Denegação de Justiça no Direito Internacional

O conceito de denegação de justiça é frequentemente considerado por aqueles que se dedicam ao seu estudo como sendo elusivo e dotado de caótica heterogeneidade.²⁵⁹ É possível, contudo, classificar a ideia de denegação de justiça como a seguir:

O termo “denegação de justiça” tem sido amplamente utilizado para descrever certos tipos de atos e omissões de Estados direcionados contra estrangeiros que são tidos como sendo internacionalmente ilegais e justificando interposição pelo Estado lesado. Não existe acordo, contudo, quanto ao escopo preciso do termo. [...] Nesse sentido, denegação de justiça pode ser tido como significando, de forma abrangente, qualquer negativa de conceder a alguém o que lhe é de direito, e, conseqüentemente, em termos mais específicos, qualquer violação de qualquer direito, privilégio ou imunidade de qualquer pessoa.²⁶⁰

A ideia da denegação de justiça no plano internacional, portanto, parece estar relacionada com a obtenção ou não de tutela jurídica por parte de um indivíduo no âmbito das cortes domésticas de um país que não é o seu próprio, que seja compatível com algum critério maior de justiça. Nesse sentido, é muito pertinente a diferenciação traçada por Jan Paulsson a respeito do critério a ser adotado para avaliar se dada situação pode ser classificada como denegação de justiça no âmbito do direito internacional e no plano interno:

Denegação de justiça no direito internacional não pode ser equiparada com a noção desenvolvida na maioria dos sistemas domésticos, nos quais ela possui o significado limitado de uma recusa em apreciar uma queixa. [...] A partir do momento em que decisões de cortes nacionais desconsideram ou aplicam de forma errada o direito internacional, elas estão sujeitas à censura internacional como qualquer outro órgão de um Estado.²⁶¹

²⁵⁹ PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005, p. 10.

²⁶⁰ No original: “The term ‘denial of justice’ has been used widely to describe certain types of acts and omissions of States directed against foreigners deemed to be internationally illegal and justifying diplomatic interposition by the aggrieved State. There is no agreement, however, as to the precise scope of the term. [...] In this sense, denial of justice may be said to mean broadly any refusal to give a man his due, and consequently, in more specific terms, any violation of any legal right, privilege, or immunity of any person.” LISSITZYN, Oliver J. *The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law*. American Journal of International Law. Vol. 30. Nº 4, 1936, p. 632.

²⁶¹ No original: “Denial of justice in international law cannot be equated with the notion developed in most municipal systems, where it has the limited meaning of a refusal to hear a grievance.” PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005, p. 4.

Ao que parece, portanto, o conceito de denegação de justiça no direito internacional se relaciona, primordialmente, com a inobservância por parte de cortes nacionais, ao apreciar situações envolvendo estrangeiros, dos padrões e regras relativas à administração de justiça emanadas do direito internacional. Classicamente no direito internacional, é dito que a denegação de justiça pode ser consubstanciada em duas diferentes modalidades:

As origens do conceito que é referido aqui como “denegação substantiva de justiça” podem ser remontadas a Emmeric de Vattel, quem traçou uma distinção entre recusa de apreciar reclamações de um estrangeiro (denegação procedimental de justiça) e um julgamento injusto, que é evidente e inequívoco.²⁶²

Contudo, os casos de denegação de justiça por questões substantivas, ou materiais – como o caso de julgamentos manifestamente injustos – são ainda questões amplamente debatidas e disputadas,²⁶³ chegando alguns autores a afirmar, até mesmo, que a denegação de justiça será sempre considerada denegação procedimental de justiça.²⁶⁴

É curioso notar também que a ideia de denegação de justiça está, em suas origens, extremamente relacionada com a visão estatizada do direito internacional, que, como regra geral, apesar de atribuir direitos aos indivíduos, força-os a se fazer representarem por seus Estados para buscar esses direitos. Essas peculiaridades e breve origem da ideia de denegação de justiça em sua relação com os indivíduos e os Estados podem assim ser resumidas:

Na medida em que os estados apareciam em sua forma moderna, eles reivindicavam controle total do processo legal (“jurisdição exclusiva”) em seus territórios. Com esse controle, veio responsabilidades, incluindo responsabilidades externas pelos males sofridos pelos estrangeiros em seu território. O sistema de represálias caiu em desuso; o estrangeiro lesado não precisava buscar justiça por suas próprias mãos porque o estado estrangeiro estava adstrito à lei das nações, e seria assegurado que observasse suas

²⁶² No original: “The origins of the concept of what is referred to here as ‘substantive denial of justice’ may be traced back to Emmeric de Vattel, who drew a distinction between refusal to hear complaints of an alien (procedural denial of justice) and an unjust judgment, which is evident and unmistakable.” ADEDE, A. O. *A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law*. The Canadian Yearbook of International Law. Vol. 14, 1976, p. 86-87.

²⁶³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Philippine Law Journal. Vol. 53, 1978, p. 420.

²⁶⁴ PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005, p. 7.

responsabilidades internacionais por iniciativa do estado do próprio reclamante, o qual, ao invés de emitir cartas de reclamação, poderia exercer seu direito de proteção diplomática.²⁶⁵

Posto que se relaciona intimamente com atos ou omissões por parte do poder judiciário de determinado país em relação a estrangeiros, a doutrina da denegação de justiça é frequentemente relacionada – chegando a serem as duas noções classificadas como dois lados de uma mesma moeda²⁶⁶ – à ideia da exaustão dos recursos internos. A função da ideia da exaustão dos recursos internos no âmbito das queixas por denegação de justiça é assim resumida por Cançado Trindade:

Como dito pelo árbitro Huber no caso da Zona Espanhola do Marrocos (Reino Unido v. Espanha, 1924, caso n. 53, por M. Ziat e B. Kiran), é um reconhecido princípio do direito internacional que nos países nos quais estrangeiros estão sujeitos à jurisdição territorial, um pedido internacional apresentado com base em uma alegação de denegação de justiça “não pode ser recebido a não ser que as diferentes instâncias da jurisdição local competente tenham sido previamente esgotadas”. De igual modo, Freeman comenta que a regra dos recursos internos é “um imperativo que interage com o conceito de denegação de justiça para formar a base da maioria dos pleitos internacionais”.²⁶⁷

Desta maneira, a regra da exaustão dos recursos internos constitui uma regra procedimental que afeta menos as condições de existência de responsabilidade do que as condições de exercício das reivindicações.²⁶⁸ Ou seja, sem que sejam exauridos os recursos internos que estão disponíveis no âmbito do sistema judicial do país em

²⁶⁵ No original: “As states appeared in their modern form, they claimed full control of legal processes (‘exclusive jurisdiction’) in their territory. With this control came responsibility, including external responsibility for wrongs suffered by foreigners in their territory. The system of reprisals fell into disuse; the injured alien did not need to seek private justice because the foreign state was bound by the law of nations, and would be held to its international responsibility at the initiative of the complainant’s own state, which, rather than issuing letters of marque, could exercise the right of diplomatic protection.” PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005, p. 14.

²⁶⁶ ADEDE, A. O. *A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law*. The Canadian Yearbook of International Law. Vol. 14, 1976, p. 76.

²⁶⁷ No original: “As stated by arbitrator Huber in the Spanish Zone of Morocco case (United Kingdom v. Spain, 1924, claim n. 53, by M. Ziat and B. Kiran), it is a recognized principle of international law that in countries where aliens are subject to territorial jurisdiction an international claim presented on the basis of an allegation of denial of justice ‘n’est recevable que si les différentes instances de la jurisdiction locale compétente ont été au préalable épuisées.’ Likewise, Freeman remarked, the local remedies rule is ‘an imperative which interacts with the concept of denial of justice to form the basis of most international claims.’” TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Philippine Law Journal. Vol. 53, 1978, p. 416.

²⁶⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Philippine Law Journal. Vol. 53, 1978, p. 417.

questão, não há como se falar em recurso ao direito internacional com base em uma reivindicação de denegação de justiça.

A partir dessas breves considerações acerca da ideia da denegação de justiça no direito internacional fica evidente o quanto tal noção tem o potencial de se relacionar com a proteção internacional de investimentos,²⁶⁹ ao passo que a busca por cortes domésticas – na ausência de mecanismos convencionais de solução de controvérsias – pode levar a situações de denegação de justiça, que poderiam ser perseguidas na esfera internacional pelos indivíduos, por meio de seus Estados. Contudo, também no âmbito da denegação de justiça, em sua conceituação e aplicação clássicas parece que tal princípio não seria suficiente para conferir proteção adequada a investimentos no plano internacional, o que torna relevante a análise de alguns aspectos das arbitragens investidor-Estado que poderiam ser tidos como respostas para essas insuficiências, no contexto da ampliação do acesso à justiça no plano do direito internacional.

Cabe, contudo, uma última ressalva no sentido de que não pode – e não pretende defender o presente trabalho – a denegação de justiça ser tida como simples recurso, no contexto do direito internacional, para os casos de impossibilidade de obtenção, pelo investidor, de tutela que lhe seja satisfativa no âmbito do direito interno de determinado Estado; as situações de denegação de justiça devem ser vistas e analisadas criticamente, sob pena de se subverter os verdadeiros propósitos e a força de tal importante instituto no direito internacional.

²⁶⁹ Jan Paulsson, por exemplo, chega a afirmar que: “[...] a jurisprudência internacional atual no que respeita à denegação de justiça encontrou particular expressividade no campo dos investimentos estrangeiros, talvez de forma mais notável ainda do que no campo dos direitos humanos.” No original: “[...] current international jurisprudence concerning denial of justice has found a particular expression in the field of foreign investment, perhaps more notably so than in the law of human rights.” PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005, p. 14.

9.3. As Respostas pela Arbitragem Investidor-Estado

Talvez o maior mérito das arbitragens investidor-Estado, também sob o prisma do acesso à justiça, tenha sido o de dar ao indivíduo o mecanismo necessário para que este se emancipasse do Estado e dele passasse a prescindir para que pudesse buscar a satisfação, no direito internacional, dos direitos que entendesse possuir, no campo dos investimentos internacionais. De modo a alcançar tais objetivos, duas importantes barreiras – existentes no campo da adjudicação de disputas de investimentos perante cortes domésticas, conforme já se analisou – que precisavam ser superadas eram a questão da imunidade de jurisdição dos Estados (ainda que tal conceito fosse visto em sua forma mais restritiva) e a barreira da exigência de exaustão dos recursos internos. As “respostas” pela arbitragem investidor-Estado serão o objeto de análise desta seção do presente trabalho, para, posteriormente, ser analisada outra interessante contribuição das arbitragens investidor-Estado no que diz respeito à ideia de denegação de justiça no plano internacional, no que esta se relaciona com as garantias de proteção dadas por meio de tratados de investimento.

Como foi visto anteriormente, existe no direito internacional uma ideia bastante forte de que, como regra geral, um Estado não poderia ser levado a litigar perante as cortes domésticas de outro Estado nem poderia esse mesmo Estado ser levado a litigar perante um tribunal internacional – seja ele um tribunal arbitral ou outro tribunal permanente criado no âmbito internacional – sem que houvesse manifestação expressa de seu consentimento. Como, então, poderia ser analisado o consentimento para arbitrar no campo das arbitragens investidor-Estado, sobretudo à luz da particularidade no quesito temporal de manifestação desse consentimento nesse âmbito? A resposta a essa pergunta pode ser assim colocada:

Governos estrangeiros geralmente gozam de diversos graus de imunidade, tanto de jurisdição quanto de execução, perante cortes domésticas. Investidores geralmente buscam uma renúncia expressa de imunidade em seus contratos com governos ou empresas pertencentes a governos. Uma renúncia pode ser explícita ou implícita. Um acordo para submeter litígios a

arbitragem é geralmente considerado como sendo uma renúncia implícita de imunidade soberana.²⁷⁰

Ou seja, a partir do momento em que um Estado escolhe inserir em sua legislação doméstica sobre investimento ou em um tratado – bilateral ou multilateral – com outro(s) Estado(s), uma cláusula de arbitragem, esse Estado é tido como implicitamente renunciando à sua imunidade de jurisdição no que toca aquela matéria específica, nos termos e condições estabelecidos pela própria lei ou tratado. É com base nessa renúncia, portanto, que pode um Estado ser compelido a se submeter a um tribunal arbitral para resolução de determinada disputa de investimento ainda que a única manifestação de vontade por ele dada seja por meio de uma previsão genérica em uma lei ou tratado. A importância do momento dessa referida manifestação de vontade para a formação do consentimento por ambas as partes envolvidas é muito bem pontuada por Zachary Douglas:

A referência à possibilidade de arbitrar disputas entre o investidor e o estado receptor dos investimentos, comum à maioria dos tratados de investimento, é uma oferta para arbitrar, não um acordo para arbitrar. O acordo para arbitrar se perfaz no momento da apresentação de um pedido de arbitragem por parte do investidor e nessa conjuntura são o estado receptor e o investidor que são partes desse acordo, não as duas partes estados que são contratantes do tratado.²⁷¹

A partir, portanto, desse acordo entre o investidor e o Estado – que renunciou implicitamente sua prerrogativa de imunidade de jurisdição naquela instância – passa a ser válida e plenamente exigível a submissão daquela disputa em particular à resolução por meio da arbitragem investidor-Estado, não havendo que se falar, nesse ponto, em imunidade de jurisdição por parte do Estado requerido.

²⁷⁰ No original: “Foreign governments generally enjoy varying measures of immunity, both from jurisdiction and from enforcement, in national courts. Investors usually seek an express waiver of immunity in their contracts with governments or government-owned companies. A waiver may be explicit or implicit. An agreement to arbitrate is generally considered as an implicit waiver of sovereign immunity.” BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2^a Ed. Kluwer Law International, 2014, p. 16.

²⁷¹ No original: “The reference to the possibility of arbitrating disputes between the investor and the host state common to most investment treaties is an offer to arbitrate, not an agreement to arbitrate. The agreement to arbitrate is perfected upon the filing of a notice of arbitration by the investor, and at this juncture it is the host state and the investor that are privy to this agreement rather than the two contracting state parties to the treaty.” DOUGLAS, Zachary. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. British Yearbook of International Law. Vol. 74. Issue 1, 2004, p. 58.

Outro aspecto extremamente relevante das arbitragens investidor-Estado se relaciona com a questão da exaustão dos recursos internos que, como já se viu, se mostra indissociável, fora do contexto dos tratados de investimento, da ideia de acesso a um mecanismo internacional de resolução de disputas, de modo que, para reclamar no âmbito desses, alegando, por exemplo, ter sofrido denegação de justiça em uma disputa relativa a investimentos ou até mesmo para ter acesso ao mecanismo de proteção diplomática, conforme já analisado na primeira Parte desse trabalho, o investidor precisaria, em regra, exaurir todos os recursos internos a ele disponíveis.

No caso das arbitragens investidor-Estado, contudo, a chave para a determinação da aplicação ou não da regra de exaustão dos recursos internos está na interpretação do instrumento no qual está contida a já referida oferta para arbitrar, conforme explica Christoph Schreuer:

Está aberta ao Estado receptor a possibilidade de insistir na regra da exaustão dos recursos internos no momento de consentir com a arbitragem internacional. As cláusulas modelo do ICSID contêm um exemplo de texto para esse efeito, para inclusão em um acordo entre o Estado receptor e o investidor. Alguns Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs), que preveem arbitragem de investimento, preveem a regra da exaustão dos recursos internos como uma condição do consentimento. Mas cláusulas desse tipo parecem ser raras e são encontradas principalmente em TBIs mais antigos. [...] A prática arbitral confirma que a exaustão dos recursos internos não é um requisito no âmbito da prática moderna de arbitragens de investimento. Tanto tribunais ICSID como tribunais fora do ICSID afirmaram que os requerentes tinham o direito de instituir arbitragens internacionais diretamente, sem antes tentar sua sorte nas cortes domésticas.²⁷²

Ou seja, ao contrário do que ocorre no âmbito tanto da proteção diplomática como das alegações de denegação de justiça no direito internacional, no âmbito das arbitragens investidor-Estado a exaustão dos recursos internos se mostra a exceção e não a regra. A prática confirma que, no âmbito das arbitragens investidor-Estado, a não

²⁷² No original: "It is open to a host State to insist on the exhaustion of local remedies when consenting to international arbitration. The ICSID Model Clauses contain a sample for a text to this effect for inclusion in agreement between the host State and the investor. Some bilateral investment treaties (BITs), providing for investment arbitration, make the exhaustion of local remedies a condition for consent. But clauses of this kind seem to be rare and are found mostly in BITs of older vintage. [...] Arbitral practice confirms that the exhaustion of local remedies is not required in contemporary investment arbitration. Both ICSID and non ICSID tribunals have held that claimants were entitled to institute international arbitration directly without first trying their luck in the local courts." SCHREUER, Cristoph. *Calvos's Grandchildren: the Return of the Local Remedies in Investment Arbitration*. The Law and Practice of International Courts and Tribunals. Vol. 4. Issue 1, 2005, p. 2.

ser quando expressamente previsto pelos Estados no instrumento relevante, a regra da exaustão dos recursos internos é tida como renunciada.²⁷³

Por fim, cabe analisar brevemente um outro interessante aspecto das arbitragens investidor-Estado no que diz respeito à ideia da denegação de justiça no direito internacional. Tratam-se das situações nas quais alegações de denegação de justiça são levantadas no âmbito da proteção de tratados bilaterais ou multilaterais de investimento. Explica-se: em algumas situações, o investidor estrangeiro que considera ter sofrido tratamento incompatível com o direito internacional pelas cortes domésticas de um Estado e considera que tal situação tenha lhe causado danos (desde que cobertos pela definição de investimento do tratado em questão) pode ingressar com um pedido de arbitragem para abordar tal situação.

Um dos mais relevantes casos a tratar dessa situação foi o caso *Loewen Group vs. Estados Unidos*.²⁷⁴ Loewen Inc., uma grande companhia canadense, havia sido processada nas cortes do Mississippi por um competidor local que imputava a ele práticas restritivas e comportamento predatório, tendo sido Loewen Inc. condenada, nesse processo doméstico, a indenizar o requerente no significativo valor de US\$500 milhões.²⁷⁵ A partir dessa decisão, Loewen Inc. iniciou uma arbitragem ICSID com base no NAFTA, alegando, entre outros argumentos, que teria havido violação do artigo 1102 e 1105 do NAFTA, os quais impedem o tratamento discriminatório e abaixo do padrão mínimo de proteção mencionado no tratado.²⁷⁶ Ou seja, considerando que o próprio tratado assinado entre os Estados das partes envolvidas no conflito previa a obrigatoriedade de observância de um padrão mínimo de proteção dos investidores e seus investimentos, e sob o argumento de que as cortes domésticas teriam dispensado tratamento discriminatório e incompatível com o padrão mínimo à parte requerida no

²⁷³ BRAUCH, Martin Dietrich. *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*. IISD Best Practices Series, January 2017, p. 17. Disponível em: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

²⁷⁴ ICSID. *Loewen Group Inc. e Raymond Loewen vs. Estados Unidos da América*. Caso ICSID nº ARB(AF)/98/3.

²⁷⁵ FRANCONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. Nº 3, p. 732-733.

²⁷⁶ FRANCONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. Nº 3, p. 732-733.

procedimento judicial, esta ingressou com uma arbitragem na qual se discutia, entre outras questões, a ocorrência ou não de denegação de justiça. Nesse sentido, o fundamento principal do pedido do requerente na arbitragem foi precisamente uma sequência de ações e omissões por parte do poder judiciário dos Estados Unidos. Essa situação apresenta, desta maneira, uma interessante combinação das ideias de denegação de justiça e proteção de investimentos por meio de tratados e arbitragens investidor-Estado.

O motivo pelo qual tal caso se tornou, ao mesmo tempo, notório e infame foi o fato de que, a despeito de ter o tribunal arbitral reconhecido a ocorrência de sérias violações aos padrões mínimos de justiça do direito internacional – e nesse caso também previstos no tratado –, o tribunal deixou de conceder qualquer reparação ao requerente preferindo aplicar uma noção puramente formalista de denegação de justiça, se apegando à possibilidade remota e abstrata de ainda terem existido recursos internos não explorados pelo Requerente.²⁷⁷ A despeito do desfecho do caso, contudo, parece que as circunstâncias nas quais ele se encontrava inserido evidenciam uma interessante interação entre conceitos, institutos e categorias do direito internacional que podem se combinar e se contrapor a institutos próprios da proteção internacional de investimentos – como a arbitragem investidor-Estado –, resultando, algumas vezes, em soluções controversas e inusitadas.

²⁷⁷ FRANCIONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. N° 3, p. 733-734.

10. Proteção Internacional de Investimentos e Fragmentação do Direito Internacional

A questão da fragmentação do direito internacional é, sem dúvidas, umas das principais agendas do direito internacional contemporâneo. Reflexões sobre fragmentação se mostram presentes nas mais diversas áreas do direito internacional, bem como análises e avaliações sobre as consequências, para cada âmbito do direito internacional, e para o contexto geral do direito internacional, desse movimento de fragmentação. Naturalmente, também no campo da proteção internacional de investimentos, as discussões em torno da questão da fragmentação do direito internacional se mostram extremamente relevantes e atuais.

Nesse sentido, pretende o presente trabalho analisar o fenômeno da fragmentação do direito internacional, suas origens e o atual estágio de desenvolvimento do tópico, para, em seguida, investigar quais seriam as relações entre a existência e a efetividade da proteção internacional de investimentos e a consolidação da arbitragem investidor-Estado como forma de resolução de controvérsias dessa natureza, para, ao final, buscar traçar breves comentários sobre a questão da proteção internacional de investimentos como um fragmento do direito internacional e as possíveis consequências dessa análise nas suas relações com o “restante” do direito internacional.

10.1. Algumas Notas sobre a Fragmentação do Direito Internacional Contemporâneo

No ano 2000, a Comissão de Direito Internacional decidiu incluir em sua programação de trabalhos, estudos sobre os potenciais riscos emergentes da fragmentação do direito internacional. Os esforços da Comissão nesse sentido culminaram na emissão de um relatório, de autoria do Presidente do Grupo de Estudo que se dedicou ao assunto, Martti Koskenniemi, no ano de 2006, intitulado “Fragmentação do Direito Internacional: Dificuldades Surgidas da Diversificação e

Expansão do Direito Internacional”.²⁷⁸ O vultoso projeto da Comissão analisa as origens do fenômeno da fragmentação do direito internacional, bem como seu paralelo com os aspectos sociológicos do fenômeno da fragmentação também fora do âmbito estrito do direito, de modo a avaliar quais seriam, para o direito internacional, os impactos de tal fenômeno e propor algumas orientações conclusivas sobre as melhores formas de lidar com ele. De maneira bastante lúcida, afirmou o relatório que:

A fragmentação do âmbito social no mundo adquiriu relevância legal sobretudo em quanto foi acompanhada da emergência de regras ou complexos de regras especializadas e (relativamente) autônomas, instituições legais e esferas da prática jurídica. O que antes parecia ser regido pelo “direito internacional geral” se tornou o campo de atuação de sistemas especiais tais como “direito do comércio”, “direitos humanos”, “direito ambiental”, “direito do mar”, “direito Europeu” e até mesmo alguns conhecimentos exóticos e altamente especializados como “direito dos investimentos” ou “direito internacional dos refugiados” etc. – cada um possuindo seus próprios princípios e instituições.²⁷⁹

De modo a não incorrer no que Dirk Pulkowski classificou como uma recorrência nas discussões acadêmicas sobre fragmentação de se enrolarem em confusões de abordagens teóricas babilônicas,²⁸⁰ o presente trabalho abordará a questão da fragmentação de modo didático, com o intuito de dela extrair o que é de fato relevante para o objeto maior da análise aqui proposta, a proteção dos investimentos no âmbito do direito internacional.

Estudos sobre a fragmentação e especialização tanto no âmbito do direito quanto no âmbito social, não são empreitadas recentes; ainda no ano de 1971, ao teorizar sobre o conceito da sociedade global, Niklas Luhmann se permitiu especular a hipótese de que

²⁷⁸ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>. Acesso em 10/7/2017.

²⁷⁹ No original: “The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by ‘general international law’ has become the field of operation for such specialist systems as ‘trade law’, ‘human rights law’, ‘environmental law’, ‘law of the sea’, ‘European law’ and even such exotic and highly specialized knowledges as ‘investment law’ or ‘international refugee law’ etc. - each possessing their own principles and institutions.” KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, p. 11. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>. Acesso em 10/7/2017.

²⁸⁰ PULKOWSKI, Dirk. *Narratives of Fragmentation – International Law Between Unity and Multiplicity*, p. 1. Disponível em: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Pulkowski_0.PDF. Acesso em 10/7/2017.

o direito no mundo global experimentaria uma radical fragmentação, não através das linhas territoriais dos Estados, mas através das linhas dos setores da sociedade global.²⁸¹ Também Bruno Simma, no ano de 1985, analisou a noção dos chamados “*regimes autocontidos*”²⁸² e sua aplicação no direito internacional naquele contexto histórico e no futuro do direito internacional. Naquela oportunidade, Simma, se referindo em particular à operação das normas de responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais, concluiu que:

A racionalidade por detrás da reposição/substituição das consequências legais gerais de atos ilícitos internacionais por “regimes autocontidos” será, em alguns casos, a convicção de que a aplicação do regime geral seria inadequada ou até mesmo contraproducente para a efetividade das relações jurídicas envolvidas. Portanto, se tentará “personalizar” consequências especiais de acordo com as peculiaridades das “suas” regras primárias.²⁸³

Nas mesmas linhas, em trabalho anterior ao referido Relatório da Comissão de Direito Internacional, Martti Koskenniemi e Päivo Leino, analisando a questão da fragmentação a partir das preocupações sobre o fenômeno expressadas por alguns presidentes da CIJ, afirmaram sobre as raízes da fragmentação do direito internacional:

A crise da soberania doméstica é acompanhada pelo colapso da imagem do plano internacional como um única estrutura hierárquica no topo da qual as Nações Unidas governa um mundo de soberanos domados por meio do direito público e da diplomacia. A nova configuração global se constrói por meio de relações informais entre diferentes tipos de unidades e atores,

²⁸¹ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. Michigan Journal of International Law. Vol. 25. Nº 4, 2004, p. 999-1000.

²⁸² “A expressão ‘regimes autocontidos’ foi cunhada pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *S.S. Wimbledon*. [...] No caso *Wimbledon*, a Corte aplicou o conceito de autocontenção para resolver uma dúvida de interpretação no que toca à relação entre dois conjuntos de obrigações internacionais primárias.” No original: “The phrase ‘self-contained regime’ was coined by the Permanent Court of International Justice in the *S.S. Wimbledon* case. [...] In the *Wimbledon* case, the Court applied the concept of self-containment to resolve a question of treaty interpretation concerning the relationship between two sets of primary international obligations.” SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. Nº 3, 2006, p. 491.

²⁸³ No original: “The rationale for the replacement/supersession of the general legal consequence of international wrongs by ‘self-contained regimes’ will, in some cases, be the conviction that the application of the general regime would be unsuitable or even counterproductive for the effectiveness of the legal relationships concerned. Therefore, to ‘tailor’ special consequences in accordance with the peculiarities of “their” primary rules will be attempted.” SIMMA, Bruno. *Self-contained Regimes*. Netherlands Yearbook of International Law. Vol. 16, 1985, p. 135.

enquanto o papel do estado foi transformado de legislador para facilitador de sistemas autorregulados.²⁸⁴

A fragmentação do direito internacional, portanto, pode ser resumida como o surgimento de novas áreas de atuação do direito (sejam elas chamadas de subsistemas, fragmentos, regimes, etc.) por meio da especialização das regras e procedimentos aplicáveis àquele determinado setor. Esse fenômeno traz consigo uma situação delicada de equilíbrio entre o direito internacional geral – ou o universo, na alegoria utilizada por Bruno Simma e Dirk Pulkoswi – e seus fragmentos – ou os planetas, na mesma alegoria. Essa tênue relação é assim descrita pelos mencionados autores:

Unidade e multiplicidade, estabilidade e mudança se condicionam mutuamente. Por um lado, novos regimes especiais de direito internacional evoluíram como uma resposta para as insuficiências ou as percebidas faltas de flexibilidade do sistema geral. Por outro lado, os mesmos regimes que se emanciparam do direito internacional geral permanecem dependentes desse corpo de regras de uma série de maneiras, incluindo, como uma última medida, o cumprimento de obrigações primárias.²⁸⁵

As consequências da percepção sobre a existência de regimes jurídicos especiais no bojo do direito internacional geral, em conexão ao fenômeno da fragmentação, vão depender, especialmente, da visão teórica sobre o conceito de direito internacional e da ordem internacional adotada na análise, de modo a determinar de que forma se dá a relação entre os “fragmentos” e o “todo” do direito internacional. Duas visões preponderantes a respeito podem assim ser resumidas:

A escola universalista postula a existência de uma ordem jurídica unificada. A distinção entre direito internacional geral e especial mimetiza essa estrutura do direito internacional. Consequentemente, a aplicação do princípio da *lex specialis* é uma necessidade estrutural. As regras sobre Responsabilidade dos Estados se aplicam na medida em que o regime especial deixa de especificamente excluir sua aplicação. A visão particularista e regime-baseada descreve a estrutura do direito internacional como a soma de regimes inter-relacionados sem reconhecer uma hierarquia predefinida entre esses regimes. Uma vez que uma distinção geral-especial

²⁸⁴ KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. Leiden Journal of International Law. Vol. 15. Issue 3, 2005, p. 557.

²⁸⁵ No original: “Unity and multiplicity, stability and change mutually condition each other. On the one hand, new special regimes of international law have evolved as a response to insufficiencies or the perceived lack of flexibility of the general system. On the other hand, the very same regimes that have thus emancipated themselves from general international law remain dependent on this body of rules in a number of ways, including, as a measure of last resort, the enforcement of primary obligations.” SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. N° 3, 2006, p. 491.

não é, a priori, reconhecida, essa escola provavelmente não fará referência ao princípio da *lex specialis* para estabelecer contato com outros regimes. Ao contrário, o regime deve superar suas limitações *praeter legem* com o próprio regime.²⁸⁶

Ou seja, uma abordagem *universalista* da questão levaria a uma tendência a lidar com as possíveis interações entre os sistemas por meio do critério da especialidade, enquanto que uma visão *particularista* buscaria uma maior autonomia dos referidos sistemas, de modo a suprir suas lacunas internamente e não externamente. É preciso, contudo, que não se perca de vista o posicionamento crítico sobre a conveniência de se adotar uma ou outra visão, a depender dos interesses que pretendem ser favorecidos, conforme se depreende da análise acerca da questão no âmbito da OMC:

Consequentemente, painéis (e em menor medida o Corpo de Apelação) tendem a enfatizar a particularidade do direito da OMC, se abstendo de realizar conexões cruzadas entre regras da OMC com outras regras do “universo”. Contudo, esta estratégia de discurso isolacionista somente pode ser perseguida até o ponto em que o balanço entre efetividade-legitimidade começa a se inclinar para algum dos lados. Uma vez que a legitimidade da decisão encontre-se sob ataque, a invocação de “unidade” ao invés de “particularismo” se torna uma interessante opção discursiva. Ao empregar regras de fora do regime da OMC que – aos olhos de muitos – incorporam preocupações legítimas ou posições éticas internacionalmente reconhecidas, os corpos judiciais da OMC tentaram importar a legitimidade oferecida pelo “universo” para o “planeta”.²⁸⁷

²⁸⁶ No original: “The universalistic school posits the existence of a unified legal order. The distinction between general and special international law mirrors this structure of international law. Consequently, the application of the *lex specialis* principle is a structural necessity. The rules on State responsibility apply to the extent that the special regime fails to specifically contract out. The particularistic, regime-based approach describes the structure of international law as the sum of interrelated regimes without recognizing a pre-defined hierarchy among these regimes. Since a general–special distinction is not a priori recognized, the school is unlikely to make reference to the *lex specialis* principle to liaise with other regimes. Rather, the regime is likely to resolve shortcomings *praeter legem* within the regime itself.” PULKOWSKI, Dirk. *Narratives of Fragmentation – International Law Between Unity and Multiplicity*, p. 12. Disponível em: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Pulkowski_0.PDF. Acesso em 10/7/2017.

²⁸⁷ No original: “Hence, panels (and to a lesser extent the Appellate Body) tend to stress the particularity of WTO law, refraining from unnecessarily cross-linking WTO provisions with other rules of the ‘universe’. However, this isolationist discursive strategy can only be pursued up to the point where the effectiveness-legitimacy balance begins to tilt. Once the legitimacy of the decision comes under fire, the invocation of ‘unity’ rather than ‘particularity’ becomes an interesting discursive option. By relying on rules outside the WTO regime that – in the view of many – embody legitimate concerns or internationally recognized ethical positions, the WTO’s judicial bodies have attempted to import the legitimacy offered by the ‘universe’ to the ‘planet’.” PULKOWSKI, Dirk. *Narratives of Fragmentation – International Law Between Unity and Multiplicity*, p. 11. Disponível em: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Pulkowski_0.PDF. Acesso em 10/7/2017.

Contudo, independentemente de se adotar uma visão mais universalista ou uma visão mais particularista do conceito da ordem jurídica internacional e das implicações dessas posições – naturalmente, não imunes às observações sobre a conveniência de cada posicionamento em diversos âmbitos – parece claro que é preciso lidar tanto com o fenômeno da fragmentação do direito internacional em si mesmo – que, ao que parece, se mostra politicamente inevitável, mas juridicamente controlável²⁸⁸ – quanto com as consequências desse fenômeno. Uma das facetas mais relevantes dessa questão, nesse sentido, parece ser a necessidade de se determinar a forma como tais fragmentos relativamente autônomos do direito internacional se relacionariam tanto entre eles próprios quanto com o “restante” do direito internacional geral. Nesse sentido, conforme concluiu o Relatório da Comissão de Direito Internacional:

Uma das principais conclusões desse relatório é a de que a emergência de regimes especiais de tratados (os quais não devem ser chamados de “autocontidos”) não abalou de forma séria a segurança jurídica, previsibilidade ou a igualdade dos sujeitos de direito. As técnicas da *lex specialis* e *lex posterior*, de acordos *inter se* e a posição superior atribuída a normas peremptórias e a (ainda em desenvolvimento) noção de “obrigações devidas à comunidade internacional como um todo” fornecem uma caixa de ferramentas profissional básica que é apta a responder de forma flexível à maioria dos problemas substanciais da fragmentação. Elas podem ser utilizadas para dar expressão a preocupações (por exemplo, desenvolvimento econômico, direitos humanos, proteção do meio ambiente, segurança) que são legítimas e sentidas de forma significativa.²⁸⁹

Ou seja, como prescreveu Tomer Broude em uma análise sobre a fragmentação realizada sete anos após a publicação do Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o tema, apesar de serem compreensíveis as ansiedades causadas pela fragmentação, é preciso permanecer calmo e prosseguir com o trabalho como de

²⁸⁸ BROUDE, Tomer. *Keep Calm and Carry on: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law*. Temple International & Comparative Law Journal. Vol. 27. Nº 2, 2013, p. 279.

²⁸⁹ No original: “One principal conclusion of this report has been that the emergence of special treaty-regimes (which should not be called “self-contained”) has not seriously undermined legal security, predictability or the equality of legal subjects. The techniques of *lex specialis* and *lex posterior*, of *inter se* agreements and of the superior position given to peremptory norms and the (so far under-elaborated) notion of ‘obligations owed to the international community as a whole’ provide a basic professional toolbox that is able to respond in a flexible way to most substantive fragmentation problems. They can be used so as to give expression to concerns (e.g. economic development, human rights, environmental protection, security) that are legitimate and strongly felt.” KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, p. 248-249. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>. Acesso em 10/7/2017.

costume.²⁹⁰ Ou seja, é preciso lidar com a fragmentação e suas consequências teóricas e práticas, não apenas temê-la e repudiá-la.

Também no âmbito da proteção internacional de investimentos se mostram relevantes as reflexões sobre a fragmentação, em especial no que diz respeito à relação travada entre a proteção internacional de investimentos enquanto um dos fragmentos do direito internacional e demais fragmentos relevantes, bem como com o direito internacional geral. Tal reflexão será proposta na terceira Parte do presente trabalho, cabendo, antes disso, uma breve análise sobre o papel da arbitragem investidor-Estado na compreensão – ainda que incerta – da proteção internacional de investimentos como um sistema ou fragmento do direito internacional contemporâneo.

10.2. Arbitragem Investidor-Estado e a Relação Existência-Efetividade na Proteção Internacional de Investimentos

A relação entre a existência de um direito e a possibilidade de fazer valer tal direito é muito bem delimitada por Sergio Puig, citando uma decisão paradigmática para o direito Norte Americano:

Em 1803, o Ministro Presidente Marshall pontuou que um governo não pode ser chamado de “um governo de leis, e não de homens... se a lei não fornecer recursos contra violação de um direito juridicamente atribuído.” A celebrada frase do Ministro Marshall é mais do que uma modesta lembrança de que em qualquer sistema legal não existe nenhum *direito* sem um *recurso legal*.²⁹¹

Ou seja, de modo a permitir concluir pela existência de determinado direito é preciso existir mecanismos para fazer valer tal direito. No que diz respeito à proteção internacional de investimentos, essa conclusão efetiva, ao que parece, somente veio a se tornar possível a partir da figura da arbitragem investidor-Estado:

²⁹⁰ BROUDE, Tomer. *Keep Calm and Carry on: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law*. Temple International & Comparative Law Journal. Vol. 27. Nº 2, 2013, p. 291.

²⁹¹ No original: “In 1803, Chief Justice Marshall observed that a government cannot be called a ‘government of laws, and not of men... if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.’ Justice Marshall’s celebrated quote is more than a modest reminder that in any given legal system there is no *right* without a *remedy*.” PUIG, Sergio. *No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration*. University of Pennsylvania Journal of International Law. Vol. 35. Issue 3, 2014, p. 830.

De fato, sem que o investidor tenha a opção de recorrer à arbitragem, tratados de investimentos seriam meras declarações políticas (apesar de que com algumas implicações no nível diplomático) ao invés de um conjunto de normas oponíveis contra os estados. A importância desse direito na persecução do objetivo e do propósito dos tratados de investimento de proteger e promover investimentos estrangeiros se torna mais aparente ao considerarmos a função que um mecanismo de solução de controvérsias independente desempenha na estabilização e na promoção de trocas econômicas no contexto dos investimentos.²⁹²

No âmbito da proteção internacional de investimentos – como foi brevemente analisado nas conclusões parciais da Parte anterior deste trabalho –, independentemente das pertinentes críticas sobre as motivações e interesses dos diferentes atores envolvidos, que impulsionam o desenvolvimento do sistema, é notório o fato de que o surgimento e consolidação das arbitragens investidor-Estado tiveram o condão de alterar os paradigmas da proteção internacional de investimentos.²⁹³ Esta constatação se mostra razoável precisamente porque a arbitragem investidor-Estado passou a representar o *recurso* sem o qual não poderia se falar na existência – efetiva – de qualquer *direito*.

Nesse ponto, o que evidencia a precisão dessa constatação é exatamente a análise proposta ao longo da primeira Parte desse trabalho sobre a aparente insuficiência do direito internacional geral para lidar com questões relativas à proteção internacional de investimentos, o que, em certa medida, fez surgir um sistema especial no âmbito do direito internacional, com suas regras e ferramentas – inclusive mecanismos processuais, como a arbitragem investidor-Estado – desenhadas de forma específica para atender às necessidades desse sistema em particular.

Um grande exemplo do papel desempenhado pela arbitragem investidor-Estado na garantia da efetividade dos direitos relacionados à proteção internacional de investimentos pode ser encontrado na prática do ICSID. Conforme já foi analisado em

²⁹² No original: “Indeed, without the investor having the option of recourse to arbitration, investment treaties would be mere political declarations (albeit with some implications on the diplomatic level) instead of a set of rules enforceable against states. The importance of this right in fulfilling the object and purpose of investment treaties to protect and promote foreign investment becomes most apparent in considering the function that independent dispute-settlement mechanisms perform in stabilizing and enabling economic exchange in the investment context.” BROWER, Charles N.; SCHILL, Stephan W. *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* Chicago Journal of International Law. Vol. 9. Nº 2, 2009, p. 477.

²⁹³ BROWER, Charles N.; SCHILL, Stephan W. *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* Chicago Journal of International Law. Vol. 9. Nº 2, 2009, p. 477.

outras passagens do presente trabalho, foi a introdução da possibilidade de o investidor recorrer a um mecanismo internacional de arbitragem diretamente contra os Estados que representou a maior evolução da Convenção ICSID, fazendo com o que o pretense “sistema” ICSID viesse a se tornar um dos mais importantes âmbitos de resolução de controvérsias entre investidores e Estados receptores de investimentos.²⁹⁴

Nesse sentido, e para além das questões sobre a existência e efetividade das normas relativas à proteção internacional de investimentos, a existência da arbitragem investidor-Estado também desempenha papel relevante na avaliação sobre a possibilidade de se qualificar tal matéria no âmbito internacional como um sistema, e, em caso positivo, qual seria o grau de autonomia e independência desse “sistema” em relação ao resto do direito internacional. É o que se passa a analisar na próxima seção.

10.3. A Proteção Internacional de Investimentos e o Direito Internacional: autonomia ou interação?

As profundas discussões travadas no grupo de trabalho que, mais recentemente se dedicou, no âmbito da Comissão de Direito Internacional, à questão da fragmentação do direito internacional, bem como a significativa produção acadêmica sobre diversos pontos que tocam o referido fenômeno, evidenciam o quão longe se estendem as suas repercussões e implicações. Contudo, é curioso notar que, especificamente no que diz respeito às relações do referido fenômeno da fragmentação com o âmbito da proteção internacional de investimentos, a matéria não tem sido explorada com profundidade:

O direito dos investimentos internacionais se tornou uma das questões que evoluem mais rapidamente e que se mostram mais controvertidas no direito econômico internacional. Contudo, muito da discussão sobre fragmentação

²⁹⁴ “As duas últimas décadas presenciaram um crescimento sem precedentes nos fluxos de investimentos além das fronteiras nacionais, e no número de arbitragens de investimento. O ICSID teve o privilégio de receber a maioria dessas arbitragens e de desempenhar um papel de liderança nesse campo.” No original: “The last two decades have seen unprecedented growth in crossborder investment flows, the number of concluded investment treaties regulating those flows, and the number of international investment arbitrations. ICSID has been privileged to host the majority of these arbitrations and to play a leadership role in this field.” REED, Lucy; PAULSSON, Jan; et. all. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010, p. ix.

do direito internacional tem negligenciado este desenvolvimento e tem, ao invés disso, escolhido focar na Organização Mundial do Comércio (OMC) e na relação entre os Acordos da OMC e outras áreas do direito internacional, como por exemplo, acordos multilaterais sobre o meio ambiente ou direito internacional dos direitos humanos, deixando investimentos e...’ – questões comparativamente negligenciadas, apesar de terem estas se tornado cada vez mais importantes.²⁹⁵

Soma-se a isto o fato de que, aparentemente, muito das discussões travadas nesse contexto têm se concentrado excessivamente em reflexões meramente normativas e dogmáticas, deixando de lado importantes reflexões no plano, por exemplo, da justiça relativa a tal fenômeno e seus desdobramentos. Esta será a abordagem que buscará apresentar o presente trabalho nas suas próximas Parte e seções.

Ainda que não tenha a pretensão de esgotar tão árido e complexo tema quanto a questão da posição da proteção internacional de investimentos à luz da fragmentação do direito internacional, o presente trabalho – levando em conta o já descrito relativo vácuo doutrinário nesse ponto – pretende oferecer uma breve contribuição para a análise das particularidades da proteção internacional dos investimentos no que toca sua autonomia ou interação com o restante do direito internacional, de modo a servir, sobretudo, de embasamento para as discussões que serão propostas na Parte final do presente trabalho. Nesse sentido, não se pretende aqui exaurir a análise sobre todas as formas pelas quais podem regras externas ao sistema da proteção de investimentos encontrar caminho para influenciar contendas relativas a investimento – seja por meio dos TBIs, dos tratados multilaterais de investimento ou das regras aplicáveis às arbitragens investidor-Estados, por exemplo²⁹⁶, mas traçar linhas gerais que possam servir de guia para a avaliação da autonomia da proteção internacional de investimentos e como melhor lidar com as

²⁹⁵ No original: “International investment law has become one of the fastest evolving as well as one of the most contentious issues in international economic law. However, much of the discussion on the fragmentation of international law has neglected this development and has instead chosen to focus on the World Trade Organization (WTO) and the relationship between the WTO Agreements and other areas of international law, such as multilateral environment agreements or international human rights law leaving, international and...’ – issues comparatively neglected, although they have become ever more important.” AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 91.

²⁹⁶ Para uma discussão mais profunda sobre esse tema, ver, por exemplo: AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006.

interações entre a proteção internacional de investimentos e o direito internacional de modo geral.

O cerne da questão nesse ponto, portanto, é: o regime de proteção internacional de investimentos na sua atual formatação é autocontido? Esse regime – ou sistema, ou fragmento – se relaciona, e deve se relacionar, com os demais regimes de direito internacional, bem como com o dito direito internacional geral? São essas as perguntas que, nesse ponto do trabalho, se buscará responder a partir da análise proposta.

Partindo desses pressupostos, o objeto da análise ora proposta será, de um lado, explorar as interferências e influências exercidas pelo direito internacional geral sobre o sistema de proteção internacional de investimentos – notadamente do ponto de vista da *interpretação* das categorias aplicadas no âmbito da proteção de investimentos que guardam identidade ou semelhança com aquelas existentes no direito internacional geral – e, de outro lado, analisar as influências e possíveis *conflitos* surgidos do cotejo de obrigações assumidas em um dado âmbito do direito internacional com aquelas assumidas no sistema de proteção internacional de investimentos. Esse segundo ponto será aqui apresentado de forma geral e aprofundado e complementado na Parte final deste trabalho.

Um importante ponto de partida da análise proposta é a constatação de que, conforme se analisou em outras partes deste trabalho, tradicionalmente, as disputas sobre investimentos eram resolvidas no âmbito do direito internacional geral, contando apenas com o substrato material – notadamente pelo padrão mínimo de tratamento dos estrangeiros – e com o substrato processual – notadamente por meio da proteção diplomática – disponíveis no referido âmbito. Outra importante constatação a partir das reflexões deste trabalho é o fato de que as disputas sobre investimentos no âmbito do direito internacional geral eram travadas entre os próprios Estados, sem que tivesse o indivíduo ou as corporações acesso a mecanismos de solução de controvérsia internacionais. Essa realidade foi significativamente alterada com a massificação dos tratados, bilaterais e multilaterais, em matéria de investimento e da arbitragem investidor-Estado.

Ou seja, ao que tudo indica, essas alterações no âmbito da proteção internacional de investimentos tiveram o condão de retirar a proteção internacional de investimentos do direito internacional geral e a levá-la para um regime especial de direito internacional, um subsistema no âmbito do direito internacional, com suas próprias regras – sobretudo as regras de promoção e proteção de investimentos contidas nos tratados de investimento – e seu próprio mecanismo de solução de controvérsias – a arbitragem investidor-Estado – que se destina a fazer valer os referidos direitos materiais frente aos próprios Estados.

Esse é, basicamente, o quadro geral que se depreende de todas as análises propostas anteriormente nesse trabalho e que é a base para a reflexão sobre as relações desse sistema do direito internacional – o regime especial da proteção internacional de investimentos – com os demais sistemas de direito internacional, com o direito internacional geral, e, eventualmente, até mesmo com os direitos domésticos.

No que diz respeito ao primeiro ponto da análise proposta – à relação entre o regime da proteção internacional de investimentos e o direito internacional geral – se mostra bastante interessante a reflexão proposta por Alain Pellet, em artigo dedicado à análise da natureza do sistema ICSID no âmbito do direito internacional e da influência da jurisprudência da Corte Mundial no referido sistema – e que, dada a hegemonia do ICSID sobre casos e questões de investimentos, pode ser aproveitada para a proteção internacional de investimentos como um todo. No referido trabalho, ao analisar a natureza do sistema ICSID e determinar as influências que deve este sofrer do direito internacional geral, afirma o autor:

Resultando de um nem sempre harmonioso casamento entre direito internacional público e arbitragem comercial, o ICSID permanece, primeiramente, enraizado no direito internacional público. Ele foi criado por meio de tratado, sendo enquadrado no que Charles Leben nomeou de “lógica internacionalista” (lógica de direito internacional público), e como apenas mencionei, na ausência de acordo entre as partes em contrário, tribunais ICSID devem aplicar “as regras de direito internacional que possam ser aplicáveis” – uma fórmula que tem muito mais sentido em francês: “*les principes du droit international en la matière*”.²⁹⁷

²⁹⁷ No original: “Resulting from a not always harmonious marriage between public international law and commercial arbitration, ICSID, first, remains rooted in public international law. It was created by treaty, it comes under what Charles Leben named a ‘*logique internationaliste*’ (public international law logic), and

Esta constatação evidencia a quase natural influência que deve o direito internacional geral exercer sobre as análises feitas pelos tribunais de investimento, notadamente na interpretação dos instrumentos dos quais emanam as obrigações no âmbito da proteção internacional de investimento. Sobre as influências “externas” nas decisões de tribunais ICSID, afirma Pellet:

[...] tribunais ICSID são provavelmente menos hesitantes do que a Corte Mundial em invocar o que pode ser chamado de jurisprudência “exógena” ou “externa” – ou seja, decisões de cortes ou tribunais fora do sistema ICSID ou do direito internacional dos investimentos. Tribunais ICSID têm ainda mais razão na utilização de jurisprudência internacional considerando que o sistema ICSID é apenas “semi-exógeno” uma vez que se encontra enraizado no direito internacional e tem orientação internacionalista. [...] Não apenas os tribunais ICSID (e outros tribunais de investimento) se referem à jurisprudência da Corte Mundial, mas eles demonstram uma especial deferência a esta.²⁹⁸

Especificamente no que diz respeito às áreas que tocam a proteção internacional de investimentos, é possível verificar influência dos posicionamentos e análises da CIJ – e por extensão do direito internacional geral – em alguns aspectos em particular:

No que diz respeito aos princípios gerais do direito dos tratados e em particular de interpretação de tratados, (e mais genericamente no que diz respeito às fontes do direito internacional, notadamente no que toca a existência de uma regra de direito internacional consuetudinário), o conteúdo e limitações das competências dos Estados, a jurisdição de cortes e tribunais internacionais, questões processuais perante essas jurisdições, tais como a junção das objeções preliminares com o mérito, as consequências legais de procedimentos incidentais tais como medidas cautelares, ônus da prova, procedimentos *in absentia*, ou a interpretação da anulação de sentenças, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça é aceita como sendo investida de um elevado grau de autoridade nas sentenças ICSID.²⁹⁹

as I just mentioned, absent an agreement between the parties to the contrary, ICSID tribunals are required to apply ‘such rules of international law as may be applicable’—a formula which is much more meaningful in French: ‘*les principes du droit international en la matière*’.” PELLET, Alain. *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*. ICSID Review. Vol 28. N° 2, 2013, p. 227-228.

²⁹⁸ No original: “ICSID tribunals are probably less hesitant than the World Court to invoke what may be called ‘exogenous’ or ‘external’ case law—that is to say, decisions of courts or tribunals outside the ICSID system or international investment law. ICSID Tribunals are even more justified to resort to international case law given that the ICSID system is only ‘semi-exogenous’ since it is rooted in international law and is internationally oriented. [...] Not only do ICSID tribunals (and other investment tribunals) refer to the jurisprudence of the World Court, but they show a particular deference to it.” PELLET, Alain. *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*. ICSID Review. Vol 28. N° 2, 2013, p. 230.

²⁹⁹ No original: “With regard to the general principles of the law of treaties and of treaty interpretation in particular, (and more generally, with respect to the sources of international law, notably as regards the

Todas essas análises e constatações levaram o referido autor a concluir que a relativa porosidade das arbitragens ICSID em relação à jurisprudência da Corte Mundial confirma que a proteção internacional de investimentos tem suas raízes no direito internacional geral, a despeito de sua inegável especificidade.³⁰⁰

Parece, assim, que a despeito da relativa especialização do sistema internacional de proteção de investimentos em relação ao direito internacional geral, ainda existe considerável influência do direito internacional geral no sistema de proteção de investimentos, notadamente no que diz respeito à interpretação de conceitos e situações que são por ambos partilhadas.

Uma vez compreendidas as frequentes e inegáveis influências exercidas pelo direito internacional geral no âmbito da proteção internacional de investimentos, faz-se necessária uma breve análise – que será aprofundada na Parte final deste trabalho, a partir de alguns pontos específicos de confronto – sobre a possibilidade de existência de relações e influências de outros sistemas e âmbitos do direito internacional na proteção internacional de investimentos, notadamente no que diz respeito aos compromissos assumidos pelos Estados nessas diferentes instâncias.

A despeito do fato de que tem o sistema de proteção internacional de investimentos sido criticado por ser visto como não levando em conta outras áreas especializadas do direito internacional,³⁰¹ é possível identificar várias situações nas quais o contato e as influências de outras áreas do direito internacional são sentidas na proteção de investimentos e têm, necessariamente, que ser analisadas e resolvidas, sobretudo por tribunais de investimento. Um dos contatos mais relevantes nesse aspecto se dá entre a proteção internacional de investimentos e a proteção internacional dos

existence of a rule of customary international law), the content and limits of competences of the State, the jurisdiction of international courts and tribunals, procedural issues before these jurisdictions such as the junction of the preliminary objections to the merits, the legal consequences of incidental proceedings like interim measures, the burden of proof, *in absentia* proceedings, or the interpretation or annulment of awards, the case law of the ICJ is accepted as having vested a rather high degree of authority in ICSID awards.” PELLET, Alain. *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*. ICSID Review. Vol 28. Nº 2, 2013, p. 231-232.

³⁰⁰ PELLET, Alain. *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*. ICSID Review. Vol 28. Nº 2, 2013, p. 240.

³⁰¹ AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 112.

direitos humanos; nesse âmbito, os principais pontos de conflito podem assim ser resumidos:

Em primeiro lugar, os estados podem adotar explicitamente medidas gerais inspiradas nos direitos humanos de modo a cumprir com suas obrigações internacionais ou constitucionais no âmbito dos direitos humanos. Nesse contexto, tribunais arbitrais têm considerável margem para interpretar as provisões do TBI de modo a equilibrar direitos humanos e proteção de investimentos, especialmente se o estado adotou uma medida não discriminatória. Em segundo lugar, o estado pode utilizar os direitos humanos como uma defesa para tomada de ações contra um investidor estrangeiro que viola os direitos humanos, no bojo de sua obrigação de proteção.³⁰²

Outra área recorrente de contato com a proteção internacional de investimentos – que, desde o início da história da proteção de investimentos com ela compartilha significativa identidade – é o âmbito do direito comercial internacional, notadamente no que diz respeito às regras da OMC a esse respeito. Nesse âmbito, os potenciais conflitos podem assim ser brevemente resumidos:

Em primeiro lugar, pode ser arguido que regras da OMC são aplicáveis à disputa sobre investimentos. Este pode ser o caso quando o TBI que rege a disputa estabelece um padrão de tratamento regulatório, que é estabelecido por referência por meio de regras existentes ou futuras de direito internacional aplicáveis entre as Partes. Em segundo lugar, ainda que as regras da OMC não pudessem ser entendidas como “aplicando-se à” disputa sobre investimento, elas ainda podem guiar a interpretação das obrigações regulatórias nos TBIs como contexto interpretativo, conforme determina o Art. 31(3)(c) da CVDT [Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados].³⁰³

A partir dessas breves reflexões, parece que, também nesse ponto, as relações entre a proteção internacional de investimentos e as outras áreas especializadas do

³⁰² No original: “First, states may explicitly take human rights inspired measures in order to fulfill their international or constitutional human rights obligations. Here, arbitral tribunals have considerable scope to interpret the BIT provisions in a way to balance human rights and investor protection, especially if the state has taken a non-discriminatory measure. Second, the state may use human rights as a defense for taking action against a foreign investor violating human rights under its duty to protect.” AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 117-118.

³⁰³ No original: “First, it may be argued that WTO law is applicable to the investment dispute. This may be the case when the BIT governing the dispute sets a standard of regulatory treatment, which is defined by reference to existing or future rules of international law applicable between the Parties. Second, even if WTO law could not be construed as ‘applying to’ the investment dispute, it may still inform the interpretation of the regulatory treatment obligations in BITs as interpretative context, pursuant to Art. 31(3)(c) of the VCLT.” AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 113.

direito internacional são inevitáveis. Desta maneira, podemos retomar as duas perguntas que nortearam as análises aqui propostas: o regime de proteção internacional de investimentos na sua atual formatação é autocontido? Esse regime – ou sistema, ou fragmento – se relaciona, e deve se relacionar, com os demais regimes de direito internacional, bem como com o dito direito internacional geral? Nos parece evidente que a primeira questão pode ser respondida na negativa, enquanto a segunda na afirmativa.

Ao que tudo indica, portanto, conforme recomendou o Relatório da Comissão de Direito Internacional,³⁰⁴ não parece apropriado designar o sistema de proteção internacional de investimentos como um regime autocontido de direito internacional. Parece possível afirmar que o referido sistema goza de certa autonomia em relação ao direito internacional geral, mas é impossível que se cogite a completa autonomia do sistema e sua conseqüente imunidade em relação tanto ao direito internacional geral quanto aos outros sistemas especiais do direito internacional. Nesse ponto, parece bastante acertada a constatação presente da decisão no caso *AAPL vs. Sri Lanka*:

Adicionalmente, deve ser notado que o Tratado Bilateral de Investimento não é um sistema legal fechado e autocontido limitado para fornecer regras materiais substantivas de aplicação direta, mas deve ser visto dentro de um contexto judicial mais amplo no qual regras de outras fontes são integradas por meio de métodos de incorporação implícitos, ou por referência direta a certas regras suplementares, sejam de natureza de direito internacional ou de natureza de lei doméstica.³⁰⁵

Uma vez constatadas as múltiplas, recorrentes, e aparentemente inegáveis, interferências cruzadas entre o sistema internacional de proteção de investimentos e outros fragmentos ou sistemas do direito internacional, bem como o próprio direito internacional geral, faz-se importante analisar de que forma se dão, na prática, tais relações, de modo a possibilitar, ainda que tímida, propositura sobre como conciliar, da

³⁰⁴ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, p. 248-249. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>. Acesso em 10/7/2017.

³⁰⁵ No original: “Furthermore, it should be noted that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature.” ICSID. *AAPL vs. Sri Lanka*. Caso ICSID nº ARB/87/3. Sentença Final de 27 de junho de 1990, p. 533.

melhor forma possível, todos os interesses em jogo no convívio entre a proteção internacional de investimentos e esse emaranhado de relações e sistemas que caracteriza o direito internacional contemporâneo. É o que será feito na Parte final do presente trabalho.

11. Conclusões Preliminares: do Direito à Realidade?

Essa segunda Parte do presente trabalho se dedicou, primeiramente a uma análise das mudanças no contexto do direito internacional que levaram à gradual aceitação de outros atores no âmbito internacional – notadamente as organizações internacionais, o indivíduo e as corporações –, que passaram a ser tidos como dotados tanto de direitos quanto de capacidade no âmbito do direito internacional. Esse movimento pôde ser observado também no contexto da proteção internacional de investimentos, com o surgimento e a consolidação da arbitragem investidor-Estado, uma forma híbrida de resolução de controvérsias que engloba elementos de direito internacional público e privado e serve de atestado para a eficiência do emprego da arbitragem na resolução de controvérsias internacionais – já amplamente consagrada tanto no âmbito das relações entre Estados quanto entre particulares, conforme também se viu nessa Parte do trabalho. Foram essas circunstâncias que serviram de base para a análise da questão do acesso à justiça no plano do direito internacional e de alguns elementos relacionados a tal conceito no marco da proteção internacional de investimentos.

Por fim, o ponto culminante dessa segunda Parte do trabalho – e ponto nevrálgico para a análise que será efetuada na terceira Parte desse trabalho – foi a análise da proteção internacional de investimentos à luz do fenômeno da fragmentação do direito internacional, de modo a substanciar a visão da proteção internacional de investimentos em sua atual formatação como um verdadeiro sistema do direito internacional contemporâneo, um regime especial de proteção que se desenvolve, em certa medida, em paralelo aos conceitos e ao contexto do direito internacional geral, de modo a fornecer respostas específicas para as necessidades particulares do próprio sistema e seus atores.

Se, por um lado, foi dito nas conclusões preliminares da Parte anterior do presente trabalho – ainda que mediante ressalvas – que a previsão da arbitragem investidor-Estado em tratados de investimento teve o condão de levar a proteção internacional dos investimentos da política para o direito, ao que tudo indica, foi apenas a recente explosão do número de casos de arbitragem nessa matéria que teve o condão

de verdadeiramente levar a proteção internacional dos investimentos do direito para a realidade. Tal passo somente foi possível mediante o teste prático desse mecanismo de solução de controvérsias e da gradual construção de um corpo de decisões por parte de tribunais de investimento que passaram a apreciar na prática o que previam como hipóteses os instrumentos dedicados à matéria. Um claro atestado dessa recente transição da proteção internacional de investimentos pode ser encontrado no significativo número de arbitragens investidor-Estado administradas no âmbito da Convenção ICSDI; no aniversário de 50 anos da Convenção ICSID, foram registrados, apenas no ano de 2016, um total de 48 casos, tendo nesses 50 anos de sua história o ICSID administrado um total de 597 casos.³⁰⁶

A proteção internacional de investimentos na forma como se apresenta atualmente, ao que parece a partir das análises aqui efetuadas, pode sim ser caracterizada como um sistema, um fragmento um regime especial de direito internacional, mas tal sistema não pode ser caracterizado como autocontido ou autônomo; o sistema de proteção internacional de investimentos está inserido no contexto do direito internacional geral e, além disso, interage frequentemente com outras áreas, outros sistemas e outros fragmentos do direito internacional contemporâneo e, até mesmo, de direitos domésticos. É a partir dessa importante constatação que se desenvolve a análise que será realizada na terceira Parte desse trabalho; nesse universo de contatos, interações e, eventualmente, conflitos, é preciso avaliar quais as melhores saídas para a conciliação de todos os interesses envolvidos nessa tão sensível – mas ao mesmo tempo notavelmente inovadora e interessante – área do direito internacional que é a proteção internacional de investimentos, sobretudo à luz de outros importantes pontos da agenda do direito internacional contemporâneo.

³⁰⁶ The ICSID Caseload Statistics 2016, p. 7. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf). Acesso em 10/7/2017.

**PARTE III – A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E SUA
AGENDA DO PRESENTE**

12. Delimitação Conceitual: brevíssimas reflexões sobre a ideia de legitimidade

Reflexões sobre a ideia de legitimidade do direito internacional e de suas instituições têm sido uma constante na agenda desse campo do direito, indo muito além do já aparentemente superado debate sobre a existência ou não do direito internacional enquanto direito.³⁰⁷ Não pretende o presente trabalho aprofundar nesse complexo e multifacetado debate, mas apenas apresentar algumas breves reflexões sobre em que medida a ideia de legitimidade pode contribuir para o aprimoramento não somente do sistema de proteção de investimentos e suas instituições, mas também de outras áreas e sistemas do direito que com ele entrem em contato.

De modo geral, o conceito de legitimidade parece ter uma acepção sociológica e uma normativa. Sob o ponto de vista normativo, uma instituição que pretende governar ou reger é legítima se, e somente, se, esta tem o direito de governar; enquanto que do ponto de vista sociológico, dizer que uma instituição é legítima é uma forma de afirmar que é amplamente aceito que tal instituição tem o direito de governar.³⁰⁸ Ou seja, ao que parece, a ideia de legitimidade está relacionada à percepção que têm as pessoas sobre o direito que determinada instituição tem de exercer poder sobre um determinado grupo de pessoas. Se transposta ao contexto da proteção internacional de investimentos, essa ideia de legitimidade implica afirmar que esse sistema somente será legítimo se for tido como legítimo, não apenas pelos atores que ele integram, mas, sobretudo, por quem está fora do sistema e não necessariamente dele se beneficia diretamente.

Parece que para se alcançar a verdadeira legitimidade do sistema de proteção internacional de investimentos, pode-se aplicar o mesmo raciocínio proposto para a análise da legitimidade do direito internacional como um todo:

Parece que, de fato, o reconhecimento da legitimidade das normas de Direito Internacional, como bem previu Allen Buchanan, depende da legitimidade das instituições internacionais das quais elas emanam. Para que se reconheça como legítimas tais instituições, é preciso que sejam elas alicerçadas em fundamentos morais reconhecidos por todos os Estados atingidos pelas

³⁰⁷ TASIOULAS, John. *The Legitimacy of International Law*. In BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (orgs.). *The Philosophy of International Law*. Oxford University Press, 2010, p. 97.

³⁰⁸ BUCHANAN, Allen. *The Legitimacy of International Law*. In BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (orgs.). *The Philosophy of International Law*. Oxford University Press, 2010, p. 79.

mesmas, sendo elas compostas, principalmente por princípios democráticos e de proteção aos direitos humanos.³⁰⁹

Nesse contexto, parece que a legitimação da proteção internacional de investimentos reside precisamente na consideração e equilíbrio de interesses externos ao próprio sistema, no contexto das relações que este trava com o âmbito no qual se insere. É precisamente dessas relações que tratará esta última Parte do presente trabalho, de modo a verificar se é possível buscar legitimação e efetividade plenas da proteção internacional de investimentos.

³⁰⁹ LEITE, Filipe Greco De Marco; LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. *O Conceito de Legitimidade Aplicado ao Direito Internacional e suas Instituições*. In POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (orgs.). *Filosofia do Direito Internacional*. Almedina (no prelo), p. 172-173.

13. Anotações Preliminares: proteção internacional de investimentos no contexto contemporâneo – diferentes interesses em rota de conflito e complementariedade

A proteção internacional de investimentos encontra-se, hoje em dia, inserida no contexto de um direito internacional plural, fragmentado e marcado por uma série de interesses e agendas que, em diversas circunstâncias, se evidenciam em franca rota de colisão. Talvez seja esse o maior e mais atual desafio não somente da proteção internacional de investimentos, mas também de todos os outros planetas – os vários fragmentos de direito internacional – que orbitam nesse plural e diversificado universo – o direito internacional geral. Além desses já significativos desafios, os atores desse contexto atual do direito internacional ainda têm de lidar com um dos problemas mais clássicos enfrentados pelo direito internacional desde seus primórdios – e que, no lugar de já ter sido satisfatoriamente resolvido, se adensou ainda mais no contexto contemporâneo –, consubstanciado nos clássicos conflitos entre direito internacional e direitos internos.

Soma-se a isto, o fato de que, sobretudo à luz dessa já mencionada rota de colisão entre interesses aparentemente tão distintos no campo do direito internacional, o atual sistema de proteção de investimentos – e também a arbitragem investidor-Estado – encontra-se sob constantes ataques por parte de vozes que, entre outros argumentos, questionam de maneira contundente sua legitimidade e sua capacidade de levar em conta interesses externos ao próprio sistema.³¹⁰

Nesse contexto, é extremamente relevante que se repense a maneira como a proteção internacional de investimentos tem se relacionado com outros fragmentos do direito internacional, com o próprio direito internacional geral e também com os direitos domésticos. É nesse cenário que se situa a análise proposta nessa terceira Parte do presente trabalho; uma vez constatada e evidenciada essa inevitável interação entre o sistema de proteção internacional de investimentos e todos esses outros âmbitos já mencionados, é preciso compreender de qual forma se apresentam tais interações para,

³¹⁰ Para uma visão bastante ampla e fundamentada sobre tais críticas, ver, por exemplo: WAIBEL, Michel; KAUSHAL, Asha; et. al. (eds.). *The Backlash Against Investment Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

posteriormente, tentar vislumbrar quais seriam as melhores maneiras de com elas lidar, na busca por uma maior efetividade e legitimidade tanto do próprio sistema de proteção de investimentos quanto de outras agendas do direito internacional igualmente relevantes no contexto contemporâneo.

Nesse sentido, serão analisadas as interações entre a proteção internacional de investimentos e alguns âmbitos específicos – direitos humanos, meio ambiente e a questão dos poderes regulatórios dos Estados – de modo a se evidenciar algumas particularidades de cada um deles, à luz de suas significativas relevâncias no contexto do direito internacional contemporâneo. Importante também ressaltar que a divisão proposta não leva, de maneira alguma, à conclusão de que esses âmbitos em particular são absolutamente estanques e independentes, uma vez que as linhas de separação entre eles se mostram bastante tênues e, em diversas situações, mais de um deles desempenha funções simultâneas e igualmente relevantes para o contexto de análise.

A análise que será empreendida também buscará trazer decisões proferidas por tribunais de investimento, de modo a verificar como tais questões têm sido tratadas na prática, no contexto de uma construção viva do direito internacional contemporâneo, sob as lentes da proteção internacional de investimentos. Nesse sentido, não se pretende analisar as questões teóricas e normativas que circundam os conflitos entre leis, tratados e demais fontes do direito, mas empreender uma análise do conflito de agendas, interesses e objetivos desses diversos e importantes contextos contemporâneos. Tal análise prática permitirá, também, avaliar em qual medida precisa o sistema de proteção de investimentos – seja do ponto de vista de suas garantias materiais, por meio dos inúmeros tratados de investimento hoje existentes, seja do ponto de vista de suas garantias processuais consubstanciadas nos procedimentos adotados no contexto das arbitragens investidor-Estado – evoluir e se adequar ao contexto do direito internacional no qual se encontra hoje inserida.

A compreensão das particularidades dessas interações e contatos entre âmbitos que possuem interesses e agendas – pelo menos aparentemente – distintos e eventualmente conflitantes, se mostra essencial para se verificar como seria possível balancear harmonicamente todos os interesses envolvidos de modo a contribuir com a legitimação e efetivação de todos eles. A análise aqui proposta, nesse sentido, pretende

substanciar uma possível conclusão no sentido de que uma vez empreendido esse caminho de trocas mútuas entre os diversos fragmentos do direito internacional, uma série de fertilizações cruzadas pode ser esperada,³¹¹ o que, sem dúvida, poderia ter o condão, até mesmo, de, utilizando-se das bastante evoluídas e intrincadas categorias e instituições existentes no contexto da proteção de investimentos,³¹² contribuir para o avanço e a consolidação de outros campos – tais como direitos humanos, direito ao meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direito à saúde, etc. – que não gozam do mesmo refinamento e evolução que a proteção internacional de investimentos.

³¹¹ LORZ, Ralph Alexander. *Fragmentation, Consolidation and the Future Relationship Between Investment Law and General International Law*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives*. Cambridge University Press, 2013, p. 486.

³¹² Para uma análise aprofundada das particularidades e características distintivas do sistema de proteção de investimentos, ver, por exemplo: VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*. *The European Journal of International Law*. Vol. 17. Nº 1, 2006.

14. Proteção Internacional de Investimentos e Direitos Humanos

A ideia da proteção internacional de investimentos guarda significativa proximidade com a ideia da proteção de direitos humanos, uma vez que, conforme foi visto na primeira Parte deste trabalho, a proteção de investimentos se encontra umbilicalmente ligada à ideia dos direitos dos estrangeiros no território de determinado país e ao tratamento que deveria a estes ser dispensado por força do direito internacional. A proteção de investimentos e a proteção de direitos humanos, portanto, compartilham, em sua essência, uma linhagem comum no direito internacional costumeiro, relacionado ao tratamento de estrangeiros.³¹³

A evolução desses dois campos – proteção de investimentos e proteção de direitos humanos –, contudo, fez com que ambos se especializassem cada vez mais, criando, de forma aparentemente paradoxal, situações ainda mais visíveis e sensíveis de entrelaçamento entre ambos. Talvez a mais intuitiva dessas relações diga respeito à possibilidade de se englobar a proteção de investimentos no escopo das proteções internacionais de direitos humanos, como verdadeiro componente das garantias internacionais sobre a matéria. Tal aspecto, contudo, foge do escopo do presente trabalho,³¹⁴ que se proporá, em contrapartida, a analisar as interações entre a proteção internacional de investimentos e a proteção internacional dos direitos humanos sob a perspectiva da interferência de direitos e obrigações atribuíveis aos Estados e às corporações em matéria de direitos humanos, em reivindicações em matéria de investimentos perante tribunais arbitrais constituídos sob a égide de tratados de investimento.

A presença de considerações e preocupações sobre direitos humanos em arbitragens de investimento é um fenômeno relativamente recente, sobretudo devido ao fato de que a maioria dos tratados, bilaterais e multilaterais em matéria de investimento,

³¹³ NELSON, Timothy G. *Human Rights Law and BIT Protection: Areas of Convergence*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 2. Issue 1, 2011, p. 28.

³¹⁴ Para uma análise da questão sob esse ponto de vista, ver, por exemplo: KLEIN, Nicolas. *Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as a Human Right?* Goettingen Journal of International Law. Vol. 4. Issue 1, 2012.

não contém previsões relativas a direitos humanos.³¹⁵ É possível, contudo, observar em casos mais recentes, menções por tribunais arbitrais de jurisprudências provenientes de tribunais internacionais de direitos humanos, o que evidencia que, pelo menos em tese, os tribunais arbitrais podem levar em conta argumentos relativos a direitos humanos nas decisões por eles desenvolvidas.³¹⁶ No que diz respeito à possibilidade de influência das obrigações e compromissos em matéria de direitos humanos oponível a um determinado Estado, nas obrigações deste mesmo Estado em matéria de proteção de investimentos, a questão pode assim ser resumida:

Quando a responsabilidade do Estado receptor perante o investidor estrangeiro é acionada por força de alegadas violações de provisões de um tratado de investimento, como consequência de uma obrigação do Estado receptor em matéria de direitos humanos, o investidor estrangeiro pode iniciar uma reivindicação perante um tribunal arbitral internacional. A questão, nesse caso, é como o tribunal de investimento pode avaliar a responsabilidade do Estado pela violação de suas obrigações no âmbito de regras internacionais de investimento levando em conta as obrigações de direitos humanos do Estado receptor.³¹⁷

Um tipo recorrente de disputa na qual Estados têm invocado obrigações de direitos humanos como defesa contra pedidos de indenização por danos causados a investimentos, se relaciona com o envolvimento de companhias estrangeiras nas privatizações de serviços tais como o de fornecimento de água.³¹⁸ Tais situações levam ao seguinte questionamento básico: direitos humanos provenientes do direito internacional, tal como o direito de acesso a água, precisam ser levados em conta no contexto de decisões sobre medidas adotadas pelo Estado receptor de investimento?³¹⁹

³¹⁵ DE BRABANDERE, Eric. *Human Rights Consideration in Investment Arbitration*. Grotius Centre Working Paper 20113/001-IEL, p. 7.

³¹⁶ DE BRABANDERE, Eric. *Human Rights Consideration in Investment Arbitration*. Grotius Centre Working Paper 20113/001-IEL, p. 8.

³¹⁷ No original: “When the responsibility of the host towards the foreign investor is engaged because of the alleged breach of the provisions of the investment treaty, as a consequence of a conflict with the state’s human rights obligations, the foreign investor can bring a claim before an international arbitral tribunal. The question then is how the investment tribunal can assess the responsibility of the state for the breach of its obligations under international investment law taking into account the human rights obligations of the host state.” DE BRABANDERE, Eric. *Human Rights Consideration in Investment Arbitration*. Grotius Centre Working Paper 20113/001-IEL, p. 12.

³¹⁸ DE BRABANDERE, Eric. *Human Rights Consideration in Investment Arbitration*. Grotius Centre Working Paper 20113/001-IEL, p. 15.

³¹⁹ AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 119.

Um dos primeiros casos que lidou com tal situação foi o caso *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A vs. República da Argentina*.³²⁰ A disputa entre as partes – o governo da Argentina e uma empresa subsidiária de uma companhia francesa – se originou de um contrato de concessão de água e esgoto em uma determinada província argentina. No âmbito da execução desse contrato, devido a incrementos no valor das tarifas de água, o governo limitou os valores que poderiam ser praticados pela companhia, bem como sua capacidade de cortar o fornecimento dos serviços para clientes que deixassem de efetuar pagamentos. Como sua defesa na arbitragem, o governo argentino alegou que suas ações “*foram legítimas uma vez que, inter alia, o fornecimento de água de qualidade era um direito humano fundamental, pelo qual o estado tem a obrigação de zelar.*”³²¹ O argumento levantado pela Argentina, contudo, não chegou a ser enfrentado pelo tribunal arbitral, uma vez que este entendeu que o contrato de concessão exigia que o requerente recorresse às cortes domésticas da Argentina antes de poder iniciar uma arbitragem internacional.³²² Apesar da saída processual adotada pelo referido tribunal arbitral, o caso em questão evidencia a forma como uma obrigação oponível ao Estado – a de fornecer água aos indivíduos que nele residem – pode conflitar de maneira frontal com um compromisso por ele assumido no âmbito da proteção internacional de investimentos.

Por outro lado, em outro caso também envolvendo o governo da Argentina, o tribunal arbitral ali constituído de fato enfrentou uma defesa semelhante àquela apresentada pela Argentina no supracitado caso *Vivendi*. O caso *SAUR International S.A. vs. República Argentina*,³²³ também se originou de uma situação na qual o investidor, ao se ver impedido de aumentar as tarifas cobradas pelo fornecimento de água no âmbito de um contrato de concessão, iniciou uma arbitragem alegando a

³²⁰ ICSID. *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A vs. República da Argentina*. Caso ICSID nº ARB/97/3.

³²¹ No original: “Argentine argued that the actions of the province were legitimate since, inter alia, the supply of quality water was a fundamental human need which the state has a responsibility to safeguard.” MESHEL, Tamar. *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*. The Journal of International Dispute Settlement. Vol. 6. Nº 2, 2015, p. 11.

³²² MESHEL, Tamar. *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*. The Journal of International Dispute Settlement. Vol. 6. Nº 2, 2015, p. 11.

³²³ ICSID. *SAUR International S.A. vs. República Argentina*. Caso ICSID nº ARB/04/4.

impossibilidade de cobrir seus custos e administrar a concessão.³²⁴ Assim podem ser resumidas as conclusões do tribunal arbitral, ao se pronunciar sobre a defesa da Argentina no sentido de que suas obrigações no âmbito da proteção de investimentos não excluía suas obrigações por força de tratados internacionais e de seu direito interno:

Enquanto o governo tem poderes especiais para garantir o direito fundamental à água, o exercício desses poderes não é onipotente e deve ser adaptado de acordo com os direitos e garantias concedidos aos investidores estrangeiros. Apesar de ter o tribunal notado que sua tarefa era a de balancear esses dois princípios ao analisar os pedidos substantivos pretendidos pelo investidor, ele, em última análise, falhou em fazê-lo tanto em sua decisão sobre responsabilidade quanto em sua decisão sobre danos. Portanto, apesar de ter o tribunal claramente afirmado o direito humano à água enquanto tal, ele se recusou a reconhecer o seu potencial impacto nas obrigações de proteção de investimentos da Argentina [...].³²⁵

Ou seja, a despeito de ter reconhecido a obrigação do Estado de garantir o direito fundamental à água, o tribunal arbitral acabou entendendo que, naquele caso concreto, tal obrigação não poderia servir de justificativa para as alegadas violações aos direitos dos investidores no âmbito da proteção de investimentos a eles garantidas.

Outra situação de conflito entre direitos humanos e proteção de investimentos foi enfrentada pelo tribunal arbitral responsável por julgar conjuntamente os casos *Border Timbers Limited e Outros vs. República do Zimbábue*³²⁶ e *Bernhard von Pezold e outros vs. República do Zimbábue*.³²⁷ O referido tribunal recebeu um pedido de apresentação de um *amicus curiae* em nome dos chefes de quatro tribos indígenas de comunidades

³²⁴ MESHEL, Tamar. *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*. The journal of International Dispute Settlement. Vol. 6. Nº 2, 2015, p. 16.

³²⁵ No original: “While the government has special powers to guarantee the fundamental right to water, the exercise of these powers is not omnipotent and must be adapted according to the rights and guarantees granted to foreign investors. Although the tribunal noted that its task was to balance these two principles when analyzing the substantive relief sought by the investor, it ultimately failed to do so both in its decision on liability and in its final award on compensation. Therefore, while the tribunal clearly supported the human right to water as such, it refused to recognize its potential impact on Argentina’s investment protection obligations [...]” MESHEL, Tamar. *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*. The journal of International Dispute Settlement. Vol. 6. Nº 2, 2015, p. 17.

³²⁶ ICSID. *Border Timbers Limited e Outros vs. República do Zimbábue*. Caso ICSID nº ARB/10/25.

³²⁷ ICSID. *Bernhard von Pezold e outros vs. República do Zimbábue*. Caso ICSID nº ARB/10/15.

que habitavam uma determinada área do Zimbábue.³²⁸ A controvérsia objeto da arbitragem dizia respeito a propriedades no Zimbábue, nas quais os requerentes operavam plantações para comercialização de madeira, as quais teriam sido desapropriadas pelo governo, e que se encontravam localizadas dentro de territórios ancestrais das referidas tribos indígenas.³²⁹ Nesse cenário:

O tribunal deve tomar uma decisão que definirá a titularidade dessas propriedades: os Requerentes solicitam aos árbitros que a propriedade total e livre das áreas e o exclusivo controle das terras seja devolvido a estes. A determinação da propriedade legal das terras, em favor de qualquer das partes da disputa, portanto, impactará, necessariamente, os direitos dos povos indígenas aos seus territórios ancestrais.³³⁰

Ou seja, o caso em questão apresenta um evidente potencial de conflito entre, de um lado, os direitos que os investidores alegam ter com base em tratados bilaterais de investimento e, de outro, os direitos que os povos indígenas em questão alegam ter com base em seus direitos humanos. Nesse sentido, o pedido de apresentação de *amicus curiae* alegava que o direito internacional dos direitos humanos e, em particular os direitos dos povos indígenas por força do direito internacional, era essencial tanto para a interpretação que seria dada pelo tribunal aos tratados bilaterais quanto para as deliberações que seriam tidas na sentença arbitral.³³¹ Portanto, o fato de que a

³²⁸ European Centre For Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012, p. 2. Disponível em: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf. Acesso em 10/7/2017.

³²⁹ European Centre For Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012, p. 2. Disponível em: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf. Acesso em 10/7/2017.

³³⁰ No original: "The tribunal is requested to make a decision that will determine legal rights to these properties: the Claimants request that by these arbitrations full unencumbered legal title and exclusive control to the properties be restored to them. The determination of legal ownership of the properties, in favour of either party to the dispute, will therefore necessarily impact on the rights of indigenous peoples to their ancestral lands." European Centre For Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012, p. 2. Disponível em: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf. Acesso em 10/7/2017.

³³¹ European Centre For Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012, p. 3. Disponível em: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf.

arbitragem poderia impactar os interesses das comunidades indígenas afetadas demonstra claramente a interseção entre direitos humanos e a arbitragem internacional no contexto de investimentos internacionais.³³²

Infelizmente, a despeito da contundência dos argumentos levantados e mesmo a despeito de reconhecer que a arbitragem poderia, de fato, afetar os direitos das comunidades indígenas em questão, o tribunal arbitral neste caso decidiu indeferir o pedido de apresentação de *amicus curiae* alegando, entre outras razões, que o direito internacional dos direitos humanos não teriam nenhuma relevância para a disputa.³³³

Outro interessante caso de investimento que evidencia as possíveis colisões e entrelaçamentos perceptíveis entre investimentos e direitos humanos é o caso *Piero Foresti, Laura de Carli & Outros vs. República da África do Sul*.³³⁴ Nesse caso, investidores italianos se insurgiram contra uma série de programas sociais e econômicos implementados pelo governo da África do Sul com o intuito de diminuir as diferenças econômicas e sociais entre negros e brancos no país, após o fim do regime do apartheid. Um desses programas criou um novo sistema por meio do qual direitos de exploração mineral seriam distribuídos para empresas de mineração, prevendo um percentual de direito de exploração que deveria ser atribuído a cidadãos negros.³³⁵ Nesse contexto, os investidores alegaram que os programas e ações afirmativas promovidos pelo governo, em favor de indivíduos historicamente em desvantagem social e econômica, infringiam

[rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf](https://www.worldbank.org/pt/files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf). Acesso em 10/7/2017.

³³² European Centre For Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012, p. 6. Disponível em: [https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-](https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf)

[rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf](https://www.worldbank.org/pt/files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf). Acesso em 10/7/2017.

³³³ European Centre For Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012, p. 2. Disponível em: [https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-](https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf)

[rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf](https://www.worldbank.org/pt/files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf). Acesso em 10/7/2017.

³³⁴ ICSID. *Piero Foresti, Laura de Carli & Outros vs. República da África do Sul*. Caso ICSID nº ARB(AF)/07/01.

³³⁵ FRIEDMAN, Andrew. *Flexible Arbitration for the Developing World: Piero Foresti and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South*. Brigham Young University International Law & Management Review. Vol. 7. Issue 1, 2010, p. 41-42.

seus direitos no âmbito do tratado bilateral de investimento assinado entre a Itália e a África do Sul.³³⁶

Ou seja, nesse caso, o tribunal poderia ter que enfrentar uma situação de conflito entre os direitos das minorias que seriam potencialmente favorecidas pelas medidas tomadas pelo governo e os direitos dos investidores garantidos pelo tratado assinado entre a Itália e a África do Sul. Infelizmente, o referido caso não chegou a ser decidido pelo tribunal arbitral, porque as partes optaram por realizar um acordo fora do âmbito da arbitragem;³³⁷ contudo, o potencial dos argumentos apresentados pelos investidores de questionar uma medida adotada pelo Estado receptor no âmbito da consolidação dos direitos humanos básicos – tal como a igualdade entre todos a despeito de cor e condição social – em seu território, evidencia o relevante conflito entre os dois grupos de interesses e obrigações, dos investidores e do Estado.

Estes poucos casos aqui tratados evidenciam de forma nítida as muitas relações que podem vir a existir entre tribunais arbitrais encarregados de julgar matérias de investimento e aspectos tocantes à proteção internacional dos direitos humanos, relações estas que parecem não estar sendo levadas à sério o suficiente, sobretudo no âmbito das atividades judicantes dos tribunais de investimento. Essa aparente realidade, contudo, não tem o condão de evidenciar uma incompatibilidade absoluta entre os dois grupos de interesses. De fato, a questão pode ser muito bem resumida da seguinte forma:

Os conflitos de normas no âmbito do direito internacional – normas que buscam encorajar investimentos estrangeiros diretos fornecendo proteção integral e efetiva e, por outro lado, normas de direito internacional que buscam proteger os direitos humanos – devem ser resolvidos para se tratar da tensão sobre a incompatibilidade entre normas. Uma abordagem ponderada deve adotar o posicionamento de que a proteção de investimentos e os direitos humanos podem se sustentar mutuamente para assegurar que o direito dos investimentos contribua para a progressiva realização dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável, e que a proteção de investimentos não frustre objetivos de ordem pública. Para que isto ocorra, é

³³⁶ AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 118.

³³⁷ FRIEDMAN, Andrew. *Flexible Arbitration for the Developing World: Piero Foresti and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South*. Brigham Young University International Law & Management Review. Vol. 7. Issue 1, 2010, p. 51.

necessário, a seu turno, que haja integração de valores dos direitos humanos no domínio do direito dos investimentos.³³⁸

Parece claro, portanto, que no que diz respeito à sua relação com os direitos humanos, a proteção internacional de investimentos ainda precisa evoluir significativamente, de modo a incluir em seu universo e espectro mecanismos eficientes para lidar com esses importantes conflitos entre as duas áreas e, assim, evidenciar e reforçar sua busca por legitimação no contexto internacional.

³³⁸ No original: “The conflicting norms under international law – norms that seek to encourage foreign direct investment by providing full and effective protection and on the other hand, norms of international law that seek to protect the human rights – should be resolved for addressing the tension of incompatibility between norms. A balancing approach should adopt a view that investment protection and human rights are mutually supportive for ensuring that investment law contributes to progressive realization of human rights and sustainable development and investment protection does not frustrate public policy goals. This, in turns, necessitates integration of human rights values in the domain of investment law.” AL FARUQUE, Abdullah. *Mapping the Relationship Between Investment Protection and Human Rights*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 11. Issue 4, 2010, p. 560.

15. Proteção Internacional de Investimentos e Meio Ambiente

Também no que diz respeito às normas relativas à regulação e proteção do meio ambiente, tanto provenientes do contexto doméstico quanto do contexto internacional, é possível se pensar – e, em alguns casos mais recentes,³³⁹ se observar – uma interessante inter-relação com as normas e procedimentos relativos à proteção de investimentos, com pontos de contato e desdobramentos que justificam uma análise mais aprofundada do tema. Em consonância com a abordagem proposta no capítulo anterior do presente trabalho, também no que diz respeito às relações entre a proteção de investimentos e o meio ambiente, não se pretende aqui analisar as diferentes propostas de abordagem teóricas e normativas a respeito das interconexões entre obrigações assumidas nesses dois diferentes contextos,³⁴⁰ mas partir de uma abordagem prática embasada em algumas situações concretas apresentadas perante tribunais arbitrais em matéria de investimentos internacionais.

Antes disso, contudo, cabe uma breve anotação sobre o conteúdo da categoria jurídica aqui denominada proteção do meio ambiente:

Proteção do meio ambiente pode ter uma abrangência ampla e tocar muitas questões diferentes. A sentença na arbitragem envolvendo a Ferrovia Rhine observou que: “[...] ‘meio ambiente’ é amplamente referido como incluindo ar, água, terra, flora e fauna, ecossistemas e sítios naturais, saúde e segurança humanas, e clima. Os princípios emergentes, independente de seu atual status, fazem referência à conservação, gestão, noções de prevenção e de desenvolvimento sustentável, e proteção para as futuras gerações”.³⁴¹

³³⁹ “Apesar de que as primeiras disputas sobre investimentos [em arbitragens] podem ser remontadas aos anos de 1970, a maioria dos casos envolvendo políticas ambientais somente emergiram nos últimos quinze anos.” No original: “Although the earliest investment disputes can be traced to the 1970s, most cases implicating environmental policies have only emerged in the last fifteen years.” BEHARRY, Christina L.; KURITZKY, Melinda E. *Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration*. American University International Law Review. Vol. 30. Issue 3, 2015, p. 384.

³⁴⁰ Para uma abordagem sobre os aspectos teóricos e procedimentais das relações entre proteção de investimentos e proteção do meio ambiente, ver, por exemplo: ASTERITI, Alessandra. *Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation*. The Journal of Investment & Trade. Vol. 16. Issue 2, 2015.

³⁴¹ No original: “Environmental protection can be wide-ranging and touch upon many different issues. The award in the arbitration regarding the Iron Rhine Railway noted that: “[...] ‘environment’ is broadly referred to as including air, water, land, flora and fauna, natural ecosystems and sites, human health and safety, and climate. The emerging principles, whatever their current status, make reference to conservation, management, notions of prevention and of sustainable development, and protection for

Nesse amplo espectro de abrangência do conceito, a importância das relações travadas entre investimentos e meio ambiente se evidencia, por exemplo, na constatação de que pode a proteção internacional de investimentos servir como ponte de acesso, facilitação e efetivação das regras de proteção do meio ambiente, ao passo que, na ausência de uma gama significativa de tratados criando mecanismos de adjudicação compulsória de disputas sobre o meio ambiente, a efetividade desse campo depende, em certa medida, de sua habilidade de se alojar nas instituições criadas para outros campos do direito internacional.³⁴²

Desta maneira, a influência de obrigações e normas advindas da proteção internacional do meio ambiente no âmbito da proteção de investimentos – por exemplo, no contexto das arbitragens investidor-Estado – poderia contribuir tanto para aumentar a efetividade e aplicação dos compromissos relativos ao meio ambiente, quanto para aumentar a legitimidade do próprio sistema de proteção internacional de investimentos, por meio da consideração de interesses provenientes de uma agenda externa ao sistema de proteção de investimentos que se mostra extremamente relevante no atual cenário internacional.

Uma evidência recente de interação entre a proteção internacional de investimentos e questões relativas ao meio ambiente pode ser observada no caso *Peter Allard vs. Barbados*,³⁴³ que teve sua decisão final emitida pelo tribunal arbitral em junho de 2016. O pedido de arbitragem apresentado por Peter Allard alegou que “o Sr. Allard investiu aproximadamente US\$35 milhões para adquirir e desenvolver um projeto de ecoturismo de nível mundial em Barbados, conhecido como Santuário Natural de Graeme Hall (o “Santuário”)³⁴⁴ e caracterizou a disputa em questão como “[...] surgida de ações e omissões de Barbados que causaram ou permitiram danos

future generations’.” DE CHAZOURNES, Laurence Boisson. *Environmental Protection and Investment Arbitration: Ying and Yang?* Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 10, 2017, p. 373.

³⁴² DOUGLAS, Zachary. *The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration*. In DUPUY, P.; VIÑUALES, J. (eds.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 417.

³⁴³ CPA. *Peter A. Allard vs. Governo de Barbados*. Caso CPA nº 2012-06.

³⁴⁴ No original: “Mr. Allard has invested approximately US\$35 million to acquire and develop a worldclass eco-tourism project in Barbados known as the Graeme Hall Nature Sanctuary (the “Sanctuary”).” CPA. *Peter A. Allard vs. Governo de Barbados*. Caso CPA nº 2012-06, Pedido de Arbitragem, §2. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7972.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

ambientais ao Santuário, por consequência destruindo o valor dos investimentos do Sr. Allard em Barbados”,³⁴⁵ e acusou Barbados de “[...] *sistematicamente falhar em impor suas leis ambientais e cumprir com seus compromissos internacionais provenientes de tratados em relação ao Santuário.*”³⁴⁶ Ou seja, a lógica adotada pelo investidor nesse caso foi a de que a falha por parte do governo de Barbados em assegurar o fiel cumprimento de suas obrigações – provenientes tanto de leis domésticas quanto de tratados internacionais sobre a matéria – de proteção do meio ambiente, teria degenerado o meio ambiente da área na qual o investidor havia desenvolvido seu projeto de ecoturismo e, por consequência, privado este de seus investimentos.

O referido caso, portanto, representa na prática precisamente a possibilidade analisada no âmbito teórico por Zachary Douglas, no sentido de que poderiam os investidores requerer danos advindos da falha do estado receptor em observar obrigações ambientais provenientes do direito doméstico ou do direito internacional costumeiro ou convencional, na medida em que tal falha cause danos aos seus investimentos.³⁴⁷

A despeito do entendimento do tribunal arbitral no sentido de que “*o Requerente não foi capaz de provar que houve uma degradação das características identificadas do Santuário durante o Período Relevante e que como consequência dessa degradação ele incorreu em perdas e danos*”³⁴⁸, o que, entre outros fatores, o levou a julgar improcedentes os pedidos do requerente, é inegável que este caso apresenta uma

³⁴⁵ No original: “The dispute arises out of actions and omissions of Barbados that have caused or permitted environmental damage to the Sanctuary, thereby destroying the value of Mr. Allard’s investments in Barbados.” CPA. *Peter A. Allard vs. Governo de Barbados*. Caso CPA nº 2012-06, Pedido de Arbitragem, §9. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7972.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁴⁶ No original: “Barbados has consistently failed to enforce its domestic environmental laws and abide by its international treaty commitments with respect to the Sanctuary.” CPA. *Peter A. Allard vs. Governo de Barbados*. Caso CPA nº 2012-06, Pedido de Arbitragem, §14. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7972.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁴⁷ DOUGLAS, Zachary. *The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration*. In DUPUY, P.; VIÑUALES, J. (eds.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 424-425.

³⁴⁸ No original: “As the Claimant fails to establish that there was a degradation of the identified features of the Sanctuary during the Relevant Period and that, as a consequence of such degradation, he incurred loss or damage, the case falls at the first factual hurdle.” CPA. *Peter A. Allard vs. Governo de Barbados*. Caso CPA nº 2012-06, Sentença Arbitral, §140. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7594.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

abordagem extremamente interessante no que diz respeito à possibilidade de um Estado vir a responder perante um tribunal constituído sob a égide de um tratado de investimento pela inobservância de obrigações a ele oponíveis por força de elementos totalmente externos ao próprio tratado de investimento e até mesmo ao sistema de proteção de investimentos como um todo, tal como a proteção do meio ambiente.

Em outro interessante e muito recente exemplo de colisão entre questões relativas ao meio ambiente e a proteção internacional de investimentos, uma empresa canadense iniciou, em meados de 2015, um procedimento arbitral contra o governo da Romênia em relação a um projeto de mineração no referido país. No caso *Gabriel Resources vs. Romênia*,³⁴⁹ o investidor alegou que teria sofrido danos como resultado da negativa por parte do governo da Romênia de emitir licenças ambientais necessárias para que este iniciasse exploração em um controvertido projeto minerário que utilizaria cianeto para extração de metais preciosos.³⁵⁰ Em seu pedido de arbitragem, afirmou o investidor que “o projeto engloba um dos maiores depósitos de ouro da Europa, contendo provadas e prováveis reservas minerais e 10.1 milhões de onças de ouro e 47.6 milhões de onças de prata”³⁵¹ e que:

Gabriel desenvolveu o Projeto como um projeto minerário produtivo, de alta qualidade, sustentável, e ambientalmente responsável, utilizando tecnologias de ponta e de acordo com as diretrizes da União Europeia, melhores práticas minerárias internacionais e diretrizes de desenvolvimento sustentável.³⁵²

A despeito de não ter sido o referido caso ainda analisado pelo tribunal arbitral em sua totalidade, no tocante ao mérito das alegações das partes, será interessante observar se o governo da Romênia irá invocar como argumentos de defesa possíveis

³⁴⁹ ICSID. *Gabriel Resources vs. Romênia*. Caso ICSID nº ARB/15/31.

³⁵⁰ LAVRANOS, Nikos. *Investment Arbitration and Environmental Protection: A Double-Edged Sword*. Kluwer Arbitration Blog, 2015. Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/2015/11/09/investment-arbitration-and-environmental-protection-a-double-edged-sword/>. Acesso em 10/7/2017.

³⁵¹ No original: “The Project encompasses one of the largest gold deposits in Europe, containing proven and probable mineral reserves of 10.1 million ounces of gold and 47.6 million ounces of silver.” ICSID. *Gabriel Resources vs. Romênia*. Caso ICSID nº ARB/15/31, Pedido de Arbitragem, §4. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8540.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁵² No original: “Gabriel developed the Project as a productive, high quality, sustainable, and environmentally responsible mining project utilizing state-of-the-art technologies and in accordance with European Union guidelines, international mining best practices, and sustainable development guidelines” ICSID. *Gabriel Resources vs. Romênia*. Caso ICSID nº ARB/15/31, Pedido de Arbitragem, §5. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8540.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

danos ambientais ou violações a compromissos e deveres de proteção do meio ambiente por parte do investidor como justificativa para a ausência de emissão das licenças ambientais mencionadas pelo requerente. Tal situação poderia confrontar o tribunal arbitral com uma interessante análise sobre os poderes do Estado de se negar a conceder direitos que seriam, a priori, devidos ao investidor – nesse caso o direito de obter licenças ambientais para o desenvolvimento de seu projeto – *vis-à-vis* os deveres do Estado de garantir a estrita observância de regulações domésticas e internacionais de proteção do meio ambiente. Em contraposição ao caso *Allard*, portanto, esse caso evidencia uma situação na qual obrigações ambientais possivelmente oponíveis ao investidor e não ao Estado, possam ser invocadas como justificativa para o comportamento do Estado perante o investidor.

Outro caso relativamente recente que também explora a já admitida possibilidade de um Estado apresentar uma reconvenção perante um investidor³⁵³ no que toca questões ambientais, é o caso *Perenco vs. Equador*,³⁵⁴ no qual um investidor francês buscava reparações por danos que alegava ter sofrido em conexão a atividades no ramo de petróleo por ele operadas no Equador. Após uma primeira decisão de mérito do tribunal arbitral, o Equador utilizou-se de uma reconvenção para buscar fazer valer perante o investidor, obrigações ambientais de origem doméstica relacionadas à extração de petróleo, alegando ter sofrido danos no valor de três bilhões de dólares em decorrência de poluição na floresta amazônica, atribuível aos investidores.³⁵⁵ Em uma interessante decisão prolatada em agosto de 2015,³⁵⁶ o tribunal arbitral

³⁵³ “Apesar de tratados de investimento serem silentes quanto à possibilidade de reconvenções pelo estado requerido, vários tribunais internacionais de investimento reconheceram uniformemente sua jurisdição para apreciar reconvenções em circunstâncias nas quais seus instrumentos constitutivos não lhes conferia expressamente poderes para fazê-lo.” No original: “Whilst investment treaties are silent on the possibility of counterclaims by the respondent host state, numerous international tribunals have uniformly recognised their jurisdiction to hear counterclaims in circumstances where their constitutive instruments do not confer an express power to do so.” DOUGLAS, Zachary. *The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration*. In DUPUY, P.; VIÑUALES, J. (eds.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 427.

³⁵⁴ ICSID. *Perenco Ecuador Ltd. vs. República do Equador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. Caso ICSID nº ARB/08/6.

³⁵⁵ DE CHAZOURNES, Laurence Boisson. *Environmental Protection and Investment Arbitration: Ying and Yang?* Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 10, 2017, p. 392.

³⁵⁶ ICSID. *Perenco Ecuador Ltd. vs. República do Equador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. Caso ICSID nº ARB/08/6. Decisão Preliminar sobre a Reconvenção ambiental,

“categoricamente reconheceu o direito de um Estado de reclamar danos ambientais e o direito de ser compensado por tais danos.”³⁵⁷

Nesse ponto, é muito interessante verificar a análise apresentada pelo tribunal a respeito da questão:

O Equador apresentou sua reconvenção ambiental sob o fundamento de que seus experts teriam determinado a existência de uma “catástrofe ambiental” nos dois blocos petrolíferos situados na floresta amazônica daquele país e que foram explorados pelo consórcio operado pela Perenco. O Equador via tal questão como de extrema seriedade, merecedora da mais atenta consideração pelo Tribunal. Nesse ponto, o Tribunal não pode deixar de concordar. A correta administração de questões ambientais ganhou grande importância no mundo atual. O Tribunal concorda que se uma relação jurídica entre o investidor e o Estado permite a apresentação de um pedido pelo Estado por danos ambientais causados pela atividade do investidor e tal pedido tem fundamentos, o Estado tem o direito a reparação integral de acordo com os requisitos da lei aplicável.³⁵⁸

Ou seja, ao considerar o investidor responsável pelo dano ambiental ocorrido na floresta amazônica em conexão com as atividades petrolíferas do investidor, a referida decisão evidencia um claro reconhecimento de que a apresentação de uma reconvenção pelo Estado em uma arbitragem de investimento representa uma oportunidade para o tribunal arbitral analisar a conduta dos investidores em relação aos direitos não econômicos dos Estados, dentre os quais se incluem os direitos e obrigações de proteção do meio ambiente.³⁵⁹ Tal decisão se mostra particularmente interessante pelo fato de que possibilita, pelo menos em tese, que um Estado se veja compensado por prejuízos que alega ter sofrido em consequência de danos ambientais causados pelo investidor, evidenciando um aspecto singular de bilateralidade no que diz respeito à efetivação do sistema de proteção de investimentos por meio da arbitragem investidor-Estado.

11/8/2015. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6315.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁵⁷ DE CHAZOURNES, Laurence Boisson. *Environmental Protection and Investment Arbitration: Ying and Yang?* Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 10, 2017, p. 392.

³⁵⁸ ICSID. *Perenco Ecuador Ltd. vs. República do Equador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. Caso ICSID nº ARB/08/6. Decisão Preliminar sobre a Reconvenção ambiental, 11/8/2015, §34. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6315.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁵⁹ DE CHAZOURNES, Laurence Boisson. *Environmental Protection and Investment Arbitration: Ying and Yang?* Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 10, 2017, p. 393-394.1

Todas essas questões deixam clara a necessidade de se avaliar de forma mais aprofundada e de se desenvolver mecanismos mais efetivos para lidar com conflitos entre a proteção internacional de investimentos e a proteção do meio ambiente, de modo a possibilitar a consolidação e constante legitimação de ambos.

16. Proteção Internacional de Investimentos e a Questão dos Poderes Regulatórios dos Estados

Outro interessante aspecto de conflito trazido pela evolução da proteção internacional de investimentos foi a aparente substituição – trazida pela transposição da regulação da matéria do direito internacional geral para um sistema de proteção de investimentos consubstanciado em um significativo número de tratados com previsões de direitos e garantias de proteção – das discussões sobre obrigação de indenizar no caso de expropriação direta, que marcaram, sobretudo os debates dos anos 70 e 80, por discussões sobre a regulação de investimentos estrangeiros diretos e expropriação indireta.³⁶⁰ Nesse sentido:

A questão que surge é em qual medida pode um governo alterar o valor de propriedades por meio de regulações, sejam gerais em natureza ou por meio de ações específicas no contexto de regulações gerais, para propósitos públicos legítimos, sem que tal acarrete em uma “tomada” e que tenha este que oferecer compensação por tal medida.³⁶¹

Nesse contexto, nasce um claro conflito entre os interesses regulatórios dos Estados e seus interesses de proteção de investimentos.³⁶² Essa realidade leva alguns autores a afirmar que talvez uma das questões mais sensíveis com a qual têm que lidar tribunais arbitrais em matéria de investimento ao aplicar cláusulas de expropriação no âmbito dos modernos tratados de investimento, seja a delimitação precisa das fronteiras entre exercício legítimo de poderes regulatórios por parte dos Estados no âmbito de seu direito interno, e expropriação indireta e ilegítima de investimentos.³⁶³ Nesse sentido, e considerando que os textos de tratados de investimentos geralmente não fornecem

³⁶⁰ OECD. *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004, p. 2. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em 10/7/2017.

³⁶¹ No original: “The question that arises is to what extent a government may affect the value of property by regulation, either general in nature or by specific actions in the context of general regulations, for a legitimate public purpose without effecting a ‘taking’ and having to compensate for this act.” OECD. *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004, p. 2. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em 10/7/2017.

³⁶² KRIEBAUM, Ursula. *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 8. Nº 5, 2007, p. 717.

³⁶³ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 335.

orientações precisas sobre a distinção entre poderes regulatórios legítimos e expropriação,³⁶⁴ uma análise sobre a forma como tribunais arbitrais em matéria de investimentos têm lidado com a questão se mostra bastante relevante. Tais decisões fornecem, genericamente, alguns parâmetros de análise para a distinção entre essas duas categorias:

(1) o grau de intensidade da interferência com os direitos de propriedade do investidor; (2) a frustração das expectativas legítimas do investidor; (3) ausência de proporcionalidade; (4) falta de transparência, arbitrariedade, e discriminação; e (5) os efeitos e propósitos da medida.³⁶⁵

Relevante apontar, também, que tal distinção se mostra particularmente importante dado o fato de que o exercício de poderes regulatórios pode ter um espectro bastante abrangente, englobando diversas áreas e setores, inclusive aspectos relativos aos já abordados campos dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente. Um exemplo prático de análise de situação de potencial expropriação indireta a partir do critério dos efeitos da ação do Estado pode ser encontrado no caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos do México*.³⁶⁶ Nesse caso, uma empresa espanhola, após ter adquirido um aterro sanitário para resíduos tóxicos, teve seu pedido de renovação de licença de operação negado pelo governo mexicano, o qual também determinou o encerramento das atividades do aterro.³⁶⁷ Nesse contexto, a empresa espanhola iniciou uma arbitragem alegando que as medidas tomadas pelo governo mexicano constituiriam expropriação indireta.³⁶⁸ O tribunal arbitral, centrando sua análise nos efeitos das medidas adotadas pelo governo, concluiu que tais medidas

³⁶⁴ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 335.

³⁶⁵ No original: “These include: (1) the degree of intensity of the interference with investor property rights; (2) the frustration of investors’ legitimate expectations; (3) lack of proportionality; (4) non-transparency, arbitrariness, and discrimination; and (5) the effects and purpose of the measure.” SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 335.

³⁶⁶ ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos do México*. Caso ICSID nº ARB (AF)/00/2.

³⁶⁷ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 334.

³⁶⁸ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 334.

eram equivalentes a uma expropriação.³⁶⁹ Ou seja, nesse caso, um aparente exercício de discricionariedade por parte de uma autoridade do Estado, foi entendido como extrapolando os limites do âmbito dos poderes regulatórios e constituindo uma expropriação indireta passível de indenização por parte do Estado.

Outro caso notório que envolveu questões relativas aos poderes regulatórios dos Estados em confronto com compromissos de proteção de investimentos foi o caso *Phillip Morris vs. Uruguai*,³⁷⁰ que teve sua decisão final prolatada em julho de 2016.³⁷¹ O cerne da questão objeto do caso foi muito bem resumida pelo próprio tribunal arbitral encarregado de decidi-la:

Em seu cerne, a disputa diz respeito às alegações do Requerente de que, por meio de diversas medidas de controle do tabagismo regulando a indústria do tabaco, o Requerido violou o TBI em seu tratamento das marcas e símbolos comerciais associadas com as marcas de cigarro, na qual o Requerente investiu.³⁷²

O Uruguai, a seu turno, afirmou, em resposta às alegações do requerente, que as medidas contestadas pelo investidor foram adotadas em observância a seus compromissos internacionais e com o único propósito de proteção da saúde pública, tendo sido aplicadas de maneira não discriminatória para todas as companhias de cigarro, e que, portanto, constituíam um exercício razoável e de boa-fé de suas prerrogativas de soberania.³⁷³

Um aspecto interessante desse caso é o fato de que o requerente, em contraposição aos tradicionais pedidos de indenização por danos que alegasse ter sofrido, solicitou ao tribunal arbitral a descontinuação e a cessação das medidas

³⁶⁹ SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2ª Ed. London: Oxford University Press, 2015, p. 334.

³⁷⁰ ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID nº ARB/10/7.

³⁷¹ ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID nº ARB/10/7. Sentença Arbitral, 8/7/2016. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁷² ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID nº ARB/10/7. Sentença Arbitral, 8/7/2016, §9. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁷³ ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID nº ARB/10/7. Sentença Arbitral, 8/7/2016, §13. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

adotadas pelo governo em relação às embalagens de cigarros.³⁷⁴ Em aguardada decisão sobre o caso, contudo, o tribunal arbitral, ao analisar os argumentos das partes, afirmou de maneira categórica que:

Conforme indicado por decisões anteriores em tratados de investimento, de modo a que uma ação do Estado no exercício de poderes regulatórios não constitua expropriação indireta, a ação tem que cumprir com algumas condições. Entre as mais comumente mencionadas estão as de que a ação deve ser tomada em *bona fide* para o propósito de proteger o bem-estar público, deve ser não-discriminatória e proporcional. Na visão do Tribunal, a SPR e a Regulação 80/80 [as medidas que estavam sendo atacadas pelo requerente] satisfazem estas condições.³⁷⁵

Desta maneira – e após minuciosa análise de todos os pontos do caso – o tribunal arbitral rejeitou todos os pedidos apresentados pelo requerente, condenando-o a ressarcir o Estado requerido dos custos incorrido com o caso.³⁷⁶ Ou seja, nesse caso, entendeu o tribunal arbitral que as medidas adotadas pelo governo não extrapolavam os limites de seus poderes regulatórios, não gerando qualquer dano ao investidor que pudesse ser passível de indenização por força de compromissos assumidos pelo Estado no âmbito de um tratado de investimento.

Ambos os casos acima analisados evidenciam tanto a já mencionada dificuldade na delimitação dos limites entre exercício de poderes regulatórios e expropriação indireta passível de indenização pelos Estados, quanto as diferentes abordagens apresentadas por tribunais arbitrais confrontados com tais situações. O conflito, nesse âmbito, pode ser claramente identificado entre, de um lado, as expectativas legítimas dos investidores a partir das proteções oferecidas por tratados de investimento e, de outro, as igualmente legítimas expectativas dos Estados de, no âmbito de seus direitos

³⁷⁴ HENCKLES, Caroline. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration – Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge University Press, 2015, p. 178.

³⁷⁵ No original: “As indicated by earlier investment treaty decisions, in order for a State’s action in exercise of regulatory powers not to constitute indirect expropriation, the action has to comply with certain conditions. Among those most commonly mentioned are that the action must be taken *bona fide* for the purpose of protecting the public welfare, must be non-discriminatory and proportionate. In the Tribunal’s view, the SPR and the 80/80 Regulation satisfy these conditions.” ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID n° ARB/10/7. Sentença Arbitral, 8/7/2016, §305. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

³⁷⁶ ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID n° ARB/10/7. Sentença Arbitral, 8/7/2016, §590. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>. Acesso em 10/7/2017.

internos e no exercício de sua soberania, regular aspectos relevantes de sua organização econômica e social, no tocante a diversos aspectos tais como impostos, saúde pública, meio ambiente, etc. Uma interessante proposta de solução para a difícil tarefa de sopesar esses diferentes interesses é assim introduzida por Ursula Kriebaum:

Finalmente, é tentada a apresentação de um modelo que poderia resolver os problemas atuais por meio da utilização do método de proporcionalidade desenvolvido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no contexto da proteção do direito de gozo pacífico de propriedades. [...] Sob essa abordagem, a proporcionalidade da medida e o equilíbrio de interesses do Estado e do investidor são de importância decisiva para o valor da indenização devida.³⁷⁷

Outra abordagem sobre esses pontos propõe o entendimento do sistema internacional de arbitragens de investimento como uma espécie de direito administrativo global, devendo o tribunal arbitral de investimento ser tratado como um corpo de resolução de controvérsias semiautônomo, que revisa e controla as condutas dos Estados na esfera pública.³⁷⁸ Tal consideração leva em conta ainda o fato de que nenhum outro sistema internacional de adjudicação de controvérsias atua na mesma forma que os tratados e arbitragens de investimento no sentido de restringir as ações dos Estados por meio de reinvidicações individuais, mecanismos de revisão internacional e arranjos de mecanismos de recursos efetivos.³⁷⁹ Ou seja, o sistema de arbitragens investidor-Estado estaria em uma posição única para atuar como revisor de diversos tipos de exercícios de poderes regulatórios dos Estados no âmbito de seus direitos administrativos internos, à luz do direito internacional.

Todos esses pontos e posicionamentos brevemente analisados evidenciam claramente que também este conflito – entre exercício de poderes regulatórios e expropriação indireta passível de indenização por força da proteção internacional de

³⁷⁷ No original: “Finally, an attempt is made to present a model that could resolve the current problems by making use of the proportionality method developed by the European Court of Human Rights in the context of protection of the right to peaceful enjoyment of one’s property. [...] Under this approach, the proportionality of the measure and the equilibrium of interests of the State and of the investor are of decisive importance for the amount of compensation owed.” KRIEBAUM, Ursula. *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 8. Nº 5, 2007, p. 719.

³⁷⁸ VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. Nº 1, 2006, p. 149.

³⁷⁹ VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. Nº 1, 2006, p. 149.

investimentos – precisa ser levado em conta na busca pela ampliação da legitimidade e efetividade do sistema de proteção internacional de investimentos no contexto contemporâneo de suas transformações, sobretudo de modo a se compatibilizar as expectativas de exercício de poder por parte dos Estados com as garantias de proteção de investimentos no contexto internacional ofertadas por esses mesmos Estados.

CONCLUSÕES: Da Realidade à Legitimidade? Rumos para o Futuro da Proteção Internacional de Investimentos

A proteção internacional de investimentos, em seu relativamente curto tempo de vida até o momento, percorreu um longo e sinuoso caminho na busca por consolidação de sua existência e de sua efetividade. A proteção internacional de investimentos hoje é uma realidade tangível e inegável. Tal fato pode ser facilmente comprovado pelos 2.367 tratados bilaterais de investimento hoje em efeito,³⁸⁰ pelos 302 tratados com dispositivos de investimento hoje em efeito,³⁸¹ e pelo significativo número de 767 casos conhecidos de arbitragens investidor-Estado,³⁸² as quais interpretaram tanto questões próprias do sistema de proteção de investimentos quanto do direito internacional geral.

A despeito dessa realidade, contudo, o percurso da proteção internacional de investimentos está longe de chegar ao fim e de alcançar aqueles que devem ser seus verdadeiros fins e propósitos. E os próximos passos nessa jornada devem ter como objetivo o aprimoramento do sistema de proteção de investimentos e de suas instituições, de modo a reforçar cada vez mais sua efetividade e sua legitimidade, sem jamais desconsiderar o contexto no qual se encontra inserido e aquele que é o objetivo mais relevante dos investimentos estrangeiros: ajudar na promoção do desenvolvimento para todas as nações.

Na primeira Parte deste trabalho ficou clara a forma como, mesmo no âmbito do direito internacional geral, a proteção internacional de investimentos sempre encontrou significativa resistência e foi, em muitas circunstâncias, tida como favorecendo unicamente os interesses dos países exportadores de capital – em sua maioria países desenvolvidos –, em detrimento dos países receptores de capital – em sua maioria países em desenvolvimento. Também a partir das reflexões da primeira Parte deste trabalho parece ter ficado claro que toda a discussão sobre a existência ou não de um padrão de proteção no âmbito do direito internacional costumeiro que se prestasse a garantir uma

³⁸⁰ Dados disponíveis em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em 10/7/2017.

³⁸¹ Dados disponíveis em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Acesso em 10/7/2017.

³⁸² UNCTAD. *IIA Issues Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*. Issue 1, 2017. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf. Acesso em 10/7/2017.

proteção, muitas vezes mais significativa do que aquela proveniente do direito interno, aos estrangeiros que investissem em determinado país, parece ter sido, em grande medida, superada pela massificação dos tratados de investimento – que positivaram as promessas de proteção por parte dos Estados e, desta maneira, retiraram, em certa medida, a discussão do direito internacional costumeiro e geral – e, posteriormente, pelo surgimento e consolidação das arbitragens investidor-Estado – que passaram a aplicar tais compromissos de proteção de investimentos.

Nesse contexto, a segunda Parte deste trabalho se dedicou a analisar o cenário da proteção internacional de investimentos sob as lentes desse instituto – arbitragem investidor-Estado – que teve o condão de verdadeiramente mudar o paradigma no qual encontrava-se inserida a matéria. Essa grande mudança concedeu aos próprios investidores as garantias materiais – consubstanciadas nas proteções prometidas pelos Estados nos tratados de investimento – e ferramenta processual – consubstanciada na arbitragem investidor-Estado – para elevar a proteção internacional de investimentos do âmbito da política entre Estados para o âmbito do direito, exercido diretamente pelos próprios investidores contra os Estados receptores de investimento. Desta maneira, se evidencia o gradual abandono do instituto da proteção diplomática, que foi fundamental no exercício das proteções de investimento em uma primeira fase de desenvolvimento da matéria, mas acabou sendo superado pelo aperfeiçoamento das instituições e de seus mecanismos.

Esta evolução da proteção internacional de investimentos, contudo, trouxe, a partir, sobretudo, do exponencial crescimento do número de arbitragens investidor-Estado, no contexto do direito internacional contemporâneo marcado pela fragmentação e adensamento de suas categorias, preocupações e agendas, situações de conflito entre interesses, compromissos e obrigações – oponíveis tanto aos Estados quanto aos investidores – com os quais o sistema de proteção de investimentos parece não estar sendo capaz de lidar de forma satisfatória.

Essas situações de conflito se originam, sobretudo, de duas frentes de críticas ao sistema de proteção internacional de investimentos: de um lado, a crise do sistema é causada pelos padrões vagos e indeterminados de proteção de direitos dos investidores, levando a uma problemática imprevisibilidade na aplicação dos tratados de

investimento; e, de outro lado, a crise do sistema é causada por questões procedimentais no contexto das arbitragens investidor-Estado, relativas à sobreposição de instituições e mecanismos de controle e em inconsistências por parte das decisões de diferentes tribunais arbitrais.³⁸³ Para além dessas situações, o regime de proteção internacional de investimentos também sofre contundentes críticas quanto à sua legitimidade por alegações de que este se preocupa com a proteção de propriedades e investimentos, sem levar em conta outros interesses dos Estados receptores não relacionados a investimentos, criando um regime assimétrico que é prejudicial à soberania dos Estados.³⁸⁴

É precisamente nesse contexto que propõe o presente trabalho, à guisa de conclusão, apresentar algumas reflexões que, longe de pretenderem solucionar todos os complexos e intrincados problemas atualmente enfrentados pela proteção internacional de investimentos, buscam fomentar um debate sobre alguns pontos que, se enfrentados com a seriedade e compromisso que o tema merece, poderiam representar um significativo avanço no caminho para a legitimação da proteção internacional de investimentos e, em última análise, para a construção de um direito internacional mais justo em todos os âmbitos de sua atuação.

Essa realidade se torna ainda mais evidente ao se constatar que a emergência de regimes regulatórios globais – tal como a proteção internacional de investimentos – transformaram o direito, levando-o de uma base puramente territorial para uma base setorial, os quais são derivados, primordialmente, de acordos internacionais.³⁸⁵

Nesse contexto, é interessante que se pense em aprimoramentos do sistema de proteção internacional de investimentos, com vistas ao aumento de sua legitimidade e eficiência, sob duas perspectivas: do ponto de vista material, sob a ótica de mudanças e melhorias nos tratados de investimento, e do ponto de vista processual, sob a ótica de mudanças e melhorias no mecanismo das arbitragens investidor-Estado.

³⁸³ BROWER, Charles N.; SCHILL, Stephan W. *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* Chicago Journal of International Law. Vol. 9. Nº 2, 2009, p. 473.

³⁸⁴ BROWER, Charles N.; SCHILL, Stephan W. *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* Chicago Journal of International Law. Vol. 9. Nº 2, 2009, p. 474.

³⁸⁵ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law.* Michigan Journal of International Law. Vol. 25. Nº 4, 2004, p. 1009.

Mudanças sob o ponto de vista material

1) A redação mais precisa dos tratados de investimento, sobretudo no que diz respeito à definição tanto de quem seriam os investidores e investimentos protegidos pelos tratados e de quais seriam as regras de proteções a eles oferecidas, em contraste com as redações de padrões de proteção que requerem interpretação de modo a ganhar sentido operacional, existentes na maioria dos tratados de investimento atual,³⁸⁶ poderia contribuir para fornecer aos intérpretes desses instrumentos padrões mais concretos e dotados de conteúdo, deixando menos aspectos à mercê de interpretações que nem sempre se compatibilizam com os próprios objetivos da proteção de investimento ou com aspectos externos ao sistema, mas de extrema relevância.

2) Também no que diz respeito à redação de tratados, devem os Estados buscar se atentar para uma inclusão nos tratados de investimento de obrigações e reconhecimentos provenientes de outras áreas do direito internacional, como obrigações em matéria de direitos humanos, proteção do meio ambiente, delimitação de seus direitos de regular etc. Tal medida já vem sendo adotada em novos modelos de tratados bilaterais de investimento empregados por alguns países,³⁸⁷ os quais incluem, por exemplo, anexos explicativos em relação ao que, entre outros conceitos, constituiria uma expropriação indireta,³⁸⁸ afirmando textualmente, em alguns casos, que “*exceto em raras circunstâncias regulações não discriminatórias por uma Parte, que busca promover objetivos de bem estar público legítimos, como saúde pública, segurança e o meio ambiente, não constituem expropriação indireta.*”³⁸⁹ Um excelente exemplo de

³⁸⁶ CALAMITA, N. Jansen. *International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties: constitutional considerations*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives*. Cambridge University Press, 2013, p. 168-169.

³⁸⁷ Para uma análise completa do modelo de tratado adotado pelo Canadá, por exemplo, ver: SAVOIE, Pierre-Olivier. *Reservations, Corporate Social Responsibility and Other Mechanisms in Support of Sustainable Development in Canada’s Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives*. Cambridge University Press, 2013.

³⁸⁸ CALAMITA, N. Jansen. *International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties: constitutional considerations*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives*. Cambridge University Press, 2013, p. 184-185.

³⁸⁹ No original: “Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.” AAKEN, Anne van. *Fragmentation of*

iniciativa no sentido de modernização e aprimoramento dos tratados de investimento – que também engloba o ponto 1 acima – vem sendo desenvolvido pela UNCTAD, com o objetivo principal de alterar os textos dos tratados existentes com vistas a “[...] *resguardar o direito de regular, enquanto promove proteção; reformar mecanismos de disputas de investimento; promover e facilitar investimentos; garantir investimentos responsáveis; e aumentar a consistência sistêmica*”.³⁹⁰

Mudanças sob o ponto de vista processual

1) Um dos pontos mais relevantes para a legitimação das arbitragens investidor-Estado é a superação da visão de que tal mecanismo utilizou as mesmas técnicas empregadas no âmbito das arbitragens comerciais internacionais para criar um sistema divorciado do controle nacional e que favorece apenas os interesses do capital privado.³⁹¹ De modo a desconstruir tal visão é preciso que elementos e interesses externos ao sistema sejam considerados pelos tribunais arbitrais em matéria de investimento; uma forma de alcançar tal objetivo pode ser encontrada, por exemplo, na propagação da aceitação de *amici curiae* por tribunais de investimento, provenientes de pessoas ou grupos externos à disputa perante esses tribunais.³⁹² Essa medida poderia contribuir significativamente para o aumento da participação de outros atores no âmbito das arbitragens investidor-Estado, superando a percepção sobre um déficit democrático e ausência de abertura para escrutínio público³⁹³ existente em relação às arbitragens

International Law: The Case of International Investment Law. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006, p. 108-109.

³⁹⁰ No original: “International investment agreement (IIA) reform has made significant progress. Consolidating phase 1 of IIA reform, most new treaties follow UNCTAD’s Road Map for IIA Reform (WIR16), which sets out five action areas: safeguarding the right to regulate, while providing protection; reforming investment dispute settlement; promoting and facilitating investment; ensuring responsible investment; and enhancing systemic consistency.” UNCTAD. *IIA Issues Note. Phase 2 of IIA reform: modernizing the existing stock of old-generation treaties*. Issue 2. Junho de 2017. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf. Acesso em 10/7/2017.

³⁹¹ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 159-160.

³⁹² Para uma análise profunda sobre as implicações dos *amici curiae* em arbitragens de investimento, ver, por exemplo: LEVINE, Eugenia. *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*. Berkeley Journal of International Law. Vol. 29. Issue 1, 2011.

³⁹³ LEVINE, Eugenia. *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*. Berkeley Journal of International Law. Vol. 29. Issue 1, 2011, p. 201.

investidor-Estado, e contribuindo para a legitimação dos procedimentos arbitrais e do sistema como um todo.

2) Outra forma de incrementar a legitimidade das arbitragens investidor-Estado poderia ser por meio de um sistema de revisão de sentenças arbitrais de investimento, nos moldes, por exemplo, já existentes no sistema ICSID,³⁹⁴ de modo a contribuir com a segurança jurídica e confiabilidade das sentenças de tribunais de investimento, uma vez que estas se encontram sujeitas a um nível extremamente limitado de revisão por parte de cortes nacionais, no contexto tanto do sistema ICSID quanto da Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.³⁹⁵⁻³⁹⁶ Esta medida poderia contribuir até mesmo para a formação de um sistema coerente de precedentes em arbitragens de investimento, o qual poderia ser invocado por tribunais arbitrais como uma ferramenta mais efetiva de interpretação de tratados e obrigações provenientes da proteção internacional de investimentos.³⁹⁷

Todos os aspectos dos contatos entre a proteção internacional de investimentos e seu contexto analisados neste trabalho evidenciam uma nítida necessidade de reforma e modernização do sistema de proteção internacional de investimentos, de modo a possibilitar que este considere interesses extremamente relevantes, mas externos à agenda imediata da proteção de investimentos, e com isso reforce sua legitimidade perante a comunidade internacional como um verdadeiro sistema jurídico normativo e não como um âmbito marcado pelo favorecimento cego de seus próprios interesses. É preciso, portanto, que se empreenda tais mudanças e melhorias – por meio, por exemplo, das sugestões esboçadas acima – para que o sistema possa ser tido como transpondo as barreiras de um sistema baseado apenas em poder para um sistema

³⁹⁴ Para uma análise completa do Sistema de revisão de sentenças no âmbito do ICSID, ver, por exemplo, o capítulo 5 (“The ICSID Review Regime”) da obra: REED, Lucy; PAULSSON, Jan; et. all. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

³⁹⁵ Para uma discussão mais profunda sobre a amplitude de revisão à qual estão sujeitas sentenças arbitrais de investimento, ver, por exemplo: VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. Nº 1, 2006, p. 133-137.

³⁹⁶ Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Texto completo disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/english>. Acesso em 10/7/2017.

³⁹⁷ Para uma discussão profunda sobre um Sistema de precedentes em arbitragens, ver, por exemplo: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* Arbitration International. Vol. 23. Issue 3, 2007.

normativo e neutro,³⁹⁸ que se preocupe em realizar, também em seu âmbito, o objetivo último do direito: a justiça por meio da inclusão e do desenvolvimento.

Tal objetivo somente poderá ser alcançado no contexto da proteção internacional de investimentos quando todos os atores envolvidos no sistema mantiverem sempre em mente que o objetivo primeiro dos investimentos estrangeiros deve ser o de fomentar o desenvolvimento – sustentável – de todos os países do mundo, e não o de promover a exploração e dominação dos países menos favorecidos pelos interesses dos mais favorecidos, em detrimento de direitos tão importantes quanto os direitos humanos, a proteção do meio ambiente, o desenvolvimento sustentável, em todas as suas dimensões.³⁹⁹ Somente assim será possível alcançar, por exemplo, o que o próprio Banco Mundial elenca como uma de suas missões: a promoção da prosperidade compartilhada.⁴⁰⁰

A chave para alcançar tais objetivos parece estar no equilíbrio. Equilíbrio entre todos os interesses envolvidos – os quais, a despeito de conflitantes em algumas situações, parecem sim poder, de forma geral, ser conciliados.⁴⁰¹ Tal equilíbrio pode ser alcançado por meio do direito internacional, o qual pode oferecer, no contexto contemporâneo e no marco das discussões sobre sua fragmentação, sua notável capacidade de agir como o “*civilizador gentil dos sistemas sociais*”⁴⁰², sem jamais perder de vista que, como há muito já afirmava Nicolas Politis, a despeito de qual seja o

³⁹⁸ SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 160.

³⁹⁹ Sobre a importância do comércio e dos investimentos para o desenvolvimento mundial, afirma, por exemplo, Ernst-Ulrich Petersmann: “[...] a crescente ‘legalização’ e ‘judicialização’ do direito econômico internacional demonstra que não é mais razoável que direitos domésticos ignorem o consenso geral entre os economistas no sentido de que a liberalização do comércio e dos investimentos é mais importante para aliviar a pobreza desnecessária do que contar com ajuda externa redistributiva.” No original: “[...]the increasing ‘legalization’ and ‘judicialization’ of IEL demonstrate that it is no longer reasonable for national laws to ignore the general consensus among economists that liberalizing trade and investments is more important for alleviating unnecessary poverty than reliance on redistributive foreign aid.” PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Human Rights, International Economic Law and ‘Constitutional Justice’*. *The European Journal of International Law*. Vol. 19. Nº 4, 2008, p. 796.

⁴⁰⁰ Informação disponível em: <http://www.worldbank.org/en/who-we-are>. Acesso em 10/7/2017.

⁴⁰¹ LORZ, Ralph Alexander. *Fragmentation, Consolidation and the Future Relationship Between Investment Law and General International Law*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press, 2013, p. 485.

⁴⁰² FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 25. Nº 4, 2004, p. 1045.

meio social no qual ele se aplique, o direito possui o mesmo fundamento, uma vez que tem sempre o mesmo fim: o ser humano,⁴⁰³ em todas as suas dimensões e potencialidades.

⁴⁰³ POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachete, 1927, p. 77.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros e Capítulos de Livros

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos Paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabres Editor, 1995.

ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; et al. (edits). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. 2ª Ed. Kluwer Law International, 2014.

BORCHARD, E. M. *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. New York: The Banks Law Publishing, 1925.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª Ed. Vol. I. Kluwer Law International, 2014.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *A Internacionalização dos Direitos do Homem*. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1972.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *O Homem como Sujeito de Direito Internacional*. Belo Horizonte, 1951.

BROCHES, Aron. *Selected Essays – World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

BUCHANAN, Allen. *The Legitimacy of International Law*. In BESSON, Samantha; TASIIOULAS, John (orgs.). *The Philosophy of International Law*. Oxford University Press, 2010.

CALAMITA, N. Jansen. *International Human Rights and the Interpretation of International Investment Treaties: constitutional considerations*. In BAETENS, Freya.

Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives. Cambridge University Press, 2013.

CALVO, Carlos. *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*. Paris: D'amyot, 1868.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei N° 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

CRAWFORD, James. *Browlie's Principles of Public International Law*. 8ª Ed. London: Oxford University Press, 2012.

DAVID, René. *L'arbitrage dans le Commerce International*. Paris: Economica, 1982.

D'ASPREMONT, Jean. *International Customary Investment Law: Story of a Paradox*. In GAZZINI, Tarcisio; DE BRABANDERE, Eric. *International Investment Law – The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

DE CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 2ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOUGLAS, Zachary. *The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration*. In DUPUY, P.; VIÑUALES, J. (eds.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne (eds.). *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford University Press, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard and Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

GANN, Pamela B. *The U.S. Bilateral Investment Treaty Program*. Leland Stanford Junior University, 1985.

GHOURI, Ahmad. *Interaction and Conflict in Investment Arbitration*. International Arbitration Law Library. Vol. 32, Kluwer Law International, 2015.

GROTIUS, Hugo. *The Rights of War and Peace* (Tradução de A.C. Campbell), 1901.

HENCKLES, Caroline. *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration – Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*. Cambridge University Press, 2015.

KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia – the Structure of the Legal Argument*. New York: Cambridge University Press, 2006.

KRÖLL, Stefan Michael; HORN, Norbert; (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law*. Kluwer Arbitration Law International, 2004.

LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato – Il sistema e L'esperienza*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2004.

LEITE, Filipe Greco De Marco; LESSA, Rafaela Ribeiro Zauli. *O Conceito de Legitimidade Aplicado ao Direito Internacional e suas Instituições*. In POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (orgs.). *Filosofia do Direito Internacional*. Almedina (no prelo).

LORZ, Ralph Alexander. *Fragmentation, Consolidation and the Future Relationship Between Investment Law and General International Law*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives*. Cambridge University Press, 2013.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2^a Ed. Oxford University Press, 2008.

MOURA VICENTE, Dário. *Da Arbitragem Comercial Internacional – Direito Aplicável ao Mérito da Causa*. Coimbra Editora, 1990.

MURPHY, Sean D. *Principles of International Law*. 2^a Ed. West, 2006.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standard of Treatments*. Kluwer Law International, 2009.

NGUYEN, Quoc Dinh; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2^a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise. Vol. I – Peace*. Longman Green and Co., 1905.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law – A Treatise. Vol. II – War and Neutrality*. Longman Green and Co., 1905.

PARRA, Antonio R. *The History of ICSID*. Oxford University Press, 2012.

PAULSSON, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005.

PAULSSON, Jan. *The Tipping Point*. In KINNEAR, Meg N.; FISCHER, Geraldine R. et al. (eds.). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Kluwer Law International, 2016.

PETER, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Kluwer Law International, 1995.

POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Librairie Hachete, 1927.

PUCCI, Adriana Noemi; BORJA, Ana Gerdau; et al. (org.). *Investment Protection In Brazil*. Kluwer Law International, 2013.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4^a Ed. London: Sweet and Maxwell, 2004

REED, Lucy; PAULSSON, Jan; et. all. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press: New York, 2008.

ROBERT, Jean. *L'arbitrage – Droit Interne, Droit International Privé*. 5^a Ed. Paris: Dalloz, 1983.

RUBINS, Noah. *The Notion of “Investment” in International Investment Arbitration*. In KRÖLL, Stefan Michael; HORN, Norbert; (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law*. Kluwer Arbitration Law International, 2004.

SALACUSE, Jeswald D. *The Law of Investment Treaties*. 2^a Ed. London: Oxford University Press, 2015.

SAVOIE, Pierre-Olivier. *Reservations, Corporate Social Responsibility and Other Mechanisms in Support of Sustainable Development in Canada’s Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement*. In BAETENS, Freya. *Investment Law Within International Law – Integrationists Perspectives*. Cambridge University Press, 2013.

SCHREUER, Cristoph. *Consent to Arbitration*. In MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press: New York, 2008.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6^a Ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000.

TASIOULAS, John. *The Legitimacy of International Law*. In BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (orgs.). *The Philosophy of International Law*. Oxford University Press, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VATTEL, Emer de. *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Liberty Fund, 2008.

WAIBEL, Michel; KAUSHAL, Asha; et. al. (eds.). *The Backlash Against Investment Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

ZAYAS, Alfred-Maurice de. *Peace of Westphalia*. In BERNHARDT, R. (ed.). *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 1. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1981.

Artigos

AAKEN, Anne van. *Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law*. Finnish Yearbook of International Law. Vol. XVII, 2006.

ADEDE, A. O. *A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law*. The Canadian Yearbook of International Law. Vol. 14, 1976.

AL FARUQUE, Abdullah. *Mapping the Relationship Between Investment Protection and Human Rights*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 11. Issue 4, 2010.

ALSCHER, Wolfgang. *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law*. Goettingen Journal of International Law. Vol. 5. Nº 2, 2013.

ALVAREZ-JIMÉNEZ, Alberto. *Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case*. North Carolina Journal of International Law. Vol. 33. Nº 3, 2008.

ASTERITI, Alessandra. *Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation*. The Journal of Investment & Trade. Vol. 16. Issue 2, 2015.

BEHARRY, Christina L.; KURITZKY, Melinda E. *Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration*. American University International Law Review. Vol. 30. Issue 3, 2015.

BORCHARD, Edwin. *The Minimum Standard of Treatment of Aliens*. Michigan Law Review. Vol. 38. Nº 4, 1940.

BRAUCH, Martin Dietrich. *Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law*. IISD Best Practices Series - January 2017.

BROUDE, Tomer. *Keep Calm and Carry on: Martti Koskenniemi and the Fragmentation of International Law*. Temple International & Comparative Law Journal. Vol. 27. Nº 2, 2013.

BROWER, Charles N.; SCHILL, Stephan W. *Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law?* Chicago Journal of International Law. Vol. 9. Nº 2, 2009.

COYLE, John F. *The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era*. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 51, 2013.

DE BRABANDERE, Eric. *Human Rights Consideration in Investment Arbitration*. Grotius Centre Working Paper 20113/001-IEL.

DE CHAZOURNES, Laurence Boisson. *Environmental Protection and Investment Arbitration: Ying and Yang?* Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Vol. 10, 2017.

DOUGLAS, Zachary. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*. British Yearbook of International Law. Vol. 74. Issue 1, 2004.

DUNN, Frederick Sherwood. *International Law and Private Property Rights*. Columbia Law Review. Vol. 28. Nº 2, 1928.

FRANCIONI, Francesco. *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*. The European Journal of International Law. Vol. 20. Nº 3, 2009.

FRASER, Henry S. *A Sketch of the History of International Arbitration*. Cornell Law Review. Vol. 11. Issue 2, 1926.

FINKESLSTEIN, Lawrence S. *What Is Global Governance?* Global Governance. Vol. 1. Nº 3, 1995.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, Nº 4, 2004.

GATHII, James Thuo. *War's Legacy in International Investment Law*. International Community Law Review. Vol. 11, 2009.

JANIS, M. W. *Individuals as Subjects of International Law*. Cornell International Law Journal. Vol. 7. Issue 1, 1984.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* Arbitration International. Vol. 23. Issue 3, 2007.

KLEIN, Nicolas. *Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as a Human Right?* Goettingen Journal of International Law. Vol. 4. Issue 1, 2012.

KOROWICZ, Marek. *The Problem of the International Personality of Individuals*. The American Journal of International Law. Vol. 50, 1956.

KOSKENNIEMI, Martti. *What is International Law for?* p. 4. Disponível em: https://www.academia.edu/22821838/What_is_International_Law_for. Acesso em 10/7/2017.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. *Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties*. Leiden Journal of International Law. Vol. 15. Issue 3, 2005.

KRIEBAUM, Ursula. *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 8. N. 5, 2007.

LAGERGREN, Gunnar. *The Formative Years of the Iran-United States Claims Tribunal*. Nordic Journal of International Law. Vol. 66. Issue 1, 1997.

LEVINE, Eugenia. *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*. Berkeley Journal of International Law. Vol. 29. Issue 1, 2011.

LISSITZYN, Oliver J. *The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law*. American Journal of International Law. Vol. 30. Nº 4, 1936.

MESHEL, Tamar. *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*. The journal of International Dispute Settlement. Vol. 6. Nº 2, 2015.

NELSON, Timothy G. *Human Rights Law and BIT Protection: Areas of Convergence*. The Journal of World Investment & Trade. Vol. 2. Issue 1, 2011.

PAULSSON, Jan. *Arbitration Without Privity*. ICSID Review. Vol. 10, Nº 2, 1995.

PELLET, Alain. *The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration*. ICSID Review. Vol. 28. Nº 2, 2013.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *International Rule of Law and Constitutional Justice in International Investment Law and Arbitration*. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vol. 16. Issue 2, 2009.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'*. The European Journal of International Law. Vol. 19. Nº 4, 2008.

PUIG, Sergio. *No Right Without a Remedy: Foundations of Investor-State Arbitration*. University of Pennsylvania Journal of International Law. Vol. 35. Issue 3, 2014.

PUIG, Sergio. *Recasting ICSID's Legitimacy Debate: Towards a Goal-Based Empirical Agenda*. Fordham International Law Journal, Vol. 36, 2012.

PULKOWSKI, Dirk. *Narratives of Fragmentation – International Law Between Unity and Multiplicity*. Disponível em: http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Pulkowski_0.PDF. Acesso em 10/7/2017.

ROOT, Elihu. *The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad*. The American Journal of International Law. Vol. 4, Nº 3, 1910.

SACERDOTI, Giorgio; RENCANTI, Matilde. *Alternative Investors - State Dispute Settlement Systems: Diplomatic Protection and State to State Arbitration*. Bocconi Legal Studies Research Paper. Nº 2562782, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2562782>. Acesso em 10/7/2017.

SCHNEIDERMAN, David, *The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice?* Journal of Transnational Legal Theory. Vol. 5. Issue 1, 2014.

SCHREUER, Cristoph. *Calvos's Grandchildren: the Return of the Local Remedies in Investment Arbitration*. The Law and Practice of International Courts and Tribunals. Vol. 4. Issue 1, 2005.

SHIHATA, Ibrahim. *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review. Vol. 1. Issue 1, 1986.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. Nº 3, 2006.

SIMMA, Bruno. *Self-contained Regimes*. Netherlands Yearbook of International Law. Vol. 16, 1985.

TAMS, Christian J.; TZANAKOPOULOS, Antonios. *Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development*. Leiden Journal of International Law. Vol. 23, 2010.

THOMPSON, Alexander; VERDIER, Daniel. *Multilateralism, Bilateralism, and Regime Design*. International Studies Quarterly. Vol. 58. Issue 1, 2014.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Philippine Law Journal. Vol. 53, 1978.

VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*. The European Journal of International Law. Vol. 17. Nº 1, 2006.

VANDEVELDE, Keneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Vol. 12. Nº 1, 2005.

FRIEDMAN, Andrew. *Flexible Arbitration for the Developing World: Piero Foresti and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South*. Brigham Young University International Law & Management Review. Vol. 7. Issue 1, 2010.

Casos

CIJ. *Caso Barcelona Traction Lights and Power Co., Ltda. (Bélgica vs. Espanha)*.

CPA. *Peter A. Allard vs. Governo de Barbados*. Caso CPA nº 2012-06.

CPJI. *Caso da Fábrica de Chorzów (Alemanha vs. Polónia)*.

CPJI. *Caso SS. Lotus (França vs. Turquia)*.

CPJI. *Caso Mavrommatis (Grécia vs. Reino Unido)*.

ICSID. *AAPL vs. Sri Lanka*. Caso ICSID nº ARB/87/3.

ICSID. *Bernhard von Pezold e outros vs. República do Zimbábue*. Caso ICSID nº ARB/10/15.

ICSID. *Border Timbers Limited e Outros vs. República do Zimbábue*. Caso ICSID n° ARB/10/25.

ICSID. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A vs. República da Argentina*. Caso ICSID n° ARB/97/3.

ICSID. *Gabriel Resources vs. Romênia*. Caso ICSID n° ARB/15/31.

ICSID. *Loewen Group Inc. e Reymond Loewen vs. Estados Unidos da América*. Caso ICSID n° ARB(AF)/98/3.

ICSID. *Perenco Ecuador Ltd. vs. República do Equador e Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. Caso ICSID n° ARB/08/6.

ICSID. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. e Abal Hermanos S.A. vs. República Oriental do Uruguai*. Caso ICSID n° ARB/10/7.

ICSID. *Piero Foresti, Laura de Carli & Outros vs. República da África do Sul*. Caso ICSID n° ARB(AF)/07/01.

ICSID. *SAUR International S.A. vs. República Argentina*. Caso ICSID n° ARB/04/4.

ICSID. *SSP vs. Egito*. Caso ICSID n° ARB/84/3.

ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos do México*. Caso ICSID n° ARB (AF)/00/2.

Outras Fontes

CIJ. *Reparação por Acidentes sofridos no Serviço das Nações Unidas*. Opinião Consultiva n° 174, 1949.

European Centre for Constitutional and Human Rights. *Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration?* 2012. Disponível em: https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte

[/ICSID%20tribunal%20-%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf](#). Acesso em 10/7/2017.

ICSID. *The ICSID Caseload Statistics 2016*. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf). Acesso em 10/7/2017.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.682>. Acesso em 10/7/2017.

LAVRANOS, Nikos. *Investment Arbitration and Environmental Protection: A Double-Edged Sword*. Kluwer Arbitration Blog, 2015. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/11/09/investment-arbitration-and-environmental-protection-a-double-edged-sword/>. Acesso em 10/7/2017.

OECD. *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. OECD Working Papers on International Investment, 2004. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf. Acesso em 10/7/2017.

ONU. *Comentários aos Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados*. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em 10/7/2017.

ONU. *Resolução da Assembleia Geral sobre Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais*. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83. Acesso em 10/7/2017.

UNCTAD. *IIA Issues Note. Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016*. Issue 1. Maio de 2017. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf. Acesso em 10/7/2017.

UNCTAD. *IIA Issues Note. Phase 2 of IIA reform: modernizing the existing stock of old-generation treaties.* Issue 2. Junho de 2017. Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d3_en.pdf. Acesso em 10/7/2017.

UNCTAD. *World Investment Report 2016.* Disponível em: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf. Acesso em 10/7/2017.