



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Orlando José Guterres Costa Júnior

**Direito internacional dos investimentos e governança: a capacidade
regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de
investimentos**

Rio de Janeiro

2015

Orlando José Guterres Costa Júnior

Direito internacional dos investimentos e governança: a capacidade regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de investimentos



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Orientador(a): Prof.^a. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C837 Costa Júnior, Orlando José Guterres.

Direito internacional dos investimentos e governança : a capacidade regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de investimentos / Orlando José Guterres Costa Júnior. – 2015.
230 f.

Orientadora: Profa. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Arbitragem comercial internacional – Teses. 2. Investimentos – Teses.
3. Direito internacional público – Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.63

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Orlando José Guterres Costa Júnior

Direito internacional dos investimentos e governança: a capacidade regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de investimentos

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 20 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Cabral Gruenbaum

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Bruno Rodrigues de Almeida

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, que se mantêm unida em tempos tão difíceis e apesar de tanta distância.

AGRADECIMENTOS

Quando me mudei no começo de 2013 do Maranhão para o Rio de Janeiro, com a finalidade de realizar os estudos do Mestrado, não imaginava o quanto difícil seria, não fazia ideia dos percalços que teria que enfrentar e de como tantas pessoas seriam importantes para vencer este desafio.

Primeiramente, mais do que tudo, agradeço à minha família: a minha mãe, Marivone de Jesus Almeida, e meus irmãos, Amanda Almeida Costa e João Henrique Almeida Costa. Em momentos de dificuldade descobrimos quem realmente está do nosso lado, e são em momentos assim que percebemos a diferença que ter uma família faz. Todas as dificuldades que enfrentei, sempre os tive ao meu lado, nenhuma vitória teria significado se não fosse por eles.

Também agradeço à minha avó, Benigna Soares de Almeida. Se por acaso estou concluindo o Mestrado, foi por ter sempre o incentivo de minha avó com os estudos. Desde o ensino fundamental, a pessoa de minha avó foi figura central para que eu tivesse recebido uma boa educação. Sem ela, dificilmente teria chegado até aqui.

Ter optado por fazer o Mestrado no Rio de Janeiro foi uma escolha decisiva da qual não me arrependo. Antes de vir para a UERJ, já havia sido aprovado no seletivo de Mestrado em Direito Internacional da Faculdade de Direito da UFSC, e sabia que a opção entre UERJ e UFSC seria decisiva para o meu futuro. Escolher a UERJ se mostrou a opção mais acertada, diante tantas vitórias e amizades que aqui conquistei, pessoas especiais a quem devo cada agradecimento.

Agradeço imensamente à minha orientadora, Prof. Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro, com quem tive primeiro contato na UERJ através da disciplina de Direito Internacional Privado Contemporâneo, grande responsável por ter me apresentado o direito internacional dos investimentos e o tema da governança global, e por ter despertado o meu interesse pelo direito internacional privado e pelo direito do petróleo e gás. O incentivo recebido pela Prof. Marilda foi fundamental para que eu conseguisse concluir esta dissertação, e também para que aproveitasse tantas oportunidades oferecidas pela UERJ.

O apoio de muitos amigos foi essencial à conclusão do Mestrado. Devo muito ao companheirismo de amigos – quase irmãos – como Daniel Gonçalves, Lucas Bertrand, Marcelo Carvalho, ainda que distantes, sempre dispostos a ouvir meus problemas e resolver tudo com longas sessões de skype. E também aos amigos Matheus Carneiro Lima – que me

ajudou a fazer a revisão dos capítulos desta dissertação e me auxiliou a obter parte da bibliografia utilizada nesta dissertação-, Leonardo Fernandes Pinheiro, Leonardo Calheiros, David Ericeira, Vinicius Silva, Hugo Calheiros, Celso Mattheus e Jhonathan Almeida. Amigos que sempre compreenderam a minha ausência nas últimas reuniões, e desde a época de Faculdade me deram incondicional apoio para que realizasse os meus objetivos.

O Rio de Janeiro também me presenteou com novos amigos, que permitiram que a minha estadia nesta cidade fosse mais alegre.

A UERJ me presenteou com a amizade de uma verdadeira família estabelecida ao redor do direito internacional. Agradeço a amizade de Emília Castro e Ely Xavier, pessoas que admiro desde o primeiro contato, a partir de tanta dedicação e amor pela academia, e agradeço pelos conselhos e constante orientação dos amigos Bruno Almeida e Raphael Carvalho de Vasconcelos, que ouviram todas as nossas queixas, nos aconselharam e nos deram um choque de realidade vez ou outra (quando necessário).

Agradeço igualmente ao apoio dos amigos Deo Campos, Gabriel Valente dos Reis, Sergio Tavares e Celso Santos, que igualmente contribuíram com discussões de ideias e planos sobre a vida acadêmica e profissional. Sem a certeza transmitida por estas pessoas de que existe vida após a dissertação, talvez não teria conseguido levar esta tarefa adiante.

Também relevante foi o apoio dos colegas que entraram comigo em 2013.1 no Mestrado em Direito Internacional da UERJ. Em especial, aos amigos Eraldo Silva Júnior, Rui Miguel Costa e Marcos Davidovich, grupo responsável por imensas discussões nos momentos mais difíceis do Mestrado, das quais poderíamos por bem retirar um verdadeiro manual de sobrevivência ao PPGD, e também ao amigo Bruno Fernandes Dias, quem me deu a primeira força para trabalhar no Rio de Janeiro.

E o Rio de Janeiro que conheço não estaria completo sem a amizade de pessoas especiais, que me trouxeram felicidade e força em diferentes momentos. Agradeço aos amigos Raphael Yuan, Letícia Braz, Diego Ximenes, Ellen Cardoso, Andrea Simões, Patrícia Pereira, Ana Luíza Garson, Bernardo Camacho e Roana Couto, presentes que a SEFAZ me deu e que estiveram do meu lado em momentos de vitórias e derrotas. Obrigado a todos, o Rio de Janeiro não é o mesmo sem vocês.

Agradeço também aos alunos que tive através do NEPEDI, com os quais compartilhei breves informações que aprendi, e que me muito me ensinaram através de seus esforços e dedicação com o direito internacional. Devo imenso agradecimento à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que me acolheu e me deixa orgulhoso em poder dizer que também estudei

nesta instituição. Agradeço especialmente à caríssima Sônia Leitão, chefe da Secretaria do PPGD, sempre disposta a nos auxiliar em nossa trajetória.

E nada estaria completo sem o apoio da minha namorada Priscila Bonfim, surpresa boa na minha vida, que me deu forças para superar as últimas provações e foi compreensiva com a minha ausência enquanto eu trabalhava nesta dissertação. Muito obrigado por tudo.

Todas as pessoas citadas nestes agradecimentos oraram comigo no momento de maior dificuldade. Muito obrigado por tudo.

Por fim, registro também os meus agradecimentos ao Programa de Formação de Recursos Humanos PRH nº 33, uma iniciativa da Petrobras em parceria com a Agência Nacional do Petróleo, pelo apoio financeiro para a execução da pesquisa que gerou esta dissertação.

RESUMO

COSTA JUNIOR, O. J. G.. **Direito internacional dos investimentos e governança: a capacidade regulatória dos Estados conforme tribunais arbitrais de tratados de investimentos.** 2015. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente trabalho visa discutir como as arbitragens de tratados de investimentos tratam a capacidade regulatória de Estados receptores de investimentos, exercida esta visando atender a um interesse público local. As Arbitragens de tratados de investimentos interpretam as disposições contidas em tratados de proteção a investimentos, como os BITs e demais tratados internacionais com cláusulas sobre proteção a, investidores, e ao identificar se um Estado violou os termos de um tratado, a partir de uma controvérsia submetida por um investidor, o tribunal arbitral não apenas está a resolver um conflito de interesses, mas está também a exercer uma função de autoridade pública, ao desenvolver os padrões de condutas de stakeholders em um cenário global. Nesta situação, tribunais arbitrais se constituem como um mecanismo de governança global mediante dois fatores: a) a possibilidade do tribunal se manifestar sobre a legalidade de um ato regulatório estatal; b) a construção de precedentes não formalmente vinculantes, mas com forte capacidade de influenciar futuras decisões. Através da conjugação destes fatores, as arbitragens de tratados de investimentos se manifestam sobre a legalidade de condutas de agentes públicos que têm o dever de agir na satisfação de um interesse público, o que demanda investigar como estes mecanismos de governança abordam atos adotados pelos Estados no exercício de seu poder regulatório em prol do interesse público. A partir da análise de decisões de mérito em casos de expropriação indireta da indústria do petróleo e gás da América Latina, observou-se que os tribunais divergem entre duas posições, uma abordagem majoritária, em que se considera apenas o efeito da medida sem levar em conta o interesse público envolvido, e uma posição, minoritária, que leva em conta os interesses do investidor e o interesse público que fundamentou a conduta estatal para ponderá-los, porém sem haver ainda um método definido quanto aos critérios adotados para o o exercício de ponderação. No que diz respeito às considerações sobre os casos apresentados contra a Argentina, que se encontrava em grave crise econômica, o interesse público foi analisado majoritariamente sob uma ótica restritiva, que penalizou o Estado argentino. Diante deste quadro, são apresentadas novas proposições sobre as arbitragens como mecanismo de governança global, procurando atribuir maior legitimidade ao exercício de autoridade pública através de padrões de ponderação e deferência a políticas estatais adotadas visando o interesse público. Também é apresentado como os Estados têm reagido ao poder de regulação dos tribunais arbitrais de investimentos. Enquanto alguns Estados apresentam novos tipos de tratados de investimentos, pretendendo equilibrar a proteção a investidores estrangeiros com um espaço regulatório necessário para a satisfação do interesse público, outros denunciam a Convenção de Washington e demais BITs em reprovação ao regime do direito internacional dos investimentos.

Palavras-chave: Arbitragens de investimentos. Tratados de investimentos. Governança global. Interesse público.

ABSTRACT

COSTA JUNIOR, O. J. G. **International investment law and governance: the regulatory capacity of states according to investment treaty arbitration tribunals.** 2015. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The currently research aims to discuss how investment treaty arbitrations consider the regulatory capacity of host States exercised in the public interest. Investment treaty arbitrations interpret the provisions contained in International Investment Agreements such as BITs and other international treaties with provisions on protection of investors, and while it declares if a State breached its obligation under the IIA, due to a claim presented by an investor, the arbitral tribunal not only solves a conflict of interest, but also exercises public authority when it develops the standards of protection in a public global arena. In this situation, investment treaty tribunals work as a global governance mechanism due to two factors: a) the possibility that the court may issue an opinion on the legality of a state act; b) the construction of *de facto* precedents, but with the possibility to influence future decisions. Through the combination of these factors, the investment treaty arbitrations review state policies adopted to meet the public interest, which is why it is required to investigate how these governance mechanisms address policies adopted by States in the exercise of its regulatory capacity in the public interest. From the analysis of the merits of decisions in cases of indirect expropriation in the oil and gas latin-american industry, it was observed that the tribunals diverge between two positions, a majority position that considers only the effect of the measure to the investor without taking into account the public interest involved, and another approach, less orthodox, which takes into account the investor's interests and the public interest that justified the state conduct to balance them, but still without a definitive criteria for the exercise of a proportionality test. In regard of the cases against Argentina, which was in a serious economic crisis, it was observed that the public interest was mainly analyzed from a narrow perspective which penalized the Argentine state. Given this situation, it were presented new proposals on arbitration as a global governance mechanism, looking forward to give more legitimacy to the exercise of public authority by proportionality test exercises and deference to the policies adopted by the State in the public interest. Its also shown how states reacted to the regulatory powers of international investment tribunals. While some states have elaborated new types of investment treaties, with clear intention to balance the protection to foreign investors with regulatory space to satisfy the public interest, others states have denounced the Washington Convention and their BITs in reproof to the international law investments regime.

Keywords: Investment arbitration. Investment treaties. Global governance. Public interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFI	Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos
BIT	<i>Bilateral investment treaty</i>
BP	<i>British Petroleum</i>
CDI	Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas
CIJ	Corte Internacional de Justiça
ECOSOC	<i>Economic and Social Committee</i>
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i>
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>
IBA	<i>International Bar Association</i>
ICSID	<i>International Center of the Settlement of Investment</i>
ICC	<i>Disputes</i>
LIAMCO	<i>International Chamber of Commerce</i>
LCIA	<i>Libyan American Oil Company</i>
MAI	<i>London Court of International Arbitration</i>
NAFTA	<i>Multilateral Agreement on Investment</i>
NOEI	<i>North America Free Trade Agreement</i>
OCDE	Nova Ordem Econômica Internacional
	Organização para Cooperação e Desenvolvimento
OMC	Econômico
ONU	Organização Mundial do Comércio
ONG	Organização das Nações Unidas
TOPCO	Organizações não governamental
UNCITRAL	<i>Texaco Overseas Petroleum Co</i>
UNCTAD	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
URSS	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>
	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: UMA BREVE INTRODUÇÃO	16
1.1	Introdução	16
1.2	Elementos de Direito Internacional dos Investimentos	17
1.2.1	<u>Noções de Investimento Estrangeiro</u>	19
1.2.2	<u>Fontes do direito internacional dos investimentos</u>	26
1.2.3	<u>Solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos</u>	33
1.3	A capacidade regulatória dos Estados pelo direito internacional: antigo debate sob um novo enfoque	38
1.4	Arbitragens de tratados de investimentos e a governança global	51
1.5	As arbitragens de tratados de investimentos como direito transnacional: entre o direito público e o direito privado.	57
1.6	Conclusões	64
2	O MODELO DE ARBITRAGEM: DAS DISPUTAS COMERCIAIS ATÉ ÀS ARBITRAGENS DE TRATADOS DE INVESTIMENTOS	666
2.1	Introdução	666
2.2	A arbitragem comercial internacional e sua importância para o regime internacional dos investimentos: desenvolvimento da concepção privatista	666
2.3	O padrão procedimental das arbitragens comerciais internacionais	688
2.4	A participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais	877
2.5	Dos foros comerciais para as arbitragens do ICSID: a aplicação do modelo comercial para as arbitragens de investimentos	922
2.6	As arbitragens de tratados de investimentos sob uma nova abordagem: formação de um direito público global	1033
2.6.1	<u>A revisão da legalidade de atos regulatórios em um novo tipo de disputa</u>	1066
2.6.2	<u>A importância dos precedentes para as arbitragens de tratados de investimentos</u>	1199
2.7	Conclusões	1244
3	EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA PELAS ARBITRAGENS DE TRATADO DE INVESTIMENTOS: GOVERNANÇA GLOBAL ATRAVÉS DAS ARBITRAGENS DE INVESTIMENTOS	1266

3.1	Introdução	1266
3.2	Governança Global através da expropriação indireta: definição de critérios em arbitragens recentes	1266
3.3	“Sole Effect” vs. “Police Powers”: como fica o espaço regulatório dos Estados?.....	141
	41	
3.4	Exercício de governança: casos de expropriação indireta da indústria do petróleo e gás na América Latina	1555
3.4.1	<u>Casos contra a Argentina</u>	1588
3.4.2	Casos contra o Equador	1755
3.5	Governança global e as arbitragens de tratado de investimentos: divergências quanto aos padrões a serem aplicados	183
3.6	Os Estados e poder regulatório das arbitragens de investimentos: reações às arbitragens de tratados de investimento	1899
	CONCLUSÕES FINAIS	1999
	REFERÊNCIAS	2044

INTRODUÇÃO

Os investimentos estrangeiros são parte integrante do sistema econômico internacional contemporâneo, e são um importante catalisador para o desenvolvimento. O investimento estrangeiro direto permite a transferência de tecnologia, auxilia a formação de capital humano, contribui para a integração do Estado receptor ao comércio internacional e ajuda a criar um ambiente de negócios mais competitivo, o que conseqüentemente melhora o desenvolvimento de empresas e contribui para um crescimento econômico mais elevado, permitindo aliviar a pobreza nos países em desenvolvimento.

Além do mais, investimentos estrangeiros diretos também podem ajudar a melhorar as condições ambientais e sociais no país receptor através de transferência de tecnologias limpas, e trazem políticas sociais responsáveis por parte de empresas.

Ao contrário de atos de comércio internacional, investimentos internacionais demandam um relacionamento a longo prazo entre investidor e Estado hospedeiro, estando o investimento exposto à influência e interferência de autoridades estatais. Desta forma, para atrair investimentos, Estados têm liberalizado seus regimes comerciais e adotado variadas políticas de atração, com a finalidade de dar prosseguimento a políticas nacionais para maximizar os benefícios da presença estrangeira na economia doméstica.

O país receptor precisa oferecer um cenário de estabilidade e tranquilidade ao investidor estrangeiro, e oferecer garantias de que possui estruturas econômicas sólidas e um sistema judiciário eficaz, que permita a proteção do investimento perante arbitrariedades políticas.

A proteção internacional dos investimentos desenvolveu-se principalmente durante o pós-guerra em um contexto de desconfiança entre Estados e investidores privados, o qual incluía a crença, justificável em face da instabilidade política de muitos países recém-independentes, de que os poderes judiciários domésticos de países novos seriam tendenciosos.

Diante declarações destes novos países referentes ao exercício de soberania permanente sobre os recursos naturais, surgiu um sentimento de que o padrão mínimo de proteção à propriedade de estrangeiros, existente sob o direito internacional costumeiro, não era mais suficiente.

Visando atribuir maior segurança aos investimentos de seus nacionais no exterior, Estados desenvolvidos elaboraram tratados de proteção a investimentos para serem ratificados com Estado menos desenvolvidos, com o objetivo de proteger os investimentos de seus

nacionais na hipótese de nacionalização de ativos por países receptores. Após a ratificação do primeiro Tratado Bilateral de Investimentos (*Bilateral Investment Treaty* - BIT) entre a Alemanha Ocidental e o Paquistão, outras potências europeias a seguiram e elaboraram seus próprios tratados.

A ratificação destes novos acordos internacionais surgiu em decorrência da ausência de um sistema internacional especializado de solução de controvérsias, a ausência de personalidade jurídica de direito internacional público a investidores estrangeiros, a relativa falta de efetividade da proteção diplomática como meio de proteção de investidores, e a falta de acordo entre os Estados quanto aos padrões de tratamento internacional à propriedade de estrangeiros.

Após a ratificação em massa de BITs e demais tratados com disposições sobre proteção a investidores, consolidou-se um regime com princípios e normas próprias, que contribuem para a consolidação do direito internacional dos investimentos contemporâneo.

Os conflitos de interesses surgidos a partir do descumprimento de obrigações estabelecidas em BITs não são discutidos em judiciários nacionais, mas são submetidos a tribunais arbitrais internacionais. Tratados Bilaterais de Investimentos, por via de regra, apresentam disposição acerca do consentimento expreso dos Estados contratantes à realização de arbitragem, permitindo que o investidor estrangeiro, nacional de um Estado-parte, inicie o procedimento arbitral contra o Estado receptor sem a necessidade de esgotar os recursos internos deste, ou de intervenção de seu país de origem.

Entretanto, à medida que Estados se obrigam a oferecer proteção a investimentos estrangeiros em seu território, as arbitragens de tratados de investimentos podem afetar consideravelmente a capacidade regulatória dos Estados, impedindo que estes cumpram com obrigações decorrentes do interesse público.

Isto ocorre pois as arbitragens de tratados de investimento exercem um poder de autoridade em um espaço público global. Devido às transformações econômicas e políticas decorrentes da globalização, os Estados nacionais perderam primazia no exercício do poder político em detrimento de novos centros de poder compostos por sujeitos públicos e privados. Diante do surgimento de novos centros de autoridade, a ideia de governo – dotada de forte formalismo – é gradativamente suplantada pela ideia de governança, consolidada através de atribuição de poder normativo a outros sujeitos que não o Estado, criando regras de conduta a todos os agentes que participam de um regime específico.

Neste diapasão, as arbitragens de tratados de investimentos surgem como mecanismos de governança global, pois definem regras de conduta a serem seguidas pelos agentes

participantes do regime através da revisão das políticas internas adotadas por Estados receptores de investimentos.

Este exercício de autoridade pública, porém, não se limita à revisão de atos internos de Estados em desenvolvimento, como ora foi pretendido pelos Estados desenvolvidos em seu momento inicial, mas alcança tanto Estados desenvolvidos quanto Estados em desenvolvimento, em decorrência de não haver mais uma distinção tão clara entre Estados exportadores de capital e Estados importadores, por força das alterações dos fluxos do capital global.

Desta forma, diante a possibilidade de arbitragens de tratados de investimentos revisarem as políticas internas de Estados receptores, e partindo do pressuposto de que um Estado deve agir para satisfação do interesse público, é necessário observar como as arbitragens de tratados de investimentos têm abordado a capacidade regulatória dos Estados e o interesse público que as justificam.

Este trabalho está dividido em três capítulos. Em seu primeiro capítulo, faremos uma apresentação dos elementos que permeiam a discussão sobre a capacidade regulatória dos Estados e as arbitragens de investimentos. Iniciaremos com uma breve introdução sobre o conteúdo do direito internacional dos investimentos, que relações ele regula, seus sujeitos, seu objeto, suas fontes e seus instrumentos de resolução de controvérsias, e atribuiremos maior foco aos Tratados Bilaterais de Investimentos, e ao sistema instituído pela Convenção de Washington de 1965.

Neste primeiro capítulo, observaremos também qual o contexto das discussões acerca da capacidade regulatória dos Estados, que perspectivas as influenciaram e como este tema se situa diante o surgimento de novos fluxos de capitais, e como o surgimento de novos centros de poder em paralelo ao Estado se relaciona com o direito internacional dos investimentos, para podermos discutir como este regime jurídico supera tradicionais barreiras entre o direito público e o privado, ao se apresentar como um direito transnacional, e como este caráter permite comparações entre diferentes ramos do direito, capazes de influenciar de formas diferentes como as arbitragens de investimentos consideram a capacidade regulatória dos Estados e o interesse público.

Em nosso segundo capítulo, observaremos como as arbitragens de tratados de investimentos se desenvolveram a partir do modelo aplicado às arbitragens comerciais, as semelhanças entre os dois regimes que permitiram, em um primeiro momento, a realização de analogias com as arbitragens comerciais internacionais, para então observarmos em que medida as arbitragens de tratados de investimentos se distanciam do regime privado das

arbitragens comerciais para tratar de matéria pública, agindo em um espaço de regulação pública global.

No nosso terceiro capítulo, utilizaremos casos de expropriação indireta ocorridos na indústria do petróleo e gás da América Latina para observarmos como as arbitragens de tratados de investimentos exercem seu poder de governança, ao avaliar as medidas adotadas pelos Estados na persecução do interesse público, com destaque ao Equador e à Argentina, esta última em decorrência das medidas adotadas para atender demandas com relevante interesse público e superar a crise econômica da década de 2002, e que por isto se encontrou como demandada em quase 50 procedimentos arbitrais iniciados por investidores estrangeiros. A análise destes casos também permitirá compreender que consequências o exercício de poder público por estas arbitragens tem causado ao regime do direito internacional dos investimentos, para então realizarmos as nossas conclusões sobre o tema discutido.

1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: UMA BREVE INTRODUÇÃO

1.1 Introdução

No presente capítulo, faremos uma introdução sobre os elementos necessários à compreensão do direito internacional dos investimentos, mencionando as suas fontes, suas características, seus instrumentos e mecanismos de resolução de controvérsias, características básicas relevantes para a compreensão dos temas que serão abordados nos próximos capítulos.

Após os conceitos introdutórios, observaremos o contexto em que se situam o atual direito internacional dos investimentos e as arbitragens de tratados, como a capacidade regulatória dos Estados tem sido tratada no direito internacional, desde seu surgimento em um momento de nascimento de novos Estados e suas afirmações de soberania permanente sobre recursos naturais, até o momento em que este tema surge para as arbitragens de tratados de investimentos, se apresentando sob uma nova roupagem, não mais como discussão entre Estados exportadores de capital e antigas metrópoles – o Norte – contra os Estados importadores de capital e recém-independentes – o Sul – mas em uma situação em que o capital não diferencia entre nações desenvolvidas ou em desenvolvimentos, e ambos se apresentam como Estados exportadores e importadores de capital.

Também se faz necessário observar neste novo contexto o surgimento de novos centros de poder além daqueles concentrados no Estado, ou como este deixou de ser o principal centro político para ser detentor de um conceito formal de poder, enquanto novos fóruns privados se desenvolvem fora do controle Estatal e permitem maior relevância ao termo “governança” do que à ideia de governo, e como o direito internacional dos investimentos participa deste novo cenário.

Por fim, será discutido como o direito internacional dos investimentos tem contribuído para superação de barreiras entre o direito internacional e o direito interno, e entre o direito privado e o direito público, e como estes elementos em conjunto contribuem para as discussões que permeiam o direito internacional dos investimentos e atuação das arbitragens de tratados de investimentos.

1.2 Elementos de Direito Internacional dos Investimentos

O direito internacional dos investimentos constitui parte integrante do direito internacional econômico¹. O direito internacional econômico é definido sob diferentes concepções, uma mais extensiva e outra restritiva. Em sua concepção extensiva, o direito internacional econômico compreende o conjunto de regras que regem as operações econômicas de qualquer natureza desenvolvidas em um contexto mais vasto do que a ordem jurídica nacional de um único Estado, e abrange inclusive uma relação comercial praticada por sujeitos em domicílios diversos², enquanto em sua concepção restritiva, corresponde ao conjunto de normas e princípios que regulam a organização das relações econômicas internacionais, relações estas pertinentes à macroeconomia, em oposição às relações microeconômicas³.

Enquanto a concepção extensiva teria alcance ilimitado, o que dificulta a sua compreensão por incluir grande número de áreas do conhecimento jurídico⁴, a concepção restritiva seria predominante no direito internacional econômico, pois o seu campo de atuação e o objeto de cada ramo jurídico aparece mais bem delimitado⁵, assim, enquanto o sistema econômico internacional seria regulado pelo direito internacional econômico, as relações comerciais realizadas entre sujeitos com domicílios diferentes seria regulado por ramo jurídico distinto – o direito do comércio internacional⁶.

O direito internacional econômico é formado não apenas por fontes do direito internacional, mas também fontes do direito interno, responsável por parte da regulação das

¹ CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. 4. Ed. Paris: LGDJ, 1998, p. 6.

² Ibidem, p. 7.

³ Ibidem.

⁴ José Cretella Neto, citando o *International Economic Law Interest Group* da *American Society of International Law*, menciona que compõem o conceito amplo de direito internacional econômico o Direito do Comércio Internacional (que compreende tanto o direito da OMC e do GATT quanto direitos nacionais), o Direito Internacional Econômico da Integração (incluindo o Direito Comunitário Europeu, do Mercosul e do NAFTA), o Direito Internacional Privado (incluindo escolha do direito aplicável, indicação do foro e execução de sentenças estrangeiras, arbitragem internacional e Direito do Comércio Internacional), a regulamentação dos negócios internacionais (o direito concorrencial e o antitruste, a regulamentação do meio ambiente e da segurança dos produtos), o Direito Financeiro Internacional (incluindo o Direito Contratual, o Direito Regulatório, o Direito dos Investimentos Estrangeiros e o Direito Monetário Internacional) e o Direito ao Desenvolvimento. NETO, José Cretella. **Curso de direito internacional econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

⁵ CARREAU; JUILLARD, loc. cit.

⁶ Ibidem.

relações econômicas internacionais na medida em que regulam investimentos e interferem na organização das relações internacionais jurídico-econômicas⁷.

As leis nacionais estimulam ou desencorajam investimentos estrangeiros e movimentos transfronteiriços de capitais, regulamentando-os quando empresas estrangeiras pretendem investir em Estados que não o seu de origem ou transferir valores de um Estado para o outro⁸. Organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial também contribuem para a formação do direito internacional econômico, já que produzem atos unilaterais de caráter obrigatório – seja juridicamente vinculante ou através de *soft law* – além de estimularem a adoção de acordos bilaterais e multilaterais⁹.

Neste contexto se situa o direito internacional dos investimentos. De acordo com Asif H. Qureshi, o direito internacional dos investimentos trata do investimento direto e indireto de propriedade estrangeira no exterior, e os seus principais participantes são os Estados exportadores de capital (Estados nacionais dos investidores – *home states*), os Estados importadores de capital (Estados receptores/hospedeiros – *host state*) e os próprios investidores¹⁰. As principais questões abordadas pelo direito internacional dos investimentos envolvem a liberalização dos mercados, os padrões de tratamento nacional sobre a proteção do investimento, e o desenvolvimento de mecanismos de solução de controvérsias¹¹.

Não há um arcabouço jurídico completo regulando o direito internacional dos investimentos. No âmbito do direito internacional geral, os Estados têm liberdade para regular a entrada de investimentos estrangeiros e uma certa discricionariedade sobre o seu tratamento após a sua entrada em território nacional, limitado por padrões de direito internacional costumeiro sobre a expropriação e pelo consenso internacional existente a respeito da cláusula de nação mais favorecida¹².

A realização de investimentos estrangeiros não é algo recente, porém fatores de ordem econômica, política e jurídica têm incentivado a sua intensificação nas últimas décadas, acompanhada da elaboração de grande volume de normas de caráter internacional, regional e nacional para discipliná-los em diferentes aspectos, ora sob o viés de Estados exportadores de

⁷ CARREAU; JUILLARD, 1998, p. 8; NETO, 2012, p. 76.

⁸ NETO, loc. cit.

⁹ Ibidem.

¹⁰ QURESHI, Asif H. Apud RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos**: solução de controvérsias entre estados e empresas transnacionais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

capital, ou do ponto de vista de Estados hospedeiros ou receptores (*host States*) de investimentos¹³.

A proteção internacional dos investimentos desenvolveu-se principalmente durante o pós-guerra, em um contexto de mútua desconfiança entre Estados e investidores privados, o qual incluía a crença justificável em face da instabilidade política de muitos países novos de que muitos destes novos sistemas jurisdicionais internos seriam tendenciosos¹⁴. O principal tema no momento de desenvolvimento do direito internacional dos investimentos foi a nacionalização de ativos estrangeiros investidos na exploração de recursos naturais, seguido posteriormente pela preocupação quanto a remessas de lucros e a repatriação de capitais¹⁵.

As expropriações de investimentos estrangeiros ocorridas principalmente no México, após a Revolução Mexicana iniciada em 1910, e em alguns países da Europa do leste e central após a Primeira Guerra Mundial, o processo de nacionalização de ativos de investidores estrangeiros por países que integraram a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) e o surgimento de novos Estados trouxeram, de um lado, a reivindicação do direito de soberania permanente sobre o território e seus recursos naturais por parte dos países receptores/hospedeiros de investimentos, e de outro, ressaltaram a necessidade de uma regulamentação internacional dos investimentos estrangeiros diretos¹⁶.

1.2.1 Noções de Investimento Estrangeiro

Sem esgotar as discussões existentes ao redor da definição de um investimento estrangeiro¹⁷, é necessário também mencionarmos, ainda que brevemente, o que seria um investimento estrangeiro.

Conforme José Augusto Fontoura Costa, não existe uma definição jurídica ou econômica firme e consolidada do que seja o investimento estrangeiro¹⁸. Existe uma

¹³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 17.

¹⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010, p.59.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ DIAS, op. cit., p. 18.

¹⁷ cf. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 11-44, 2014a.; MANCIAUX, Sébastien. The notion of investment: new controversies. **Journal of World Investment and Trade**, [s.l.], v. 9, n. 6, pp. 443-466, 2008.

multiplicidade de concepções, derivadas da proliferação das fontes internas e internacionais sobre a matéria e pela inexistência de um tratado multilateral de proporções globais que defina o que seria um investimento¹⁹. Há definições de investimento diversificadas tanto nos ordenamentos jurídicos nacionais quanto nas diferentes fontes internacionais, sendo que o conceito de investimento pode ser identificado sob um ponto de vista tanto jurídico como econômico.

Em seu conceito econômico, Samuelson e Nordhaus definem investimento como a utilização de recursos mediante a alocação de receitas e assimilação dos custos, visando o acréscimo de bens produtivos com a expectativa de que as receitas resultantes do investimento superem os seus custos²⁰, ou como também define Bernadete Dias, seria a atividade econômica que “sacrifica o consumo no presente com o objetivo de aumentar a produção no futuro”²¹, sem se restringir ao simples movimento de capitais mas através do movimento de expansão da empresa para assegurar a sua sobrevivência²².

O investimento também pode ser definido como direto ou indireto. Para José Augusto Fontoura Costa, a distinção entre investimentos diretos e indiretos ocorre através da identificação de dois extremos diferentes, em que há no meio uma pluralidade de formas jurídicas com bastante dificuldade para definir objetivamente um investimento como direto ou indireto²³. Em um extremo, temos o investimento direto como:

[...] a criação de uma empresa, possuída e controlada por um investidor, na qual se aplicam ativos tangíveis e intangíveis para a obtenção de ganhos mediante o exercício de atividade produtiva e sem a intenção imediata de transferir a propriedade da empresa²⁴.

Nesta classificação se encontrariam todos os elementos vinculados ao investimento direito, quais sejam: a) a propriedade da maior parcela (ou a totalidade) de cotas ou ações; b) controle e administração da empresa; c) objetivo de exercer a atividade produtiva baseada nas competências empresariais específicas; d) objetivo de exercer uma atividade continuada e duradoura²⁵.

¹⁸ COSTA, 2010, p. 29.

¹⁹ DIAS, 2010, p. 24.

²⁰ SAMUELSON & NORDHAUS Apud COSTA, 2010, p. 30.

²¹ DIAS, loc. cit.

²² Ibidem.

²³ COSTA, op. cit, p.33.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

No outro extremo, o investimento indireto (também identificado como investimento em portfolio ou em carteira) ocorre quando o investidor adquire algumas ações de uma companhia no mercado de valores mobiliários, com a simples finalidade de obter lucro com a venda desses papeis por maior preço. O investimento em carteira é caracterizado pela presença dos seguintes requisitos: a) propriedade de uma parcela pequena ou pouco significativo do capital da empresa; b) ausência de controle; c) objetivo estritamente especulativo; d) duração e continuidade da propriedade dos ativos dependente apenas do valor de mercado dos títulos²⁶.

O controle do investidor sobre o investimento e a sua duração, mesmo na forma de empréstimos ou derivativos, podem ser utilizados como fortes critérios para a identificação do investimento como direto²⁷. Já para o Estado receptor, conforme José Augusto Fontoura Costa, a noção de investimento estrangeiro direto nem sempre é vinculada ao controle, pois como as suas maiores preocupações se tratam da capacidade do investimento de gerar desenvolvimento local e a redução dos riscos nacionais com a volatilidade de capitais especulativos, podem ser encontradas definições que incluam atividades financeiras – como empréstimos ou financiamentos – e transferências de bens imateriais – como propriedade intelectual – como investimentos diretos²⁸.

Para a sua definição econômica não importa se o investimento foi doméstico ou internacional, esta distinção é relevante apenas a sua conceituação jurídica, que atribui tratamento diferenciado seja o investimento doméstico ou internacional²⁹.

O investimento pode ser identificado como nacional ou estrangeiro a partir de diferentes critérios, este pode ser definido através da personalidade de seu proprietário – conforme critérios de nacionalidade ou domicílio – ou através da movimentação transfronteiriças de ativos³⁰. Nestas situações, o investimento pode ser definido como internacional ou estrangeiro se o investidor for nacional de outro país ou estiver domiciliado em país diverso daquele em que os seus recursos são aplicados, conforme o critério da personalidade - predominante no cenário internacional³¹ - ou se ocorrer o efetivo trânsito de

²⁶ COSTA, 2010, p. 33.

²⁷ *Ibidem*, p. 34.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ DIAS, 2010, p. 26.

³⁰ COSTA, *op. cit.*, p. 32.

³¹ DIAS, *op. cit.*, p. 35.

capital para o interior de um Estado que permita classificá-lo como estrangeiro, normalmente por um sistema de registro³².

O Direito brasileiro define o investimento como estrangeiro a partir do critério do domicílio de seu proprietário, conforme mencionado no art. 1º da Lei nº 4.131 de 1962:

Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior³³.

Para o direito internacional, a definição do que corresponderia ao um investimento depende do instrumento legal utilizado para regular a relação jurídica em vista e ao interesse regulatório existente que tenha justificado a adoção do instrumento jurídico³⁴. Neste sentido, acordos internacionais que visam a liberalização ou o controle dos fluxos de capital apresentam geralmente uma noção mais estrita de investimentos, enquanto tratados que buscam a proteção de investimentos estrangeiros adotam predominantemente uma definição mais ampla³⁵.

A Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (*United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD*) classifica três padrões para a definição de investimentos: a) a partir de ativos; b) a partir de empresa; c) a partir de transação³⁶. No passado, a definição a partir de ativos foi majoritariamente usada em tratados destinados à proteção de investimentos estrangeiros, enquanto os demais padrões foram utilizados em instrumentos objetivando a liberalização de investimentos estrangeiros. Atualmente, o padrão de definição a partir de ativos tem sido constantemente utilizado em tratados que pretendem tanto proteger quanto liberar investimentos estrangeiros³⁷.

A definição por ativos define como investimento “qualquer tipo de ativo”, acompanhada de uma lista ilustrativa de ativos que normalmente apresenta: a) propriedade de bens materiais moveis e imóveis e bens imateriais como direitos reais; b) ações e debentures ou qualquer outro tipo de participação em companhias; c) obrigações com valor pecuniário a

³² COSTA, op. cit., p. 32.

³³ BRASIL, Lei nº 4.131, de 3 de Setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 Nov. 1962. Seção 1, Página 10073.

³⁴ XAVIER JUNIOR, 2014, p. 15.

³⁵ Ibidem.

³⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Key terms and concepts in IIAs: a glossary**. Geneva: United Nations, 2004, p. 93.

³⁷ Ibidem.

serem exigidas; d) direitos de propriedade intelectual; e) concessões conferidas através de lei ou contrato³⁸.

Sob esta orientação, o Artigo 1 (6) do Tratado da Carta de Energia (*Energy Charter Treaty - ECT*) define investimento como:

- (6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:
- (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
 - (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
 - (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
 - (d) Intellectual Property;
 - (e) Returns;
 - (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.³⁹

Igualmente, o BIT celebrado entre os Estados Unidos da América (EUA) e a República da Argentina de 1991 define “investimento” em seu Artigo 1 (a) como:

- a) "investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation:
- (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges;
 - (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof;
 - (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment;
 - (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, knowhow, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade names; and
 - (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law⁴⁰;

A mesma orientação foi seguida em modelos posteriores do BIT adotado pelos EUA, como o *Model BIT 2012*:

“investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such

³⁸ Ibidem.

³⁹ ENERGY CHARTER SECRETARIAT. **The energy charter treaty and related documents** - a legal framework for international energy cooperation, 1994. Disponível em: <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf>. Acesso em: 15 Maio 2014.

⁴⁰ UNITED STATES OF AMERICA. **Argentina bilateral investment treaty**. Signed November 14, 1991; Entered into Force October 20, 1994. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>>. Acesso em: 14 Maio de 2014.

characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges⁴¹.

Esta definição mais ampla não exige que um investidor tenha controle sobre empresas e inclui tanto bens materiais como imateriais, como ações quotas de participação, cobrindo tanto investimento direto quanto indireto⁴². Porém, ainda que mais ampla, a definição a partir de ativos também pode ser restringida mediante cláusulas que reconhecem como investimento apenas ativos adquiridos ou devidamente registrados conforme o direito nacional do Estado receptor, ativos de uma natureza específica, de um setor econômico específico ou apenas aqueles adquiridos após a entrada em vigor do tratado, limitando assim o seu âmbito de proteção⁴³.

A definição de investimento baseada em empresa tem como foco o estabelecimento de uma nova empresa ou a aquisição ou controle de uma empresa já existente, enquanto o padrão de transação visa atribuir proteção ao movimento transfronteiriço de capital ou de demais ativos relacionados ao estabelecimento ou liquidação de um investimento estrangeiro⁴⁴. A definição baseada em transação não protege ativos, apenas as transações financeiras pelas quais o investidor adquire ativos, enquanto que a definição baseada em empresa se concentra na proteção e na liberalização do investimento para a criação de sociedades ou aquisição de quotas, através das quais se pode obter o controle de uma empresa⁴⁵.

A definição de investimento também é essencial para a Convenção de Washington de 1965, pois serve de parâmetro para o exercício de jurisdição *ratione materiae* do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID*). Segundo a primeira parte do parágrafo (1) do Artigo 25 desta Convenção

⁴¹ UNITED STATES OF AMERICA. **2012 U.S. model bilateral investment treaty**, [s.l: s.n.], 2012, Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>. Acesso em: 13 fev 2014.

⁴² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2004, p. 94.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem, p. 96-97.

⁴⁵ XAVIER JUNIOR, 2014, p. 16-17.

Article 25

(1) 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 [...]⁴⁶

Conforme a Convenção, a jurisdição do Centro deve abranger qualquer disputa jurídica surgida diretamente de um investimento, Entretanto a Convenção de Washington não define o que seria investimento. Os trabalhos preparatórios da Convenção demonstram que diferentes Estados se manifestaram em favor de definir o termo, porém devido à inexistência de um acordo quanto ao seu conteúdo, foi decidido pela ausência de um conceito de investimento no texto da Convenção⁴⁷, o que foi apresentado como uma escolha pela indefinição, conforme trecho do *Report of the World Bank Executive Directors* que afirma que “*No attempt was made to define the term ‘investment’*”.

Deve ser observado que o Artigo 25 (4) permite aos Estados notificarem ao Centro quanto ao tipo de controvérsias que aceitam submeter à jurisdição do ICSID, observado como uma participação direta dos Estados na definição de investimento estrangeiro para fins de fixação da jurisdição *ratione materiae*⁴⁸:

[...]

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)⁴⁹.

Porém, a possibilidade de indicação de controvérsias pelos Estados-partes não significa que o tribunal arbitral deixará avaliar se a relação jurídica em discussão corresponde a um investimento, para fins de exercício de jurisdição do ICSID.

Em geral, desde o caso *Patrick Mitchell v. Congo* (ARB/99/7) os tribunais arbitrais têm utilizado de um teste duplo para averiguar a existência de jurisdição: a) observar se a relação jurídica que motivou a disputa representa um investimento sobre o tratado de proteção a investimentos aplicável; b) se constitui um investimento sob a Convenção de Washington⁵⁰. Para este segundo teste, diferentes tribunais criaram os seus próprios critérios, o que causou

⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **ICSID convention, regulations and rules**, [s.l.: s.n.], 2003. Disponível em:

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em 03 Mar. 2014.

⁴⁷ MANCIAUX, 2008, p.447.

⁴⁸ XAVIER JUNIOR, 2014, p. 26.

⁴⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, op. cit.

⁵⁰ MANCIAUX, op. cit., p. 443.

insegurança jurídica quanto à jurisdição do Centro em si, até que no caso *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco* (ARB/00/4) consolidou-se uma orientação ao redor de quatro critérios:

- Contribuição ao investimento;
- Duração do investimento;
- Participação nos riscos de uma transação;
- Contribuição ao desenvolvimento econômico do Estado receptor de investimentos⁵¹

Entre os quatro requisitos do caso *Salini*, a necessidade de contribuição ao desenvolvimento econômico do Estado receptor foi o mais controverso, por ser maior a dificuldade em aplicá-lo⁵². Há decisões mais recentes que têm aplicado os critérios do caso *Salini* com maior flexibilidade, sem considerá-los vinculantes⁵³, enquanto alguns tribunais têm excluído a necessidade de contribuição para o desenvolvimento econômico do Estado hospedeiro, utilizando apenas os critérios de contribuição ao investimento, duração e participação nos riscos, como os casos *LESI-Dipenta vs Algeria* e *Pey Casado vs Chile*⁵⁴. Este critério tripartite tem sido aplicado em casos decididos no último quinquênio⁵⁵.

1.2.2 Fontes do direito internacional dos investimentos

De acordo com Christoph Schreuer e Rudolf Dolzer, as fontes do direito internacional dos investimentos são compostas por normas de direito internacional público, normas do direito internacional econômico, e algumas regras específicas do regime dos investimentos estrangeiros, e observam que o relacionamento entre regras de direito interno do Estado

⁵¹ MANCIAUX, 2008., p. 443

⁵² Ibidem, p. 444.

⁵³ PIERRE-EMMANUEL, Dupont, The notion of ICSID investment: ongoing confusion or emerging synthesis. **Journal of World Investment & Trade**, [s.l.], v. 12, n. 2, pp. 245-272, 2011, p. 250.

⁵⁴ GAILLARD, Emmanuel. Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: BINDER, Christina *et al.* (eds.). **International Investment Law for the 21st Century**. Essays in Honour of Christoph Schreuer. New York: Oxford University Press, 2009, p. 413-414.

⁵⁵ PIERRE-EMMANUEL, op. cit., p.260.; XAVIER JUNIOR, 2014, p. 36.

receptor e as normas aplicáveis de direito internacional pode ser central à análise de um caso⁵⁶.

Entre as normas internas aplicáveis aos investimentos internacionais, cada Estado possui poder regulatório para legislar sobre condições de entrada de investimentos estrangeiros e o tratamento oferecido a investidores estrangeiros, este limitado pelo direito internacional público.

Entre as regras de direito internacional público relevantes ao direito internacional dos investimentos, aplica-se a tradicional classificação das fontes de direito internacional conforme reconhecidas pelo Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ):

- Artigo 38. 1. A Côte [sic], cuja função é decidir de acôrdo [sic] com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
 - c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
 - d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Côte [sic] de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem⁵⁷.

O Artigo 38 do Estatuto da CIJ apresenta como fonte formal os tratados, o costume internacional e os princípios gerais de direito, sem existir hierarquia entre as fontes, porém esta lista não é completa, pois não menciona atos unilaterais dos Estados e resoluções de organizações internacionais⁵⁸. Deve ser observado também a importância das normas de *soft law*, pois ainda que não sejam fontes formais, têm contribuindo para o estabelecimento de obrigações internacionais⁵⁹.

Entre os tratados internacionais, há maior relevo ao papel dos Tratados Bilaterais de Investimentos (*Bilateral investment treaties* - BITs). Os BITs surgiram no decorrer do Séc. XX, em um momento de consenso entre os Estados exportadores de capital de que os padrões

⁵⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 12.

⁵⁷ BRASIL, Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 05 Nov. 1945. Seção 1, p. 17097.

⁵⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 194.

⁵⁹ MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005, p.144;

de proteção existentes sob o direito internacional costumeiro não eram mais suficientes para salvaguardar investimentos de seus nacionais situados no exterior⁶⁰.

A ausência de um sistema internacional especializado de solução de controvérsias, de personalidade de direito internacional a empristas multinacionais, a relativa falta efetividade da proteção diplomática como forma de proteger interesses de investidores no exterior, e a falta de acordo entre os Estados quanto aos padrões de tratamento internacional contribuíram para a formação da ideia de que a proteção de investidores deveria ser feita através de tratados internacionais, o que impulsionou a assinatura de diversos BITs e tratados de livre comércio com capítulos sobre investimentos internacionais⁶¹.

Os BITs correspondem à fonte mais importante do direito internacional dos investimentos contemporâneo. Existem atualmente 3268 tratados com cláusulas de proteção a investimentos no mundo, sendo que 2.923 correspondem a BITs⁶² - O número de Estados participantes de BITs chega a ser maior do que o número de membros da OMC⁶³. O primeiro BIT foi celebrado em 1959 entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão, e cotinha muitas das garantias substanciais que se tornaram comuns em BITs subsequentes⁶⁴.

A iniciativa alemã foi seguida de perto pela ratificação de tratados bilaterais de proteção por outros Estados exportadores de capitais, como Suíça, Países Baixos, Itália, Suécia, Dinamarca, Noruega, França, Reino Unido e Estados Unidos, e ultimamente também por países do Sul em parcerias Sul-Sul, como China Índia e Egito, já não correspondendo mais uma a um instrumento exclusivo de Estados desenvolvidos⁶⁵. Até a década de 1980 o número de BITs ratificados era bem reduzido – menos de 50 novos BITs eram ratificados por ano -, porém esta situação se modificou durante a década de 1990, quando mais de 200 novos tratados foram ratificados só em 1996⁶⁶.

Estes tratados têm como função garantir ao investidor de um Estado contratante um padrão específico de garantias ao investir no território do outro Estado contratante, para que

⁶⁰ COSTA, 2010, p. 59.

⁶¹ COSTA, 2010, p.59.; SCHWEBEL, Stephen M. The overwhelming merits of bilateral investment treaties. **Suffolk Transnational Law Review**, [s.l.], v. 32 n. 2, June 2009.

⁶² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **IIA issues notes** - recent trends in IIAs and ISDS. n. 01, Genebra: United Nations, Feb. 2015, p. 02.

⁶³ SHEFFER, Megan Wells. Bilateral investment treaties: a friend or foe to human rights?. **Denver Journal of International Law and Policy**. Denver, v. 39. n. 3. june. 2011, p. 02.

⁶⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Introdução. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014a, p. 2.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **IIA issues notes** - recent trends in IIAs and ISDS. n. 01, Genebra: United Nations, Feb. 2015, p. 02.

na ocorrência de alguma violação às garantias estipuladas pelo BIT, o investidor lesado possa apresentar uma demanda diretamente contra o Estado que violou o tratado.

O principal objetivo destes tratados é de oferecer um ambiente seguro ao investimento estrangeiro e aumentar a atração de investimentos pelos Estados-partes, porém alguns autores questionam a utilidade da ratificação deste tipo de tratado, pois não há evidências concretas de que tratados bilaterais de investimento estimulem diretamente a realização de investimentos internacionais em um determinado país⁶⁷.

Apesar do elevado número de BITs existentes, tais tratados não apresentam uma divergência ou distanciamento entre formas e conteúdos, mas sim uma convergência quanto ao conteúdo, estrutura e finalidade. Conforme Stephan Schill, os tratados bilaterais de investimento não se encontram isolados ao reger as relações entre dois Estados contratantes, mas realizam múltiplas superposições entre acordos e desenvolvem interconexões estruturais que permitem a criação de um regime uniforme a abrangente de tratados de investimentos⁶⁸. Em igual sentido, Jeswald Salacuse afirma que:

Although each of the 3000 investment treaties is legally separate and distinct, thus binding only the states that have concluded it, investment treaties as a group are remarkably similar with respect to structure, purpose, and principles. For example, nearly all international investment agreements cover the following nine topics: (1) definitions and scope of application; (2) investment promotion and conditions for the entry of foreign investments and investors; (3) general standards for the treatment of foreign investors and investments; (4) monetary transfers; (5) expropriation and dispossession; (6) operational and other conditions; (7) losses from armed conflict or internal disorder; (8) treaty exceptions, modifications, and terminations; and (9) dispute settlement. In addition, the language used in expressing these principles is often identical, so that it is not uncommon, for example, to find that both counsel and arbitrators will refer to arbitral decisions in cases interpreting one type of investment treaty, such as the investment chapter of NAFTA, to interpret a similar provision in a totally separate and unrelated treaty, like a BIT between Chile and Malaysia. It is for this reason that one may view these agreements, despite individual differences in text, as constituting a single international regime for investment⁶⁹.

Ainda que os textos dos tratados de investimentos não sejam exatamente idênticos entre si, há convergência suficiente para que o direito internacional dos investimentos se

⁶⁷ GUZMAN, Andrew T.. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Vanderbilt Journal of International Law** [s.l.], v. 38, 1997, p. 653; SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P., Do BITs really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**, [s.l.], v. 46, winter 2005, p.74-76; SUDA, Ryan. The effect of bilateral investment treaties on human rights enforcement and realization. In: SCHUTTER, Olivier De. **Transnational Corporations and Human Rights**. New York: Oxford/Hart, 2006, p. 78-80.

⁶⁸ SCHILL, Stephan W.. **The multilateralization of international investment law**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 13.

⁶⁹ SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. **Harvard International Law Journal**, [s.l.], v. 51, 2010, p. 432.

desenvolva em uma estrutura de governança uniforme. Isto tem como resultado a aplicabilidade de regras e princípios gerais de direito internacional dos investimentos, com efeitos semelhantes ao de um tratado multilateral⁷⁰.

A convergência entre estrutura e conteúdo dos tratados de investimento permite observar como estes são estruturados de forma geral⁷¹. Estes tratados são divididos em três partes. A primeira parte visa definir conceitos, como “investidor” e “investimento”. A segunda parte apresenta disposições materiais quanto ao padrão de proteção a investimentos e investidores, contando tipicamente disposições quanto à admissão de investimentos, garantia de tratamento justo e equitativo, garantia de proteção e segurança, garantia contra tratamento arbitrário e discriminatório, garantias em casos de expropriação e garantias referentes à transferência de lucros⁷². Alguns tratados podem apresentar *umbrella clauses*, que tem por efeito tornar qualquer descumprimento do contrato um descumprimento do próprio tratado⁷³.

A terceira parte, por fim, diz respeito à resolução de disputa. A maioria dos BITs possuem duas disposições quanto a resolução de controvérsias, uma destinada a disputas entre investidores nacionais de um Estado-parte contra o outro Estado-parte, e a outra disposição referente a controvérsias entre os Estados-partes⁷⁴.

A disposição referente à resolução de controvérsias entre investidores e Estados pode vir através de uma cláusula identificada como *fork in the road*, em que são apresentados aos investidores a possibilidade de escolher entre o judiciário do Estado receptor ou a realização de uma arbitragem internacional, podendo o investidor escolher entre diferentes instituições de arbitragens, conforme delimitado pelo tratado, como uma arbitragem perante o ICSID ou a Câmara de Arbitragem da *International Chamber of Commerce* (ICC).

A escolha pela via de solução de controvérsia pelo investidor é final. Não há a possibilidade de que na ocorrência de um resultado contrário aos seus interesses, este possa procurar obter uma nova decisão em outro fórum apresentado pelo tratado⁷⁵. A presença de opção pela arbitragem no tratado internacional representa o consentimento expresso dos Estados contratantes para participação em uma arbitragem internacional, sendo dispensável o consentimento pela via contratual⁷⁶.

⁷⁰ SCHILL, op. cit, p. 16.

⁷¹ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 13.

⁷² COSTA, 2010, p. 60; DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 13.

⁷³ VICUÑA, Francisco Orrego. Of contracts and treaties in the global market. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. [s.l.], v.8, 2004, p. 352.

⁷⁴ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 14.

⁷⁵ Ibidem, p. 266.

⁷⁶ Ibidem, p. 14.

A segunda disposição em geral diz respeito à arbitragem entre os Estados-partes, entretanto, este último tipo de arbitragem é mais raro, diante o crescente número de arbitragens entre investidores e Estados hospedeiros⁷⁷.

A multilateralização do direito internacional dos investimentos a partir de tratados bilaterais ou a ausência de um tratado global sobre o tema não significa que não existam tratados multilaterais de investimentos. Durante a década de 1990 foram ratificados tratados multilaterais de âmbito regional sobre proteção a investimentos (ou com capítulos sobre proteção a investimento), como o Acordo de Livre Comercio da América do Norte (*North America Free Trade Agreement* - NAFTA) - ratificado entre os EUA, México e Canadá –, o Tratado da Carta da Energia – ratificado entre países europeus e voltado para a indústria energética –, e o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL, que abrange investimentos intra-zona, e o Protocolo de Buenos Aires para a Promoção e Proteção de Investimentos provenientes de Estados não Partes do MERCOSUL – ambos não se encontram em vigor⁷⁸ – e *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*, da Associação de Nações do Sudeste Asiático⁷⁹.

A década de 1990 também presenciou a tentativa de negociação de um acordo multilateral geral de proteção a investimento, o *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) no âmbito da OCDE com o objetivo de liberalização de investimentos e elevado nível de proteção a investimentos sem impor obrigações correspondentes a investidores, o que foi fortemente criticado pela sociedade civil e por demais membros da comunidade internacional, levando a OCDE a abandonar a iniciativa⁸⁰.

A pretensão de consolidação de tratados multilaterais sobre investimentos não foi abandonada com o fracasso do MAI. Nos últimos dois anos ocorreram negociações para a celebração de 7 mega tratados regionais (*megaregional agreements*) entre os quais temos o *Trans-Pacific Partnership* (TPP), *EU–United States Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) e o *Canada–EU Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA),

⁷⁷ Ibidem; COSTA, 2010, p. 61.

⁷⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v.49, n.2, 2006, p. 60.

⁷⁹ SORNARAJAH, M. **The international law on foreign investment**. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 79.

⁸⁰ SUBEDI, Surya P. **International investment law: reconciling policy and principle**. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012, p. 39.

*Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER), Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*⁸¹.

Todos os 7 tratados em conjunto envolvem a participação de 88 países⁸², com capacidade para impactar consideravelmente as normas de proteção a investimentos estrangeiros, devido ao número de participantes e a quantidade de relações bilaterais que serão tratados sobrepostas, permitindo maior harmonização das disposições de tratados de investimentos:

Megaregional agreements present an opportunity to consolidate today's network of close to 3,240 IIAs. Overlapping with 140 agreements (45 bilateral and regional "other IIAs" and 95 BITs), the six megaregional agreements in which BITs-type provisions are on the agenda have the potential of transforming the fragmented IIA network into a more consolidated and manageable one of fewer, but more inclusive and more significant, IIAs. At the same time, the six agreements would create close to 200 new bilateral IIA relationships⁸³

As principais discussões envolvendo estes novos tratados dizem respeito aos seus efeitos sobre o espaço regulatório dos Estados contratantes, a presença de cláusulas sobre arbitragem entre investidores e Estados e a afirmação do dever de proteger o meio ambiente⁸⁴.

Anterior aos tratados bilaterais de investimentos, o direito internacional costumeiro já oferecia padrões de proteção a investimentos a partir da noção tradicional da proteção diplomática e do tratamento de estrangeiros⁸⁵. O fundamento básico do moderno direito internacional dos investimentos é a disponibilidade de proteção pelo direito internacional costumeiro a estrangeiros, incluindo investidores, através do padrão mínimo de tratamento – em que se encontram as bases do tratamento justo e equitativo – em conjunto com a noção de proteção diplomática, direitos humanos internacionais e as regras de responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos⁸⁶, princípios estes que foram expandidos através dos tratados bilaterais de investimentos⁸⁷.

Os princípios gerais de direito também exercem relevante papel para o direito internacional dos investimentos, principalmente em discussões sobre o padrão de indenização em casos de expropriação de propriedade de estrangeiros, pois o principal fundamento para a

⁸¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, **World investment report 2015: reforming international investment governance**. 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch3_en.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015, p. 112.

⁸² Ibidem.

⁸³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2015, p. 121.

⁸⁴ Ibidem, p. 119.

⁸⁵ SUBEDI, 2012, p. 55.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem, p. 57.

compensação integral e imediata – princípio este conhecido como fórmula de Hull – decorre das noções de enriquecimento ilícito, direitos adquiridos e equidade como princípios gerais de direito⁸⁸.

As decisões judiciais de tribunais internacionais, ainda que representem uma fonte subsidiária do direito internacional, têm influenciado o desenvolvimento de princípios do direito internacional dos investimentos, principalmente através de decisões da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, como os casos *Chorzow Factory Case*, *Upper Silesia Case* e *Oscar Chinn Case*, e mais recente, alguns casos sobre investimentos foram apresentados a Corte Internacional de Justiça, como o *Barcelona Traction*, *ELSI Case* e *Diallo vs Congo*⁸⁹.

Decisões de tribunais arbitrais também têm influenciado o desenvolvimento do direito internacional dos investimentos, desde as decisões do Tribunal de Reclamações Irã – Estados Unidos e decisões de arbitragens recentes submetidas à jurisdição do ICSID⁹⁰.

1.2.3 Solução de controvérsias no direito internacional dos investimentos

Investidores e Estados receptores procuram manter um clima amistoso propício ao desenvolvimento de investimentos e a continuidade de suas relações econômicas, porém conflitos de interesses entre estes sujeitos podem surgir na medida em que o investidor pretende a maximização de lucros e a proteção de seus investimentos, mas é afetado por mudanças do ordenamento jurídico ou das políticas governamentais, que podem contrariar o seu interesse e assim criar uma situação de conflito⁹¹.

Surgido o conflito, o investidor pode procurar diferentes mecanismos para proteger os seus interesses. O investidor pode levar o seu caso ao governo de seu Estado nacional, que através do instituto da proteção diplomática, pode acolher a demanda e ingressar contra o Estado receptor em uma corte internacional, como ocorreu nos casos *Chorzow Factory Case* (Alemanha vs. Polônia, 1927), *Upper Silesia Case* (Alemanha vs. Polônia, 1926) e *Oscar Chinn Case* (Reino Unido vs. Bélgica, 1937) submetidos à Corte Permanente de Justiça

⁸⁸ SORNARAJAH, 2010, p. 85.

⁸⁹ Ibidem, p. 87.

⁹⁰ Ver Seção 3.

⁹¹ KLYKOVA, Kristina. Features of international investment arbitration. In: **Direito internacional dos investimentos**. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 181.

Internacional⁹², e nos casos *Barcelona Traction* (Bélgica vs. Espanha 1970), *ELSI Case* (Estados Unidos da América vs. Itália, 1989) e *Diallo vs Congo* (Guiné vs. Congo, 2006), decididos pela Corte Internacional de Justiça.

A proteção diplomática possui alguns requisitos: a) o investidor (seja este um indivíduo ou uma empresa) deve ser nacional do Estado pretendido a endossar a sua reclamação, devendo existir o vínculo de nacionalidade desde o momento em que o investidor foi lesado até o momento do endosso; b) o investidor deve ter esgotado as instâncias judiciais e administrativas do Estado que violara os seus interesses, c) a violação deve ser considerada um ilícito internacional, seja por violação a obrigação disposta em tratado ou outra fonte do direito internacional, como o costume internacional⁹³.

O Estado não é obrigado a endossar a reclamação de seu nacional, pois se trata de um ato discricional reconhecido aos Estados. Após o endosso, o investidor não tem mais nenhum poder de decisão sobre a demanda. A partir do momento em que o Estado acolhe a queixa de seu nacional, a demanda passa a ser do Estado, agindo em seu interesse próprio, o qual pode resolver a disputa através de um acordo ou até descontinuá-la, se assim preferir⁹⁴. Quando o Estado decide por acolher a queixa de seu nacional, este procura negociar a questão com o Estado violador, porém se as negociações se mostrarem infrutíferas, o Estado pode levar sua reclamação a organismos com poder judicante⁹⁵.

Um Estado também pode apresentar uma demanda contra o outro Estado parte por uma violação ao direito internacional independente de proteção diplomática, agindo em causa própria. Tratados bilaterais de investimento podem apresentar cláusula expressando o consentimento para a realização de arbitragem interestatal, já ocorrido inclusive alguns procedimentos arbitrais em paralelo a arbitragens entre investidores e Estados, em casos em que Estados receptores iniciaram procedimentos contra Estados de origem de investidores após serem demandado pelos nacionais desses Estados, pretendendo discutir a interpretação ou a abrangência do tratado⁹⁶.

⁹² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, **Publications of the Permanent Court of International Justice (1922-1946)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>>. Acesso em: 25 Jun. 2015.

⁹³ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 232.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem, p. 233.

⁹⁶ Clovis Trevino cita os casos *Peru vs Chile (Empresas Lucchetti SA v Peru, ICSID Case No ARB/03/4, 2005)*, e *Equador vs Estados Unidos (Republic of Ecuador v United States of America, PCA Case No 2012-5, 2011)*. TREVINO, Clovis J.. State-to-state investment treaty arbitration and the interplay with investor-state arbitration under the same treaty. **Journal of International Dispute Settlement**, [s.l.], v. 5, 2014, p. 200.

Em geral, o processo decorrente de proteção diplomática é demorado e de forte cunho político, o investidor não possui o direito ao seu exercício, mas depende do interesse do Estado, e o exercício da proteção diplomática pode trazer tensão às relações entre o Estado reclamante e o reclamado⁹⁷.

Por estas razões, havendo a disponibilidade de uma arbitragem direta entre o investidor e o Estado, a via arbitral tem sido a preferida em detrimento da proteção diplomática, diante a possibilidade do investidor poder ingressar diretamente em um fórum internacional contra o Estado receptor, sem intermédio do seu Estado de origem⁹⁸.

Investidores possuem a opção de optar pelo judiciário do Estado receptor, mas evitam fazer isso por receio de parcialidade pelo judiciário local, havendo preferência pela via arbitral⁹⁹. A arbitragem ente investidor e Estado pode ser instaurada através de cláusula arbitral disposta em um acordo de investimentos (*Investment Agreement*), na hipótese do investimento se constituir a partir de acordo celebrado diretamente entre investidor e o Estado receptor (o Estado, uma de suas subdivisões ou uma empresa constituída pelo Estado), através de cláusula disposta em tratado de proteção a investimentos ou mediante autorização constante em lei sobre investimentos estrangeiros do Estado receptor, hipóteses que dispensa a clausula arbitral em contrato¹⁰⁰.

Antes do surgimento do regime de arbitragens de tratados de investimentos, as arbitragens ocorriam em um regime instaurado sobre cláusulas contratuais desenvolvidas por empresas multinacionais e negociadas com Estados receptores para a proteção de seus empreendimentos¹⁰¹. Para o desenvolvimento dessas arbitragens, a aplicação do direito do Estado receptor não seria suficiente para a proteção dos investimentos, por ser visto como suspeito, o que incentivou Estados exportadores de capitais a desenvolverem normas internacionais e mecanismos específicos para a realização dessas controvérsias¹⁰².

Um dos principais instrumentos desenvolvidos neste primeiro momento foi a consolidação de cláusulas de estabilização do direito interno presentes nos contratos de investimentos, principalmente em concessões de direitos exploratórios de recursos naturais, como petróleo e gás¹⁰³.

⁹⁷ KLYKOVA, 2014, p. 181.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 232.

¹⁰⁰ Ver Seção 2.5

¹⁰¹ SORNARAJAH M., 2010, p. 276.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem, p. 280.

Através destes dispositivos, os investidores procuravam limitar a influência de alterações legislativas sobre o seu investimento e neutralizar o poder soberano dos Estados receptores em temas sensíveis aos seus interesses, como em matérias tributárias, por exemplo, criando um sistema em que o contrato seria regido pelo direito existente no momento de sua celebração¹⁰⁴.

De acordo com Dolzer e Schreuer, nenhum tribunal arbitral deixou de aplicar as cláusulas de estabilização, ainda que com diferentes entendimentos. As decisões de tribunais arbitrais em geral reconhecem a capacidade dos Estados de firmarem cláusulas de estabilização e que os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé dos contratos impede um Estado de ignorar esta obrigação, porém seus efeitos têm sido interpretados de forma inconsistente: se esta cláusula apenas exige um comprometimento específico quanto a performance dos contratos, ou se deve ser considerada unicamente para fins de indenização ao investidor que tenha sofrido danos¹⁰⁵.

Divergências quanto à interpretação de cláusulas de estabilização ocorreram devido aos argumentos apresentados por Estados ao contestá-las. O principal argumento, conforme M. Sornarajah, diz respeito ao Estado não poder, sob um ponto de vista da teoria constitucional, limitar seus poderes legislativos mediante convenção contratual realizada com particulares – no caso, investidores estrangeiros. Sob esta ótica, a cláusula de estabilização não poderia alcançar o objetivo pretendido e serve apenas “como um meio de oferecer conforto ao investidor estrangeiro”¹⁰⁶.

Para atribuir o efeito pretendido às cláusulas de estabilizações, seria necessário desenvolver os fundamentos do contrato para além do ordenamento interno dos Estados, e situá-lo no direito internacional, porém reconhecer o contrato como internacionalmente vinculante aos Estados seria o mesmo que igualá-lo a um tratado internacional, o que de fato não o são¹⁰⁷, esta disposição também indiretamente reconhece ao investidor estrangeiro o status de sujeito do direito internacional, algo ainda contestado internacionalmente¹⁰⁸. A solução aos problemas enfrentados pelas cláusulas de estabilização deveria ser alcançada através de novos mecanismos que permitissem fundamentar o contrato no direito internacional, sendo isto realizado através da internacionalização da arbitragem e a criação de

¹⁰⁴ Ibidem, p. 281.

¹⁰⁵ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 83-84.

¹⁰⁶ SORNARAJAH M., 2010, p. 281.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 282.

¹⁰⁸ Ibidem.

procedimentos específicos para garantir a autonomia de disposições contratuais em frente ao direito do Estado receptor¹⁰⁹.

A busca por um foro próprio à realização de arbitragens entre investidores e Estados alcançou o seu objetivo com a elaboração da Convenção para Solução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*), também identificada por Convenção de Washington de 1965, ou Convenção do ICSID, por ter sido responsável pela criação desta instituição.

A Convenção de Washington possui atualmente 159 Estados signatários, com 150 Estados ratificantes¹¹⁰. As disputas podem ser apresentadas ao ICSID tanto para a realização de arbitragem quanto para conciliação, havendo o Centro suas próprias regras procedimentais para ambos os tipos de procedimentos. Procedimentos arbitrais correspondem a 98% dos casos submetidos ao ICSID e ao seu Mecanismo Adicional, enquanto conciliações tratam de apenas 2%¹¹¹.

A Convenção de Washington entrou em vigor em 1966, com jurisdição para controvérsias entre nacionais de Estados ratificantes (pessoa natural ou jurídica) e demais Estados-partes, nos termos do seu Artigo 25, e conforme o seu Artigo 27, após a apresentação de demanda por um investidor, o seu Estado de origem fica proibido de iniciar um procedimento internacional contra o Estado reclamado através da proteção diplomática. Em 1976 foi criado o Mecanismo Adicional ao ICSID, com jurisdição para controvérsias em que o Estado de origem do investidor ou o Estado reclamado não seja parte, devendo ao menos um dos Estados relacionados à disputa ter ratificado a Convenção¹¹².

Entre variadas instituições de arbitragem que podem ser utilizadas para resolver controvérsias surgidas entre investidores e Estados, o ICSID é a única instituição devotada especificamente a este fim. O ICSID foi criado a partir da necessidade de se instaurar um mecanismo de solução de controvérsias isento e fora do aparato governamental do Estado

¹⁰⁹ Ibidem, p. 288.

¹¹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Background information on the international centre for settlement of investment disputes (ICSID)**. 2015a. Disponível em <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20ENGLISH.pdf>>. Acesso em 17 Jan. 2015.

¹¹¹ Idem, **The ICSID caseload – statistics (issue 2015-1)**. . Distribution of All ICSID Cases by Economic Sector. Washington, [s.n.], 2015b. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>. Acesso em: 17 Jan. 2015, p. 08.

¹¹² Idem, loc. cit.

receptor de investimentos estrangeiros, um sistema neutro para a solução de controvérsias relacionadas a investimentos no exterior, em que o investidor tivesse *jus stand*, ou seja, capacidade postulatória para em nome próprio poder acionar o Estado hospedeiro¹¹³.

Em suas primeiras décadas, o ICISD foi pouco utilizado. A primeira submissão de uma controvérsia a sua jurisdição ocorreu apenas em 1972, com o registro de menos de 5 casos por ano até 1997, entretanto a situação se modificou após a década de 1990, sendo só no ano de 2012 registrados 50 casos, cinco vezes maior do que o número de casos apresentados em 1997, e vinte e cinco vezes maior do que o número de casos apresentados em 1980¹¹⁴. Até 31 de dezembro de 2014, já haviam sido submetidos 497 controvérsias à jurisdição do ICSID e o seu Mecanismo Adicional¹¹⁵.

Entretanto, ainda que o ICSID tenha sido desenvolvido para arbitragens contratuais entre investidores e Estados, a partir de 1990 houve um aumento considerável em casos submetidos a partir de cláusulas de arbitragem dispostas em tratados de proteção a investimentos (arbitragens de tratados de investimentos - *investment treaty arbitrations*). Atualmente, apenas 18,3% dos casos submetidos à jurisdição do ICSID são arbitragens contratuais.

Devido ao movimento em favor de arbitragens de tratados entre Estados e investidores, novas discussões surgiram no direito internacional dos investimentos, em especial quanto a sua capacidade de determinação de padrões de conduta e o seu impacto sobre a capacidade regulatória dos Estados.

1.3 A capacidade regulatória dos Estados pelo direito internacional: antigo debate sob um novo enfoque

Com fundamento no direito internacional costumeiro, a capacidade regulatória dos Estados é atributo básico da soberania, expressão do princípio da igualdade entre as soberanias, e a soberania permanente sobre os recursos naturais. Significa a liberdade do

¹¹³ SCHREUER, Christoph H. **The ICSID convention**: a commentary. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 10.

¹¹⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, 2015b, p. 07.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Estado para determinar sua política interna – econômica, cultural, social – conforme melhor adequado perante a sua população, livre da intervenção de terceiros¹¹⁶.

Sem a capacidade para regulamentar as atividades econômicas que ocorrem em seu território, ou sem poder exercer soberania sobre suas riquezas ou recursos naturais, dificilmente um Estado conseguiria se manter plenamente soberano. Desta sorte, para José Cretella Neto:

[...] a soberania econômica é um dos mais importantes atributos de sua independência. Sem o poder de regular as atividades econômicas de pessoas físicas e jurídicas em seu território, tanto nacionais quanto estrangeiras, a soberania política não seria completa¹¹⁷.

De acordo com Howard Mann, a capacidade regulatória possui dois aspectos distintos para o direito internacional dos investimentos: a) o direito de regular investimentos estrangeiros visando a promoção do desenvolvimento nacional; b) o direito de regular visando a manutenção do bem estar social contra qualquer impacto negativo - individual ou cumulativo - de investimentos domésticos ou estrangeiros¹¹⁸.

A utilização desta competência em prol do interesse público dos indivíduos sob a jurisdição estatal é uma afirmação constantemente presente nos textos legais que tratam da soberania dos Estados, deve ser esta exercitada em favor da comunidade nacional, pois sem esta determinação o seu exercício se encontra esvaziado¹¹⁹.

Portanto, ao tratar da capacidade regulatória dos Estados, o que se discute é a sua capacidade em regular com o objetivo de proteger os interesses de sua comunidade, e desde o desenvolvimento da proteção internacional de direitos humanos, este interesse é representado

¹¹⁶TITI, Catharine. **The right to regulate in international investment law**. New York: Nomos/Hart, 2014, p.19. Igualmente, JACKSON, John H. Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches. In: SHAN, Wenhua; SIMONS, Penelope; SINGH, Dalvinder (eds.). **Redefining sovereignty in international economic law**. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 11: “So what does ‘sovereignty,’ as practically used today, signify? I offer a hypothesis: most (but not all) of the time that ‘sovereignty’ is used in current policy debates, it actually refers to questions about the allocation of power; normally ‘government legal decision-making power.’ That is, when someone argues that the United States should not accept a treaty because that treaty infringes upon US sovereignty, what the person most often means is that he or she believes a certain set of decisions should be made, as a matter of good governmental policy, at the nation-state (US) level, and not at the international level”.

¹¹⁷NETO, 2012, p.172.

¹¹⁸MANN, Howard. The right of states to regulate and international investment law. **Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context**, Geneva, 6–8 Nov. 2002. Disponível <em http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf>. Acesso em 15 fev. 2015.

¹¹⁹CRAWFORD, James. The rights of peoples: ‘peoples’ or ‘governments’?. In: _____ (ed). **The rights of peoples**. New York: Oxford University Press, 1988, p.57; REISMAN, W. Michael. Harnessing international law to restrain and recapture indigenous spoliations. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 83, 1989, p.57.

pela proteção dos direitos e liberdades dos indivíduos que se encontram sob o poder do Estado, e deve ser esta a base da atuação estatal na esfera nacional, internacional e intergovernamental, conforme afirma Ernst-Ulrich Petersmann:

The more the human rights obligations of every UN member state evolve into *ius cogens*, the more it becomes necessary to construe the ‘sovereign equality’ of states, the limited powers of intergovernmental organisations and the ‘right to self-determination of all peoples’ in conformity with the human rights of their citizens. The European Court of Justice (ECJ) and the European Court of Human Rights (ECtHR) emphasise that human rights constitutionally restrain also the limited powers of intergovernmental organisations; they interpret and enforce the fundamental rights guarantees of the European Convention on Human Rights (ECHR) as a ‘constitutional instrument of European public order’. The emerging ‘multilevel human rights constitution’, based on national, regional and worldwide guarantees of human rights and of democratic self-determination of peoples, calls for construing state sovereignty, popular sovereignty and ‘individual sovereignty’ in a mutually coherent manner so as to protect maximum human liberty and other human rights as basic principles of justice¹²⁰.

Reconhecido pelo direito costumeiro a regulação de atividades econômicas sob o espaço regulatório dos Estados, este seria executado conforme questões de política econômica interna. A participação do direito internacional ocorreria apenas em situações específicas, na qual os Estados, mediante acordos recíprocos, estabelecem o dever de regular ou o dever de evitar regular em determinadas matérias, como tributação ou a liberalização comercial sobre mercadorias ou serviços¹²¹.

Porém, após o fim da 2ª Guerra Mundial, a adoção do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* - GATT) e dos primeiros tratados bilaterais de investimentos marcou o surgimento de limitações generalizadas sobre poder de regulação estatal¹²². Desde a efetivação deste marco, Estados têm discutido formas de preservação de sua capacidade regulatória, como menciona Catharine Titi:

States have calibrated their efforts with a view to attracting foreign investment and protecting their investors abroad; and, in doing so, they have significantly confined their policy space. The pursuit of regulatory interests in nationally sensitive areas, such as essential security and the public order, human rights, sustainable economic growth, environmental protection, social and labor standards, cultural policy and the capacity to respond to situations of economic emergencies, had been circumscribed in order to give way to investment protection, enshrined in an ever-increasing number of international investment agreements. Against this backdrop the right to regulate has gradually come to the spotlight as the focus of increased interest, with states starting to look at ways in which to safeguard their regulatory power and

¹²⁰ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. State sovereignty, popular sovereignty and individual sovereignty. In: SHAN, Wenhua; SIMONS, Penelope; SINGH, Dalvinder (eds.). **Redefining Sovereignty in International Economic Law**, Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 31.

¹²¹ WAGNER, Markus. Regulatory space in international trade law and international investment law. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, [s.l.], v. 36, n.01, 2015, p. 01.

¹²² TITI, 2014, p.19.

guide – and delimit – the interpretative freedom of arbitral tribunals by addressing their right to pursue specific public policy goals¹²³.

Discussões quanto à capacidade de regulação do Estado remontam à consolidação da Nova Ordem Econômica Internacional, em que os Estados do terceiro e segundo mundo, ao adquirirem a sua independência no pós-guerra e encontrarem uma ordem internacional a qual não concorreram para a sua formação, pleitearam participação no sistema internacional para influenciar os rumos do direito internacional e exercer maior controle sobre suas políticas econômicas internas¹²⁴.

Quando esses países conquistaram a independência, os novos Estados buscaram afirmar sua competência regulatória mediante a proclamação de que detinham soberania completa e permanente sobre seus recursos naturais. As políticas de desenvolvimento econômico dessas novas soberanias envolviam a expropriação e nacionalização de investimentos estrangeiros existentes, ao contrário dos interesses de investidores estrangeiros oriundos das antigas metrópoles, os quais defendiam que as concessões outorgadas e os contratos concluídos deveriam ser respeitados com base no direito internacional¹²⁵.

Neste cenário de conflito entre Estados do Norte (antigas metrópoles, protegendo o interesse de seus nacionais, os investidores), e Estados do Sul (responsáveis por expropriar investimentos de nacionais dos países do Norte através de políticas econômicas desenvolvimentistas), o campo de batalha eleito para discussão de interesses conflitantes foi a Organização das Nações Unidas¹²⁶.

Entre as décadas de 1950 e 1970, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou uma série de resoluções afirmando a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais e atividades econômicas, como forma de acelerar o reconhecimento do direito de Estados subdesenvolvidos a definir as suas próprias políticas econômicas e de desenvolvimento¹²⁷.

Entre os textos normativos adotados, a Resolução 523 (VI) de 12 de janeiro de 1952 sobre Integração do Desenvolvimento Econômico e Acordos Comerciais considera que países

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ NETO, 2012, p. 174.

¹²⁵ LOWENFELD, Andreas F. **International economic law**. 2. ed.. New York: Oxford University Press, 2008, p. 482; NETO, op. cit., p. 472;

¹²⁶ SCHRIJVER, Nico. Permanent Sovereignty over Natural Resources. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. 2010. Disponível em: <http://ilmc.univie.ac.at/uploads/media/PSNR_empil.pdf>. Acesso em: 15 fev 2015.

¹²⁷ Idem. **Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties**. 1 ed. 2 imp. New York: Cambridge University Press, 1998, p.04.

subdesenvolvidos possuem o direito de determinar livremente o uso de recursos naturais¹²⁸. Esta resolução foi a primeira a destacar a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais e que estes possuem a obrigação de utilizá-los para concretizar os seus planos de desenvolvimento econômico de acordo com o interesse nacional¹²⁹.

No mesmo ano, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução de número 626 (VII), de 21 de dezembro de 1952, sobre o Direito de Explorar Livremente os Recursos e Riquezas Naturais, em que reafirma o direito dos povos de explorar livremente os seus recursos e riquezas naturais conforme desejável ao seu desenvolvimento econômico, que este direito é inerente à sua soberania e que está de acordo com os princípios da Carta das Nações Unidas¹³⁰.

A Resolução 626 (VII) foi adotada logo após o episódio da nacionalização da *Anglo-Iranian Oil Company*, pelo Irã, ocorrido em 1952. A resolução gerou temor aos Estados desenvolvidos ao mencionar o direito de explorar livremente os recursos naturais, sem considerações sobre a proteção de investidores, o que foi entendido por algumas nações como uma ampla autorização para realização de expropriações¹³¹.

Em dezembro de 1960, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução 1515 (XV) sobre Atos Referentes ao Desenvolvimento Econômico de Estados Menos Desenvolvidos, em que recomenda o respeito ao direito soberano de todo Estado a dispor de suas riquezas e recursos naturais conforme direitos e obrigações existentes no direito internacional¹³².

Por determinação da Assembleia Geral da ONU, foi estabelecido em 1958 um comitê para discutir a soberania dos Estados sobre seus recursos naturais¹³³, o qual elaborou uma minuta de resolução adotada pela Assembleia Geral ONU em 21 de dezembro de 1962, a Resolução 1803 (XVII) das Nações Unidas sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos

¹²⁸ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. Resolution 523 (VI) Integrated economic development and commercial agreements. 12 de janeiro de 1952. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/6/ares6.htm>. Acesso em: 29 mar 2015.

¹²⁹ SCHRIJVER, 1998, p.41.

¹³⁰ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. **Resolution 626 (VII) Right to exploit freely natural wealth and resources**. 21 dec 1952. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/7/ares7.htm>. Acesso em: 29 mar 2015.

¹³¹ HYDE, James N.. Permanent sovereignty over natural wealth and resources. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 50, n. 4, pp. 854-867, Oct . 1956, p.854.

¹³² GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. **Resolution 1314 (XIII) Recommendations concerning international respect for the rights of peoples and nations to self-determination**. 12 Dec. 1958. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/13/ares13.htm>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

¹³³ Idem. **Resolution 1515 (XV) Concerted action for economic development of less developed countries**. 15 Dec 1960. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/15/ares15.htm>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

Naturais. A presente Resolução declara que a soberania permanente sobre os recursos naturais seja exercitada em favor do desenvolvimento nacional, e em seu parágrafo 2º, declara que:

2. The exploration, development and disposition of such resources, as well as the import of the foreign capital required for these purposes, should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable with regard to the authorization, restriction or prohibition of such activities,¹³⁴.

A Resolução 1803 (XVII) foi adotada por esmagadora maioria dos Estados membros, contabilizado 87 votos a favor, 2 votos contra e 12 abstenções¹³⁵, fruto de 10 anos de discussões conjuntas entre diferentes entidades no interior do sistema ONU¹³⁶ com o objetivo de desenvolver e modificar o direito internacional¹³⁷. Por ter recebido apoio unânime entre os Estados membros da ONU, os dispositivos desta resolução são considerados como representação do direito internacional costumeiro¹³⁸.

O texto da Resolução 1803 (XVII) mantém o direito dos Estados em expropriar e nacionalizar investimentos estrangeiros, porém condiciona o seu exercício a razões de utilidade pública, segurança ou interesse nacional, reconhecidos como predominantes em relação a interesses puramente individuais ou privados, com o pagamento de compensação devida ao proprietário, e na hipótese de controvérsia quanto ao montante da indenização, deve haver recurso ao judiciário nacional do Estado expropriador, a não ser que haja acordo em submeter a questão à arbitragem ou julgamento internacional¹³⁹.

A Resolução 1803 (XVII) também procura compatibilizar os direitos de soberania nacional sobre os recursos naturais com o direito de investidores. O parágrafo 8º da resolução

¹³⁴ Idem. **Resolution 1803 (XVII) Permanent sovereignty over natural resources**. 14 Dec. 1962. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/17/ares17.htm>>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

¹³⁵ KILANGI, Adelardus. Introductory note - Permanent Sovereignty over Natural Resources General Assembly resolution 1803 (XVII). In: **Audivisual library of international law**. New York, 14 Dec. 1962. Disponível em <http://legal.un.org/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html>. Acesso em 30 Mar. 2015.

¹³⁶ SCHWEBEL, Stephen M. The story of the u.n.'s declaration on permanent sovereignty over natural resources. **American Bar Association Journal**, [s.l.], v. 49, n.5, pp. 463-469, May 1963, p. 463.

¹³⁷ LOWENFELD, 2008, p. 484.

¹³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 69; NETO, 2012, p. 175.

¹³⁹ 4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication.

afirma que acordos de investimentos devem ser respeitados pelos Estados de boa-fé¹⁴⁰, pretendendo atribuir alguma confiança aos investidores a respeito da proteção de seus direitos.

Os pactos de direitos humanos da década de 1960, por sugestão da Assembleia Geral da ONU¹⁴¹, também tratam do direito de autodeterminação povos e soberania absoluta sobre seus riquezas e recursos naturais, como pode ser lido no Artigo 1º dos dois Pactos de Direito Humanos de 1966, como exemplificado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

ARTIGO 1º

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

3. Os Estados-partes do Presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas¹⁴².

O Artigo 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define em que medida a soberania sobre recursos naturais e a capacidade regulatória dos Estados deve ser exercida:

ARTIGO 2º

1. Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Nos termos do parágrafo 1º, os Estados devem dispor de seus recursos para assegurar o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos. Importante notar que através da utilização da

¹⁴⁰ 8. Foreign investment agreements freely entered into by or between sovereign States shall be observed in good faith; States and international organizations shall strictly and conscientiously respect the sovereignty of peoples and nations over their natural wealth and resources in accordance with the Charter and the principles set forth in the present resolution.

¹⁴¹ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. **Resolution 545 (VI). Inclusion in the international covenant or covenants on human rights of an article relating to the right of peoples to self-determination.** 5 Feb. 1952. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/6/ares6.htm>>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

¹⁴² BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 07 Jul. 1992. Seção 1, p. 8713.

expressão “progressivamente”, o Pacto afirma que a efetivação destes direitos se dá de forma progressiva, gradual, demandando constante atuação estatal, através de atos legislativos e administrativos para assegurar a sua realização¹⁴³.

Em 1970, os textos legais elaborados no âmbito das Nações Unidas passaram a fazer menção também à soberania sobre as atividades econômicas. A resolução de lançamento da Estratégia de Desenvolvimento Internacional para a Segunda Década de Desenvolvimento das Nações Unidas menciona o termo expressamente em seu parágrafo 73¹⁴⁴, e em 1974, a Assembleia Geral da ONU adotou a resolução 3201 (S-VI) intitulada Declaração sobre o Estabelecimento da Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), de 1º de maio¹⁴⁵, apresentada por uma coalizão formada por representantes de Estados do 2º e do 3º mundo¹⁴⁶ identificada como o Grupo dos 77 (G 77).

A Declaração NOEI proclama a soberania permanente e completa dos Estados sobre seus recursos naturais e todas as atividades econômicas, e reserva o direito a estes de nacionalizarem recursos e de transferirem a propriedade para nacionais, mediante indenização adequada¹⁴⁷, entre outras questões de igualdade econômica e cooperação entre Estados do Norte e Sul¹⁴⁸, e no mesmo ano, a Declaração foi complementada pela Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, adotada mediante da Resolução 3281 (XXIX) de 12 de dezembro de 1974¹⁴⁹.

A Carta foi adotada por 115 votos contra 6, e 10 abstenções¹⁵⁰, sem maior apoio dos Estados desenvolvidos, ao contrário do ocorrido na adoção da Resolução da ONU sobre a

¹⁴³ BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David. **International human rights in a nutshell**. 4. ed. New York: West Academic, 2009, p. 71; QUINN, Gerard; ALSTON, Philip. The nature and scope of states parties' obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights. **Human Rights Quarterly**, [s.l.], v. 9, n.2. pp. 156-229, May 1987, p.172.

¹⁴⁴ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. **Resolution 2626 (XXV). International development strategy for the second United Nations development decade**. 24 Oct. 1970. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>>. Acesso em: 01 abril 2015.

¹⁴⁵ Idem. **Resolution 3201 (S-VI). declaration on the establishment of a new international economic order**. 1 May 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso em 01 abril 2015.

¹⁴⁶ SCHRIJVER, 2010. p. 04

¹⁴⁷ Par 4. e - Full permanent sovereignty of every State over its natural resources and all economic activities. In order to safeguard these resources, each State is entitled to exercise effective control over them and their exploitation with means suitable to its own situation, including the right to nationalization or transfer of ownership to its nationals, this right being an expression of the full permanent sovereignty of the State. No State may be subjected to economic, political or any other type of coercion to prevent the free and full exercise of this inalienable right.

¹⁴⁸ NETO, 2012, p.175.

¹⁴⁹ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. **Resolution 3281 (XXIX). Charter of Economic Rights and Duties of States**. 12 Dec 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>. Acesso em 01 abril 2015.

¹⁵⁰ Votos contra: Bélgica, Dinamarca, Alemanha Oriental Luxemburgo, Reino Unido e EUA; abstenções: Áustria, Canadá, França, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Holanda, Noruega e Espanha. CHATTERJEE, S. K.

Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, por apresentar ideias não muito favoráveis a investidores¹⁵¹.

O capítulo II informa os direitos e deveres dos Estados, com especial atenção aos seus Artigos 1º e 2º:

Article 1

Every State has the sovereign and inalienable right to choose its economic system as well as its political, social and cultural systems in accordance with the will of its people, without outside interference, coercion or threat in any form whatsoever.

Article 2

1. Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities.

2. Each State has the right:

a) To regulate and exercise authority over foreign investment within its national jurisdiction in accordance with its laws and regulations and in conformity with its national objectives and priorities. No State shall be compelled to grant preferential treatment to foreign investment;

b) To regulate and supervise the activities of transnational corporations within its national jurisdiction and take measures to ensure that such activities comply with its laws, rules and regulations and conform with its economic and social policies. Transnational corporations shall not intervene in the internal affairs of a host State. Every State should, with full regard for its sovereign rights, cooperate with other States in the exercise of the right set forth in this subparagraph;

c) To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.

A Carta reafirma o direito dos povos disporem livremente de suas riquezas, recursos naturais, e atividades econômicas. É afirmado o direito de regular e exercer autoridade sobre qualquer investimento existente em seu território, de acordo com seu interesse nacional e prioridades, incluindo as atividades de empresas transnacionais.

O direito de nacionalizar ou expropriar investimentos estrangeiros também é reafirmado, porém sem menção à condição de motivação de finalidade ou utilidade pública¹⁵². Enquanto a Resolução sobre Soberania sobre os Recursos Naturais fazia menção ao dever de pagamento de compensação adequada, a Carta apenas sugere que ocorra compensação, e igualmente, ao contrário da Resolução de 1962, a Carta favorece a resolução de disputas entre

The charter of economic rights and duties of states: an evaluation after 15 years. **The International and Comparative Law Quarterly**, [s.l.], v. 40, n. 3, pp. 669-684. July 1991, p. 669-670.

¹⁵¹ Ibidem, p. 674-675.

¹⁵² WESTON, Burns H.. The charter of economic rights and duties of states and the deprivation of foreign-owned wealth. **American Journal of International Law**. [s.l.], v. 75, July 1981, p.437-448

investidores e Estados pelo judiciário do Estado receptor e não através de arbitragem, devendo ser aplicado o direito nacional sem menção ao direito internacional¹⁵³. Todas estas modificações foram observadas por alguns juristas como uma tentativa de separar o direito internacional dos investimentos do direito internacional, porém sem sucesso¹⁵⁴.

Enquanto os Estados não desenvolvidos afirmavam seus direitos de soberania sobre seus recursos naturais e sua capacidade para regular as atividades econômicas realizadas em seu território através da Assembleia Geral das Nações Unidas, variados tratados de investimentos passaram a ser firmados entre Estados do Norte e do Sul. A ratificação de tratados, a princípio, não significa perda de soberania, mas sim uma própria manifestação desta, qual seja, a capacidade de um Estado poder firmar convenções com outros Estados, resguardado o direito de denúncia¹⁵⁵.

Os tratados de investimentos impõem obrigações diretamente sobre a competência regulatória dos Estados mediante padrões de proteção genéricos e também reconhecem espaços regulatórios para os Estados contratantes, mas em termos breves e sem maiores definições¹⁵⁶.

As atuais disputas atualmente em discussão perante o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimentos (*International Center of the Settlement of Investment Disputes* - ICSID) em sua maioria têm a sua jurisdição constituída a partir de tratados de investimentos ratificados durante a década de 1980 e 1990, e esses acordos apresentam uma definição breve das exceções e espaços regulatórios reconhecidos aos Estados sem maiores especificações, cabendo ao tribunal arbitral delimitar a legalidade dos atos estatais e indicar como poderia o Estado ter exercido o seu poder regulatório dentro dos liames de legalidade definidos pelo tratado¹⁵⁷.

Por exemplo, o tratado bilateral de investimento (*bilateral investment treaty* - BIT) firmado entre os Estados Unidos e a Argentina em 1991 permite ao Estado legislar sobre matéria de interesse público nos seguintes termos:

¹⁵³ PEREIRA, Ricardo; GOUGH, Orla. Permanent sovereigntys. over natural resources in the 21st century: natural resource governance and the right to self-determination of indigenous peoples under international law. *Melbourne Journal of International Law*, [s.l.], v. 14, Mar. 2014, p.456-457.

¹⁵⁴ GARCIA-AMADOR Apud LOWENFELD, 2012, p.492.

¹⁵⁵ ACCIOLY, Hildebrando, *et all.* **Manual de direito internacional público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.173; AUST, Anthony. **Handbook of international law**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 67; HILLIER, Tim. **Sourcebook on public international law**. London: Cavendish Publishing Limited, 1998, p.155.

¹⁵⁶ TITI, 2014, p. 35

¹⁵⁷ DOLZER, Rudolf. The impact of international investment treaties on domestic administrative law. *New York University Journal of International Law and Politics*, [s.l.], v. 37, 2006, p.960.

ARTICLE XI

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests¹⁵⁸.

O Artigo XI apenas define que o tratado não proíbe as partes de realizarem medidas necessárias à manutenção da ordem pública, segurança ou paz internacional, ou a proteção de seus interesses particulares de segurança, porém não define que atos poderiam ser necessários, função atribuída a um tribunal arbitral.

Devido ao aumento do número de tratados de investimentos com cláusulas que permitem a investidores particulares iniciarem arbitragens contra os Estados receptores, junto com a diminuição das barreiras entre Estados do norte e do sul quanto à origem de investimentos, a capacidade regulatória dos Estados se encontra novamente em discussão, porém sob uma ótica diferente das discussões da década de 60 e 70, como indica Francisco Vicuña:

[...] it is not exclusively related to a relationship between developed and developing countries as was to an extent originally conceived. It is much broader than that. In fact, developing countries have followed among themselves the same approach of bilateral investment treaties and signed such instruments by the hundreds, with no or little modification. And the same is true for multilateral investment treaties made among developing countries, such as the MERCOSUR Protocols or Free Trade Agreements¹⁵⁹.

Os acordos bilaterais de investimentos eram inicialmente celebrados entre Estados desenvolvidos e Estados subdesenvolvidos. Os países desenvolvidos apresentavam aos menos desenvolvidos tratados já prontos – *model treaties* –, utilizando-se de seu poder de barganha para criar um quadro de proteção aos investimentos de seus nacionais, e conseguiam a aprovação do tratado final com poucas modificações¹⁶⁰, entretanto, nos últimos anos os países do Sul têm se mostrado não apenas como destino de investimentos, mas também como local

¹⁵⁸ UNITED STATES OF AMERICA. **Argentina bilateral investment treaty**. Signed November 14, 1991; Entered into Force October 20, 1994. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>>. Acesso em: 14 Maio de 2014.

¹⁵⁹ VICUÑA, Francisco Orrego. The challenges of globalization for international economic law: new issues. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte: Centro de Estudos de Direito Internacional, pp 190 – 241, v.1, n.1, 2006, p. 193.

¹⁶⁰ GUZMAN, 1997, p. 653.; SALACUSE ; SULLIVAN, 2005, p.74-76; SUDA, 2006, p. 78-80; VANDELDELDE, Kenneth J., A brief history of international investment agreements. **U.C. Davis Journal of International Law & Policy**, [s.l.], v. 32, fall 2005. p. 171.

de origem de investidores e empresas transnacionais, participando ativamente da econômica global¹⁶¹.

Conforme dados UNCTAD, o número de investimentos originados de econômicas em desenvolvimento ou em transição tem se mantido alto e em ritmo de crescimento, subindo de 423 bilhões de dólares (2011) para 454 bilhões (2013)¹⁶². Em 2013, seis países em desenvolvimento se mantiveram no top 20 de países investidores: China (101 bilhões de dólares), Rússia (95 bilhões de dólares), Hong Kong (92 bilhões de dólares), Coréia do Sul (29 bilhões de dólares), Singapura (27 bilhões de dólares) e Taiwan (14 bilhões de dólares)¹⁶³.

Países em desenvolvimento também têm apresentado seus próprios modelos de tratados bilaterais de investimentos. A China tem seu programa de BITs desde 1982, e já se encontra em sua terceira geração de tratados¹⁶⁴, com 130 tratados assinados¹⁶⁵. A Índia também tem o seu programa de BITs desde 1996, e no primeiro semestre de 2015, apresentou o *draft* do seu novo modelo de BIT, para substituir o modelo utilizado desde 2003¹⁶⁶. Também em 2015, o Brasil assinou versões do seu mais novo Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs) com Moçambique, Angola e México, e já encerrou negociações para novas assinaturas com a África do Sul, Argélia, Chile, Colômbia, Malawi, Marrocos, Peru, e Tunísia¹⁶⁷.

¹⁶¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Development and globalization: facts and figures 2012**. United Nations Publication, 2012a, p. 15; Idem. **World investment report 2014 - investing in the sdgs: an action plan**. United Nations Publication, 2014, p. x.

¹⁶² Idem, 2014, p. xxii.

¹⁶³ Ibidem, p. xv.

¹⁶⁴ HADLEY, Kate. Do China's bits matter? assessing the effect of china's investment agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the rule of law. **Georgetown Journal of International Law**, [s.l.], v. 45, n.1, Fall 2013, p. 256; SHAN, Wenhua. **China's investment treaty policy - recent changes and future direction**. 15 mai 2009, Disponível em: <http://www.biicl.org/files/4252_china%5C's_bit_policy_itf_wen.pdf>. Acesso em: 20 Dez. 2014.

¹⁶⁵ O último tratado a ter entrado em vigor foi firmado com o Canadá, e ainda há negociações de um novo BIT com os Estados Unidos. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **International investment agreements navigator**, Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 20 Dez 2014; ZHANG, Sheng. The China-United States BIT negotiations: a chinese perspective. **Columbia FDI Perspectives: perspectives on topical foreign direct investment issues by the vale columbia center on sustainable international investment**. [s.l.], n. 112, 6 Jan. 2014. Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_No112.pdf>. Acesso em: 15 Jan. 2015.

¹⁶⁶ PEACOCK, Nicholas. **comments on India's draft Model BIT 2015 for CNBC TV18's "The Firm"**. 15 abril 2015. Disponível em: <<http://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2015/04/15/head-of-india-arbitration-practice-nick-peacock-comments-on-indias-draft-model-bit-2015-for-cnbc-tv18s-the-firm/>>. Acesso em 20 abril 2015.

¹⁶⁷ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Nota 193 - Acordo Brasil-México de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Cidade do México**, 26 de maio de 2015. 28 maio 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9890:acordo-brasil-mexico-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-cidade-do-mexico-26-de-maio-de-2015&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

Enquanto o regime de BITs foi inicialmente desenvolvido para proteger os investimentos realizados por nacionais de Estados desenvolvidos contra políticas econômicas de Estados subdesenvolvidos, nas últimas décadas o cenário apresentou um movimento inverso, em que os próprios países desenvolvidos passaram a ter as suas políticas internas questionadas através de procedimentos arbitrais.

Os Estados Unidos já foram demandados em mais de vinte arbitragens com base no NAFTA, enquanto o Canadá foi demandado em trinta e cinco arbitragens a partir do mesmo tratado¹⁶⁸. Estados europeus também já se encontram demandados em várias arbitragens. Desde o ano de 2012 já foram registrados no ICSID quatorze arbitragens contra a Espanha¹⁶⁹, dois casos contra a Alemanha¹⁷⁰, dois casos contra a Grécia¹⁷¹, e uma arbitragem contra a França e a Bélgica cada¹⁷². Eventualmente, a Suíça se prepara para a sua primeira arbitragem de tratados de investimentos¹⁷³. Na Oceania, a Austrália também já é parte reclamada em uma arbitragem de tratado de investimento¹⁷⁴.

¹⁶⁸ CANADIAN CENTRE FOR POLICY ALTERNATIVES. **NAFTA investor-state claims against Canada are "out of control"**: study. 14 Jan. 2015. Disponível em:

<<https://www.policyalternatives.ca/newsroom/news-releases/nafta-investor-state-claims-against-canada-are-out-of-control-study#sthash.Y7NWhw0M.dpuf>>. Acesso em: 30 maio 2015; FOREIGN AFFAIRS, TRADE AND DEVELOPMENT CANADA. **Cases filed against the government of Canada**. 27 mai 2014.

Disponível em: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>>. Acesso em: 30 maio 2015.

¹⁶⁹ Casos instaurados por investidores estrangeiros devido a cortes de subsídios oferecidos ao setor de energia renovável. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org>>. Acessado em: 02 jun 2015.

¹⁷⁰ Dos dois tribunais contra a Alemanha, o primeiro foi decorrente por demora do licenciamento da construção de uma estação elétrica em Hamburgo, encerrado o caso através de acordo entre as partes, e o segundo, instituído em 2012 após a Alemanha ter fechado antigas usinas de energia nuclear, após pressão popular devido ao acidente da usina de Fukushima, no Japão, sendo demandada em 3,7 bilhões de euros, ocorrendo o procedimento sob sigilo DEUTSCHWEILE. **Vattenfall seeks recompense for German nuclear phaseout**. 21 Dec. 2012. Disponível em: <<http://www.dw.de/vattenfall-seeks-recompense-for-german-nuclear-phaseout/a-16473507>>. Acesso em: 01 Jun 2015.

¹⁷¹ Os casos foram constituídos contra a Grécia por força da crise financeira da década de 2010. GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. **Is the focus of investment state arbitration switching from Latin America? If so to where?**. 08 July 2014. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2014/07/08/is-the-focus-of-investment-state-arbitration-switching-from-latin-america-if-so-to-where/>>. Acesso em: 30 Maio 2015.

¹⁷² BELGIUM PREVAILS IN LANDMARK ICSID ARBITRATION BROUGHT BY CHINESE INSURER PING AN. Disponível em: <<http://www.prnewswire.com/news-releases/belgium-prevails-in-landmark-icsid-arbitration-brought-by-chinese-insurer-ping-an-300077716.html>>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

¹⁷³ A Suíça se prepara contra a sua primeira arbitragem, potencialmente a ser notificada ainda em 2015, movida por dois nacionais turcos que tiveram suas finanças restituídas ao governo da Turquia após terem sido processados pelo governo turco por crimes de fraude. GLOBAL ARBITRATION REVIEW. **Switzerland prepares for first treaty claim**. 16 mar 2015. Disponível em: <<http://globalarbitrationreview.com/news/article/33642/switzerland-prepares-first-treaty-claim/>>. Acesso em: 02 abril 2015; TODAY'S ZAMAN. **Fugitive Turkish businessman to sue Switzerland**. 16 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.todayzaman.com/anasayfa_fugitive-turkish-businessman-to-sue-switzerland_375444.html>. Acesso em: 02 Abril 2015.

¹⁷⁴ Em 2011, a Philip Morris, através de sua subsidiária em Hong Kong, iniciou uma arbitragem sob a Corte Permanente de Arbitragem foi demandada a partir do BIT Austrália – Hong-Kong de 1993, alegando a empresa que a legislação antitabagista australiana de 2011 constitui um ataque não razoável e discriminatório. O procedimento foi instaurado perante a Corte Permanente de Arbitragem sob as regras de

A partir do momento em que Estados desenvolvidos ratificaram tratados com capítulos sobre proteção a investimentos entre si - a exemplo do NAFTA e do Tratado da Carta de Energia -, e tratados bilaterais de investimentos com os demais países subdesenvolvidos, com a intenção única de proteger seus investimentos, e contra as suas expectativas começaram a receber queixas de investidores estrangeiros contra as suas políticas nacionais, e após os Estados do sul terem iniciado também a exportar investimentos, a capacidade regulatória dos Estados foi posta novamente em destaque.

Este debate ocorre não mais sob uma ótica de Estados desenvolvidos contra Estados em desenvolvimento, mas sim de que as arbitragens de investimentos influenciam a conduta dos agentes que participam do regime de investimentos internacionais e que os Estados têm perdido influência sobre os rumos das arbitragens até então ocorridas.

1.4 As arbitragens de tratados de investimentos e a governança global

Para se compreender a importância em discutir como a capacidade regulatória dos Estados é considerada pelos tribunais arbitrais, é necessário observar como o direito internacional dos investimentos exerce uma função pública, através da capacidade que os tribunais de arbitragens de investimentos têm de influenciar a atuação de agentes participantes do sistema. É necessário discutir como as arbitragens de investimentos compõem um mecanismo de governança global.

Conforme afirmado por Ralf Michaels “governança é um termo impreciso, porém isto nunca impediu de ser utilizado”¹⁷⁵. Antes do surgimento do Estado moderno, não existia distinção entre governança e governo, sendo ambos os usados para indicar a administração da vida política, da vida econômica, e da vida particular do indivíduo, até que com o advento do Estado como poder político institucionalizado, com a concentração da governança política na figura deste novo ente abstrato e com o reconhecimento de autoridade de lei apenas à

arbitragem da UNCITRAL. AUSTRALIAN GOVERNMENT. **Tobacco plain packaging—investor-state arbitration**. Disponível em: <http://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging>. Acesso em: 02 Jun. 2015.

¹⁷⁵ MICHAELS, Ralf. The mirage of non-state governance. **Utah Law Review**, [s.l.], v. 2010, n.01, pp. 31-45, 2010, p.34.

produção jurídica centralizada na figura estatal, o termo governo recebeu primazia e foi identificado como a expressão do poder político interno do Estado¹⁷⁶.

Entretanto, desde a década de 1970 e 1980, governança tem sido identificada como a criação, interpretação e aplicação de regras e padrões de conduta por entidades não só estatais, mas também privadas, a partir da percepção de que as normas de regulação criadas unicamente pelo Estado já não eram mais suficientes para regular todos os aspectos da vida política e econômica, nacional ou internacional:

Normatively: it seemed desirable to focus on broader reforms than merely those of state institutions in order to bring about change and progress. Governance thus provided an alternative to government in the sense it was more encompassing: It included non-state actors in addition to state actors, and included additional tools to that top-down regulation¹⁷⁷.

Governança e governo apresentam uma diferença fundamental. Ainda que ambos atuem através da criação e aplicação de regras, a ideia de governo ainda se encontra restrita a elementos formais que determinam os sujeitos envolvidos, os procedimentos de formação e o seu conteúdo, e são dotados de poder de polícia para o seu cumprimento, enquanto a governança é composta por atividades efetivadas por mecanismos formais e informais, e nem sempre acompanhadas de poder de polícia, em que os agentes envolvidos, também nem sempre estatais – Organizações não governamentais (ONGs), organizações internacionais, empresas multinacionais, grupos políticos, etc. – cooperam para a criação de padrões de conduta que permitam o alcance de algum objetivo compartilhado pelos participantes¹⁷⁸.

A governança, portanto, é um fenômeno mais amplo do que governo. Abrange instituições governamentais e também se utiliza de mecanismos informais não institucionalizados, combina elementos de público e privado, aspectos governamentais e não governamentais, em que os agentes envolvidos buscam alcançar determinados objetivos e criam regras de conduta para realizar as suas atividades.

A ideia de governança se torna relevante em um contexto de globalização. Desde o final da década de 1960, com o desenvolvimento das formas de comunicação e os avanços e democratização do acesso aos meios de transporte, as interações transnacionais conheceram uma intensificação sem precedentes, causando uma disseminação em escala mundial de

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade, para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007 p. 85; BURDEAU, George. **O estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.13; DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.43.

¹⁷⁷ MICHAELS, 2010, p. 34.

¹⁷⁸ ROSENAU, James. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: UNB, 2000, p. 15-16.

informações e imagens e deslocamento em massa de pessoas, sejam como turistas ou trabalhadores, migrantes ou refugiados.

A extraordinária amplitude e profundidade destas interações transnacionais levaram alguns pensadores a verem este novo fenômeno como uma ruptura em relação às anteriores formas de interações transfronteiriças, identificando-o como globalização¹⁷⁹.

Para Anthony Giddens, globalização é:

[...] a intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa, havendo forte interação entre o local e o global, em vez de pura homogeneização de tendências globais¹⁸⁰.

Através da globalização, a rápida comunicação e transmissão de informações permite a proximidade entre sujeitos por todo o mundo, supera barreiras geográficas e fronteiriças, e permite a realização de negócios globais a uma velocidade sem precedentes. Devido à globalização, ficou mais fácil para os indivíduos cruzarem as fronteiras, as relações sociais se expandiram para além do domicílio original do sujeito.

Agora o ser humano pode realizar empreendimentos em outros países com maior velocidade, e com o aumento do fluxo transfronteiriço, surgem novas ondas migratórias, e os Estados tem que lidar com novas situações referentes a valores familiares e tradicionais não imaginadas anteriormente¹⁸¹.

Os efeitos da globalização podem ser sentidos em toda a parte. O mercado global se encontra muito mais desenvolvido do que nas décadas de 1960 e 1970 e é indiferente às fronteiras nacionais e permitiu a formação de uma sociedade global que consome bens produzidos em escala planetária, em que a matéria-prima é proveniente de um país e os componentes são construídos em várias outras jurisdições para o produto final ser montado em um novo lugar e ser distribuído mundialmente¹⁸².

¹⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: _____. (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25

¹⁸⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p.60.

¹⁸¹ BENDA-BECKMANN, Franz von; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. Mobile people, mobile law: an introduction. In: **Mobile people, mobile law: expanding legal relations in a contracting world**. _____.; _____.; _____. (eds). Aldershot: Ashgate, 2005, p. 15; FERNANDEZ ARROYO, Diego P.. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. Bogotá: Ibañez, 2012, p. 24-28; JAYME, Erik. **O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI** – conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de. (orgs.). **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.27.

¹⁸² BENKO, Georges. **Economia espaço e globalização: na aurora do século XXI**. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 2002, p. 46-47; DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação**. São Paulo: UNESP, 2005, p.82.

O agente econômico agora é transnacional, o seu poder se amplia sem enfrentar diretamente as leis nacionais e sem necessário consentimento de parlamentares, explora sistematicamente as brechas de diferentes sistemas jurídicos nacionais e constrói os seus próprios arcabouços legais, com padrões e normas em relação ao trabalho, contratos e processos de arbitragem internacional¹⁸³.

Conforme indica Wagner Menezes, a sociedade global possui igualmente uma agenda transnacional arquitetada por organismos globais – governamentais ou não – por onde são discutidos temas que dizem respeito a bens indispensáveis à sobrevivência da raça humana e suas futuras gerações, como mudança climática, catástrofes ambientais, conflitos nucleares, crime transnacional, direitos humanos, etc., uma série de questões globais as quais os Estados não possuem capacidade técnica ou financeira para resolverem isoladamente¹⁸⁴.

Nestes fóruns globais, novos temas são discutidos e codificados em normas que os Estados podem ou não absorver, pois estes assuntos nem sempre são compreendidos e reguláveis pelas estruturas jurídico-normativas do sistema estatal westfaliano, e isto tem posto em cheque a figura central do Estado e do próprio direito internacional tradicional, emergindo um sistema diferenciado, com novos mecanismos jurídicos¹⁸⁵.

Consequentemente, o Estado perdeu a sua tradicional centralidade enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, social e política, mediante a intensificação das interações e práticas transnacionais que atravessam as fronteiras e correm a capacidade do Estado¹⁸⁶, ou, como bem identifica Jessop:

O poder do Estado tem se transformado, passando por um certo esvaziamento do aparelho do Estado nacional, decorrente do fato de que as velhas e novas capacidades do Estado estão sendo reorganizadas, tanto territorial como funcionalmente, nos níveis subnacionais e supranacionais, havendo maior impacto estratégico do contexto internacional na atuação do Estado, o que pode envolver modificações da atuação estatal sempre que for necessário para adequar as condições internas a exigências extraterritoriais ou transnacionais¹⁸⁷.

Os Estados não mais constituem os atores mais relevantes da ação coletiva e não regulam os sistemas de regras de jogo da ação política¹⁸⁸. As nações perderam parte de sua soberania, as legislaturas nacionais possuem menor capacidade para influenciar os eventos,

¹⁸³ DUPAS, 2005, p. 84,

¹⁸⁴ MENEZES, 2005, p.107; ROSENAU, 2000, p. 17.

¹⁸⁵ MENEZES, 2005, p114.

¹⁸⁶ JAYME, Erik. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation - conférence prononcée le 24 juillet 2000. **Recueil Des Cours**, v.282. The Hague: Martinus Nijhoff, 2000, p.20; SANTOS, 2002, p.36.

¹⁸⁷ JESSOP apud SANTOS, 2002, p.38.

¹⁸⁸ DUPAS, 2005, p.36.

havendo transferência de poder para esferas além do Estado em um processo composto por um complexo conjunto de fenômenos, que operam até de forma contraditória ou antagônica¹⁸⁹.

O Estado nacional tem agora de conviver com a intervenção de uma nova série de atores, como ONGs, escritórios jurídicos, organizações supranacionais ou intergovernamentais e grupos empresariais, que criam os seus regimes jurídicos e são progressivamente introduzidos nos ordenamentos jurídicos nacionais¹⁹⁰. A linha divisória entre o público e o privado ficou menos nítida, pois sujeitos privados passaram a exercer funções públicas e poderes legislativos¹⁹¹, enquanto os Estados nem sempre conseguem acompanhar as modificações ocorridas, como informa Horatia Muir Watt:

[...] is all the more surprising that the greatest challenges for the public architects of the global ordering involved in the construction of an overarching constitutionalism, are the appearance of new sources of global authority and normativity 'beyond the state': sovereign newcomers which are not subjects of international law, and the correlative emergence of post-national 'private' regimes which do not count as 'law' within the meaning of article 38 of the Statute of the International Court of Justice. Indeed, in the eyes of some acute observers of society, a radical change in the relationship between political regulation and private governance has pushed the once-central official or state law to the global edge, reducing it to 'impulse-generating' periphery of autonomous private normativities¹⁹².

Na medida em que outros centros decisórios surgem paralelamente ao Estado, também diminui a distinção entre o direito como construção formal e as normas sociais informais. Se no período de consolidação do Estado moderno se reconhecia como dotado de força vinculante o conjunto normativo produzido pelo Estado – o positivismo jurídico –, novos mecanismos jurídicos foram surgindo, e se reconhecem cada vez mais a obrigatoriedade de instrumentos desprovidos de valor jurídico vinculante, mas com forte peso moral e que representam o consenso dos indivíduos que cooperaram para a sua criação, como as normas de *soft law*¹⁹³.

Em suma, conforme conclui Gilberto Dupas:

Identifica-se no cenário global uma soberania em formação perfeitamente simétrica à soberania estatal, uma nova forma de organização não-pública, de poder privado que se impõe aos Estados soberanos, uma rede de governança supranacional da

¹⁸⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 19; SANTOS, 2002, p. 39.

¹⁹⁰ DUPAS, 2005, p. 144.

¹⁹¹ BEDIN, Gilmar Brandão. A sociedade internacional e o fenômeno da globalização. In: GUERRA, Sidney (org.). **Globalização**: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Unijuí, 2006, p.31; DUPAS2005, p. 84.

¹⁹² WATT, Horatia Muir. **Private international law as global governance: beyond the schize, from closet to planet**. 2011. Disponível em <http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1>. Acesso em: 27 Abril 2014.

¹⁹³ MENEZES, 2005, p, 144.

economia, combinação política inédita que origina seu fluxo de legitimação da autoridade privada. Desenvolveram-se assim novos tipos de tribunais privados e organismos transnacionais de arbitragem, regidos por leis privadas conhecidas por *lex mercatoria*¹⁹⁴.

Esses desenvolvimentos, entretanto, não significam que o Estado deixou de ter algum poder. De fato, a legislação nacional abarca uma série de temas referentes à regulação econômica e social de forma inclusive mais intrusiva do que antes. O Estado continua forte, e os líderes políticos nacionais ainda possuem um grande papel a desempenhar no mundo, contudo, o Estado tem se transformado e a política econômica nacional já não é tão eficaz quanto no passado. Novas formas de tomada de decisões têm ocupado o espaço global através da atuação de agentes e instituições estatais e não estatais, reforçando na arena política a ideia de governança em detrimento da ideia de governo¹⁹⁵.

A governança não existe sem o Estado, pois o exercício do poder normativo por grupos não estatais ocorre ao menos com aceitação deste, se não quando o próprio Estado é chamado para garantir o cumprimento de obrigações criadas em fóruns não estatais, como ocorre com a *lex mercatória*, em que o judiciário nacional é chamado para homologar e executar um laudo arbitral internacional¹⁹⁶.

No direito internacional de investimentos, a participação do Estado ocorre constantemente em arbitragens como um dos sujeitos envolvidos em uma controvérsia, além de que o principal mecanismo criado para sediar essas arbitragens, o ICSID, foi originado através de um tratado, instrumento normativo internacional oriundo da vontade do Estado como ente soberano – a Convenção de Washington de 1965 –, e a execução de uma decisão arbitral ocorre nos termos de tratados internacionais, conforme disposto na Convenção de Washington ou de acordo com o determinado pela Convenção de Nova York de 1958.

Porém, é inevitável que cada vez mais os Estados transfiram competências e responsabilidades aos órgãos de governança, de forma que tais órgãos regulem quase todos os temas da vida hodierna, sejam estes públicos ou privados, através de padrões formais e informais¹⁹⁷.

¹⁹⁴ DUPAS, 2005, p. 163.

¹⁹⁵ MICHAELS, Ralf. Globalization and law: law beyond the state. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (eds.). **Law and Social Theory**. pp 287-304. Oxford: Hart Publishing, 2013, p304-305; SANTOS, 2002, p.36.

¹⁹⁶ MICHAELS, 2010, p.35-36.

¹⁹⁷ BENVENISTI, Eyal. The international law of global governance. **Recueil des Cours**, v. 368. The Hague: Martinus Nijhoff, 2013, p. 25.

Conforme Joel Trachtman, quando um mecanismo internacional de resolução de disputas estabelece precedentes vinculantes ou ao menos com alto poder de persuasão, a decisão deste órgão não é essencialmente diferente daquela de um órgão legislativo ou de um ente administrativo:

To the extent that dispute resolution establishes precedents that are either formally binding or informally persuasive in order to maintain consistency, the decision regarding the post legislative role of dispute resolution is not different, in abstract theoretical terms, from the decision by a legislature to delegate rulemaking or interpretative functions to an administrative agency.[...] Thus, dispute resolution should be seen in context as a hybrid, or a confluence of adjudicative and legislative authority¹⁹⁸.

As arbitragens de investimentos atuam como verdadeiros mecanismos de governança ao esclarecem o conteúdo normativo de tratados bilaterais de investimento e definem padrões de conduta para os sujeitos interessados. Ao se submeter a uma arbitragem de investimentos, os Estados são avaliados quanto à legalidade de sua ação em referência ao disposto em um tratado específico¹⁹⁹.

Como a competência desses fóruns internacionais é definida para abranger qualquer disputa jurídica relacionada a um investimento, praticamente qualquer ato governamental pode ser discutido, o que amplia a competência de tribunais arbitrais de investimento para alcançar a própria capacidade regulatória dos Estados participantes²⁰⁰.

Sob este aspecto, o direito internacional dos investimentos tem se desenvolvido como um direito transnacional com características de direito internacional público e privado, mas também com elementos que o distinguem de ambos, com mecanismos através dos quais a legalidade dos atos de Estados hospedeiros é analisada, definindo a sua compatibilidade com as obrigações expressas em tratados.

1.5 As arbitragens de tratados de investimentos como direito transnacional: entre o direito público e o direito privado.

¹⁹⁸ TRACHTMAN, Joel P.. **The economic structure of international law**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p.211.

¹⁹⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos do direito internacional dos investimentos. In: **Direito internacional dos investimentos**. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2014a, p 132.

²⁰⁰ VAN HARTEN, Gus. **Investment treaty arbitration and public law**. New York: Oxford University Press, 2007, p. 04.

O direito internacional dos investimentos regula situações que não apenas superam barreiras entre o que é público e privado, mas também entre o interno e o internacional, identificadas como situações transnacionais. Essas situações são regidas por um direito transnacional, um direito que inclui todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais.

Conforme Phillip Jessup, o direito transnacional compreende tanto o direito público e privado, assim como normas que não se enquadram inteiramente nestas categorias clássicas²⁰¹. Não é um direito nem puramente doméstico ou internacional, e nem puramente privado ou público, mas um híbrido destas classificações²⁰².

Situações transnacionais podem envolver indivíduos, empresas, organizações de Estados ou outros grupos²⁰³. Para Phillip Jessup, a título de exemplo, ocorre uma situação transnacional quando um cidadão americano ou um apátrida tem o seu passaporte ou outro documento de viagem recusado em uma fronteira europeia, quando uma companhia petrolífera americana negocia na Venezuela, quando a Câmara Internacional de Comercio é convocada para participar de uma conferência no Comitê Econômico e Social das Nações Unidas, ou quando dois sujeitos resolvem um conflito através de um acordo ou meio extralegal ou meta jurídico, mas ainda assim os resultados podem ter efeitos legais e se revestirem de forma legal²⁰⁴.

As normas do direito transnacional não são elaboradas através de um procedimento legal horizontal, em que dois Estados convencional um tratado e o internalizam mediante o procedimento existente em seus ordenamentos, mas através de um procedimento vertical, ou “processo legal transnacional” (*Transnational legal process*), em que agentes públicos e privados interagem em uma variedade de fóruns públicos e privados, domésticos e internacionais, para criar, interpretar, aplicar e internalizar regras de direito transnacional²⁰⁵.

Conforme Harold Koh, o processo de criação de normas transnacionais rompe com tradições, é não estatal, dinâmico e normativo. O processo legal transnacional abandona duas dicotomias tradicionais que historicamente dominaram o estudo do direito internacional: entre o direito doméstico e o direito internacional, e entre o direito público e o privado²⁰⁶.

²⁰¹ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

²⁰² KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters?. **Penn State International Law Review**, [s.l.], v. 24, pp 745. 2005, p. 746

²⁰³ JESSUP, op. cit., p. 12.

²⁰⁴ JESSUP, 1965, p. 13-15.

²⁰⁵ KOH, Harold Hongju. The 1994 Roscoe Pound Lectures - Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, [s.l.], v.75, pp. 181. 1996, p.183-184.

²⁰⁶ KOH, 1996, p.184

O processo legal transnacional também é não estatal, pois os atores que participam não são compostos unicamente por Estados, mas também por agentes privados. Este processo é dinâmico, não estático, pois se modifica constantemente do direito público ao privado, do internacional ao interno. Também é um procedimento normativo, pois das interações entre esses diferentes agentes emergem novas normas jurídicas, as quais são interpretadas, internalizadas e postas em vigor²⁰⁷.

Estas características podem ser encontradas no direito internacional dos investimentos, que regula situações que envolvem sujeitos diversos – indivíduos, empresas, Estados – que participam de relações que transcendem as fronteiras nacionais, e superam barreiras tradicionalmente impostas entre o direito público e o direito privado, e também entre o direito internacional e o direito interno, ou como bem definiu Zachary Douglas:

An analysis of these different treaty regimes would be distorted if one were to adhere to a strict distinction between public and private international law conceptions of dispute resolution. Many of the awards of investment treaty tribunals – and the pleadings of parties to these disputes – disclose a dogmatic distinction between ‘international’ or ‘treaty’ versus ‘municipal’ or ‘contractual’ spheres, as if each concept can be forced into a separate hermetically sealed box²⁰⁸.

O direito internacional dos investimentos contribui para a diminuição de barreiras entre fontes de direito internacional e fontes de direito interno, assim como a separação entre direito público e privado também se apresenta enfraquecida, pois as normas que regem os contratos entre Estados e investidores utilizam regras tanto de direito público quanto privado, e de fato estabelecem uma relação entre o direito interno do Estado hospedeiro e o direito internacional na medida em que tribunais arbitrais podem rever o direito interno conforme padrões contidos em tratados e no direito internacional geral²⁰⁹.

Trata-se de regulação transnacional composta por um conjunto de contratos e tratados bilaterais com regras protetivas vagamente dispostas, cabendo a mecanismos de resolução de disputas *ad hoc* precisar o conteúdo das obrigações constantes nos tratados, produzindo um corpo jurisprudencial com relativa normatividade através do qual são definidos os padrões de conduta a serem seguidos pelos Estados. Este regime conta com elementos normativos oriundos de diferentes origens, como o direito internacional privado, o direito internacional público, e inclusive o direito público dos Estados nacionais, e agrega profissionais com diferentes históricos.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ DOUGLAS, Zachary. **The international law of investment claims**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 08.

²⁰⁹ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 12.

Entre os seus membros, coexistem especialistas em arbitragem comercial, e profissionais experientes em direito internacional público e em mecanismos de resolução de disputas entre Estados. Entre os árbitros escolhidos para compor um tribunal arbitral, é comum encontrarmos membros do órgão de solução de controvérsias da OMC, juízes da Corte Internacional de Justiça e de mecanismos de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, e principalmente, advogados dedicados ao comércio internacional²¹⁰.

Esta combinação de profissionais com origens tão diferentes contribui para a solução de questões com alto grau de complexidade²¹¹, e também permite a presença de diferentes abordagens metodológicas a respeito da arbitragem de investimentos, pois juristas privatistas e publicistas possuem perspectivas distintas quanto ao funcionamento dos mecanismos de resolução de disputas e da posição do Estado no que diz respeito a sua capacidade regulatória²¹².

As diferentes perspectivas surgem a partir de analogias realizadas pelos profissionais atuantes com as suas respectivas áreas de origem. Os tribunais arbitrais de investimentos têm a função de interpretar e aplicar o que se encontra disposto em tratados curtos e com expressões vagas e não claramente definidas enquanto a doutrina existente não é uniforme e, apesar de forte produção bibliográfica recente, ainda não é tão desenvolvida quanto a doutrina de outros regimes do direito internacional, como os direitos humanos e o direito internacional ambiental, ou como o próprio direito nacional dos Estados envolvidos²¹³.

Consequentemente, os participantes – representantes das partes e os árbitros – constantemente realizam analogias e comparações com outros regimes jurídicos para interpretar termos e obrigações, resolver ambiguidades ou compreender a natureza do sistema,

²¹⁰ MAUPIN, 2014, Julie A. Public and private in international investment law: an integrated systems approach. **Virginia Journal of International Law**, [s.l.], v.54, n.2, Apr. 2014, p. 369; SCHILL, Stephan W.. Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. **Virginia Journal of International Law**. [s.l.], v. 52, n. 01. Nov. 2011 a, p. 72.

²¹¹ Ainda que haja diferentes interpretações quanto aos objetivos e mecanismos do direito internacional de investimentos, ambos os grupos contribuem com a sua experiência para a resolução de disputas entre investidores e Estados. Juristas publicistas contribuem com o seu conhecimento de direito internacional, relações internacionais e mecanismos de resolução de disputas que envolvem sujeitos soberanos, enquanto advogados privatistas cooperam com suas experiências referentes a transações comerciais internacionais e arbitragem. SCHILL, loc. cit.

²¹² MILLS, Alex. Antinomies of public and private at the foundations of international investment law and arbitration. **Journal of International Economic Law**. [s.l.], v. 14, n.02, pp469-503, 2011, p.483; SCHILL, op. cit., p.72.

²¹³ ROBERTS, Anthea. Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 107, n. 1, pp. 45-94, Jan. 2013, p.46; SCHILL, Stephan, W., W(h)ither fragmentation? on the literature and sociology of international investment law. **European Journal of International Law**, [s.l.]. v.22, pp. 875-908, 2011b, p.877.

afinal, aqueles incumbidos de interpretar um tratado e resolver uma disputa não podem se furtrar a decidir uma causa só por não encontrarem previamente uma resposta jurídica nítida, devendo evitar de todas as formas a alegação de *non liquet*²¹⁴.

Para Norberto Bobbio, a analogia pode ser definida como o método de integração do ordenamento em que se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante, devendo haver não qualquer semelhança, mas uma semelhança relevante entre o caso regulado e aquele que se pretende regular, sendo necessário compreender dos dois casos uma qualidade comum a ambos, uma razão suficiente pelo o qual ao caso regulamentado foram atribuídos aquelas e não outras consequências²¹⁵.

Essa razão suficiente é composta pela *ratio legis* da norma aplicada. Para que a analogia seja lícita no Direito, é necessário que os dois casos, o regulamentado e o não regulamentado, tenham em comum a *ratio legis*²¹⁶.

Como ressalta o Celso Mello, a analogia não é uma fonte formal do direito internacional, mas um mecanismo de integração deste direito, utilizada para preencher as suas lacunas, sendo utilizada no direito internacional em três funções distintas: a) confirmar as conclusões atingidas por outros métodos de interpretação; b) como meio de esclarecer os textos obscuros; c) como meio de suprir lacuna de tratados²¹⁷.

Celso de Mello afirma que enquanto a utilização da analogia para suprir lacunas em tratados é bastante questionada por doutrinadores mais clássicos, como Verdross e Anzilotti, a utilização da analogia para resolução de ambiguidades está consagrada em larga jurisprudência internacional²¹⁸.

²¹⁴ ALVAREZ, Jose E.. Beware: boundary crossings. **Public Law Research Paper**, nº. 14-51. Sept. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2498182>>. Acesso em: 15 Oct. 2014. p. 03; FITZMAURICE apud ACCIOLY et all, 2014, p.181; ROBERTS, 2013, p.46.

²¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995, p.151-152.

²¹⁶ Ibidem. p. 154.

²¹⁷ MELLO, 2000, p. 312.

²¹⁸ Ibidem. Eliuh Lauterpatch também menciona em seu Curso da Academia de Haia: There have been a number of cases in which the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice have, for the purpose of ascertaining the meaning of expressions employed in one treaty, used the device of ascertaining the meaning of similar expressions employed in other treaties. The Court has then proceeded on the basis that the Parties must have had in contemplation at the time when they concluded the second instrument the meaning which had been attributed to like expressions in the earlier instrument. LAUTERPATCH, Eliuh. The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals. **Recueil des Cours**, v. 152. Leiden: Martinus Nijhoff, 1976, p.396. Como exemplo recente de uso de analogia na Corte Internacional de Justiça, a título exemplificativo, no caso Delimitação Marítima no Mar Negro (Romênia vs. Ucrânia) a Corte interpretou o termo “instalações portuárias” do Artigo 11 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar utilizando de referência os trabalhos preparatórios do Artigo 8 da Convenção sobre Mar Territorial e Zona Contígua, de 1958: The difference between a port and a dyke extending seawards has previously been discussed in the travaux préparatoires of Article 8 of the Geneva Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone. In 1954, the Special

Portanto, a utilização de analogias é uma prática comum para aqueles responsáveis por decidir dissídios internacionais, em que os agentes buscam elementos normativos em outras fontes para resolver impasses de interpretação e aplicação de suas normas. Tribunais internacionais utilizam elementos de regimes diferentes por necessidade prática, como forma de superação de obstáculos causados por tratados de redação mais simples, pretendendo assim evitar declarações de *non-liquet*, e cumprir com o requerimento de que as decisões internacionais estejam bem fundamentadas para satisfazer os litigantes e demais agentes interessados, ou, como explicado por José E. Alvarez:

International adjudicators are discouraged (if not barred) from finding that “no law” applies to a dispute or a claim properly before them. Given the innumerable legal gaps in all treaties, their interpreters must therefore often reach outside their four corners to settle disputes. Such gap-filling is also required in order to explain or justify what they are doing. This is especially true of international adjudicators, from judges in the International Criminal Court to arbitrators presiding over investor-state claims, since they operate under the equally fundamental rule requiring issuance of “reasoned” opinions. The need for reasoned opinions encourages some “boundary crossings” across international legal regimes and even the occasional comparativist foray into national legal orders (as to find general principles of law), if only under the pretense that gaps in the international rule of law do not exist. If members of the WTO Appellate Body could not resort to the customary rules of treaty interpretation, the alternatives are limited and unattractive: they would either have to refuse to settle a dispute due to the absence of such rules or make these up as they go along, thereby encouraging predictable charges of activist “lawmaking”²¹⁹.

Neste aspecto, a analogia é utilizada com o mesmo objetivo pelos tribunais arbitrais²²⁰ e tem se demonstrado bastante útil para a manutenção e expansão do direito internacional dos investimentos, pois se os mecanismos de resolução de disputas falhassem em superar eventuais omissões e ambiguidades, a própria confiança dos participantes em tribunais arbitrais de investimentos se encontraria prejudicada, o que diminuiria a apresentação de

Rapporteur of the ILC observed that dykes used for the protection of the coast constituted a separate problem and did not come under either Article 9 (ports) or Article 10 (roadsteads)”. Subsequently, the concept of a “dyke” was no longer used, and reference was made to “jetties” serving to protect coasts from the sea. The first sentence of Article 11 of UNCLOS corresponds, apart from one minor change in the wording, to that of Article 8 of the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone. [...] The Court concludes from this that there are grounds for proceeding on a case-by-case basis, and that the text of Article 11 of UNCLOS and the travaux préparatoires do not preclude the possibility of interpreting restrictively the concept of harbour works so as to avoid or mitigate the problem of excessive length identified by the ILC. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime delimitation in the black sea (Romania v. Ukraine). judgment of 3 february 2009. **I.C.J. Reports 2009**, The Hague, 2009, p. 106-107.

²¹⁹ ALVAREZ, 2014, p. 03.

²²⁰ SIMMA, Bruno; KILL, Investment Protection and Human Rights. In: BINDER, Christina et al. (ed.). **International Investment Law for the 21st Century**: essays in honor of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.682; PAPANINSKIS, Martis. Analogies and other regimes of international law. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). **The foundations of international investment law**: bringing theory into practice. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 77-78.

demandas perante fóruns como o ICSID, e impediria o seu desenvolvimento em bases jurisprudenciais²²¹.

Duas perspectivas são predominantes entre os participantes de arbitragens de investimentos, uma corrente privatista e outra corrente publicista. Os adeptos da corrente publicista reconhecem que as arbitragens de investimento exercem uma função pública, que consiste em estabelecer princípios universais de proteção a investimentos estrangeiros sob o direito internacional²²².

Procura-se estabelecer regras de aplicação geral para o direito internacional dos investimentos, com o objetivo de desenvolver as normas existentes. Também se atribui maior importância à posição do Estado como entidade soberana, responsável pela prestação de serviços essenciais aos seus cidadãos e responsável pela persecução do interesse público primário dos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição²²³.

Para esta corrente, há maior necessidade de sistematizar e trazer coerência ao direito internacional dos investimentos, prezando pela universalidade de suas normas e assim eliminar os riscos políticos inerentes a qualquer investimento estrangeiro, o que permite analogias com princípios de direito público²²⁴.

Para advogados privatistas, mais tradicionais, a resolução de disputas através da arbitragem é vista como a prestação de um serviço, e não como mecanismo de determinação de princípios gerais. A inspiração para interpretar o direito internacional dos investimentos surge a partir das arbitragens comerciais internacionais, em que os árbitros devem resolver uma disputa específica, possuem responsabilidades apenas com as partes, e se encontram sujeitos aos limites definidos por estes, orientação esta fortemente fundamentada na autonomia da vontade e na igualdade entre as partes de uma arbitragem, pouco importando se um dos sujeitos envolvidos é um Estado²²⁵.

A diversidade de perspectivas existentes causa divergências quanto aos entendimentos sobre o funcionamento do regime internacional de proteção aos investimentos. Estas diferentes percepções não permitem definir a natureza do direito internacional dos investimentos, pois cada perspectiva atribui especial foco a um de seus aspectos em detrimento dos demais, entretanto, escolher por uma perspectiva acaba criando consequências

²²¹ ALVAREZ, loc. cit., p. 04.

²²² SCHILL, 2011a, p.59

²²³ Ibidem.

²²⁴ SCHILL, 2011a, p.59.

²²⁵ MAUPIN, 2014, p. 395.

normativas para os sujeitos envolvidos e também para a própria maneira como a capacidade regulatória dos Estados é considerada²²⁶.

1.6 Conclusões

As arbitragens de investimentos se encontram entre o público e o privado, e isto influencia a forma como a competência regulatória do Estado é vista. Nem todo exercício de soberania estatal pode ser considerado como atividade realizada em prol do interesse público, ainda mais quando se fala de países com históricos de governos ditatoriais, entretanto, consideramos que neste caso não há legítimo exercício de competência regulatória, pois esta deve ser realizada apenas na persecução do interesse nacional, seja visando o desenvolvimento nacional, ou a proteção e efetivação de direitos de indivíduos sob a sua jurisdição.

A preocupação sobre o espaço atribuído à competência regulatória de Estados por arbitragens de tratados de investimentos diz respeito a estas situações, em que o Estado realiza um ato visando o interesse público, seja através de uma nova legislação ambiental, ou a adoção de medidas referentes à saúde pública, ou principalmente quando o Estado tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos, ao querer assegurar o acesso a serviços essenciais, como abastecimento de água e saneamento básico.

Isto se torna relevante em um momento em que as arbitragens de tratados de investimentos podem influenciar a ação dos agentes que participam do regime dos investimentos internacionais. Na medida em que as arbitragens de tratados de investimentos têm essa capacidade, a forma como a capacidade regulatória dos Estados é tratada por tribunais arbitrais pode ser um fator fortemente relevante para a proteção de direitos.

Importante ressaltar, igualmente, que as arbitragens de tratados de investimentos são marcadas por diferentes percepções quanto ao procedimento arbitral em si, e isto também pode ter consequências sobre a situação do Estado ao participar de uma disputa arbitral. Sem identificar a arbitragem de tratado de investimento como um mecanismo puramente público ou privado, nos próximos capítulos analisaremos como as duas principais perspectivas

²²⁶ DOUGLAS, Zachary. The hybrid foundations of investment treaty arbitration. **British Yearbook of International Law**, [s.l.], v. 74, pp. 151-289, 2003, p. 152; MAUPIN, 2014, p. 396; MILLS, 2011, p. 477; PAPARINSKIS, 2014, p. 80.

observam o funcionamento das arbitragens de tratados de investimento, e até que ponto o exercício da capacidade regulatória dos Estados em prol do interesse público é considerado pelas diferentes abordagens.

2 O MODELO DE ARBITRAGEM: DAS DISPUTAS COMERCIAIS ATÉ ÀS ARBITRAGENS DE TRATADOS DE INVESTIMENTOS

2.1 Introdução

O desenvolvimento do direito internacional dos investimentos é marcado por conflitos entre investidores e Estados, aqueles buscando maximização de seus lucros, e estes pretendendo resguardar sua capacidade regulatória para resolver situações de interesse público.

Os conflitos sobre a capacidade regulatória dos Estados receptores de investimentos se fazem presentes nas arbitragens de tratados de investimentos, marcada por diferentes abordagens sobre o seu papel e natureza. Estas diferenças de perspectivas consequentemente também influenciam a forma como é observada a capacidade regulatória dos Estados, exercida em prol de seus cidadãos.

Neste segundo capítulo, discutiremos as diferentes abordagens existentes sobre o regime das arbitragens internacionais de investimentos, partindo da percepção tradicional de que a resolução de disputas pela via arbitral representa um regime privado de solução de controvérsias, passando pelos pontos de contato entre as arbitragens de tratado de investimentos com as arbitragens comerciais internacionais, para observar a segunda abordagem, de que as arbitragens de tratados de investimentos, ainda que utilizem de regras procedimentais de origem privada para resolver litígios, devem ser entendidas em um contexto de direito público global.

2.2 A arbitragem comercial internacional e sua importância para o regime internacional dos investimentos: desenvolvimento da concepção privatista

Diferentes fatores podem explicar comparações entre as arbitragens de tratado de investimentos e as arbitragens comerciais. Os atores que participam em arbitragens de

tratados de investimentos podem decidir por analogias as quais favorecem os seus interesses²²⁷. Para Alex Mills, ainda que a defesa de uma posição privatista da arbitragem de investimentos não seja necessariamente vinculada à defesa de interesses comerciais do investidor, investidores privados se utilizam desta concepção para reafirmar os seus interesses, enquanto Estados alegam a natureza pública das arbitragens de tratados de investimento para defender os seus²²⁸. Porém, a escolha por analogias também pode ser influenciada pelo histórico profissional dos agentes envolvidos²²⁹.

Devemos considerar que as arbitragens de tratados de investimentos foram desenvolvidas a partir das regras procedimentais adotadas pelas arbitragens comerciais²³⁰. Durante a segunda metade do Séc. XX, a arbitragem comercial foi o principal meio de resolução de disputas entre investidores estrangeiros e Estados, decorrentes da violação de contratos de investimentos, além da constatação de que a maioria dos árbitros que participam de arbitragens de investimentos possui experiência com procedimentos privados²³¹.

Em pesquisa empírica realizada por Michael Waibel e Yanhui Wu sobre o perfil de 341 árbitros envolvidos em 388 casos submetidos ao ICSID entre 1978 e 2011, concluiu-se que mais da metade dos árbitros que participaram de procedimentos perante o ICSID atuaram como advogados em outras disputas submetidas ao Centro, assim como mais de 60 por cento dos árbitros atuam na prática privada em tempo integral, enquanto menos de um terço são acadêmicos especialistas em direito internacional público²³².

O treinamento recebido por um profissional influencia o que é percebido por este como o procedimento normal a ser adotado, portanto juristas experientes em arbitragens comerciais podem acabar aplicando o mesmo procedimento em arbitragens de investimentos²³³. Como aquela serviu de base a esta, não seria difícil para tal jurista compreender todo o sistema sob a ótica daquilo que ele já conhece.

²²⁷ ROBERTS, 2013, p.53-54.

²²⁸ MILLS, Alex. Antinomies of public and private at the foundations of international investment law and arbitration. **Journal of International Economic Law**. [s.l.], v. 14, n.02, pp469-503, 2011, p. 499.

²²⁹ ROBERTS, op cit, p.56.

²³⁰ FRANCK, Susan D.. The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions. **Fordham Law Review**, [s.l.], v. 73, p. 1521-1635, 2005, p.1544; SPADANO, Lucas Eduardo F.A. Arbitragem Internacional. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa; SILVA; Roberto Luiz (org.). **Manual de Direito Processual Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.187.

²³¹ MAUPIN, 2014, p.394-395.

²³² WAIBEL, Michael; WU, Yanhui. **Are Arbitrators Political?** [s.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.wipol.unibonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12>. Acesso em 20 jan 2015, p. 28.

²³³ ROBERTS, loc. cit.

Há proximidades entre a arbitragem comercial e a arbitragem de investimentos. Os princípios norteadores da arbitragem comercial internacional se encontram presentes no sistema arbitral instituído pela Convenção de Washington²³⁴, entretanto deve ser analisado em que circunstâncias os princípios da arbitragem comercial são utilizados pelas arbitragens de investimentos, e em que condições os dois regimes passam a se distanciar.

2.3 O padrão procedimental das arbitragens comerciais internacionais

A arbitragem comercial é um mecanismo privado de resolução de disputas, e se constitui atualmente como o principal método de resolução de disputas comerciais transfronteiriças²³⁵.

A arbitragem é definida como um método de heterocomposição de conflitos em que dois sujeitos, através de um acordo livremente estabelecido mediante manifestação de vontade, confiam uma disputa a um terceiro – o árbitro – para decidi-la nos limites convencionados²³⁶. Para a realização da arbitragem, as partes interessadas devem ter capacidade para contratar e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis²³⁷.

Não há uma definição exata para o que seja uma arbitragem comercial internacional. A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ou Convenção de Nova York, de 1958²³⁸, não conceitua o que seria uma arbitragem comercial internacional, apenas que a sentença arbitral estrangeira é aquela proferida no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução da sentença.

²³⁴ BORN, Gary. A new generation of international adjudication. *Duke Law Journal*, [s.l.], v. 61, 2012, p. 835.

²³⁵ ALVIK, Ivar. **Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration**. Oregon: Hart Publishers, 2011, p. 25; MOSES, Margaret L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. New York: Cambridge University Press, 2008, p.01; TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.307.

²³⁶ CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15. FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A cláusula compromissória nos contratos de adesão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor. In: **Temas de arbitragem**: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.01-02; GAILLARD, Emmanuel, SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 09.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Estado e a Arbitragem. In: TIBURCIO, Carmen; _____ (Org.). **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.567; CARMONA, loc. cit.; DINARMACO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21.

²³⁸ BRASIL, Decreto nº 4.311, de 23 de Julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 2002. Seção 1, p. 3.

Para Nádia de Araújo, arbitragem comercial internacional pode envolver uma relação jurídica subjetivamente internacional, ou seja, em que as partes são domiciliadas em países diversos, ou contém algum elemento objetivo de estraneidade, como o local de sua constituição, do cumprimento da prestação, entre outros elementos²³⁹. Alguns países também definem como internacional uma arbitragem que utilize uma lei não doméstica²⁴⁰.

A arbitragem é um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, representa uma alternativa aos tribunais estatais²⁴¹, sendo que a intervenção do Poder Judiciário ou não ocorrerá ou acontece apenas quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros, como em situações de condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou execução da própria sentença arbitral²⁴².

Ao optar pela arbitragem, as partes podem constituir um tribunal unicamente para resolver uma demanda específica, representando uma arbitragem *ad hoc*, ou podem optar por um tribunal vinculado a uma instituição comercial ou centro de arbitragem, com regras procedimentais próprias e pré-definidas, o que significa uma arbitragem institucional²⁴³.

A essência da arbitragem se constitui em um acordo, um ato negocial, realizado entre as partes para submeter uma disputa iniciada a partir de um contrato – ou outra relação jurídica - para um terceiro decidir²⁴⁴. Conforme mencionado por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Leonardo Faria Schenk²⁴⁵:

A escolha pela solução arbitral é fruto da livre manifestação de vontade das partes e essa liberdade também rege todo o processo arbitral. Como decorrência do princípio da autonomia da vontade ou do dispositivo, as partes livremente adotam um determinado procedimento ou aderem ao procedimento de uma determinada instituição arbitral e, nos vazios dessas regras, elas devem, sempre de comum acordo, continuar senhoras do processo arbitral, adotando todas as providências que contribuam para a confiança no julgamento final.

²³⁹ ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 513.

²⁴⁰ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92.

²⁴¹ CARMONA, 2009, p. 15.

²⁴² *Ibidem.*, p. 33; VAN HARTEN, Gus, 2007, p. 61.

²⁴³ CARMONA, loc. cit.; SOARES, Guido F. S.. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – vicitudes. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 641, mar. 1989, p. 29.

²⁴⁴ ALVIK, 2011, p. 25.; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 29.

²⁴⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (*disclosure*) dos peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, [s.l.], v. 12, n. 12, 2013, pag. 583.

A base jurídica da arbitragem comercial internacional se encontra na autonomia da vontade das partes e em sua liberdade contratual, princípio angular através do qual a decisão tomada por livre vontade dos particulares deve ser respeitada pelo Poder Público²⁴⁶.

Através da manifestação de autonomia da vontade, as partes podem resolver disputas através de procedimento arbitral, criando um acordo de arbitragem, que é o substrato da arbitragem internacional comercial e se apresenta como um acordo autônomo em referência à relação jurídica submetida à controvérsia, possuindo o tribunal arbitral competência para se manifestar sobre a sua própria jurisdição – princípio *competence-competence*²⁴⁷.

A partir da autonomia da vontade das partes, podem estas escolher o direito material a ser aplicado para resolver a controvérsia e as regras procedimentais que regerão a arbitragem. A escolha não se limita a regras positivas nacionais ou estrangeiras, pois podem as partes se decidirem pela aplicação de normas não estatais, como a *lex mercatoria*, assim como de regulamentos de câmaras arbitrais institucionais. As partes podem também escolher o local que será a sede da arbitragem, conforme reconhecido por convenções internacionais como a Convenção de Nova York de 1958²⁴⁸, e em demais textos como as Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 1976, revisada em 2010²⁴⁹, a Lei Modelo de Arbitragem Comercial da UNCITRAL de 1985, com emendas adotadas em 2006²⁵⁰, e o Regulamento de arbitragem da ICC²⁵¹.

Os Estados devem respeitar a vontade da parte em submeter um contrato à arbitragem, conforme consta no Artigo II, parágrafo 1, da Convenção de Nova York de 1958, através do

²⁴⁶ ALVIK, loc. cit.; GAILLARD; SAVAGE, op. cit., p. 31; VAN HARTEN, op. cit., p.59.

²⁴⁷ ARAÚJO, Nádia. O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27, [s.l.: s.n.], out./dez. 2010, p. 271: “No direito comparado, a ideia da autonomia da cláusula arbitral é considerada como um princípio consagrado, sendo chamado em inglês de “*separability*” e em francês de “*séparabilité*”. Peter Nygh descreve a autonomia da cláusula arbitral como sendo um princípio que transcendeu a sua existência somente nos sistemas nacionais, podendo ser considerado hoje como um princípio de caráter universal. Acrescenta ainda que esses dois princípios, o da autonomia da cláusula e da competência-competência são essenciais na condução da arbitragem nos dias de hoje, estabelecendo os poderes do árbitro em relação aos juízes nacionais. Sem eles o árbitro estaria à mercê de qualquer alegação das partes sobre a invalidade da cláusula, e com isso poderia evitar o recurso à arbitragem previamente acordada”.

²⁴⁸ BRASIL, 2002. Seção 1, p. 3.

²⁴⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL arbitration rules (as revised in 2010)**. [s.l.: s.n.], 2010. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em 13 jan 2015.

²⁵⁰ Idem. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. [s.l.: s.n.], 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em 13 jan 2015.

²⁵¹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration**. [s.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 14 jan 2015.

qual os Estados signatários são obrigados a reconhecer toda cláusula arbitral ou acordo de arbitragem sobre uma matéria passível de solução mediante arbitragem²⁵².

A cláusula arbitral deve ser respeitada nos limites do livre exercício da vontade e do devido processo legal²⁵³. Constatado que um indivíduo participou de livre e espontânea vontade de uma arbitragem, sendo respeitado o devido processo legal e não havendo o tribunal arbitral excedido o acordo entre as partes, a parte perdedora não pode afastar o resultado do laudo através de recurso ao judiciário nacional²⁵⁴.

No cenário internacional, a arbitragem se desenvolveu como autônoma, desvinculada de um ordenamento jurídico e composta por regras e princípios próprios, como resultado da manifestação da vontade das partes em afastar a disputa de um ordenamento jurídico específico e resolvê-lo através de um regime de regras transnacionais mais adequado ao comércio internacional²⁵⁵. A ênfase na autonomia da vontade é responsável por libertar as partes de qualquer limitação baseada no Estado, o que certamente tem se apresentado como um dos desenvolvimentos mais importantes na arbitragem comercial internacional²⁵⁶.

A arbitragem comercial internacional não se constitui parte do judiciário do Estado em que ela ocorre, havendo de se desenvolver em um sistema autônomo e não nacional, como pretendia Berthold Goldman em curso oferecido na Academia de Direito Internacional da Haia em 1963: “[...] *toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national*”²⁵⁷.

O desenvolvimento da autonomia da arbitragem comercial internacional implicou na desnacionalização da arbitragem e na sua caracterização como transnacional, sem vinculação com um país determinado²⁵⁸, como exemplificado mediante resolução do *l'Institut de droit international* adotada em San Tiago da Compostela em 1989:

²⁵² Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

²⁵³ DINAMARCO, 2013, p. 80.

²⁵⁴ VAN HARTEN, 2007, p. 60.

²⁵⁵ DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.96; HASCHER, Dominique. Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international. **Recueil des Cours**, v. 279, Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p.71.

²⁵⁶ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 32.

²⁵⁷ GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, **Recueil des Cours**, v. 109, Leiden: Martinus Nijhoff, 1963, p. 380.

²⁵⁸ GAILLARD, Emmanuel. Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international. **Recueil des Cours**. v. 329. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p.149-150; HASCHER, op. cit., p. 72.

The parties have full autonomy to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce²⁵⁹.

Devido à desnacionalização – ou *delocalization*²⁶⁰ - da arbitragem comercial internacional, a sentença arbitral se apresenta como autônoma em relação ao ordenamento jurídico do local da sede da arbitragem e do local de sua execução, o que permite às partes impedir que certos aspectos de um determinado ordenamento jurídico influenciem a resolução do litígio e causem um resultado contrário ao interesse dos sujeitos envolvidos, pois estes ordenamentos exercem pouca influência sobre a arbitragem como um todo²⁶¹.

A desnacionalização da arbitragem comercial internacional é plenamente reconhecida pela Convenção de Nova York de 1958, a qual obriga a todos os países signatários a reconhecer e executar sentenças arbitrais independente de prévia validação pelo país da sede da arbitragem, tornando desnecessário o procedimento da dupla homologação²⁶².

Como consequência de sua autonomia, a sentença arbitral pode ser considerada válida no país de execução ainda que ela tenha sido invalidada pelo judiciário do local da sede da arbitragem, porque ela não é parte do ordenamento do Estado em que foi prolatada. Exemplificativo deste aspecto é a jurisprudência francesa citada por Emmanuel Gaillard em seu curso da Academia da Haia:

[...] une sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demeurait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international²⁶³.

Igualmente, deveria o judiciário da sede da arbitragem evitar se manifestar sobre o procedimento arbitral, conforme afirma Carmen Tiburcio:

Assim, caso essa opção seja feita, o laudo proferido na França não mais será passível de anulação naquele país. Essa possibilidade conferida aos participantes de uma arbitragem internacional se justifica em virtude do fato de que tais laudos serão

²⁵⁹ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Arbitration between states, state enterprises, or state entities, and foreign enterprises, Artigo 6, **Annuaire de l'Institut de droit international**, v. 63, t. II, San Tiago Del Compostela: [s.n.], 1989, p. 219.

²⁶⁰ PAULSSON, Jan. Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin. **International and Comparative Law Quarterly**. [s.l.], v. 30, n. 2, 1981, p. 358.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² Idem. Arbitration in three dimensions. **International and Comparative Law Quarterly**. [s.l.], v. 60. apr. 2011, p. 300; TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Comercial Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. [s.l.], v. 40, jan. 2014, p. 263.

²⁶³ Cour de cassation, 1re civ., 23 mars 1994, Société Hilmarton Ltd. c. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), JDI, 1994, p. 701, spéc. p. 702. Apud GAILLARD, 2007, p.116-118.

executados em outro país, onde estarão sujeitos ao controle com base na convenção de Nova York, art. V. Portanto, ainda que não sejam passíveis de anulação na França, o laudo pode ser afastado no país de sua execução, caso esteja presente algum dos requisitos previstos na referida convenção²⁶⁴.

Há pouco espaço para que o judiciário do local de execução da sentença invalide uma arbitragem comercial internacional. Nem a Convenção de Nova York ou a maioria das legislações nacionais atribuem ao judiciário a competência para rever o mérito de uma arbitragem, a não ser em raras situações²⁶⁵.

Para uma sentença arbitral ter a sua homologação negada pelo judiciário, esta deve apresentar um vício fundamental que invalide a autonomia do procedimento arbitral, o que ocorre quando há violação à autonomia da vontade das partes, seja por ter o procedimento sido realizado em contrário ao acordado por estas, por ter havido violação ao direito de contraditório e ampla defesa, ou por terem os árbitros decidido questão diferente do que delimitado pelas partes. Também há possibilidade de invalidação quando a sentença for contrária à ordem pública do lugar de execução²⁶⁶.

A arbitragem comercial internacional é composta por uma série de fontes de direito, abrangendo tanto instrumentos públicos como privados. Entre os instrumentos públicos há as legislações nacionais e internacionais, com esta última classe composta por tratados (bilaterais ou multilaterais), costumes, princípios gerais de direito e jurisprudência internacional.

²⁶⁴ TIBURCIO, 2006, p. 260-261.

²⁶⁵ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 184

²⁶⁶ Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou
b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou
b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Também compõem as fontes internacionais os textos elaborados por organizações intergovernamentais sem força vinculante, sendo alguns produzidos com a finalidade de serem aplicados pelas partes para regerem o procedimento arbitral, como as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), ou ao menos como orientação para a formulação de textos legislativos nacionais, como a Lei Modelo da UNCITRAL. Nestes termos, os textos públicos não vinculantes acabam atuando como *soft law*²⁶⁷.

Entre os tratados internacionais, há uma série de acordos bilaterais e multilaterais mencionando arbitragem, alguns de âmbito regional, como a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1961 (Convenção de Genebra de 1961), a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 1975, e demais firmadas no âmbito do Mercosul, como o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 1992 (Protocolo de Las Leñas), e o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, de 1998 (Protocolo de Buenos Aires).

Em âmbito global, houve importantes desenvolvimentos através de convenções como o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 1923 (Protocolo de Genebra), a Convenção de Genebra concernente à Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1927, até chegarmos à Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, elaborada sob o patrocínio das Nações Unidas, responsável por substituir a Convenção de Genebra de 1927, constituindo o tratado multilateral mais significativo sobre o tema²⁶⁸.

Elaborada por um painel de especialistas vinculado ao Comitê Econômico e Social das Nações Unidas (*Economic and Social Committee - ECOSOC*) e fortemente inspirada por um projeto de convenção desenvolvido pela Câmara Internacional de Comércio (*International*

²⁶⁷ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 103.

²⁶⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")**. [s.l.: s.n.], 2008, Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>. Acesso em 15 Jan. 2015.

Chamber of Commerce – ICC)²⁶⁹, a Convenção de Nova York atualmente possui 154 ratificações, com poucas reservas feitas ao seu texto²⁷⁰.

O principal objetivo da Convenção de Nova York é trazer uniformidade quanto às regras de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais e fortalecer o seu caráter autônomo. A Convenção obriga os Estados a reconhecer e executar as sentenças conforme as normas procedimentais existentes no Estado em que a decisão é invocada, dispensa a necessidade de dupla homologação, e dispõe que a anulação da sentença só pode ser pretendida no local da sede da arbitragem (Artigo III e seguintes), representando inovações em relação a convenções anteriores, enquanto o Artigo II trata da obrigação dos Estados de respeitarem os acordos de arbitragem firmados pelas partes²⁷¹.

Os textos de *soft law* aplicados referentes à arbitragem internacional, por sua vez, também foram desenvolvidos por comissões especializadas das Nações Unidas, em especial a Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional, a UNCITRAL. Entre as regras de arbitragem adotadas como *soft law*, a com maior destaque é a Regra da UNCITRAL de 1976, recentemente revista em 2010, e posteriormente adicionada nova regra referente a transparência em arbitragens entre investidores e Estados²⁷².

As Regras de Arbitragem da UNCITRAL foram desenvolvidas para serem aplicadas em arbitragens *ad hoc*²⁷³, com caráter opcional, utilizadas apenas se as partes assim desejarem²⁷⁴. As Regras da UNCITRAL são empregadas em diferentes tipos de disputas, desde arbitragens comerciais a arbitragens entre Estados e arbitragens entre investidor e Estado²⁷⁵.

Conforme Emmanuel Gaillard e John Savage²⁷⁶:

The autonomy and universality of the UNCITRAL Rules have undoubtedly played a major role in their success. They have provided developing nations and socialist

²⁶⁹ GAILLARD; SAVAGE, op. cit., p. 122.

²⁷⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Status, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)**. [s.l.: s.n.], 2008, Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em 15 Jan. 2015.

²⁷¹ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 124.; SAMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: law and practice**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p.53; TIBURCIO, 2006, p.288.

²⁷² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2013 [on the report of the Sixth Committee (A/68/462)] 68/109. **United Nations Commission on International Trade Law Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration and Arbitration Rules (as revised in 2010, with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)**, [s.l.: s.n.], 2013.

²⁷³ GAILLARD; SAVAGE, op. cit., p. 103.

²⁷⁴ SAMMARTINO, op. cit., p. 823.

²⁷⁵ UNCITRAL, 2010, p.01

²⁷⁶ GAILLARD; SAVAGE, op. cit., p. 106.

states with a means of competing with established arbitral institutions, which are generally located in Western industrialized nations. Many companies, wherever they are headquartered, consider that this "semi-organized" system of arbitration can be equally effective, less costly! and "politically" easier to negotiate than an institutional arbitration. Moreover, the arbitral institutions themselves, which might have felt threatened by the advent of the UNCITRAL Rules, in fact welcomed them. More than twenty institutions, including some of the most prestigious centres, have agreed to act as an appointing authority for the purposes of the Rules. A number of institutions even apply the Rules to the arbitrations they supervise. This is the case of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Hong Kong International Arbitration Centre, the British Columbia International Commercial Arbitration Centre, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, the Spanish Court of Arbitration, the Inter-American Commercial Arbitration Commission, and, on an optional basis, the Japan Commercial Arbitration Association. Other institutions refer to the UNCITRAL Rules in the co-operation agreements which they sign among themselves. The Rules have thus proved an effective means of harmonizing institutional arbitration. In addition, arbitrations under the auspices of the Iran-United States Claims Tribunal in The Hague are governed, with certain minor changes, by the UNCITRAL Rules, and it is in that setting that the Rules demonstrated their effectiveness in practice.

Após a forte aceitação das Regras de Arbitragem de 1976, a UNCITRAL deu continuidade a outra iniciativa de sucesso, a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985, recentemente modificada em 2006²⁷⁷. A Lei Modelo se apresenta como instrumento opcional e surgiu com o objetivo orientar legisladores, estabelecendo um perfil a ser adotado por futuras legislações nacionais sobre arbitragem²⁷⁸, influenciando inclusive a legislação brasileira²⁷⁹.

A Lei Modelo surgiu a partir do interesse e esforço de uniformização das leis de arbitragem como facilitação do comércio internacional e se mostrou tão efetiva quanto a adoção de um tratado sobre o tema, de forma que todos os Estados que reformaram suas legislações sobre arbitragem desde 1985 consideraram as disposições da Lei Modelo como ponto de partida em maior ou menor intensidade, conforme menciona Emmanuel Gaillard e John Savage:

Some countries adopted certain of the provisions of the Model Law, but considered that they could extend, simplify or liberalize it. Examples include the Netherlands in 1986 and Switzerland in 1987. Because of the specificity of their respective legal systems, Italy and England decided not to follow the Model Law closely. Also, as described earlier, the Model Law has been introduced into a number of legal

²⁷⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Resolutions adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/61/453)] 61/33. **Revised articles of the Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, and the recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958.** [s.l.: s.n.], 2006.

²⁷⁸ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 107.

²⁷⁹ CARMONA, 2009, p. 33; LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens d lei de arbitragem. **Revista do Advogado.** [s.l.], v 51, out. 1997, p.32.

systems, and that trend is continuing. On March 31, 1999, a total of 29 countries had adopted legislation based to a certain extent on the Model Law, along with Hong Kong, 8 American states and all 12 Canadian provinces and territories. The 1999 Swedish Arbitration Act, which entered into force on April 1, 1999, is also based to a large extent on the Model Law. All continents and all legal traditions are represented, reflecting the universality of the text. Another important feature is the Model Law's flexibility, each country being free to determine: the extent to which it chooses to adopt the Model Law; its scope (whether or not it will apply only to international arbitration); and whether or not it is to be binding²⁸⁰.

A Lei Modelo foi desenvolvida para ser operada em conjunto com as demais regras de arbitragem existentes, não em oposição a estas, e as suas disposições devem ser aplicadas desde que as partes não se manifestem em contrário, indicando o papel da autonomia da vontade para a arbitragem²⁸¹.

Também podem ser aplicadas aos procedimentos arbitrais fontes privadas elaboradas por instituições específicas, como regras institucionais e cláusulas arbitrais próprias. Alguns centros de arbitragem dispõem de suas próprias regras arbitrais, que são aplicadas quando se submete uma disputa ao centro, havendo a possibilidade das partes aplicarem também outras regras procedimentais naquilo que as regras do centro permitirem.

É o que ocorre, por exemplo, através do Artigo 19 do Regulamento da ICC, que determina que uma arbitragem ocorrida na Câmara Internacional de Comércio será regida pelo próprio Regulamento, e, no que for omissis, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem²⁸². Igualmente, as Regras de Arbitragem da *London Court of International Arbitration* definem em seu preâmbulo que toda arbitragem submetida a essa corte será regida conforme as de seu regulamento²⁸³.

²⁸⁰ GAILLARD; SAVAGE, op. cit., p. 108-109.

²⁸¹ MOSES, 2008, p. 06.

²⁸² ARTIGO 19

Regras aplicáveis ao procedimento

1 O procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissis, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.

²⁸³ LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **LCIA Arbitration Rules effective 1 October 2014**. London: [s.n.], 2014. Disponível em <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx> Acesso em: 20 jan. 2015.: “Where any agreement, submission or reference howsoever made or evidenced in writing (whether signed or not) provides in whatsoever manner for arbitration under the rules of or by the LCIA, the London Court of International Arbitration, the London Court of Arbitration or the London Court, the parties thereto shall be taken to have agreed in writing that any arbitration between them shall be conducted in accordance with the LCIA Rules or such amended rules as the LCIA may have adopted hereafter to take effect before the commencement of the arbitration and that such LCIA Rules form part of their agreement (collectively, the ‘Arbitration Agreement’). These LCIA Rules comprise this Preamble, the Articles and the Index, together with the Annex to the LCIA Rules and the Schedule of Costs as both from time to time may be separately amended by the LCIA (the “LCIA Rules”).”

Alguns centros de arbitragem oferecem cláusulas padronizadas a serem inseridas nos contratos, já constando informação sobre a composição do tribunal arbitral, regra procedimental e material a ser aplicada, para facilitar o acesso das partes contratantes à arbitragem, como a cláusula padrão de arbitragem da ICC:

Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento²⁸⁴.

Outras instituições também dispõem de cláusulas padronizadas de arbitragem, como a cláusula padrão de resolução de controvérsias elaborada pela *London Maritime Arbitrator's Association*²⁸⁵ e a *Court of Arbitration for Sport*²⁸⁶, entre outras. O objetivo destas cláusulas é atender a demanda por arbitragens setoriais especializadas, e atribuir certa flexibilidade ao regime de arbitragem comercial não encontrada em leis nacionais²⁸⁷. Não há exatidão quanto ao número de cortes arbitrais atualmente existentes devido ao número de instituições que se formaram em diferentes países²⁸⁸, o que cria uma multiplicidade de regras institucionais existentes à disposição de agentes comerciais²⁸⁹.

²⁸⁴ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **Standard ICC arbitration clauses in portuguese**. [s.l: s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-clauses/Standard-ICC-Arbitration-Clauses-in-several-languages/>. Acesso em: 04 abril 2015.

²⁸⁵ This contract is governed by English law and all disputes arising under or in connection with it shall be referred to arbitration in London. Arbitration shall be conducted in accordance with one of the following LMAA procedures applicable at the date of the commencement of the arbitration proceedings: (i) Where the amount claimed by the Claimants is less than US\$400,000.00, excluding interest, (or such other sum as the parties may agree and subject to paragraph (ii) below), the reference shall be to a tribunal of three arbitrators and the arbitration shall be conducted in accordance with the LMAA Intermediate Claims Procedure; (ii) Where the amount claimed by the Claimants is less than US\$100,000.00, excluding interest (or such other sum as the parties may agree) the reference shall be to a sole arbitrator and the arbitration shall be conducted in accordance with the LMAA Small Claims Procedure. (iii) In any case where the LMAA procedures referred to above do not apply, the reference shall be to three arbitrators in accordance with the LMAA Terms current at the date of commencement of the arbitration proceedings.

²⁸⁶ 1. Arbitration clause to be inserted in a contract: "Any dispute arising from or related to the present contract will be submitted exclusively to the Court of Arbitration for Sport in Lausanne, Switzerland, and resolved definitively in accordance with the Code of sports-related arbitration". COURT OF ARBITRATION FOR SPORT. **Ordinary clauses**. [s.l: s.n.] Disponível em: <http://www.tas-cas.org/en/arbitration/standard-clauses.html>. Acesso em: 04 Abril 2015.

²⁸⁷ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 152-153.

²⁸⁸ SAMMARTANO, 2001, p. 57-58.

²⁸⁹ A título ilustrativo, além da International Court of Arbitration da ICC e da London Court of International Arbitration, mencionamos a American Arbitration Association, International Arbitral Centre of the Federal Economic Chamber de Viena, o German Institution of Arbitration, o Interamerican Commercial Arbitration Commission, a Stockholm Chamber of Commerce, a Netherlands Arbitration Institute, China's International Economic and Trade Arbitration Commission, Indian Council of Arbitration, Arbitration Court of the Russian Chamber of Commerce and Industry, Hong Kong International Arbitration Centre, Singapore International Arbitration Centre, Swiss Chambers' Arbitration Institution, etc, e no Brasil, podemos citar a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, a Câmara de Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, a Câmara de Arbitragem Empresarial –

Em decorrência da autonomia da vontade das partes, possuem estas ampla liberdade para escolher a lei material a ser aplicada²⁹⁰. Consequentemente, devem os árbitros, a princípio, recorrer à lei material escolhida pelas partes para reger o mérito da controvérsia. Na hipótese de não ter ocorrido tal escolha, um critério antigo determinava que o tribunal arbitral aplicasse as regras de conexão da sede da arbitragem para encontrar o direito a ser aplicado, equiparando o árbitro ao juiz de direito²⁹¹.

Conforme critério atual se aplicará a lei que os árbitros julgarem mais apropriada, devendo ser levado em consideração os termos do contrato entre as partes e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes, conforme disposto no Artigo 21 do Regulamento de arbitragem da CCI²⁹², no Artigo 35.1 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL²⁹³, e com disposições semelhantes no Artigo 28 da Lei Modelo da UNCITRAL²⁹⁴, havendo apenas a diferença na Lei Modelo em que determina ao tribunal arbitral, na ausência de escolha de lei entre as partes, aplicar as regras de conexão que achar mais adequadas.

As partes podem aplicar a lei material que pretenderem. Pode ser esta a lei do Estado nacional de um dos contratantes, a lei de um terceiro Estado, ou inclusive a lei de nenhum Estado, decidindo a disputa com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e

Brasil (CAMARB), a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Porto Alegre (CBMAE – FEDERASUL), e a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial do Rio de Janeiro (CAMAE-RJ), entre outras.

²⁹⁰ DINAMARCO, 2013. p. 41; PEREIRA, Luís Cezar Ramos. A arbitragem nos contratos internacionais.

Revista dos Tribunais. [s.l.], v. 572, n. 26, jun. 1983, p. 419.

²⁹¹ GAILLARD, 2007, p. 147; TIBURCIO, 2006, p. 315.

²⁹² ARTIGO 21

Regras de direito aplicáveis ao mérito

1 As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

2 O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes.

3 O tribunal arbitral assumirá os poderes de *amiable compositeur* ou decidirá *ex aequo et bono* somente se as partes tiverem acordado em conferir-lhe tais poderes.

²⁹³ Article 35

1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.

²⁹⁴ Article 28. Rules applicable to substance of dispute

(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.

(2) Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

(3) The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.

(4) In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.

regras internacionais de comércio, representada pela *lex mercatoria*, ou inclusive ser resolvida mediante *ex aequo et bono*, tudo conforme decidido pelas partes²⁹⁵.

Ainda que haja plena liberdade, Carmen Tiburcio faz uma observação:

Recomenda-se, entretanto, respeito pela ordem pública do sistema jurídico que tenha ligação efetiva com o caso em questão, para evitar que a arbitragem seja utilizada como um instrumento para fraudar as respectivas leis nacionais, desde que não sejam consideradas como empecilho ao comércio internacional. Nesse caso, a ordem pública internacional determina que as leis nacionais que prejudicam o fluxo de comércio mundial sejam ignoradas²⁹⁶.

A lei aplicável ao processo arbitral não é a mesma que rege a relação material em disputa. Assim como podem as partes escolher a lei material, podem estas também definir as normas processuais que deverão prevalecer no processo como um todo ou em cada situação específica²⁹⁷.

As regras processuais seguem critérios próprios para a sua determinação, sejam estes baseados na vontade das partes, na vontade do tribunal arbitral, na lei processual da sede da arbitragem, na lei processual do lugar de provável execução da sentença arbitral, no regulamento aplicável à arbitragem, ou no direito internacional²⁹⁸.

Neste diapasão, o Artigo 19 da Lei Modelo da UNCITRAL indica que as partes são livres para concordarem sobre as regras procedimentais a serem usadas pelo tribunal, e na inexistência de tal acordo, o tribunal pode determinar as regras que achar apropriadas²⁹⁹. Portanto, as partes podem escolher expressamente as normas procedimentais a serem aplicadas. Podem ser escolhidos tanto um conjunto de regras institucionais, ou o regulamento da UNCITRAL em hipótese de arbitragem *ad hoc*. Pode ser adotada a lei processual do país sede da arbitragem ou a lei processual de país estrangeiro, assim como também podem as partes criar regras específicas para uma disputa³⁰⁰.

A liberdade de escolha das partes não significa que haja autorização para violação de direitos. Algumas garantias processuais devem ser respeitadas como elementos constantes de

²⁹⁵ TIBURCIO, op. cit., p.317-139.

²⁹⁶ TIBURCIO, 2006, p.320.

²⁹⁷ DINAMARCO, 2013, p.46.

²⁹⁸ TIBURCIO, op. cit., p.322.

²⁹⁹ Article 19.

Determination of rules of procedure

(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.

³⁰⁰ TIBURCIO, loc. cit.

ordem pública internacional, quesitos do devido processo legal como contraditório e ampla defesa, sob pena de que a sentença arbitral seja impedida de ser executada em qualquer lugar do mundo³⁰¹.

Desta forma, o Artigo 17, parágrafo 1, das Regras de Arbitragem da UNCITRAL determina que, na escolha deste regulamento, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem da forma que achar mais apropriada, desde que as partes sejam tratadas de forma igual e que no momento apropriado e com razoabilidade, cada parte possa se manifestar e apresentar o seu caso³⁰².

Agentes privados têm escolhido a via arbitral em detrimento de tribunais nacionais atraídos pela celeridade de procedimentos arbitrais, pela possibilidade de escolher a sede da arbitragem, de escolher a norma a reger materialmente e processualmente a disputa, e pela sua confidencialidade³⁰³. O procedimento arbitral em geral é mais rápido, apresenta a possibilidade de escolha do árbitro, com maior especialidade técnica sobre o assunto em discussão do que juízes, a arbitragem pode ser sigilosa, e há flexibilidade quanto à escolha da lei material e procedimental a ser aplicado na controvérsia.

Mediante a celeridade do procedimento arbitral, não se afirma que todo caso tenha resposta imediata, pois muitas disputas podem durar anos, porém, a via arbitral costuma ser mais rápida do que a judicial, pois o tribunal arbitral se dedica apenas ao caso para o qual foi constituído, diferente de uma vara de justiça que tem que decidir centenas de processos que lhe são distribuídos. No procedimento arbitral inexistente espaço para a interposição de múltiplos recursos contra o mérito da decisão, pois apenas por questões processuais pode uma arbitragem ser anulada, o que permite maior celeridade em relação ao Judiciário³⁰⁴.

Neste sentido, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de 1998 determina em seu Artigo 30.1 o tribunal arbitral profira a sua sentença em seis meses³⁰⁵,

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Article 17

1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties' dispute.

³⁰³ NOUSSIA, Kyriaki. **Confidentiality in international commercial arbitration**: a comparative analyses of the position under English, US, German and French Law. Berlin: Springer, 2010, p.20; TIBURCIO, Carmen, 2006, p.307.

³⁰⁴ MOSES, 2008, p. 04; TIBURCIO, 2006, p.308.

³⁰⁵ Artigo 30.

1: O prazo para o tribunal arbitral proferir a sentença arbitral final é de seis meses. Este prazo começará a contar a partir da data da última assinatura aposta pelo tribunal arbitral ou pelas partes na Ata de Missão ou, no caso previsto no artigo 23(3), a partir da data da notificação pela Secretaria ao tribunal arbitral da

enquanto o Artigo 34 Lei Modelo da UNCITRAL menciona os casos em que pode ser demandado a cassação de um laudo, resumindo-os a erros processuais ou quando o tribunal realiza atos para além do que foi acordado entre as partes³⁰⁶.

Os árbitros são indicados pelas partes caso a caso, e têm seus poderes limitados pela convenção de arbitragem, não dispendo de poderes mais amplos do que aqueles conferidos pelas partes³⁰⁷. O árbitro exerce no processo todos os poderes ordinariamente concedidos a um juiz nos limites da convenção de arbitragem e dos elementos da demanda em discussão, com a possibilidade de um laudo ser anulado se os árbitros forem além dos limites convencionados³⁰⁸.

A Lei Modelo da UNCITRAL de 1985 estabelece no Artigo 11, parágrafos 2 e 3, que as partes sejam livres para escolher o número de árbitros e definir o seu procedimento de escolha. Em arbitragens com três árbitros, cada parte deve escolher um dos membros do tribunal para que estes decidam sobre o terceiro membro³⁰⁹. O Artigo 9º, parágrafo 1 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL dispõe de forma semelhante³¹⁰.

aprovação da Ata de Missão pela Corte. A Corte poderá fixar um prazo diferente de acordo com o cronograma de procedimento estabelecido nos termos do artigo 24(2)”.
³⁰⁶ Article 34.

Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

(i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) the court finds that:

(i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

³⁰⁷ DINAMARCO, 2013 p.47; TIBURCIO, 2006, p.309.

³⁰⁸ DINAMARCO, op. cit., p.49.

³⁰⁹ Article 11.

Appointment of arbitrators

[...]

(2) The parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators, subject to the provisions of paragraphs (4) and (5) of this article.

(3) Failing such agreement, (a) in an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator; if a party fails to appoint the arbitrator within thirty days of receipt of a request to do so from the other party, or if the two arbitrators fail to agree on

Caso as partes não tenham previsto expressamente o procedimento de nomeação dos árbitros, há duas formas possíveis para regular a constituição do tribunal: conforme o regulamente escolhido pelas partes, ou de acordo com a lei do país da sede da arbitragem³¹¹. Neste diapasão, o Artigo V, parágrafo 1, alínea *d*, da Convenção de Nova York expressa igualmente o preceito da adoção da lei da sede da arbitragem como mecanismo subsidiário de escolha dos árbitros, enquanto que a adoção de forma determinada em regulamento diz mais respeito às arbitragens institucionais, como exemplificado pelo Artigo 12 do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional³¹².

O árbitro e as partes possuem dever de confidencialidade sobre o que foi discutido, que deve ser cumprido tanto durante como posteriormente ao julgamento da disputa, sendo

the third arbitrator within thirty days of their appointment, the appointment shall be made, upon request of a party, by the court or other authority specified in article 6.

³¹⁰ Article 9. 1.

If three arbitrators are to be appointed, each party shall appoint one arbitrator. The two arbitrators thus appointed shall choose the third arbitrator who will act as the presiding arbitrator of the arbitral tribunal.

³¹¹ TIBURCIO, op. cit., p.310.

³¹² ARTIGO 12

Constituição do tribunal arbitral

Número de árbitros

1 Os litígios serão decididos por um árbitro único ou por três árbitros.

2 Quando as partes não concordarem quanto ao número de árbitros, a Corte nomeará um árbitro único, exceto quando considerar que o litígio justifica a nomeação de três árbitros. Neste caso, o requerente deverá designar um árbitro dentro de 15 dias do recebimento da notificação da decisão da Corte, e o requerido deverá designar outro árbitro dentro de 15 dias a contar do recebimento da notificação da designação feita pelo requerente. Se qualquer das partes deixar de designar um árbitro, este será nomeado pela Corte.

Árbitro único

3 Quando as partes tiverem convencionado que o litígio deverá ser solucionado por árbitro único, estas poderão, em comum acordo, designá-lo para confirmação. Se não houver acordo para a sua designação dentro de 30 dias contados da data de recebimento do Requerimento pelo requerido, ou dentro de qualquer novo prazo concedido pela Secretaria, o árbitro único será nomeado pela Corte. Três árbitros

4 Quando as partes tiverem convencionado que o litígio deverá ser solucionado por três árbitros, as partes designarão no Requerimento e na Resposta, respectivamente, um árbitro para confirmação. Se uma das partes deixar de designar o seu árbitro, este será nomeado pela Corte.

5 Quando o litígio tiver de ser solucionado por três árbitros, o terceiro árbitro, que atuará na qualidade de presidente do tribunal arbitral, será nomeado pela Corte, a menos que as partes tenham decidido por outro procedimento para a sua designação, caso em que esta ficará sujeita a confirmação nos termos do artigo 13. Caso tal procedimento não resulte em designação dentro de 30 dias da confirmação ou nomeação dos co-árbitros ou dentro de qualquer outro prazo acordado pelas partes ou fixado pela Corte, o terceiro árbitro deverá ser nomeado pela Corte.

[...]

8 Na falta de designação conjunta nos termos dos artigos 12(6) e 12(7) e não havendo acordo das partes a respeito do método de constituição do tribunal arbitral, a Corte poderá nomear todos os membros do tribunal arbitral, indicando um deles para atuar como presidente. Neste caso, a Corte terá liberdade para escolher qualquer pessoa que julgue competente para atuar como árbitro, aplicando o artigo 13, quando julgar apropriado.

esta uma das principais vantagens da arbitragem comercial internacional em detrimento da publicidade própria do processo judicial³¹³.

A confidencialidade ajuda a manter no processo arbitral um clima menos litigioso entre as partes, pois o litígio não é anunciado e as controvérsias são resolvidas de forma amigável, sem que a existência da disputa possa influenciar a continuidade das relações contratuais ou que as partes sejam vistas por terceiros como empresas difíceis de negociar³¹⁴.

Outra vantagem obtida mediante a confidencialidade é a possibilidade de se ocultar informações sensíveis sobre questões comerciais relevantes às partes envolvidas, como o desempenho de uma companhia e seus negócios, sem mencionar a sua relativa posição concorrencial, e sem a possibilidade de atração de uma má publicidade decorrente da existência do litígio³¹⁵.

A opção pela confidencialidade poderá constar desde logo na convenção de arbitragem, ou poderá ser exercida pelas partes quando da instauração do procedimento ou mesmo no curso deste³¹⁶.

A arbitragem comercial internacional tradicionalmente é sigilosa. Podem as partes renunciar ao sigilo optando pela publicidade das sentenças arbitrais³¹⁷, conforme disposto no Artigo 34, parágrafo 5, das Regras da UNCITRAL, que permite a publicação da sentença com a anuência de ambas as partes³¹⁸. O artigo 9º do Regulamento da ICC, por sua vez, determina a manutenção da confidencialidade do procedimento arbitral salvo a existência de acordo em contrário entre as partes ou se vedado pela lei aplicável³¹⁹.

³¹³ BAGNER, Hans. Confidentiality—A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration? *Journal of International Arbitration*, [s.l.], v. 18, n. 2, 2001, p. 243 et seq.; GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 612. FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. *Revista de Direito Privado*. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.).[s.l.], v. 49, n. 3, jan./mar. 2012, p.230-231.

³¹⁴ PINTO, José Emílio Nunes apud DINAMARCO, 2013. p.61; TIBURCIO, 2006, p.311.

³¹⁵ MOSES, 2008, p. 04; PINTO, José Emílio Nunes apud DINAMARCO, 2013. p.61.

³¹⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 63.; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION - ICA COMMITTEE REPORT. Confidentiality in International Commercial Arbitration, The Hague: [s.n.], 2010, p. 05.

³¹⁷ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 2010, p. 03; NOUSSIA, 2010, p.23.

³¹⁸ Form and effect of the award

Article 34

5. An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority.

³¹⁹ ARTIGO 9º

Confidencialidade

1 Inexistindo acordo em contrário entre as partes e salvo se vedado pela lei aplicável:

a) o Procedimento, mas não o fato deste estar a ocorrer, ter ocorrido ou vir a ocorrer, é privado e confidencial;

A confidencialidade também não é absoluta, podendo haver situações em que as partes sejam obrigadas a tornar algumas informações públicas por força de lei, como, por exemplo, quando o resultado de uma arbitragem influenciar o balanço financeiro de uma empresa pública, quando informações referentes a uma disputa são de necessária informação para a realização de uma auditoria, para a apresentação de demonstrativos para os acionistas de uma empresa, ou quando houver indícios de realizações de condutas ilegais e de obrigatória notificação às autoridades³²⁰.

Neste sentido, o Artigo 9º das *Rules of Ethics for International Arbitrators* de 1987, da *International Bar Association* (IBA) determina que:

The deliberations of the arbitral tribunal, and the contents of the award itself, remain confidential in perpetuity unless the parties release the arbitrators from this obligation. An arbitrator should not participate in, or give any information for the purpose of assistance in, any proceedings to consider the award unless, exceptionally, he considers it his duty to disclose any material misconduct or fraud on the part of his fellow arbitrators.

Deve ser observado que a publicação do mérito do laudo arbitral com omissão da identidade das partes também não viola a confidencialidade da arbitragem, pois assegura a proteção de informações sensíveis e satisfaz a necessidade de profissionais e comerciantes em conhecer as regras aplicadas à arbitragem e as conclusões alcançadas por tribunais arbitrais, importante para a preparação de futuros casos³²¹.

A divulgação de razões e méritos tem ocorrido principalmente em arbitragens marítimas, arbitragens envolvendo contratos públicos, e nas últimas décadas em arbitragens realizadas sob a ICC, conforme mencionado por Emmanuel Gaillard e John Savage³²²:

More generally, a broad movement has developed in favor of publishing awards: in France, the *Journal du droit international* has had an annual review of ICC arbitral awards since 1974 and ICSID awards since 1986. The *Yearbook Commercial Arbitration*, among a number of other publications, has also contributed to the "lifting of the veil." On reading the ICC awards and their commentaries. One significant phenomenon becomes clear: the more recent awards are based on earlier decisions, and the decisions reached are generally consistent. The publication of awards thus enhances their homogeneity.

³²⁰ DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.82; FICHTNER; MANHEIMER; MONTEIRO, 2012, p.235-236; NOUSSIA, 2010, p.22-23. Igualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, havendo a participação de entidade pública em arbitragem, o Art. 37 da Constituição Federal da República Federal do Brasil, de 1988, determina a publicidade de atos públicos, enquanto as companhias abertas estão obrigadas a divulgar diversos tipos de informações relevantes aos seus acionistas e ao público em geral, conforme regras específicas da Lei das S.A. (artigo 109, inciso III, da Lei nº 6.404 de 15 de Dezembro de 1976) e da Comissão de Valores Mobiliários (Instrução CVM 358).

³²¹ BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration. *American University International Law Review*. [s.l.], v. 16, n. 4, 2001, p.1012-1013.

³²² GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 188.

E de acordo com o relatório do *Committee on International Commercial Disputes* da *New York City Bar*, sobre a publicação de sentenças arbitrais internacionais³²³:

The publication of institutional decisions on challenges to arbitrators may, depending on the trends they evince, encourage, discourage, or simply sharpen the arguments of such challenges. Some believe that greater disclosure of the low rates of success in such challenges will discourage frivolous challenges.

Porém, ainda que este movimento tenha se fortalecido ao redor de arbitragens do ICSID e arbitragens comerciais realizadas pela ICC, este é um número pequeno de laudos disponíveis em detrimento da quantidade de instituições arbitrais existentes e em relação ao elevado número de arbitragens que ocorrem constantemente, levando em consideração que muitas arbitragens apenas são publicadas com o consentimento das partes³²⁴. As Regras da *London Court of International Arbitration*, (LCIA) por exemplo, em seu Artigo 30.3 exigem anuência por escrito de ambas as partes e do tribunal para publicar a sentença integralmente, ou parte dela³²⁵.

Não existe um padrão de uniformidade quanto à publicação de laudos institucionais. Conforme o relatório da *New York City Bar* sobre a publicação de sentenças arbitrais internacionais, algumas instituições não publicam laudo algum (*Hong Kong International Arbitration Centre* e *Swiss Chambers Arbitration Institution*), enquanto algumas publicam as sentenças arbitrais completas (ICSID, se houver consentimento das partes, *Court of Arbitration for Sport*, no que diz respeito aos recursos apresentados, e a *Society of Maritime Arbitrators*)³²⁶.

Algumas instituições apresentam apenas trechos selecionados de decisões arbitrais e com redações alteradas para fins de publicação (*International Centre for Dispute Resolution*, *London Court of International Arbitration*, *Singapore International Arbitration Centre*, *Stockholm Chamber of Commerce*), já outras apenas apresentam resumos de casos discutidos

³²³ NEW YORK CITY BAR. **Report by the committee on international commercial disputes: publication of international arbitration awards and decisions**. New York: [s.n.], Feb. 2014. Disponível em <<http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2015.

³²⁴ MAUPIN, 2014, p.31.

³²⁵ 30.3 The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal.

³²⁶ NEW YORK CITY BAR. **Report by the committee on international commercial disputes: publication of international arbitration awards and decisions**. New York: [s.n.], 2014, p. 05-06.

e das fundamentações apresentadas, com alguns trechos de decisões selecionadas (*International Court of Arbitration of the ICC*)³²⁷.

Ainda que a ICC tenha tomado a iniciativa de publicar trechos de laudos arbitrais, apenas algumas decisões são escolhidas e publicadas, acompanhadas de resumos de outros casos, desde que não contrarie acordo de confidencialidade entre as partes³²⁸.

Da mesma forma, a existência de publicação de trechos de sentenças arbitrais em periódicos não permite afirmar haver fácil acesso ao material disponível, pois tais periódicos são de limitada circulação principalmente devido aos altos valores de suas assinaturas, o que restringe o seu acesso a poucos escritórios especializados³²⁹.

Consequentemente, se está longe de reconhecer que há um valor de transparência e publicidade nas arbitragens comerciais internacionais.

2.4 A participação do Estado em arbitragens comerciais internacionais

Ainda há discussões quanto à possibilidade de participação do Estado em arbitragens com particulares. Duas são as principais teses sobre o Estado poder ser parte em um procedimento arbitral: a) a primeira corrente afirma ser necessária autorização legal para que o Estado participe; b) a segunda corrente afirma ser dispensável autorização legislativa enquanto o objeto da disputa for uma questão comercial.

Conforme a primeira corrente, a capacidade do Estado de participar de arbitragens é uma questão do direito a ser aplicado pelas partes, se este concede tal faculdade ao Estado ou não, conforme menciona Henry P. de Vries:

Arbitration involving a foreign state or instrumentality as a party raises special problems. A preliminary question is whether the state has the capacity to agree to arbitration. This question depends in the first place on the law of the state concerned. It may also depend on the law of the forum before which the state is sued, and, as

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Idem, p. 09: “Although no ICC rule requires the parties’ consent for the institution’s publication of extracts from awards, the institution informed us that, as a matter of practice, the ICC would not publish anything if doing so would be contrary to a confidentiality agreement between the parties (contained in the arbitration agreement or concluded subsequently)”. Igualmente, HARGROVE, James. *Misplaced confidence: an analysis of privacy and confidentiality in contemporary international arbitration*. **Dispute Resolution International**, [s.l.], v. 3, n. 1, Mar. 2009, p.52.

³²⁹ NEW YORK CITY BAR, op. cit., p. 02: “Smaller practices may not be able to afford the often high subscription rates of the publications of arbitration institutions, which would tend to counterbalancethe greater openness that publication would otherwise bring. Also, publication of only limited numbers of redacted awards may make little difference in this imbalance.”

the case may be, the international conventions to which that state has adhered. The national laws contain different solutions to this question. In some Western countries, such as Austria, Italy, the Netherlands, and the United Kingdom, there is no limitation on arbitrability of government contracts. In other Western countries, government contracts are not arbitrable in the absence of a specific statute or treaty. Such is the case in Belgium, France (domestic contracts), and Germany, as well as in contracts entered into by the federal government of the United States. In France, by decisions of the highest court, disputes related to international commercial contracts between the French state or state-owned enterprises and foreign private parties are arbitrable³³⁰.

A título de exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro há autorização expressa para a realização de arbitragem comercial com o poder público em contratos de concessão de serviços públicos e em parcerias público-privadas, assim como em outras atividades firmadas pelo Estado nos termos de lei³³¹. Para a segunda corrente, há possibilidade de o Estado participar em arbitragens comerciais independente de autorização legislativa, desde que se trate de litígio que verse sobre ato de gestão, representando conteúdo de natureza disponível.

Sobre a diferença entre atos de gestão e atos de império, desde o final do séc. XIX tribunais de alguns Estados europeus teriam distinguido entre atos de império, em que o Estado agia como ente político, e atos de gestão, em que o mesmo se apresentava em sua capacidade comercial³³². Atos de império (*ius imperii*) passaram a indicar as atividades estatais de representação oficial, executadas por seus funcionários, enquanto os atos de gestão (*ius gestionis*) correspondem às atividades decorrentes da atuação do Estado na iniciativa privada e dizem respeito a interesses secundários³³³.

Sob esta orientação, não se pode considerar que todo interesse público é intransigível. Deve ser observado que o interesse público se distingue entre interesses públicos primários e secundários. Enquanto o interesse público primário corresponde ao interesse da sociedade, à soberania à justiça, à segurança jurídica e à proteção dos direitos fundamentais, os interesses públicos secundários correspondem ao interesse do erário, e estes, ainda que também importantes, concorrem em igualdade de proteção com interesses privados, passível de ser transigido, e por decorrência lógica, passível de sujeição à via arbitral³³⁴.

³³⁰ DE VRIES, Henry P.. International commercial arbitration: a contractual substitute for national courts. **Tulane Law Review**, [s.n.], v. 57, n. 1, pp. 42-79, 1983, p. 57.

³³¹ Lei nº 5.662/71, art. 5º (BNDES); Decreto Lei nº 1.312/74, art. 11 (contratação de empréstimos no exterior pelo Poder Executivo); Lei nº 8.693/93, art. 1º, §8º (transporte ferroviário), Lei nº 8.987/95, art. 23, XV e 23-A (concessão e permissão de serviços públicos), Lei nº 9.472/97, art. 93, XV (telecomunicações), Lei nº 9.478/97, art. 43, X (petróleo), Lei nº 10.848/04, art. 4º, § 6º (comercialização de energia elétrica), e Lei nº 11.079/04, art. 11 (parcerias público-privadas).

³³² TIBURCIO, 2006, p.129-131.

³³³ Ibidem.

³³⁴ BARROSO, 2014, p.570.

Para Eros Roberto Grau, ainda que o Estado atue como um agente privado e celebre uma cláusula arbitral para tratar de uma matéria comercial, isto não significa que o Poder Público esteja abrindo mão de um interesse público, pois a arbitragem pode se apresentar como a melhor forma de resguardar o patrimônio público (interesse público secundário) e promover o interesse público (interesse público primário), assim, o que se espera é que o Estado também possa firmar um compromisso arbitral para decidir eventuais disputas decorrentes de contratação³³⁵.

Não há necessária correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público, pois a disponibilidade dos direitos patrimoniais envolvidos em um contrato administrativo corresponde um poder da Administração de convencionar a cláusula de arbitragem sem que isso importe disposição do interesse público³³⁶. Neste sentido Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que:

Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza meramente instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime.

[...]

São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados' que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado³³⁷.

Portanto, quando o Estado pratica atos de gestão desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica – exercício de autoridade, onde pratica atos exigindo dos administrados o seu pronto atendimento – igualando-se aos particulares, podendo participar de arbitragens independente de autorização legislativa, e conforme Carlos Alberto Carmona, o que vale para o Estado também vale para suas autarquias e empresas públicas e sociedades de economia mista³³⁸.

Não se admite a realização de arbitragem comercial quando se trata de matéria de ordem pública, que envolvam políticas públicas em geral, como educação, segurança,

³³⁵ GRAU, Eros Roberto Apud BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (ppp) e a constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, FGV: 2005, p 174.

³³⁶ GRAU Apud BINENBOJM, 2005, p 174.

³³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 226-228.

³³⁸ CARMONA, 2009, p. 45-46.

medidas de saúde pública, meio ambiente, etc., ou seja, quando se está em pauta questões relacionadas ao exercício do poder público, marcados pela indisponibilidade do direito ou dos poderes do Estado, e não pela simples presença de um ente público na relação³³⁹.

Uma vez que um Estado admite participar de uma arbitragem, não pode este alegar imunidade de jurisdição, mesmo que não haja cláusula expressa de renúncia à imunidade. Admitido que o Estado expresse o seu consentimento em resolver uma disputa pela via arbitral, é pacífico o entendimento que o seu consentimento equivale à renúncia implícita³⁴⁰.

Um ponto sensível e extremamente relevante para a participação de Estados ou demais entidades públicas em arbitragens comerciais internacionais diz respeito à existência de cláusulas arbitrais em contratos de concessão firmados com investidores estrangeiros. Estes contratos possuem características *sui generis*, que são estudadas de acordo com o polo que se adota como correto, em discussões nunca tolamente resolvidas a respeito do caráter público ou privado, interno ou internacional³⁴¹.

F. A. Mann, já na década de 1960, afirma ser a natureza do contrato de concessão um tema de alta complexidade e discussão³⁴². Em igual sentido, menciona R. Y. Jennings que:

The particular topic of State contracts impinges upon some of the hardest questions of international law. For it cannot be considered apart from the relationship of international law and municipal law; the relationship of public international law and private international law; the question of the subjects of international law; and the limits of domestic jurisdiction and the reserved domain. Moreover, the opinions of writers on the legal position of State contracts range from the view that the State contract is directly subject to the international law rule of *pacta sunt servanda* to the view that 'contracts cannot be the subject of international disputes since international law contains no rules respecting their form and effect'³⁴³.

Devido às complexidades em relação à presença de elementos de direito público e direito privado, Jean Flavien Lalive sugere que esses contratos deveriam ser definidos como acordos transnacionais³⁴⁴. Igualmente, James N. Hyde indica que a denominação “direito

³³⁹ DINAMARCO, 2013, p. 89. No Direito Brasileiro, o STJ pacificou orientação no sentido de aceitar, sem a necessidade de lei que a autorize, a realização de arbitragem por entidades da administração não só quando se tratar de sociedade de economia mista ou empresa pública exploradora de atividade econômica, mas também para prestadoras de serviço público quando se tratar de questão econômica (Resp 612.439-RS, REsp 712.566-RJ, MS 11.308-DF), entendimento posteriormente seguido pelo TCU (Acórdão 2145/2013).

³⁴⁰ DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.410-411.

³⁴¹ COSTA, 2010, p.116.

³⁴² MANN, F. A. State contracts and international arbitration. **British Yearbook of International Law**, [s.l.], v. 42, 1967, p.08.

³⁴³ JENNINGS, R. Y. State Contracts in International Law. **British Year Book of International Law**, [s.l.], v.37, pp. 156-182, 1961, p. 156.

³⁴⁴ LALIVE, Jean-Flavien. Contracts between state or a state agency and a foreign company: theory and practice – choice of law in a new arbitration case. **International and Comparative Law Quarterly**. [s.l.], v.13, n. 3. Jul. 1964, p. 988. Quanto à nomenclatura dos contratos de investimento, menciona Jean-Flavien Lalive, em nota de rodapé, que: “For the sake of convenience and brevity these contracts are described here as

transnacional” de Philip C. Jessup acomoda um conjunto de regras sem haver necessidade de discutir se um específico caso ou situação deveria ser regido unicamente pelo direito privado ou direito público, e que poderia ser aplicada a este tipo de contrato³⁴⁵.

A dificuldade de um consenso sobre a natureza jurídica de contratos de concessão, e consequentemente sobre a própria natureza dos contratos de investimento, decorre do fato de que cada Estado pode definir a natureza jurídica do ato mediante o seu próprio Direito, havendo a chance de que o que é definido como serviço público em um país ser entregue ao completo exercício da iniciativa privada em outro³⁴⁶.

Os contratos de concessão entre Estados e investidores internacionais são atos complexos. Relacionam-se com uma série de conteúdos altamente especializados, e estabelecem um delicado equilíbrio entre interesses do Estado envolvido, que espera receber auxílio financeiro e técnico de empresas estrangeiras para desenvolver a sua economia, e de interesse investidores estrangeiros, que esperam receber algum conjunto de garantias contra eventuais riscos³⁴⁷.

No cenário internacional, os contratos de concessão foram desenvolvidos como contratos comerciais entre uma autoridade pública e uma empresa concessionária³⁴⁸, sendo a arbitragem internacional o meio preferencial para resolução de disputas, principalmente na indústria internacional do petróleo e gás³⁴⁹. Ainda que em um contrato de concessão possa haver cláusulas impositivas correspondentes à natureza do serviço ou ao poder regulamentar e

"international contracts," although this term is not perfect. It is the term used, however, by Cheshire, *International Contracts* (1948), Graveson, *Lectures on the Conflict of Law and International Contracts* (1951) and Battifol. But other formulas are also inadequate: 'State contracts,' *Jennings, 'State Contracts in International Law,' (1961) 37 *B.Y.B.I.L.* 156 et seq., Fatouros, *Government Guarantees to Foreign Investors* (1962)), does not refer to the frequent case where the public party is a State-owned agency, while 'quasi international agreements,' as suggested by Professor Verdross, has not gained recognition ('The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses' (1958) 18 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 635 et seq.); the expression 'Economic Development Agreements,' suggested by McNair, is somewhat one-sided and 'too specific. A more accurate wording should be 'transnational agreement.'"

³⁴⁵ HYDE, Jamens N.. *Economic Development Agreements*. **Recueil des Cours**, v. 105, Leiden: Martinus Nijhoff, 1962, p.291.

³⁴⁶ COSTA, 2010, p.118.

³⁴⁷ LALIVE, Jean-Flavien, 1964, p. 988-989.

³⁴⁸ MIRANDA, Nicholas. Concession agreements from private contract to public policy. **Yale Law Journal**. [s.l.], v. 117, 2008, p. 515.; SACERDOTI, Giorgio. Investment arbitration under ICSID and UNCITRAL rules: prerequisites, applicable law, review of awards. In: **ICSID Review**—foreign investment law journal, [s.l.], v.19, n. 0, pp. 01-48. 2004, p. 12.

³⁴⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

de fiscalização do ente público, podem existir cláusulas discricionárias em que concedente e concessionário poderão transigir, aplicando-se regras de direito privado³⁵⁰.

Neste espaço, aquilo que não diz respeito a aspectos estatutários ou regulamentares mas apenas o que for de natureza contratual seria passível de convenção arbitral. Podem ser submetidos à arbitragem litígios que versem sobre questões fáticas, questões de índole técnica, questões derivadas do conteúdo do contrato de concessão que não versem sobre direitos indisponíveis, como indenizações devidas ao concessionário ou ao poder concedente, ou demais discussões associadas à extinção da concessão, especialmente aquelas atinentes à rescisão consensual, excetuadas outras prerrogativas estatais³⁵¹.

Não são viáveis de submissão à arbitragem discussões que tratam de exercício de prerrogativas administrativas, como a intervenção, a encampação e a caducidade, assim como as manifestações administrativas de fiscalização e de alteração no conteúdo da concessão, e questões referentes à nulidade da concessão não serão passíveis de serem controvertidas pela via arbitral.

Sob estas premissas, a arbitragem comercial internacional se apresenta como uma forma autônoma de resolução de disputas, própria à resolução de questões privadas, e neste aspecto distante da esfera pública. Estados podem consentir em realizar arbitragens comerciais internacionais, mas fazem isso ao agir em sua capacidade privada³⁵².

2.5 Dos foros comerciais para as arbitragens do ICSID: a aplicação do modelo comercial às arbitragens de investimentos

Os investimentos estrangeiros, em sua maioria, se consubstanciam através de contratos internacionais de concessão celebrados entre um sujeito privado estrangeiro e o Estado ou uma pessoa jurídica formada sob sua influência³⁵³. Os contratos de concessão de exploração e lavra, bem como de prestação de serviços públicos, são importantes instrumentos de regulação de investimentos estrangeiros relacionados com o setor público. A cláusula de resolução de disputas mediante arbitragem é uma garantia comum demandada por

³⁵⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014, p.295-296.

³⁵¹ Ibidem, p.318-319.

³⁵² VAN HARTEN, 2007, p.61-62.

³⁵³ COSTA, 2010, p.116.

investidores e uma das formas mais utilizadas para a solução de litígios decorrentes do investimento³⁵⁴.

Historicamente, há registros de cláusulas de arbitragem em contratos referentes a operações financeiras e exploração de recursos minerais entre Estados e particulares desde a década de 1920³⁵⁵, e já na década de 1930 houve uma proposta de tratado entre Bélgica e França para formação de uma corte mista de arbitragem entre os particulares nacionais de um Estado-parte contra o outro Estado contratante, desde que se tratasse de uma relação surgida na atuação do Estado envolvido como agente privado³⁵⁶.

Uma das primeiras arbitragens relevantes realizadas no âmbito de investimentos estrangeiros mediante concessões foi o caso *Lena Goldfields Ltd.* ocorrido na primeira metade do Sec. XX. Trata-se de uma empresa britânica com atuação na Rússia desde os tempos czaristas, e que obteve uma concessão da União Soviética de direitos de exploração, mineração e transporte de ouro e outros metais preciosos em 1925.

Posteriormente, o contrato de concessão foi revogado pelo governo stalinista, o qual também foi responsável pela apreensão de documentos técnicos e sigilosos da empresa e pela prisão de alguns de seus empregados sob acusação de exercício de atividades contrarrevolucionárias e espionagem³⁵⁷.

A arbitragem contratual conduzida contra o Estado Soviético no ano de 1930 serviu de precedente para variadas arbitragens *ad hoc*, devido ao tribunal ter sido pioneiro ao se manifestar pela autonomia da convenção arbitral e pela competência dos árbitros julgarem a sua própria competência, assim como devido às partes terem decidido pela aplicação de princípios gerais do direito e do direito internacional à controvérsia, em vez do direito nacional do Reino Unido ou da União Soviética, o que estabeleceu as bases para a desnacionalização da arbitragem³⁵⁸, ou de acordo com Ivar Alvik:

The internationalization of a transnational contract was a gigantic first step for international commercial arbitration [...]. What international commercial arbitration discovered in the *Lena Goldfields* case was the possibility of applying international law directly in relation to a private entity, thus recreating itself as an independent private remedy against governments³⁵⁹.

³⁵⁴ Ibidem, p. 122-123.

³⁵⁵ CARABIBER, C.. L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers. **Recueil des Cours**, v. 76, p. 217-318. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1950. p.282.

³⁵⁶ Ibidem, p. 289-290: “Mais le tribunal franco-belge serait aussi compétent pour statuer sur les litiges entre particuliers et Etat lorsque ce dernier aura agi comme sujet de droit privé”.

³⁵⁷ NUSSBAUM, Arthur. Arbitration between the *Lena Goldfields Ltd.* and the soviet government. **Cornell Law Review**. [s.l.], v. 36, n. 01, 1950, p. 31-32.

³⁵⁸ ALVIK, 2011, p.30-31; NUSSBAUM, op cit., p. 36;

³⁵⁹ ALVIK, op. cit., p. 33.

O precedente estabelecido pelo caso *Lena Goldfields Ltd* foi seguido por outras arbitragens, respectivamente os casos *Petroleum Development Ltd. Versus Sheik of Abu Dhabi* (1951), *Ruler of Qatar versus International Marine Oil Company* (1953), *Sapphire* (1963) e também o caso *Saudi Arabia versus Aramco* (1958), ainda que neste último não tenha ocorrida utilização direta do direito internacional, mas sim do direito saudita limitado pelos princípios da boa-fé e da boa vontade³⁶⁰.

Na década de 70 ocorrem os “casos líbios de nacionalização”³⁶¹, ou “*Libyan Oil Arbitration*”³⁶², três casos de extrema importância para o desenvolvimento das arbitragens de investimento, quais sejam, *Texaco Overseas Petroleum Co – TOPCO*, *British Petroleum – BP*, e *Libyan American Oil Company – LIAMCO*.

Estas disputas envolvem investidores estrangeiros e Estados que nacionalizaram o setor de exploração de petróleo e gás natural em um contexto fático-jurídico semelhantes, decorrentes da nacionalização da indústria petrolífera na Líbia por força da tomada de poder por Muammar el-Khadafi em 1969. Os laudos arbitrais foram publicados e permitiram discussões referentes ao exercício de jurisdição, lei aplicável, bifurcação dos procedimentos, estabilização, internacionalização dos contratos, legalidade das expropriações e forma de recomposição³⁶³.

Os casos líbios de nacionalização e as disputas que os antecederam foram essenciais para o estabelecimento da arbitragem como o mecanismo preferido para a resolução de disputas em contratos de concessões com investidores estrangeiros, devido à manifestação dos tribunais pelo respeito à vontade das partes em desnacionalizarem as controvérsias, retirando-as do ordenamento líbio, e aplicando princípios de direito internacional para as regerem³⁶⁴.

A arbitragem pode ser realizada em uma jurisdição neutra que não favoreça uma parte em detrimento da outra³⁶⁵, o que permitiu a consolidação de relações econômicas através da construção de confiança e boa fé na resolução de litígios entre indivíduos de diferentes nacionalidades³⁶⁶. Neste ponto, como observa Margaret Moses:

This is particularly important in international commercial arbitration because parties do not want to be subject to the jurisdiction of the other party's court system. Each

³⁶⁰ COSTA, 2010, p.119

³⁶¹ Ibidem, p.184.

³⁶² ALVIK, op. cit., p. 36.

³⁶³ COSTA, op. cit., p.184-185.

³⁶⁴ ALVIK, 2011, p. 38-40.

³⁶⁵ ALVAREZ, Guillermo Aguilar, PARK, William W. The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11. **Yale Journal of International Law**, [s.l.], n. 365, 2003, p.369.

³⁶⁶ VAN HARTEN, 2007. p. 60.

party fears the other party's "home court advantage." Arbitration offers a more neutral forum, where each side believes it will have a fair hearing³⁶⁷.

A sua desnacionalização é um dos fatores mais importantes para a sua popularização em contratos com o Estado. Através da possibilidade de escolher um ordenamento diferente daquele do Estado com quem se discute, as arbitragens têm sido demandadas como uma das principais garantias para investidores estrangeiros, elemento este também presente na Convenção de Washington de 1965.

O ICSID não é o único fórum para realização de arbitragens de investimentos. Cláusulas em contratos de investimentos ou tratados de proteção a investimentos podem oferecer várias opções, existindo alternativas de submissão de uma disputa para outras instituições, como o ICC, a LCIA, a *Stockholm Chamber of Commerce*, entre outros³⁶⁸. Apesar da possibilidade de escolha entre diferentes instituições, o ICSID é o principal mecanismo para resolução de disputas originadas de um investimento, havendo sido desenvolvido unicamente para este fim³⁶⁹.

Uma controvérsia pode ser apresentada perante o ICSID ou o seu Mecanismo Adicional (*Additional facility*), criado em 1976 para as controvérsias decorrentes de investimentos ou não, em que apenas o Estado demandado ou o Estado de origem do investidor demandante seja parte da Convenção de Washington³⁷⁰. Se ambos os Estados

³⁶⁷ MOSES, 2008, p. 01.

³⁶⁸ O BIT Switzerland-Ghana de 1991 determina em seu Art. 12: (2) If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) of this article within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement, the dispute shall be submitted to international arbitration or conciliation. (3) Where the dispute is referred to international arbitration or conciliation, the aggrieved party may refer the dispute either to: (a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ...; or (b) an international arbitrator or an ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law. (4) Each Contracting Party hereby consents to the submission of an investment dispute to international arbitration or conciliation. BIT Switzerland-Ghana Apud UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property**. United Nations, 2003, p. 18.

³⁶⁹ BROCHES, Aron. The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. **Recueil des Cours**, v. 136, Leiden: Martinus Nijhoff, 1972, p.342.

³⁷⁰ Article 2 - Additional Facility Rules

The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:

(a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State;

(b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and

(c) fact-finding proceedings.

relacionados à controvérsia forem parte da Convenção de 1965, o litígio deve ser submetido obrigatoriamente à jurisdição do Centro³⁷¹.

As arbitragens constituídas sob o ICSID são regidas pela Convenção de Washington e as Regras de Arbitragem do ICSID³⁷², aquelas constituídas sob o Mecanismo Adicional do ICSID não são reguladas pela Convenção de Washington ou pelas Regas de Arbitragem do ICSID, mas pelas suas próprias Regras de Arbitragem, ainda que haja a aplicação de alguns princípios da Convenção de Washington³⁷³. As disputas apresentadas em outras instâncias são reguladas pelo regulamento institucional do local escolhido. As arbitragens *ad hoc*, por sua vez, são regidas pelas Regras de Arbitragem da UNCITRAL³⁷⁴.

As Regras da UNCITRAL são importantes em arbitragens constituídas sob o NAFTA e a Tratado da Carta de Energia, pois o NAFTA – ratificado pelos Estados Unidos, México e Canadá – oferece a possibilidade de constituição de uma arbitragem pelo ICSID, pelo Mecanismo Adicional, ou por procedimento *ad hoc*³⁷⁵, entretanto, dos Estados partes do NAFTA apenas os Estados Unidos da América ratificou a Convenção de Washington, o que impede o exercício de jurisdição pelo ICSID mas permite a utilização do Mecanismo

The administration of proceedings authorized by these Rules is hereinafter referred to as the Additional Facility.

³⁷¹ Article 4 - Access to the Additional Facility in Respect of Conciliation and Arbitration Proceedings Subject to Secretary-General's Approval

[...]

(4) If in the case of an application based on Article 2(b) the jurisdictional requirements *ratione personae* of Article 25 of the Convention shall have been met and the Secretary-General is of the opinion that it is likely that a Conciliation Commission or Arbitral Tribunal, as the case may be, will hold that the dispute arises directly out of an investment, he may make his approval of the application conditional upon consent by both parties to submit any dispute in the first instance to the jurisdiction of the Centre. INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Rules governing the additional facility for the administration of proceedings by the secretariat of the international centre for settlement of investment disputes (additional facility rules)**. Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partA-article.htm>>. Acesso em: 17 Abr. 2015.

³⁷² MOSES, 2010, p.229.

³⁷³ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, *op cit*.

³⁷⁴ Article 3 - Convention Not Applicable

Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein. INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Rules governing the additional facility for the administration of proceedings by the secretariat of the international centre for settlement of investment disputes (additional facility rules)**.

³⁷⁵ Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration

1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under:

- (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention;
- (b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or
- (c) the UNCITRAL Arbitration Rules.

Adicional para demandas de investidores americanos contra o México ou o Canadá, ou investidores destes países contra o Estados Unidos³⁷⁶.

Devido a não ratificação da Convenção de Washington pelos demais membros do NAFTA, é inviável a utilização do Mecanismo Adicional em litígios entre investidores mexicanos contra o Canadá ou de investidores Canadenses contra o México. Semelhante é a situação dos Estados partes do Tratado da Carta de Energia, em que nem todos os Estados ratificaram a Convenção de Washington³⁷⁷.

Uma arbitragem de investimentos pode ser iniciada tanto a partir de uma cláusula contratual quanto a partir de uma cláusula em um tratado de proteção investimentos, ou com base em oferta unilateral mediante legislação do Estado hospedeiro, entretanto os redatores da Convenção de Washington não imaginaram a popularidade que seria alcançada pelas arbitragens de tratados de investimentos e nem previram a possibilidade de Estados adotarem leis sobre investimentos estrangeiros oferecendo o seu consentimento de forma genérica³⁷⁸.

Neste sentido, Aron Broches, um dos principais redatores da Convenção de Washington, menciona que o consentimento é a “pedra de toque” para o exercício de jurisdição pelo ICSID, não podendo nenhum procedimento ser realizado antes que ambas as partes manifestem seu consentimento³⁷⁹, o que indica o caráter contratual pretendido pelas arbitragens a serem realizadas pelo Centro.

O consentimento é característica essencial de todo o sistema instituído pela Convenção. A manifestação do consentimento das partes deve servir de guia para a interpretação da jurisdição *ratione personae* e *ratione materiae* do Centro³⁸⁰. As partes podem impor condições ou limites em seu consentimento à jurisdição do Centro, possuem liberdade para escolher a composição do tribunal arbitral, podem escolher a lei material a ser aplicada à disputa e podem definir as regras procedimentais³⁸¹. Todo o sistema ICSID foi construído ao redor da ideia da autonomia da vontade das partes.

³⁷⁶ SCHREUER, 2009, p.215.; PEARCE, Clyde C.; COE JR, Jack. Arbitration under NAFTA chapter eleven: some pragmatic reflections upon the first case filed against Mexico. **Hastings International and Comparative Law Review**, [s.l.], v. 23, spring/summer 2000, p.341.

³⁷⁷ SCHREUER, op. cit., p.216.

³⁷⁸ MANCIAUX, Sébastien. El consentimiento al arbitraje CIADI fundado en una ley. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.) **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014a. p.215; SCHREUER, op cit, p.205.

³⁷⁹ BROCHES, 1972, p.352.

³⁸⁰ ROULET, Jean-David Apud RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 152-153.

³⁸¹ SCHREUER, 2009, p.07.

O Artigo 25³⁸² apresenta as bases para jurisdição do ICSID, determinando que o Centro terá jurisdição sobre qualquer disputa jurídica originada diretamente a partir de um investimento entre um Estado parte (ou uma agência estatal ou subdivisão) e um nacional de outro Estado parte, em que as partes aceitarem por escrito submeter a disputa ao ICSID. O consentimento expresso pelas partes é irrevogável, e não pode ser retirado unilateralmente.

A menção ao consentimento das partes expressa que a apresentação de uma disputa ao ICSD é voluntária. A ratificação da Convenção não obriga a submissão de uma disputa ao Centro, pois deve haver consentimento do Estado em apresentar uma disputa presente ou futura, manifestado hodiernamente através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral presente em contrato, oferta unilateral do Estado receptor em legislação interna, ou mediante cláusula de resolução de controvérsia em tratado de investimentos³⁸³.

Confirmada a jurisdição do Centro, o consentimento das partes limita o âmbito da controvérsia. As partes podem limitar o seu consentimento e consequentemente limitar a jurisdição do ICSID tanto no que diz respeito a matérias que podem ser arbitradas quanto sobre pré-requisitos processuais para a realização da arbitragem³⁸⁴. Se um tribunal arbitral se

³⁸² Article 25

(1) 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.

(2) “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

(3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

(4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

³⁸³ DOUGLAS, 2009, p. 235-236; RAMINA, 2009, p. 154; SCHREUR, 2009, p. 190-193.

³⁸⁴ SCHREUR, op cit., p. 230-231.

manifestar fora do que foi consentido pelas partes, a sentença pode ser anulada por abuso manifesto de poder pelos árbitros³⁸⁵.

De acordo com o Artigo 42 (1) da Convenção de Washington, as partes possuem liberdade para escolher as regras jurídicas para reger a controvérsia, e na ausência de escolha, o tribunal aplicará as regras do Estado contratante parte na disputa, e demais regras de direito internacional que achar serem aplicáveis³⁸⁶.

A princípio, as normas da Convenção de Washington prezam pela liberdade de escolha das partes, e tentam combinar flexibilidade com certeza jurídica, para que na ausência de escolha das partes o tribunal possa definir pelo melhor direito³⁸⁷. As partes podem se decidir por um direito nacional (do Estado parte no acordo, do Estado de origem do investidor, ou de terceiro Estado), pelo direito internacional, ou combinar direito nacional com o direito internacional³⁸⁸.

Devido à redação do Artigo 42 (1) prezar pela escolha de regras jurídicas (*rules of law*), se entende que há ampla liberdade para as partes poderem escolher até entre diferentes normas para reger variados aspectos de um litígio específico, combinando elementos de direitos diferentes, ou escolher um ordenamento como ele se encontrava em determinada data, evitando mudanças legislativas que prejudiquem o investidor, como ocorre com as cláusulas de estabilização³⁸⁹.

Há controvérsias quanto à possibilidade de aplicação de regras peremptórias do direito do Estado hospedeiro, afirmando Christoph Schreuer que na escolha do direito de outro Estado, não poderia o Estado hospedeiro pretender aplicar regras impositivas do seu direito, porém, entende o mesmo autor que liberdade de escolha das partes seria limitada por regras de ordem pública internacional – como combate à corrupção e fraude – pois como a Convenção de Washington não deixa de ser um tratado internacional, se encontra regida por

³⁸⁵ FRIEDLAND, Paul; BRUMPTON, Paul. **Salient issues in international commercial arbitration**: rabid redux: the second wave of abusive ICSID annulments. **American University International Law Review**, [s.l.], v. 27, 2012, p. 733; SCHREUR, op. cit., p. 944.

³⁸⁶ Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

³⁸⁷ SCHREUR, op. cit., p.550-558.

³⁸⁸ SCHREUR, 2009, p.558.

³⁸⁹ BROCHES, 1972, p. 389; DOUGLAS, 2009., p. 129; SCHREUR, op. cit., p.563-564.

elementos de direito internacional, o qual seria, em um sentido amplo, o direito da sede da arbitragem³⁹⁰.

Através da escolha do direito aplicável, é possível internacionalizar o contrato para que apenas normas de direito internacional sejam aplicadas. Tratados bilaterais de investimentos e outros tratados multilaterais, como o NAFTA³⁹¹ e o Tratado da Carta de Energia³⁹², geralmente possuem cláusula identificando o direito escolhido, normalmente definindo a aplicação do próprio tratado.

Quanto às regras procedimentais, o Artigo 44 da Convenção de Washington³⁹³ concede às partes liberdade para decidir sobre as regras a serem utilizadas, salvo algumas disposições da própria Convenção de Washington e das Regras de Arbitragem do ICSID, que devem ser aplicadas obrigatoriamente³⁹⁴.

As partes podem substituir as Regras de Arbitragem do ICSID por um regime de regras de sua preferência, como as Regras da UNCITRAL, assim como também podem manter as Regras de Arbitragem do ICSID com algumas modificações pontuais para alcançar as particularidades do caso³⁹⁵.

O direito da sede da arbitragem não exerce influência alguma sobre as regras de arbitragem, como reflexo do caráter autônomo das arbitragens do ICSID. Por consequência a ordem pública local não pode afastar as regras de arbitragem escolhidas, a não ser que se trate de matéria também de ordem pública internacional sobre questões procedimentais, como o direito de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sob pena de nulidade da sentença por violação a regras fundamentais da arbitragem³⁹⁶. Como explica Zachary Douglas:

³⁹⁰ SCHREUR, op. cit., p.565-566; BJORKLUND, Andrea K. Mandatory rules of law and investment arbitration. **American Review of International Arbitration**, [s.l.], v. 18, pp175, 2007, p.200.

³⁹¹ Article 1131: Governing Law

1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.

³⁹² Art. 26

(6) A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

³⁹³ Article 44

Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

³⁹⁴ A Convenção trata de diversas matérias procedimentais, algumas de forma pormenorizada, como os artigos 48, 49, 50, 51, 56, 57, 58, 60, 61, 62 e 63.

³⁹⁵ SCHREUR, 2009, p.677.

³⁹⁶ Ibidem, p.679.

[...] this principle is subject to an important exception in relation to arbitrations involving state parties. To the extent that an arbitration involving states is subject to international law, those arbitration proceedings and the resulting award are grounded in, and regulated by, the international legal order, and thus remain detached from the municipal legal system at the seat of the arbitration or from any other municipal legal system³⁹⁷.

Portanto, em conjunto com o Artigo 42, a possibilidade de escolha das regras procedimentais permite o desenvolvimento de um sistema autônomo e separado da influência de normas nacionais, isolado do direito da sede da arbitragem³⁹⁸.

Como elemento da internacionalização e autonomia das arbitragens de investimento, as sentenças arbitrais proferidas pelo ICSID devem ser executadas pelos Estados que ratificaram a Convenção de Washington, sem a possibilidade de tribunais nacionais reverem ou anularem a sentença, pois apenas um novo tribunal constituído conforme a Convenção pode anulá-la, diferente do que dispõe a Convenção de Nova York de 1958.

A sentença arbitral pode ser anulada apenas nos termos do Artigo 52 (1)³⁹⁹, sem possibilidade de anulação por questão de mérito, mas unicamente por falha na formação do tribunal arbitral, se o tribunal exceder manifestamente os seus poderes, se houver corrupção por um dos árbitros, se houver uma séria violação a uma regra processual fundamental, ou se a sentença não estiver devidamente fundamentada. A anulação da sentença será realizada por um comitê *ad hoc* de anulação, e após a anulação da sentença poderá ser constituído novo tribunal para resolver a disputa.

Conforme o Artigo 53 da Convenção de Washington⁴⁰⁰, a sentença arbitral é vinculante às partes da disputa e não podem ser objeto de recurso ou qualquer remédio

³⁹⁷ DOUGLAS, 2009, p. 107.

³⁹⁸ DELAUME, George R. ICSID arbitration and the courts. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 77, n. 4, pp. 784-803, Oct. 1983, p.785.

³⁹⁹ Article 52

(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;
 (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
 (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
 (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
 (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.

⁴⁰⁰ Article 53

(1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention.

(2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

processual a não ser aqueles presentes na própria Convenção, e por força do Artigo 54⁴⁰¹, os Estados partes da Convenção devem cumprir a sentença como se fosse uma decisão final de seu judiciário nacional.

Por estas razões, concluiu Arghyrios Fatouros que o procedimento arbitral ocorrido no ICSID surgiu como um verdadeiro procedimento desnacionalizado, sem vinculação a ordenamentos estatais, conforme pretendem aqueles que presam pela autonomia da arbitragem internacional⁴⁰².

A arbitragem ocorre em um foro neutro, pretensamente livre de intervenções políticas de Estados investidores ou receptores de investimentos. Tribunais nacionais devem se abster de realizarem qualquer medida que possa interferir com o caráter autônomo e exclusivo das arbitragens do ICSID, ou conforme expressado por Georges Delaume:

[...] if a court in a contracting state becomes aware that a claim before it may call for adjudication under ICSID, the court ought to stay the proceedings pending proper determination of the issue by ICSID. So long as such determination is not made and the possibility exists that the claim may fall within the jurisdiction of ICSID, the court must refrain from further consideration of the matter and refer the parties to ICSID to seek a ruling on the subject. It is only in the event of an adverse decision by ICSID (which may result from a refusal by the Secretary-General to register a request for arbitration or from a decision of an ICSID arbitral tribunal holding that the issue involved does not fall within its 'competence') that the court in question could resume hearing the case, assuming, of course, that it would have an independent basis for entertaining jurisdiction over the parties and the subject matter of the dispute⁴⁰³.

Desta forma, a autonomia das arbitragens de investimentos realizadas pelo Centro vai além do modelo pretendido pela Convenção de Nova York de 1958 e das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, que facultam aos tribunais nacionais não reconhecerem ou executar uma sentença arbitral estrangeira. Enquanto uma sentença prolatada pelo ICSID deve ser obrigatoriamente cumprida pelos Estados, uma sentença arbitral prolatada pelo Mecanismo Adicional – portanto submetida à aplicação da Convenção de Nova York de 1958 – pode não ser reconhecida ou executada por tribunais locais.

⁴⁰¹ Article 54 (1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.

⁴⁰² FATOUROS, A. A.. *International Law and the Internationalized Contract*. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v.74, n. 1. pp. 134-141. Jan. 1980, p.136.

⁴⁰³ DELAUME, G.R., 1983, p.785.

2.6 As arbitragens de tratados de investimentos sob uma nova abordagem: formação de um direito público global

As arbitragens de investimento se desenvolveram em um primeiro momento sob o arcabouço da arbitragem comercial internacional, e ainda apresentam elementos que permitem a realização de analogias com as arbitragens comerciais internacionais.

O sistema do ICSID foi inicialmente planejado para arbitragens contratuais, sendo esperado que este fosse o modelo de resolução de controvérsias a ser adotado no âmbito de investimentos estrangeiros, porém, as arbitragens realizadas a partir de tratados se tornaram o principal tipo de disputas apresentadas perante a Convenção de Washington. Conforme menciona Gus Van Harten, após a conclusão da Convenção de Washington, variados BITs foram celebrados e todos trazendo para si os mecanismos criados para as arbitragens comerciais internacionais⁴⁰⁴.

Nas arbitragens de tratados de investimentos, assim como em arbitragens internacionais comerciais, um tribunal é constituído para decidir sobre uma demanda apresentada por um particular, o tribunal tem autoridade para julgar sobre a sua própria jurisdição (regra da *competence-competence*) e assim conhecer ou não a demanda⁴⁰⁵.

Se manifestado o tribunal por haver jurisdição para decidir a disputa, serão aplicadas as regras de direito definidas pelas partes, e o mesmo para as regras procedimentais, salvo existência de normas de cumprimento obrigatório conforme disposto pela Convenção de Washington. O tribunal pode concluir que o Estado demandado violou uma regra do direito aplicável e determinar o pagamento de indenização ao investidor reclamante, o laudo arbitral será vinculante às partes e não poderá ser invalidado por tribunais locais em decorrência de questão de mérito.

Entretanto, as arbitragens de tratados de investimentos possuem peculiaridades que as diferenciam de uma arbitragem comercial, o que pode tornar inadequada a aplicação de elementos próprios desta forma de resolução de disputas às arbitragens de tratados de investimentos⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ VAN HARTEN, 2007, p. 59.

⁴⁰⁵ Article 41

(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.

⁴⁰⁶ CREMADES, Bernardo M.; CAIRNS, David J. A. The brave new world of global arbitration. **The Journal of World Investment**, [s.l.], v. 3, pp. 173-210, 2002, p 188; VAN HARTEN, 2007, p. 57.

A segunda abordagem sobre as arbitragens de tratado de investimento observa a publicização das disputas e atribui aos procedimentos arbitrais um caráter regulatório no espaço público global, devido a sua contribuição para definição de critérios de atuação aos Estados e demais sujeitos que participam do regime internacional de internacional de investimentos.

Kingsbury, Krisch e Stewart notam que as arbitragens de investimentos ocorrem em um espaço administrativo global, em que funções regulatórias não são mais exclusivas de agentes domésticos e têm se tornado significativamente transnacionais ou globais⁴⁰⁷. Nas palavras de Kingsbury:

The idea of a ‘global administrative space’ marks a departure from those orthodox understandings of international law in which the international is largely inter-governmental, and there is a reasonably sharp separation of the domestic and the international. In the practice of global governance, transnational networks of rule-generators, interpreters and appliers cause such strict barriers to break down. This global administrative space is increasingly occupied by transnational private regulators, hybrid bodies such as public-private partnerships involving states or inter-state organizations, national public regulators whose actions have external effects but may not be controlled by the central executive authority, informal inter-state bodies with no treaty basis (including ‘coalitions of the willing’), and formal interstate institutions (such as those of the United Nations) affecting third parties through administrative-type actions.⁴⁰⁸

Neste sentido, o surgimento de mecanismos globais de regulação causa a restrição do espaço decisório de administradores locais, não havendo mais separação completa entre o local e o global, entretanto, enquanto o poder decisório local se encontra limitado, os organismos decisórios globais possuem maior independência e discricção do que agentes estatais, portanto a necessidade de um direito administrativo global para regular estes poderes decisórios⁴⁰⁹.

O direito administrativo global abrange alguns princípios legais básicos de requerimentos de natureza procedimental e substantiva⁴¹⁰, como procedimentos de participação e transparência, decisões fundamentadas, direito de revisão das decisões; e padrões substantivos de proporcionalidade como razoabilidade entre os fins e os meios, evitar

⁴⁰⁷ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. [s.l.], v. 68, 2005, p. 25.

⁴⁰⁸ KINGSBURY, Benedict. The concept of ‘law’ in global administrative law. **European Journal of International Law**, [s.l.], v.20, n. 1, 2009, p. 26.

⁴⁰⁹ KINGSBURY; KRISCH; STEWART, op. cit., p. 26.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 37.

meios desnecessariamente restritivos, e expectativas legítimas de direito; e atenção a exceções, como imunidades em geral e certas especificidades para diferentes regimes⁴¹¹.

As arbitragens de tratados de investimentos representam uma forma de governança global, pois contribuem ao definir princípios específicos de direito administrativo global e padrões de conduta para Estados em seus procedimentos administrativos internos mediante a revisão do equilíbrio alcançado pelo Estado entre o interesse de investidores e importantes objetivos públicos, através de métodos como o teste de proporcionalidade⁴¹².

Ao ratificarem tratados de investimentos com determinações amplas, vagas e imprecisas, e ao permitirem investidores de apresentar demandas diretamente através de arbitragens, os Estados acabam por delegar autoridade aos tribunais arbitrais para que estes, ao resolverem disputas entre investidores e Estados, interpretem, apliquem e desenvolvam o direito internacional dos investimentos⁴¹³.

As arbitragens entre investidores e Estado, neste contexto, são melhores compreendidas como um direito público transnacional, à medida que avaliam a validade de um ato regulatório estatal de forma semelhante com o direito constitucional ou administrativo doméstico, definem padrões de condutas através de decisões sobre a legalidade de atos estatais, e se desenvolvem espontaneamente como uma forma de direito administrativo global⁴¹⁴.

Considerados em sua capacidade individual, um tribunal arbitral recebe autoridade para se manifestar sobre a legalidade de atos do legislativo, executivo e judiciário dos Estados demandados, inclusive sobre as decisões tomadas pelo Estado ao ponderar entre o interesse de investidores e o interesse público, em temas como tributação, a proteção do meio ambiente, direitos econômicos, direitos trabalhistas e demais direitos sociais⁴¹⁵.

Coletivamente, estes tribunais definem padrões de governança global devido ao fato de seus laudos arbitrais serem frequentemente disponibilizados ao público e assim citados por outros tribunais e partes em novas disputas de investimentos, como elemento de autoridade

⁴¹¹ Ibidem, p. 38-42.

⁴¹² KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. **NYU School of Law**, Public Law Research Paper, [s.l.], n. 09/46. Sept. 2009, p. 01.

⁴¹³ ROBERTS, 2013, p.46.; VAN HARTEN, 2007, p.04.

⁴¹⁴ MILLS, 2011, p.484.; RADI, Yannick. Balancing the public and private in international investment Law. In: WATT, Horatia Muir; ARROYO, Diego P. Fernandez, ed. **Private international law and global governance**. Oxford, NY: Oxford University Press, 2014, p.170.; ROBERTS, op. cit. p.01.; SCHILL, 2011a, p.59.; VAN HARTEN, op. cit., p. 04.

⁴¹⁵ VAN HARTEN, op. cit., p.04

persuasiva (ainda que não vinculante) a respeito da interpretação e aplicação dos padrões de proteção mencionados em tratados⁴¹⁶.

Portanto, as arbitragens de investimentos representam uma forma de governança global a partir de dois elementos: 1) a revisão da legalidade de atos regulatórios estatais, de maneira semelhante ao direito público doméstico dos Estados; 2) sistema de precedentes não vinculantes, mas com forte poder persuasivo.

2.6.1 A revisão da legalidade de atos regulatórios em um novo tipo de disputa

Arbitragens de investimentos servem como mecanismo de revisão da ponderação que Estados têm feito entre a proteção de direito de investidores e outras questões de interesse público. Nas palavras de Kingsbury e Schill:

Investor-State arbitral tribunals implement broadly phrased international standards set out in very similar terms in many investment treaties, and concretize and expand or restrict their meaning and reach through interpretation, so that they increasingly define for the majority of States of the world standards of good governance and of the rule of law that are enforceable against them by foreign investors. And they review State action in ways that can have implications for much wider public interests and public policies, and for the legitimacy and methodological justifiability of the tribunals themselves⁴¹⁷.

Esta concepção da arbitragem de investimentos como governança e de formação de um direito público global contraria a percepção deste sistema como simples prestação de um serviço, nos moldes das arbitragens internacionais comerciais, em que os árbitros devem resolver uma disputa específica, possuem responsabilidades apenas com as partes, e se encontram sujeitos aos limites definidos por estes, orientação esta fortemente fundamentada na autonomia da vontade e na igualdade entre as partes de uma arbitragem, pouco importando se um dos sujeitos envolvidos é um Estado⁴¹⁸.

Juristas que adotam esta percepção mais privatista representam a maior parte dos profissionais que atuam na resolução de disputas de investimentos, porém, durante a última década do séc. XX, e o começo do séc. XXI, o caráter das disputas entre investidores e Estados se apresentou como diferente em relação às arbitragens comerciais tradicionais.

⁴¹⁶ SCHILL, op. cit., p.59.

⁴¹⁷ KINGSBURY; SCHILL, 2010, p.02.

⁴¹⁸ MAUPIN, 2014, p. 26.

Desde 1990, o número de disputas apresentadas perante o ICSID aumentou consideravelmente, e as demandas passaram a questionar atos que antes eram vistos como parte da legítima competência regulatória dos Estados, questões de relevante interesse público, sendo as demandas apresentadas principalmente contra antigos Estados socialistas e países em desenvolvimento⁴¹⁹.

De acordo com Stephan Schill, apesar de inúmeras semelhanças procedimentais com arbitragens comerciais, os elementos públicos das arbitragens de investimentos se apresentam no que diz respeito ao conteúdo da disputa, a natureza das obrigações em jogo, a natureza e amplitude do consentimento dos Estados e o relacionamento entre as partes⁴²⁰.

Primeiramente, arbitragens de investimento têm envolvido questões relacionadas ao exercício de poder regulatório do Estado receptor ao legislar sobre assuntos de interesse público – como políticas adotadas em momentos de crise econômica⁴²¹, regulação sobre empresas e preços públicos⁴²², controle de substâncias nocivas à saúde pública⁴²³, proteção de bens culturais⁴²⁴ ou a adoção de políticas contra a discriminação racial e socioeconômica⁴²⁵.

As arbitragens de tratados de investimentos discutem constantemente questões referentes a políticas públicas ou regulatórias dos Estados receptores, diferentes de matérias comerciais típicas da arbitragem comercial tradicional, e isso foi percebido já nas arbitragens realizadas sob o NAFTA, como observa Charles H. Brower II:

The growing resistance to Chapter 11 emanates from over one dozen claims brought by NAFTA investors against Canada, Mexico, and the United States (collectively, the "NAFTA Parties"). Heard by panels of three arbitrators, these claims seek billions of dollars in damages and challenge a variety of regulatory measures, including measures that ostensibly protect public health, safety, and the environment; establish import and export controls; and implement treaties. A few claims even attack the legitimacy of important governmental services, including the judicial systems of Massachusetts and Mississippi, which proud citizens might characterize as models for the rest of the world. These developments horrify Canadian and U.S. publicists, who denounce the "aggressive" use of investor-state

⁴¹⁹ MAUPIN, op. cit., p.09; MILLS, 2011, p. 495; SCHILL, 2011a, p. 78; STERN Brigitte. Civil society's voice in the settlement of International Economic Disputes, **ICSID review**. [s.l.], v.22, n. 2. 2007, p. 280; VAN HARTEN, 2007, p.03.

⁴²⁰ SCHILL, op. cit., p.75.

⁴²¹ Como exemplo, tem-se as arbitragens iniciadas contra a Argentina, ver seção 3.

⁴²² BIWATER GAUFF (TANZ.) LTD. V. UNITED REPUBLIC OF TANZANIA. ICSID Case No. ARB/05/22, **Award**. 24 July. 2008; AGUAS DEL TUNARI V. REPUBLIC OF BOLIVIA, ICSID Case No. ARB/02/3, **Objections to Jurisdiction**. 21 Oct. 2005.

⁴²³ CHEMTURA CORP. V. CANADA, UNCITRAL, **Award**. NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2 Aug. 2010; METHANEX CORP. V. UNITED STATES, UNCITRAL, **Final Award**. NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 3 Aug. 2005.

⁴²⁴ S. PAC. PROPS. (MIDDLE E.) LTD. V. ARAB REPUBLIC OF EGYPT, ICSID Case No. ARB/84/3, **Award**. 20 May. 1992.; GLAMIS GOLD, LTD. V. UNITED STATES, UNCITRAL, **Award**. NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 8 June 2009.

⁴²⁵ FORESTI V. REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, **Award**. 4 Aug. 2010.

arbitration as an "offensive" weapon that has "chilled" the exercise of regulatory authority and caused an "alarming" loss of sovereignty⁴²⁶.

Como afirmam Van Harten e Loughlin, tribunais de arbitragens de investimentos aplicam padrões que limitam atos soberanos do legislativo, do judiciário e do executivo nacional e controlam o exercício de autoridade pública, motivo pelo o qual a arbitragem de investimentos é melhor compreendida através de analogias ao direito administrativo nacional, ainda que utilize um mecanismo privado para a regulação de interesses públicos:

For this reason, in particular, investment arbitration is best analogized to domestic administrative law. In domestic administrative law, the primary subject of adjudicative review is executive government. In response to an individual claim, the courts may review sovereign acts of executive government to determine whether they were lawful and, if not, to adopt an appropriate remedy. In investment arbitration, by contrast, the main subject of adjudicative review is not executive government but the state as a whole. The international principle of the unity of the state establishes state responsibility for acts of its constituent elements, regardless of how public authority is allocated under domestic public law. In effect, the state is equated to the executive branch in domestic administrative law, and is subjected to review by an international tribunal constituted as part of a bargain between states⁴²⁷.

As demandas em que o investidor questiona o exercício de poder do Estado são identificadas por Gus Van Harten como demandas regulatórias, e constituem objeto das arbitragens de investimentos⁴²⁸. Esta diferença foi abordada pelo tribunal do caso *Loewen*, arbitragem realizada pelo Mecanismo Adicional do ICSID, com a sua competência foi instituída através do Capítulo 11 do NAFTA. Neste caso, uma companhia canadense alegou ter sido negado o acesso à justiça pelo judiciário do estado norte americano do Mississippi, o que teria violado o padrão mínimo de tratamento disposto no Artigo 1105 do NAFTA⁴²⁹:

[...] These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law [...]. It is true that some aspects of the resolution of disputes arising in relation to private international commerce are imported into the NAFTA system via Article 1120.1(c), and that the handling of disputes within that system by professionals experienced in the handling of major international arbitrations has tended in practice to make a NAFTA arbitration look like the more familiar kind of process. But this apparent resemblance is misleading. The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states. If the effects of a change of ownership are to be ascertained we must do so, not by inapt analogies with private law rules, but from the words of Chapter

⁴²⁶ BROWER II, Charles H. Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back. **Columbia Journal of Transnational Law**, [s.l.], v. 40, 2011, p. 45-46.

⁴²⁷ VAN HARTEN, Gus; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. **European Journal of International Law**, [s.l.], v.17, 2006, p. 146.

⁴²⁸ VAN HARTEN, 2007, p. 46.

⁴²⁹ LOEWEN GROUP, INC. AND RAYMOND L. LOEWEN V. UNITED STATES OF AMERICA, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3. **Award**. 26 June 2003.

Eleven, read in the context of the Treaty as a whole, and of the purpose which it sets out to achieve⁴³⁰.

Enquanto na arbitragem contratual os agentes participantes se encontram em pé de igualdade, o mesmo não ocorre nas arbitragens de investimentos. Como Thomas Wälde afirmou em sua opinião separada no caso *International Thunderbird vs Mexico*, não deveria haver aplicação dos princípios materiais de arbitragens comerciais sobre as arbitragens de investimento pois ainda que se apliquem as mesmas regras procedimentais, estas são fundamentalmente diferentes daquela, pois as arbitragens de investimento regulam uma situação em que o investidor se encontra submetido ao Poder Público do Estado hospedeiro:

While the forms and procedures of international commercial arbitration are relied upon, one needs, for the application of such rules, to bear in mind that their purpose is to govern the procedure, but not to inject substantive principles, rules and legal concepts used in international commercial arbitration into the qualitatively different investment disputes between a foreign investor and a host state. International commercial arbitration assumes roughly equal parties engaging in sophisticated transnational commercial transactions. Investment arbitration is fundamentally different from international commercial arbitration. It governs the situation of a foreign investor exposed to the sovereignty, the regulatory, administrative and other governmental powers of a state. The investor is frequently if not mostly in a position of structural weakness, exacerbated often by inexperience (in particular in the case of smaller, entrepreneurial investors). Investment arbitration therefore does not set up a system of resolving disputes between presumed equals as in commercial arbitration, but a system of protection of foreign investors that are by exposure to political risk, lack of familiarity with and integration into, an alien political, social, cultural, commercial, institutional and legal system, at a disadvantage. Legal principles for and methodological approaches to examining the factual situation, habits, natural instincts and styles from commercial arbitration are therefore no suitable guideposts for investment arbitration [...]⁴³¹.

Uma segunda assimetria das arbitragens de tratados de investimentos corresponde que, enquanto investidores se encontram submetidos ao poder dos Estados – o que também foi observado por Gus Van Harten⁴³² - na inexistência de uma relação contratual entre investidor e Estado, apenas o investidor pode apresentar uma demanda contra o Estado a partir de um tratado de investimentos, pois enquanto este ofereceu o seu consentimento de forma unilateral no tratado, não há a mesma autorização da parte do investidor⁴³³. Diferente, portanto, de uma arbitragem consensual para resolução de disputas privadas.

⁴³⁰ Ibidem, 2003, § 233, p. 67.

⁴³¹ INTERNATIONAL THUNDERBIRD GAMING CORPORATION V. THE UNITED MEXICAN STATES, UNCITRAL. **Separate Opinion (of Thomas Wälde)**, 01 Dec. 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0432.pdf>>. Acesso em 04 Dez. 2014.

⁴³² VAN HARTEN, 2007, p. 46.

⁴³³ WÄLDE, Thomas. The specific nature of investment arbitration. In: KAHN, Philippe; WAELDE, Thomas W. (eds.). **New Aspects of International Investment Law**. The Hague Academy of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2007, p. 54-57.

As obrigações às quais os Estados se encontram vinculados e em relação às quais os Estados têm os seus atos revisados também não estão dispostos, a princípio, em uma relação contratual, mas sim em um tratado ratificado por entes públicos dotados de soberania, do qual o investidor não participa. As arbitragens de investimentos visam discutir o descumprimento pelo Estado receptor das obrigações dispostas no tratado internacional, não necessariamente o descumprimento pelo Estado de obrigações contratuais⁴³⁴, e ainda que haja um contrato firmado entre o investidor e o Estado, o descumprimento dos termos do contrato não é suficiente para afirmar ter ocorrido o descumprimento do tratado⁴³⁵.

Isto ocorre pois a responsabilidade do Estado por violar uma obrigação internacional é diferente da responsabilidade por violar um contrato⁴³⁶. Enquanto o contrato é regido pelo direito aplicável a este – geralmente o direito interno do Estado receptor – o tratado de investimento se encontra regido pelo direito internacional, e uma violação ao direito interno não representa uma violação o direito internacional⁴³⁷, a não ser em situação em que o direito interno e o internacional se encontrem sobrepostos, como no caso de haver um comprometimento através de tratado de não descumprir os termos do contrato⁴³⁸.

O mesmo foi observado pelo comitê *ad hoc* de anulação constituído para o caso *Vivendi vs Argentine*. Neste caso, o tribunal original havia sido constituído com base no BIT França-Argentina a partir da alegação do investidor de que os seus direitos tinham sido violados por medidas de saúde pública e regulação de taxas aplicadas pelo governo argentino, porém todas as queixas apresentadas pelo investidor diziam respeito ao cumprimento do contrato de concessão celebrado entre o investidor e o governo local⁴³⁹, o qual atribuía jurisdição exclusiva aos tribunais administrativos locais para dissídios referentes à interpretação e aplicação do contrato⁴⁴⁰. Como as circunstâncias do caso impediam a separação entre violações ao contrato e violações ao tratado, o tribunal afirmou não haver

⁴³⁴ DOUGLAS, 2009, p. 73-75.; SACERDOTI, 2004, p.14-16.

⁴³⁵ SCHILL, 2011a, p.76.; VICUÑA, 2004, p. 352.

⁴³⁶ CRAWFORD, James. Treaty and contract in investment arbitration. **Arbitration International** [s.l.], v. 24, n.3, 2008, p. 356.

⁴³⁷ SALANTINO, Gregorio. Overview of umbrella clauses. **Business Law International**, [v.l.]s, v. 13, n.1, Jan. 2012, p. 51.

⁴³⁸ CRAWFORD, loc. cit.

⁴³⁹ COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. AND VIVENDI UNIVERSAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). **Award**. 21 Nov. 2000, Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0206.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2015, p.2.

⁴⁴⁰ COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. AND VIVENDI UNIVERSAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC, op. cit., p. 2.

jurisdição sobre a controvérsia, devendo ser esta submetida aos tribunais administrativos locais⁴⁴¹.

O comitê de anulação teve posicionamento diferente, afirmou que deveria ter o tribunal reconhecido sua jurisdição por ser necessário analisar o contrato para julgar se houve violação ao BIT, porém ainda assim reconheceu a separação entre causas de pedir por violação do contrato e violação do tratado:

As to the relation between breach of contract and breach of treaty in the present case, it must be stressed that Articles 3 and 5 of the BIT do not relate directly to breach of a municipal contract. Rather they set an independent standard. A state may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa, and this is certainly true of these provisions of the BIT [...] In accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán. For example, in the case of a claim based on a treaty, international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts entered into by Tucumán, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts⁴⁴².

[...] But it is nonetheless the case that the conduct alleged by Claimants, if established, could have breached the BIT. The claim was not simply reducible to so many civil or administrative law claims concerning so many individual acts alleged to violate the Concession Contract or the administrative law of Argentina. It was open to Claimants to claim, and they did claim, that these acts taken together, or some of them, amounted to a breach of Articles 3 and/or 5 of the BIT. In the Committee's view, the Tribunal, faced with such a claim and having validly held that it had jurisdiction, was obliged to consider and to decide it. Although the Tribunal expressed conclusions on certain aspects of the claim, it never expressed a conclusion as to the claim as a whole, still less did it assess Claimants' case against the requirements of Article 3 or 5 of the BIT.

A treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standard. The availability of local courts ready and able to resolve specific issues independently may be a relevant circumstance in determining whether there has been a breach of international law (especially in relation to a standard such as that contained in Article 3). But it is not dispositive, and it does not preclude an international tribunal from considering the merits of the dispute⁴⁴³.

O tribunal constituído para o caso *SGS vs Pakistan* seguiu o mesmo entendimento, e considerou que havendo sobreposição entre uma demanda contratual e uma demanda a partir do BIT, deveria o tribunal averiguar se houve violação ao contrato para decidir se houve

⁴⁴¹ Ibidem, p. 3.

⁴⁴² Idem, **Decision on Annulment (English)**, 3 July 2002, Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2015, §95-96, p. 127-128.

⁴⁴³ Ibidem, § 113, p. 135.

violação ao tratado, porém isto em nenhuma hipótese prejudicaria a jurisdição de um tribunal arbitral constituído para decidir sobre o descumprimento do acordo de investimento firmado entre o mesmo investidor e o Paquistão:

BIT claims and contract claims appear reasonably distinct in principle. Complexities, however, arise on the ground, as it were, particularly where, as in the present case, each party claims that one tribunal (this Tribunal or the PSI Agreement arbitrator) has jurisdiction over both types of claims which are alleged to co-exist. [...] We conclude that the Tribunal has jurisdiction to pass upon and determine the claims of violation of provisions of the Swiss-Pakistan BIT raised by the Claimant. We do not consider that that jurisdiction would to any degree be shared by the PSI Agreement arbitrator⁴⁴⁴.

We recognize that disputes arising from claims grounded on alleged violation of the BIT, and disputes arising from claims based wholly on supposed violations of the PSI Agreement, can both be described as “disputes with respect to investments,” the phrase used in Article 9 of the BIT. That phrase, however, while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9. Neither, accordingly, does an implication arise that the Article 9 dispute settlement mechanism would supersede and set at naught all otherwise valid non-ICSID forum selection clauses in all earlier agreements between Swiss investors and the Respondent. Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting ex hypothesis exclusively on contract. Both Claimant and Respondent have already submitted their respective claims sounding solely on the PSI Agreement to the PSI Agreement arbitrator. We recognize that the Claimant did so in a qualified manner and questioned the jurisdiction of the PSI Agreement arbitrator, albeit on grounds which do not appear to relate to the issue we here address. We believe that Article 11.1 of the PSI Agreement is a valid forum selection clause so far as concerns the Claimant’s contract claims which do not also amount to BIT claims, and it is a clause that this Tribunal should respect. We are not suggesting that the parties cannot, by special agreement, lodge in this Tribunal jurisdiction to pass upon and decide claims sounding solely in the contract. Obviously the parties can. But we do not believe that they have done so in this case. And should the parties opt to do that, our jurisdiction over such contract claims will rest on the special agreement, not on the BIT. [...] We conclude that the Tribunal has no jurisdiction with respect to claims submitted by SGS and based on alleged breaches of the PSI Agreement which do not also constitute or amount to breaches of the substantive standards of the BIT⁴⁴⁵.

Uma controvérsia contratual é diferente de uma controvérsia com fundamento em um tratado: as causas de pedir e fundamentos jurídicos são diferentes, porém as partes de um tratado de proteção a investimentos podem reconhecer que qualquer controvérsia surgida a partir do investimento seja considerada pelo tribunal arbitral, inclusive demandas originadas

⁴⁴⁴ SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. V. ISLAMIC REPUBLIC OF PAKISTAN, ICSID Case No. ARB/01/13. **Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction**. 6 Aug. 2003, Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2015, § 147- 155, p 354-358.

⁴⁴⁵ SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. V. ISLAMIC REPUBLIC OF PAKISTAN, 2003, § 161-162, p.360-361.

unicamente de relações contratuais entre o investidor e o Estado, cláusula identificada como *umbrella clause*⁴⁴⁶.

As *umbrella clauses* são apresentadas por muitos tratados de investimentos. Como mencionam Dolzer e Schreuer, a cláusula padrão é aquela disposta no Artigo 2 (2) do *model treaty* britânico, que afirma que “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party*”⁴⁴⁷.

Ainda que seja um item constante em diferentes tratados, nem todos dispõem de *umbrella clauses*. O Tratado da Carta de Energia apresenta uma *umbrella clause* ao final do seu Artigo 10 (1)⁴⁴⁸, porém o NAFTA não contém disposição semelhante, e ainda há muitas inconsistências sobre as interpretações de seus efeitos, o que impede afirmar a existência de fundamentos sólidos quanto a sua utilização como instrumento de internacionalização de contratos, apesar do pragmatismo existente⁴⁴⁹.

A forma em que o consentimento é expresso pelas partes também difere fundamentalmente de uma arbitragem comercial, principalmente no que diz respeito ao consentimento do Estado. Enquanto numa relação contratual, ainda que seja o Estado uma das partes contratantes, o consentimento é expresso através de uma cláusula arbitral negociada com o investidor mediante ato de natureza privada, em um tratado de investimentos o Estado receptor do investimento manifesta o seu consentimento antecipadamente através de cláusula de resolução de disputas constante em um tratado de proteção a investimentos, oferecendo a proposta para arbitragem para uma eventual disputa através de um ato soberano - a ratificação do tratado⁴⁵⁰.

Tradicionalmente, demandas regulatórias deveriam ser discutidas no judiciário nacional do Estado receptor, por estarem protegidas pela imunidade de jurisdição, hipótese

⁴⁴⁶ VICUÑA, 2004, p. 364.

⁴⁴⁷ British Model Treaty Apud DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 166.

⁴⁴⁸ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, 1994:

ARTICLE 10 PROMOTION, PROTECTION AND TREATMENT OF INVESTMENTS

(1) Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. **Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party** (grifo nosso).

⁴⁴⁹ DOLZER; SCHREUER, loc. cit.; SORNARAJAH, 2010, p. 304.

⁴⁵⁰ VAN HARTEN, 2007, p. 63; SCHREUER, 2009, p. 205.

em que para a discussão do litígio em um fórum internacional deveria haver esgotamento dos recursos internos até a apresentação da demanda perante a via da proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor. Entretanto, por força da oferta unilateral do Estado, o investidor se encontra dotado de um direito processual para apresentar o seu pleito diretamente ao Estado, sendo desnecessária a intervenção do Estado de origem do investidor⁴⁵¹, pois como observa Rudolf Dolzer, os tratados de investimento se distanciam do direito internacional tradicional ao permitir não apenas aos Estados partes, mas também aos investidores o direito de apresentar diretamente uma reclamação perante um tribunal internacional⁴⁵², semelhante ao que ocorrem em tratados de proteção a direitos humanos.

Após a oferta de arbitragem pelo o Estado, o investidor pode aceitá-la mediante submissão da controvérsia ao ICSID, concluindo o consentimento unilateralmente sem antes ter discutido os termos da arbitragem. Sob este modelo, se torna dispensável um acordo contratual para constituição da arbitragem, pois é facultado ao indivíduo apresentar sua demanda ao Centro e assim concluir unilateralmente o consentimento, o que é definido por Jan Paulsson como “*arbitration without privity*”⁴⁵³.

Enquanto as disputas entre investidores e Estados surgiram sob um forte caráter privado, discutindo apenas questões de descumprimento de contratos da parte de Estados, em 1990 um tribunal aceitou que um investidor pudesse apresentar uma demanda contra um Estado usando apenas a cláusula de resolução de litígios disposta em um tratado, sem haver um contrato firmado entre investidor e o Estado requerido, portando inexistindo convenção arbitral entre reclamante e reclamado⁴⁵⁴.

No caso *Asian Agricultural Products Ltd. vs Sri Lanka*, o investidor teve uma fazenda destruída através de intervenção militar em sua propriedade, e utilizou apenas do tratado para justificar o consentimento do Sri Lanka à arbitragem, correspondendo à primeira arbitragem de tratado de investimento a ser registrada no ICSID⁴⁵⁵.

Esta evolução teve um impacto maior, pois consolidou a “tratatificação” das disputas entre investidores e Estados, uma modificação de parâmetros ao afirmar como prescindível

⁴⁵¹ BJORKLUND, Andrea K.. Private rights and public international law: why competition among international economic law tribunals is not working. **Hastings Law Journal**, [s.l.], v. 59, 2007, p. 123-124.; ROBERTS, Anthea. Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of states. **The American Journal of International Law** [s.l.], v. 104, n. 2, Apr. 2010, p. 185.

⁴⁵² DOLZER, Rudolf, 2006, p. 956.

⁴⁵³ PAULSSON, Jan. Arbitration without privity, **ICSID Review—Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 10, 1995, p. 232.

⁴⁵⁴ RADI, 2014, p. 180.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 181.

uma relação contratual entre investidor e Estado para o início de uma disputa, conforme entendimento do Ponto 24 do Relatório de Diretores Executivos do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento sobre a Convenção para Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Relatório dos Diretores Executivos sobre o ICSID):

Consent of the parties must exist when the Centre is seized (Articles 28(3) and 36(3)) but the Convention does not otherwise specify the time at which consent should be given. Consent may be given, for example, in a clause included in an investment agreement, providing for the submission to the Centre of future disputes arising out of that agreement, or in a *compromis* regarding a dispute which has already arisen. Nor does the Convention require that the consent of both parties be expressed in a single instrument. Thus, a host State might in its investment promotion legislation offer to submit disputes arising out of certain classes of investments to the jurisdiction of the Centre, and the investor might give his consent by accepting the offer in writing', Report of the Executive Directors on the ICSID Convention⁴⁵⁶.

Devido ao fato dos direitos discutidos em uma arbitragem de tratados de investimentos não se encontrarem em um contrato, mas sim no tratado de investimento, e por este não ter sido firmado entre o investidor e o Estado hospedeiro, mas entre o Estado hospedeiro e o Estado de origem do investidor, há controvérsias quanto a quem deve ser dado o direito de se manifestar sobre a interpretação do tratado, no caso, se aos Estados partes ou ao investidor que iniciou a arbitragem.

Sobre este aspecto, no caso *Pope & Talbot vs Canada*, arbitragem constituída sob o Capítulo 11 do NAFTA, e regido pelas Regras de Arbitragem da UNCITRAL, uma empresa norte americana, através de sua subsidiária extraia madeira no Canadá e as exportava para os EUA, porém alegou a ocorrência de violação aos padrões de tratamento justo e equitativo e a proibição de expropriação do investimento pelo Estado canadense após este país ter criado taxas para a extração de madeira em terras do governo, e ter limitado a quantidade de madeira que poderia ser exportada para os Estados Unidos⁴⁵⁷.

No presente caso, o tribunal interpretou de forma extensiva o conteúdo da cláusula de tratamento justo e equitativo, alegando que as disposições do Artigo 1105 (1)⁴⁵⁸ do Acordo do

⁴⁵⁶ Report of the Executive Directors on the ICSID Convention Apud RADI, loc. cit.

⁴⁵⁷ POPE TALBOT INC. VS GOVERNMENT OF CANADA. **Statement of claim under the arbitration rules of the united nations commission on international trade law and the north american free trade agreement.** Disponível em: http://www.uncitral.org/res/transparency-registry/registry/data/pope_talbot_inc_html/pope-03.pdf. Acesso em 22 Nov 2014, p 02.

⁴⁵⁸ Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

NAFTA atribuem uma proteção mais abrangente do que dispõe o direito internacional costumeiro⁴⁵⁹.

Esta interpretação não agradou às partes contratantes do tratado (Estados Unidos da América, Canadá e México), as quais se reuniram através de seus representantes na Comissão de Livre Comércio do NAFTA e apresentaram uma nota de interpretação dos termos do tratado, afirmando que o Artigo 1105 (1) prescreve o padrão de tratamento de estrangeiros como o padrão mínimo de tratamento a ser oferecido aos investidores de qualquer um dos Estados-partes, e que o padrão de tratamento justo e equitativo, assim como o padrão de segurança e proteção, não demandava uma proteção mais ampla do que aquela prescrita pelo direito internacional costumeiro⁴⁶⁰.

De acordo com o Artigo 1131 (2) do NAFTA, uma interpretação feita pela Comissão sobre as provisões do Acordo vinculam um tribunal estabelecido sob o Capítulo 11⁴⁶¹, disposição este semelhante a uma série de tratados existente⁴⁶², entretanto o tribunal rejeitou a interpretação da Comissão e questionou a sua validade em várias cartas trocadas com o Canadá e os demais Estados membros, questionando as circunstâncias que levaram os Estados membros a adotarem a nota interpretativa, se os demais Estados partes do NAFTA estavam cientes dos efeitos da interpretação, e se esta teria interesse em beneficiar o Canadá na presente disputa⁴⁶³.

⁴⁵⁹ Idem. **Award on the merits of phase 2**. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. 10 Apr 2001. Acesso em 22 nov 2014, p .48-55.

⁴⁶⁰ POPE TALBOT INC. VS GOVERNMENT OF CANADA. **Letter from principal counsel**, Trade Law Division to NAFTA Chapter Eleven Tribunals. Disponível em: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0679_0.pdf. Jul 2001. Acesso em: 22 Nov. 2014, p. 03: Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law: 1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. 2. The concepts of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens. 3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or: of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)

⁴⁶¹ Article 1131: Governing Law

2. An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.

⁴⁶² Gabrielle Kaufmann-Kohler menciona a existência de cláusulas semelhantes, reservando aos Estados partes o direito de interpretar os termos do tratado, em uma série de convenções de investimentos. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Interpretive powers of the free trade commission and the rule of law. **Fifteen years of NAFTA Chapter 11 arbitration**, [s.l.]:LLC, 2011, p, 176-178.

⁴⁶³ POPE & TALBOT INC VS GOVERNMENT OF CANADA. **Letter from presiding arbitrator**. 17 sept 2001. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0681.pdf>.> Acesso em nov 2014, p. 02: ... Without pre-empting at this time the implications properly to be drawn it appears to the Tribunal that if the Commission viewed its interpretation to have retroactive effect. on this case, its actions could be viewed as seeking to overturn a treaty interpretation already made by a NAFTA Chapter 11 Tribunal, Canada acting both as a disputing party and as a member of a reviewing body. Consequently the

Em claro desafio à nota interpretativa apresentada pela Comissão de Livre Comércio do NAFTA, o tribunal afirmou ser impróprio para o Canadá participar na elaboração da interpretação conjunta, pois era parte na disputa, e estaria violando preceito do direito internacional de que um Estado não poderia ser juiz em seus dissídios⁴⁶⁴

Para Gus Van Harten, a manifestação do tribunal *Pope & Talbot vs Canada* tem como fundamento uma interpretação errônea da natureza das arbitragens de tratado. Os comentários do tribunal teriam sido pertinentes em uma arbitragem contratual em que as partes tivessem negociado o conteúdo do tratado, entretanto, o tribunal contestou a autoridade dos Estados partes do NAFTA em se manifestarem sobre os direitos ali existentes, sendo que a competência do tribunal para decidir sobre os direitos garantidos no Acordo do NAFTA existe devido ao tratado, concluído entre Estados, e não por motivo de um acordo de investimentos celebrado entre investidor e Estado⁴⁶⁵:

The *Pope & Talbot* tribunal doubted the validity of the Free Trade Commission's interpretation by restricting its view of Canada's role to that of a dispute party in a private arbitration. But Canada was taking part in an adjudicative process that Canada itself had established as part of an agreement with other states, and over which Canada exercised authority according to the terms of that agreement. From a public law perspective there was no reason for the tribunal to question the NAFTA structure by questioning the validity of the states parties' joint interpretation, and in doing so, the tribunal apparently mistook Canada's acts as a sovereign for the acts of a private party⁴⁶⁶.

De acordo com Gus Van Harten, fundamentar as arbitragens de tratados de investimentos a partir de analogias com o modelo de arbitragens comerciais seria negar o elemento de soberania existente no ato que deu início à arbitragem. Deve haver consideração para o papel do Estado que participa da arbitragem, que representa uma população e que autorizou a realização de procedimentos arbitrais não por uma manifestação de vontade, mas por um ato soberano disposto em tratado⁴⁶⁷.

Por fim, um laudo arbitral contrário ao Estado reclamado pode afetar diretamente a sua população, pois terá o Poder Público que reajustar sua política interna para evitar nova responsabilização internacional – por exemplo, tendo que aumentar a tarifa de alguns serviços públicos fundamentais, como o serviço de água, ainda que restrinja o acesso à parte de sua

Tribunal wishes to know what caused the Commission to take action in this manner and what the members were told about the effects of their action on this case.

⁴⁶⁴ Idem. **Award in respect of damages**. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>>. 31 May 2002. Acesso em 23 Nov. 2014, p. 10

⁴⁶⁵ VAN HARTEN, 2007, p.127-128.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 128.

⁴⁶⁷ VAN HARTEN, 2007, p.128.

população⁴⁶⁸, o que tem gerado questionamentos e demandas quanto à legitimidade democrática, abertura, transparência e publicidade de arbitragens de investimentos⁴⁶⁹.

Portanto, a arbitragem de tratado de investimentos se revela como um processo de resolução de litígios entre investidores e Estados, que segue um procedimento predeterminado, e envolve controle da conduta estatal conforme o tratado existente, de maneira semelhante ao controle judicial de atos governamentais sob o direito administrativo ou constitucional local.

Ainda que as arbitragens entre Estados e investidores historicamente tenham se desenvolvido como um mecanismo privado de resolução de controvérsias, as arbitragens de tratados de investimentos possuem elementos de direito público que não podem ser ignorados. Consequentemente, para Gus Van Harten, o modelo privado deve ser utilizado apenas de forma suplementar, pois não foi elaborado para lidar com questões de direito público, matéria própria aos tribunais administrativos locais⁴⁷⁰.

Observar a arbitragem de tratados de investimentos a partir do modelo de arbitragem comercial também influencia a forma como os árbitros veem o seu papel. Em uma arbitragem comercial, o árbitro se vê como parte de uma relação contratual com as partes, no dever de resolver a disputa apenas apresentada pelos litigantes⁴⁷¹. Profissionais que prezam pelo caráter privado da arbitragem de investimentos evitam discussões de interesse público em foro arbitral, e se manifestam pouco sobre argumentos apresentados pelas partes a respeito de conflitos entre o interesse de investidores e temas de relevante interesse público⁴⁷².

Sob esta perspectiva, o árbitro realiza a sua função de decidir a demanda a partir dos fatos, argumentos e das fontes de direito definidas pelas partes, sem maiores considerações sobre os efeitos da sentença arbitral para terceiros⁴⁷³, ou, como observa Stephan W. Schill:

Understanding investment arbitration in private terms aligns with the typical ethos of a commercial arbitrator, which is characterized by the perception that dispute resolution in investment treaty arbitration is of a discrete nature, has no systemic effect, focuses exclusively on the parties to the proceedings without affecting non-parties, is backed by confidentiality of the proceedings, and involves dispute

⁴⁶⁸ AGUAS DEL TUNARI V. REPUBLIC OF BOLIVIA, ICSID Case No. ARB/02/3, 2005.

⁴⁶⁹ SCHILL, 2011a, p.76.

⁴⁷⁰ VAN HARTEN, loc. cit.

⁴⁷¹ GAILLARD; SAVAGE, 1999, p.602.; SAMMARTANO, 2001, p.308.; MICHAELS, Ralph. Role and role perceptions of arbitrators. In: MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas (eds.). **International arbitration and Global Governance: contending theories and evidence..** New York: Oxford University Press, 2014, p. 69.

⁴⁷² COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e a Arbitragem Internacional de Investimentos: realidades e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250.; MAUPIN, 2014, p. 27.

⁴⁷³ MILLS, 2011, p. 483; SCHILL, Stephan W. Crafting the international economic order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the role of the arbitrator. **Leiden Journal of International Law**, [s.l.], v. 23. pp. 401–430. 2010, p. 406.

resolvers who, rather than strictly apply the rule of law, need to hand down a decision that satisfies the parties to the proceedings and enables them to continue a business relationship⁴⁷⁴.

Ao restringir a sua atuação a de um provedor de serviço às partes, o árbitro se torna alheio a interesse de terceiros, entretanto as arbitragens de tratados de investimentos podem influenciar a vida de sujeitos ausentes no procedimento arbitral.

Não há vinculação entre o posicionamento ideológico do tribunal arbitral e a responsabilização do Estado ou não, porém a concepção sustentada pelos membros do tribunal pode influenciar o reconhecimento de jurisdição sobre uma demanda específica, conforme mencionam Waibel & Wu:

We also find some support for our first hypothesis that arbitrators in full time private practice are more likely to affirm jurisdiction and liability of host state. However, the result is significant for the jurisdictional stage alone. [...] Our empirical analysis shows that arbitrators appear to be influenced, in some cases, by their policy views and do not simply apply the law as it stands when deciding investment cases⁴⁷⁵.

2.6.2 A importância dos precedentes para as arbitragens de tratados de investimentos

Ao realizar controle de atos governamentais, a arbitragem de investimentos atua como mecanismo de governança global, pois também exerce um poder público que se expande para além do dissídio em questão. Uma arbitragem de investimentos não afeta apenas o investidor e a população do Estado receptor envolvido, mas também investidores e Estados – e suas populações – alheios à discussão e ao tratado bilateral em questão⁴⁷⁶.

Isto ocorre pois as arbitragens de investimentos através de sua jurisprudência, concretizam e desenvolvem as obrigações de proteção vagamente definidas nos tratados, na medida em que os tribunais arbitrais sempre fazem referência a arbitragens anteriores, aproveitando raciocínios e fundamentos já utilizados para as suas decisões, reiterando interpretações já feitas sobre os padrões de proteção discutidos no caso concreto, e assim

⁴⁷⁴ SCHILL, 2010, p. 407.

⁴⁷⁵ WAIBEL; WU, 2012, p. 28.

⁴⁷⁶ MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration**: global constitutional and administrative law in the bit generation. Oxford: Hart Publishing, 2012, p.135; SCHILL, 2011a, p.78; VAN HARTEN, 2007, p. 143.

permitindo o surgimento de princípios de direito internacional dos investimentos que afetam as expectativas e o comportamento de investidores e Estados de forma generalizada⁴⁷⁷.

Importante para o exercício de poder público regulador por tribunais arbitrais é o desenvolvimento de um sistema de precedentes *de facto* a partir da publicidade das decisões, ao contrário da tradicional confidencialidade da arbitragem comercial⁴⁷⁸, e da capacidade de convencimento das fundamentações utilizadas no laudo arbitral.

Não existe uma doutrina de precedentes vinculantes no direito internacional⁴⁷⁹. A título de exemplo o Artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe que “A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”, enquanto o Artigo 38 (1) *d* dispõe que as decisões judiciais podem ser aplicadas apenas como meio auxiliar para a determinação das regras de direito⁴⁸⁰. Já o Artigo 53 da Convenção de Washington expressa que a decisão será vinculante às partes⁴⁸¹, o que também permite interpretação de que não há atribuição de força vinculante a precedentes no sistema ICSID⁴⁸².

Porém, os argumentos de laudos arbitrais anteriores geralmente são citados em novas decisões, diante a capacidade de convencimento das fundamentações apresentadas, sem necessariamente exigir uma vinculação jurídica aos precedentes⁴⁸³.

Decisões em geral reconhecem expressamente a força de precedentes de tribunais anteriores, como no caso *Thunderbird vs Mexico*, em Thomas Wälde afirmou em sua *separate opinion* a importância de laudos anteriores:

While individual arbitral awards by themselves do not as yet constitute a binding precedent, a consistent line of reasoning developing a principle and a particular interpretation of specific treaty obligations should be respected; if an authoritative jurisprudence evolves, it will acquire the character of customary international law and must be respected. A deviation from well and firmly established jurisprudence requires an extensively reasoned justification. This approach will help to avoid the wide divergences that characterize some investment arbitral awards – not subject to a common and unifying appeals’ authority⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ MILLS, 2011, p.485; SCHILL, 2011a, p.79.

⁴⁷⁸ Laudos arbitrais de investimentos são publicados com o consentimento das partes, ou, na ausência de consentimento expresso, fica o ICSID obrigado a publicar trechos da fundamentação jurídica das decisões: ICSID Rule 48(4): "promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal".

⁴⁷⁹ COMMISSION, Jeffery P. Precedent in investment treaty arbitration: a citation analysis of a developing jurisprudence. **Journal of International Arbitration**. [s.l.], v. 24, 2007, p. 134.

⁴⁸⁰ BRASIL, 1945.

⁴⁸¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, ICSID convention, regulations and rules, [s.l.: s.n.], 2003.

⁴⁸² SCHREUER, 2009, p. 1101.

⁴⁸³ MONTT, 2012, p.135; SCHILL, op. cit., p.79-80.; VAN HARTEN, 2007, p. 143.

⁴⁸⁴ INTERNATIONAL THUNDERBIRD GAMING CORPORATION V. THE UNITED MEXICAN STATES, UNCITRAL, 2005, § 16, p. 7.

Alguns tribunais afirmaram não haver uma doutrina de jurisprudência para o direito internacional dos investimentos, como caso *SGS vs. Philippines*, em que o tribunal discordou de decisão de tribunal anterior e reconheceu que não haveria obrigatoriedade em seguir decisões de outros tribunais constituídos sob outros BITs:

This Tribunal will revert to these questions as they arise in the somewhat different legal and factual context of the present dispute. As will become clear, the present Tribunal does not in all respects agree with the conclusions reached by the *SGS v. Pakistan* Tribunal on issues of the interpretation of arguably similar language in the Swiss-Philippines BIT. This raises a question whether, nonetheless, the present Tribunal should defer to the answers given by the *SGS v. Pakistan* Tribunal. The ICSID Convention provides only that awards rendered under it are “binding on the parties” (Article 53(1)), a provision which might be regarded as directed to the res judicata effect of awards rather than their impact as precedents in later cases. In the Tribunal’s view, although different tribunals constituted under the ICSID system should in general seek to act consistently with each other, in the end it must be for each tribunal to exercise its competence in accordance with the applicable law, which will by definition be different for each BIT and each Respondent State. Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals. It must be initially for the control mechanisms provided for under the BIT and the ICSID Convention, and in the longer term for the development of a common legal opinion or jurisprudence constante, to resolve the difficult legal questions discussed by the *SGS v. Pakistan* Tribunal and also in the present decision⁴⁸⁵.

Entretanto, no caso *MCI vs. Ecuador*, o comitê *ad hoc* de anulação declarou que enquanto não seria dever de um comitê *ad hoc* zelar pela consistência do direito internacional dos investimentos, esta função deveria ser aplicada principalmente pelos tribunais arbitrais:

The annulment mechanism is not designed to bring about consistency in the interpretation and application of international investment law. The responsibility for ensuring consistency in the jurisprudence and for building a coherent body of law rests primarily with the investment tribunals. They are assisted in their task by the development of a common legal opinion and the progressive emergence of '*une jurisprudence constante*', as the Tribunal in *SGS v Philippines* declared⁴⁸⁶

Igualmente, Gabrielle Kaufmann-Kohler, em diferentes tribunais em que atuou como presidente, afirmou o dever de cooperação com o desenvolvimento harmônico do direito internacional dos investimentos, como no caso *Burlington vs. Ecuador*, em que o tribunal manifestou que ainda que não haja regra expressa de *stare decisis*, surge tal dever para que uma afirmação de um tribunal internacional de investimentos possa orientar investidores e Estados e até permitir previsões de casos futuros:

⁴⁸⁵ SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. V. REPUBLIC OF THE PHILIPPINES, ICSID Case No. ARB/02/6. **Decision of the tribunal on objections to jurisdiction**. 29 Jan 2004, § 97, p. 37.

⁴⁸⁶ M.C.I. POWER GROUP L.C. AND NEW TURBINE, INC. V. REPUBLIC OF ECUADOR, ICSID Case No. ARB/03/6. **Decision on annulment (english)**. 19 Oct. 2009, § 24, p. 10.

Before examining the specific cases upon which the Parties rely, the Tribunal must address a threshold matter concerning the precedential value of ICSID cases. Burlington has sought to diminish the relevance of some of the cases upon which Ecuador relies on the ground that statements which Ecuador cites are obiter dicta. Ecuador for its part has argued that in the context of investment arbitration, '[e]verything counts.' The Tribunal tends to agree with Ecuador. It is correct that there is no formal rule of stare decisis in international investment arbitration. At the same time, the Tribunal considers that it should 'contribute to the harmonious development of investment law' and promote a predictable legal order. In this light, there is no reason to distinguish between obiter dicta and holding. Whether peripheral or central to the decision, the statements of an international investment tribunal may provide guidance to investors and host States alike, and may serve to predict the decisions of future tribunals.⁴⁸⁷

Entendimento semelhante foi manifestado no caso *Saipem vs. Bangladesh*, também presidido por Gabrielle Kaufmann-Kohler:

The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law⁴⁸⁸.

Jeffery P. Comission, após analisar 207 decisões de tribunais arbitrais de investimentos (151 prolatadas por tribunais constituídos sob o ICSID e 19 sob o Mecanismo Adicional) publicadas entre 1972 até 2006⁴⁸⁹, reconhece que a utilização de precedentes por tribunais do ICSID é uma prática predominante, a ponto de serem usados como *stare decisis* de forma semelhante ao que acontece com os ordenamentos jurídicos de *common law*⁴⁹⁰.

Jan Paulson também menciona que algumas decisões poderão ser mais citadas do que outras devido a sua capacidade de convencer, "*persuasive authority*", devido ao fato de que ainda que não restrinja formalmente a liberdade do tribunal em determinar as suas próprias decisões, deve o tribunal aplicar o mesmo entendimento se a decisão anterior tiver argumentos fortemente convincentes, a ponto de decisões serem comentadas por

⁴⁸⁷ Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)). **Decision on Liability**. 14 dec 2012. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf> § 221, p. 79.

⁴⁸⁸ SAIPEM S.P.A. V. THE PEOPLE'S REPUBLIC OF BANGLADESH, ICSID Case No. ARB/05/07. **Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures**. 21 Mar. 2007. § 67, p.20.

⁴⁸⁹ COMMISSION, 2007, p. 132.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 158.

doutrinadores, em separado dos interesses em disputa, para se averiguar os méritos e as falhas de uma decisão sobre determinado aspecto do direito⁴⁹¹.

Desta forma, é predominante a utilização de precedentes em arbitragens de investimentos, seja para aplicar o mesmo raciocínio que decisões anteriores⁴⁹², ou para demonstrar as circunstâncias que levam o tribunal arbitral a decidir de forma diferente⁴⁹³, e assim, criam expectativas para investidores e Estados sobre como tratados de investimentos poderão ser aplicados e interpretados no futuro, mesmo que se trate de um tratado diferente, conforme mencionado por Stephan Schill:

Arbitral tribunals, finally, react to this expectation and, in framing their decisions, actively engage in building a system of treaty overarching precedent. [...] In investment treaty arbitration, by contrast, normative expectations are based on arbitral jurisprudence itself⁴⁹⁴.

Neste modelo de precedentes não vinculantes adotados pelas arbitragens de investimentos, tribunais têm preferido citar decisões anteriores para interpretar um BIT do que utilizar outras regras de direito internacional, como a Convenção de Viena do Direito dos Tratados⁴⁹⁵ permitindo que a definição de direitos e obrigações construída por um tribunal arbitral sirva de base para a aplicação e definição de direitos e obrigações similares mencionados em outros tratados⁴⁹⁶.

Devido a sua influência sobre casos futuros, arbitragens de investimentos têm efeitos diretos sobre o comportamento de terceiros, na medida em que a interpretação de princípios realizada por um tribunal influencia as expectativas de Estados e investidores, e afeta até a forma em que tratados são elaborados⁴⁹⁷, ou como entende Andrea K. Bjorklund:

⁴⁹¹ PAULSSON, Jan. International arbitration and the generation of legal norms: treaty arbitration and international law. **ICCA Congress Series**, [s.l.], n. 13, 2007, p. 12.

⁴⁹² EL PASO ENERGY INT'L CO. V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/03/15, **Jurisdiction**. 27 Apr. 2006, p. 14: "The present Tribunal will follow the same line [as earlier awards], especially since both parties, in their written pleadings and oral arguments, have heavily relied on precedent."

⁴⁹³ ROS INVEST CO UK LTD. V. RUSSIAN FEDERATION, SCC Case No. V079/2005, **Award on Jurisdiction**. Oct. 2007, p.75-76: "There is no need to enter into a detailed discussion of [earlier] decisions. The Tribunal agrees with the Parties that different conclusions can indeed be drawn from them depending on how one evaluates their various wordings both of the arbitration clauses and the MFN-clauses and their similarities in allowing generalizations. However, since it is the primary function of this Tribunal to decide the case before it rather than developing further the general discussion on the applicability of MFN clauses to dispute-settlement-provisions, the Tribunal notes that the combined wording in [the MFN clause] and [the arbitration clause] of the [applicable] BIT is not identical to that in any of such other treaties considered in these other decisions."

⁴⁹⁴ SCHILL, 2011a, p.81.

⁴⁹⁵ SALDARRIAGA, Andrea. Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement. **ICSID Review**. v. 28, n. 1, 2013, p. 210.

⁴⁹⁶ SCHILL, op. cit., p.83.

⁴⁹⁷ MILLS, 2011, p.489.; MONTT, 2012, p.130.; SCHILL, 2011a, p.84.; VAN HARTEN, 2007, p. 145.

In practice it seems that investment tribunal decisions are sometimes treated as direct sources of law, especially as they accrete around one particular approach. To the extent tribunal decisions are adopted and argued by states themselves, they might be an example of state practice. In any event it is clear that they influence states⁴⁹⁸.

Consequentemente, tem-se na prática o exercício de função de governança com efeitos sobre todo o sistema de proteção dos investimentos internacionais. A jurisprudência arbitral reúne o discurso e os argumentos dos litigantes e dos árbitros, e constitui o ponto em torno do qual se concentram as expectativas normativas dos usuários do sistema, motivo pelo qual a forma que a capacidade regulatória dos Estados é considerada em arbitragens de investimentos pode influenciar a própria atuação dos Estados.

2.7 Conclusões

As arbitragens de investimento se desenvolveram a partir das arbitragens comerciais realizadas entre sujeitos privados. A autonomia da vontade e a autonomia da arbitragem em si são elementos que permeiam a Convenção de Washington e os procedimentos realizados sob a égide do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimentos.

O interesse por trás da evolução da arbitragem é a possibilidade de retirar a disputa da influência do Estado que deu origem a causa. Isso pode ser visto ainda nos primeiros casos, como o *Lena Goldfields Ltd.*, em que houve aplicação de princípios do direito internacional para que não houvesse influência da legislação soviética, e também nas arbitragens do golfo pérsico e nos casos líbios de nacionalização.

Em todos estes casos, a aplicação do direito internacional, isoladamente ou em conjunto com a legislação nacional dos Estados receptores de investimentos, teve a finalidade de que as leis destes países e suas respectivas políticas regulatórias fossem desconsideradas pelos tribunais arbitrais para que se reconhecesse a ilegalidade das expropriações e o dever de indenizar. Sem necessidade de discutirmos, neste primeiro momento, a legitimidade ou critérios de exercício democrático destes países, o objetivo era a desconsideração da capacidade regulatória destes Estados em proteção aos investimentos.

⁴⁹⁸ BJORKLUND, Andrea K.. Assessing the effectiveness of soft law instruments. In: BJORKLUND, Andrea K.; REINISCH, August (eds.). **International Investment Law and Soft Law**. Northampton: Edward Elgar, 2012, p. 76-77.

Este caráter foi levado para os tribunais constituídos perante o ICSID a partir do disposto do Artigo 42, que faculta a escolha do direito material aplicável pelas partes, e a possibilidade de aplicação de direito internacional pelos árbitros em conjunto com o direito do Estado contratante parte na disputa. Porém, o Centro presenciou um desenvolvimento não planejado no momento de elaboração da Convenção, que seria a possibilidade de arbitragens ocorrerem a partir de tratados de investimentos, e não de cláusulas contratuais.

Com o desenvolvimento das arbitragens de tratados de investimento, em especial a partir da década de 1990, os procedimentos realizados perante o ICSID apresentaram um caráter diverso, não se limitando mais ao seu aspecto de método de resolução privada de litígios, mas apresentando também uma perspectiva publicista ao controlar e determinar padrões para o próprio exercício regulatório dos Estados.

Como os tratados de proteção a investimentos são negociados entre Estados, limitando suas soberanias ao impor obrigações que vão além do âmbito contratual, as arbitragens de tratados de investimentos discutem temas próprios às políticas internas dos Estados partes, e como foi percebido em casos do NAFTA, não se tratavam de países considerados antidemocráticos ou propensos a expropriações.

Neste sentido, as arbitragens de tratados de investimento têm atuado como mecanismo de governança global, pois reveem a legalidade de atos estatais a partir de tratados de proteção a investimentos, e suas decisões têm influenciado decisões de futuros tribunais arbitrais de investimento, ainda que estes tenham sido constituídos com base em tratados de investimentos diferentes.

Devido a estes movimentos imprevistos na evolução das arbitragens comerciais para as arbitragens de tratados de investimentos, surgindo como um mecanismo privado de resolução de disputa para um mecanismo de governança responsável por definir padrões de conduta em um espaço público global, e com o intuito de trazer o dever dos Estados de agirem na persecução de interesses públicos para o centro das discussões, procuraremos observar no próximo capítulo a atuação de tribunais arbitrais de investimentos em sua função pública e como questões de relevante interesse público relacionadas com a capacidade regulatória dos Estados têm sido consideradas nestas arbitragens, assim como as suas consequências sobre os Estados e sobre o próprio regime do direito internacional dos investimentos.

3 EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA PELAS ARBITRAGENS DE TRATADO DE INVESTIMENTOS: GOVERNANÇA GLOBAL ATRAVÉS DAS ARBITRAGENS DE INVESTIMENTOS

3.1 Introdução

No presente capítulo poderemos observar de forma mais prática como as arbitragens de tratados de investimentos atuam como mecanismo de governança global, ao definir que atos estatais são expropriatórios e sua influência sobre a capacidade regulatória dos Estados participantes em matérias de relevante interesse público, assim como quais têm sido as consequências da atuação dos tribunais arbitrais para o regime do direito internacional dos investimentos.

Utilizaremos casos de expropriação indireta da indústria do petróleo e gás latino-americana, por ser a proteção dos direitos de propriedade uma das principais preocupações de investidores do setor energético, e pelo considerável número de controvérsias relacionadas a esta indústria apresentadas ao ICSID – 32% dos casos registrados no ICISD tratam de controvérsias envolvendo países da América Latina (170 caso), sendo que cerca de ¼ deste número dizem respeito à indústria do petróleo, gás e mineração (42 casos)⁴⁹⁹.

3.2 Governança Global através da expropriação indireta: definição de critérios em arbitragens recentes

Por expropriação, se entende a apropriação coercitiva pelo Estado de propriedade privada, realizada principalmente através de expedientes administrativos⁵⁰⁰. A expropriação é a forma mais severa de intervenção na propriedade privada, e todas as expectativas do investidor podem se encontrar frustradas se a expropriação ocorrer sem o devido ressarcimento⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Ver pags. 155 e seq.

⁵⁰⁰ SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. **Recueil des Cours**. v. 269. pp. 251-460. Leiden: Martinus Nijhoff, 1997, p. 380.

⁵⁰¹ DOLZER; SCHREUER, 2012, p. 98.

A expropriação de propriedade pertencente a estrangeiros tem sido um relevante tema do Direito internacional durante o séc. XX. Ainda que incontestado o exercício deste direito, muitas discussões surgiram quanto aos elementos necessários para a sua realização de forma legal, assim quanto ao devido valor a ser pago pela sua ocorrência⁵⁰².

O direito de expropriação dos Estados é tradicionalmente reconhecido sob o direito internacional como inerente ao exercício de soberania territorial⁵⁰³, conforme afirmado em texto da década de 1950: “... *there is little, if any, dispute as to its power and right to take for public use any private property within its borders. This is regarded as an essential attribute of sovereignty*”⁵⁰⁴.

A sua afirmação sob o direito internacional costumeiro é condicionada a algumas garantias mínimas do direito de propriedade de estrangeiros, como o pagamento de compensação justa e adequada - ainda que em um primeiro momento tenha havido discussões sobre o sentido de “compensação justa e adequada” – e que a expropriação seja justificada pelo interesse público.

Desde os casos de expropriações realizadas pelo México na década de 1930, as nacionalizações realizadas pelos Estados do leste europeu no pós 2ª Guerra Mundial e as nacionalizações líbias e persas da década de 1950 e em diante, reconhece-se o direito dos Estados à expropriação de bens pertencentes a estrangeiros, desde que pago justa compensação e que a expropriação ocorra como forma de realização do interesse público⁵⁰⁵. Igual entendimento manifestou a Corte Permanente Internacional de Justiça nos casos *Oscar Schin* e *Chorzow Factory*, ao determinar o dever de pagamento de compensação pelas perdas diretas⁵⁰⁶.

Posteriormente, o projeto de convenção sobre responsabilidade internacional dos Estados por danos causados a estrangeiros, elaborado por professores da Escola de Direito de Harvard em 1959 também reconhece o direito de expropriação, e também o projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, durante a relatoria de

⁵⁰² LILLICH, R. B.. Duties of states regarding the civil rights of aliens. **Recueil des Cours**. v. 161. pp 329-442. Leiden: Martinus Nijhoff, 1978, p 368-369.

⁵⁰³ SACERDOTI, 1997, p. 380.

⁵⁰⁴ KISSAM, Leo T.; LEACH, Edmond k.. Sovereign expropriation of property and abrogation of concession contracts. **Fordham Law Review**,[s.l.], v. 28, 1959, p. 177.

⁵⁰⁵ Ibidem, p. 180;

⁵⁰⁶ HERZ, John. Expropriation of foreign property. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 35. n. 2, Apr. 1941, p.253-255.

Garcia Amador, mantém o direito dos Estados à expropriação de propriedade de estrangeiros, condicionado à justa compensação e a justificativa do exercício de interesse público⁵⁰⁷.

No contexto das discussões entre Estados desenvolvidos e Estados recém-independentes pela soberania permanente sobre riquezas e recursos naturais, um dos principais temas de discussão foi o direito de expropriação, presente na Resolução 1803 (XVII) das Nações Unidas sobre a Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 21 de dezembro de 1962 e reconhecida pela comunidade internacional como manifestação do direito internacional costumeiro:

4. Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication. 5. The free and beneficial exercise of the sovereignty of⁵⁰⁸.

Conforme a Resolução 1803 os Estados podem expropriar propriedade de estrangeiros desde que por razões de utilidade pública, acompanhada de indenização adequada de acordo com o direito interno vigente e o direito internacional, ainda que houvesse discussões sobre quem determinaria as razões de interesse público e qual o devido padrão para pagamento de compensações⁵⁰⁹.

Os atuais tratados de proteção a investimentos reconhecem condições e consequências específicas às expropriações, definindo padrões antes discutidos pelo direito internacional costumeiro, e em geral indicam o quantum a ser pago em compensações como aquele correspondente ao valor de mercado da propriedade:

Most of these mostly bilateral treaties contain express guarantees against uncompensated expropriation and provide that fair market value should be the amount of compensation due in case of expropriation. In this way treaty law incorporated the standard prevalent in classical public international law and reflected in the Hull formula⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ EXPROPRIATION OF ALIEN PROPERTY. University of Pennsylvania Law Review [s.l.], v. 109, 1960, p. 258-260.

⁵⁰⁸ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. 1962.

⁵⁰⁹ DOLZER, Rudolf. New foundations of the law of expropriation of alien property. **American Journal of International Law**, [s.l.], v. 75, July 1981, p.558; WESTON, 1981, p.439.

⁵¹⁰ KRIEBAUM, Ursula. Expropriation. In: BUNGENBERG, M.; GRIEBEL, J. HOBE, S. REINISCH, A. (eds) **International investment law – a handbook**, Baden Baden: Nomos, 2013, p. 960.

Neste sentido, tanto o Artigo 13 (1) (d) do Tratado da Carta da Energia⁵¹¹ quanto o Artigo 1110 (2) do NAFTA⁵¹² determinam o valor de compensação como o valor de mercado do investimento expropriado no momento anterior a ocorrência da expropriação.

As condições dispostas em tratados devem ser preenchidas cumulativamente. Não ocorrendo uma das condições, a expropriação se torna ilegal, gerando a responsabilização do Estado por violar uma obrigação internacional⁵¹³:

- Deve a medida ser tomada para servir algum interesse público;
- A expropriação não pode representar uma medida arbitrária e discriminatória;
- O processo de expropriação deve seguir o devido processo legal, como decorrência do princípio do padrão mínimo de tratamento do direito internacional consuetudinário, e do requerimento de tratamento justo e equitativo;
- A expropriação deve ser acompanhada de indenização imediata, adequada (correspondente ao valor de mercado do bem) e efetiva.

Conforme Giorgio Sacerdoti, variados tratados internacionais de investimentos possuem disposições semelhantes apresentando essas quatro condições para a realização legal de uma expropriação pelo Estado⁵¹⁴.

A expropriação pode ocorrer de duas formas diferentes: a) seja através de uma transferência formal do título de propriedade para o Estado ou um terceiro, o que configura uma expropriação direta; b) ou pode o Estado interferir com o direito de propriedade sem

⁵¹¹ ENERGY CHARTER SECRETARIAT. **The energy charter treaty and related documents**. Disponível em http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf. Acesso em 15 mai 2014.:

ARTICLE 13 EXPROPRIATION

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date").

⁵¹² Article 1110: Expropriation and Compensation

2. Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("date of expropriation"), and shall not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier. Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value. NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **Chapter Eleven: Investment. Part five: investment, services and related matters**. Disponível em <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement#A1110>. Acesso em 15 mai 2014.

⁵¹³ DOLZER; SCHREUER, 2012, p.99.; SACERDOTI, 1997, p. 386.

⁵¹⁴ SACERDOTI, op. cit., p. 386. Nesta página, o Giorgio Sacerdoti menciona uma série de tratados de investimentos com disposições semelhantes: United States-Turkey (1985), Art. III (1); United States-Egypt (1986), Art. III (1); Sweden-Poland (1989), Art. 4 (1); Switzerland-Poland (1990), Art. 6 (1); Australia-Vietnam (1991), Art. 7 (1); United States-Argentina (1991), Art. IV (1); Switzerland-Peru (1991), Art. 5 (1); United States-Russia (1992), Art. III; Poland-United Arab Emirates (1993), Art. 6 (ii); Italy-Cuba (1993), Art. 5 (2); Argentina-Venezuela (1993), Art. 6 (1); China-Uruguay (1993), Art. 4 (1); China-Slovenia (1993), Art. 4 (1); Australia-Romania (1993), Art. 5(1); Czech Republic-Hungary (1993), Art. 5; United Kingdom-India (1994), Art. 5 (1); United Kingdom-Turkmenistan (1995), Art. 5; Israel-Estonia (1994), Art. 5 (1); Netherlands-Lithuania (1994), Art. 6; Canada-Trinidad and Tobago (1995), Art. VIII (1); Spain-Colombia (1995), Art. V (1); United States-Nicaragua (1995), Art. III (1); Italy-Brazil (1995), Art. IV (2); Norway-Peru (1995), Art. 6; Italy-Russia (1996), Art. 5 (1), entre outros.

realizar uma transferência forçada, mas impedindo o proprietário original de dispor de seu investimento de forma significativa, causando uma expropriação indireta⁵¹⁵.

A expropriação direta pode ser facilmente identificada. A expropriação direta, conforme a doutrina internacionalista, pode ser definida como a tomada pelo Estado de propriedade pertencente a particulares, envolvendo a transferência de direitos de propriedade ao Estado ou a terceiros particulares⁵¹⁶, ou mais precisamente, conforme Marilda Rosado de Sá Ribeiro, a expropriação direta envolve:

[...] uma decisão discricionária e automática do Estado (ou outro ente de direito público) de transferência de propriedade ao seu domínio. Normalmente, tem inspiração em motivos políticos, econômicos ou sociais, e não se confunde com ato confiscatório, de caráter punitivo⁵¹⁷.

Durante o século XX, principalmente devido às ondas de expropriações no começo desse século no México e na União Soviética, e devido ao surgimento de novos Estados no pós 2ª Guerra Mundial, a modalidade direta se apresentou como o meio predominante de expropriação⁵¹⁸, entretanto, Estados têm evitado realizar esta prática para proteger o seu ambiente de investimentos, o que permitiu o aumento do número de expropriações indiretas nas últimas décadas a ponto de se tornar uma das principais práticas estatais no âmbito do direito internacional dos investimentos⁵¹⁹. Entretanto, na primeira década do século XXI se viu um retorno da modalidade direta no setor energético latino-americano, devido a atos perpetrados pelos regimes políticos então instaurados na Bolívia e Venezuela⁵²⁰.

A expropriação indireta, por sua vez, é de difícil identificação. Marilda Rosado de Sá Ribeiro ressalta que apesar de já terem se passado décadas desde a realização de estudos clássicos sobre o tema, ainda não foi possível se chegar a uma identificação exata dos elementos que compõem a expropriação indireta, devendo ser observado sua realização a partir de um exame casuístico⁵²¹.

As discussões sobre o conceito não são recentes. Em artigo datado da década de 1960, Gordon Christie discute a ideia de expropriações indiretas a partir de dois casos da década de

⁵¹⁵ REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHSLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (eds.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press: 2008, p. 408.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 408-409; REISSMAN, W. Michael; SLOANE, Robert D. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. **British Yearbook Of International Law**, [s.l.], v. 75, 2004, p.118.

⁵¹⁷ RIBEIRO, 2014a, p. 143.

⁵¹⁸ DOLZER, Rudolf. Indirect expropriation: new developments. **NYU Law Environmental Law Journal**, [s.l.], v.11, 2002, p. 65.

⁵¹⁹ REINISCH, op. cit., p. 408.

⁵²⁰ RIBEIRO, op. cit., p. 142-143.

⁵²¹ Ribeiro, 2014a, p. 144.

1920, o caso *Norwegian Shipowners Claims*, julgado por um tribunal internacional criado a partir de um acordo entre Estados Unidos e Noruega, e o caso *German Interests in Polish Upper Silesia*, julgado pela Corte Permanente Internacional de Justiça, e conclui que: “*that even though a State may not purport to interfere with rights to property, it may, by its actions, render those rights so useless that it will be deemed to have expropriated them*”⁵²².

Rosalyn Higgins, em seu Curso da Academia de Direito Internacional da Haia de 1982 analisa os mesmos casos e chega às mesmas conclusões de G. C. Christie, afirmando que:

[...] the Permanent Court has recognized that interferences with property, while still short of nationalization, may still amount to a "taking" even if no such intention is asserted (or even if, indeed, such an intention is denied). In the case of German Interests in Polish Upper Silesia (...) Although the Polish Government at no time claimed to expropriate these, it was held by the Permanent Court that they were so closely interrelated with the factory itself that they had in fact been expropriated, and compensation was due to the management company for them. (...) Again, in the Norwegian Claims case (...) also found a taking of rights ancillary to those formally taken had occurred. (...) these two cases certainly indicate that an expropriation of a given property may in fact — regardless of stated intention — involve a taking of closely connected ancillary rights⁵²³.

Para August Reinisch, a expropriação indireta ocorre quando o Estado realiza medidas que acabam por causar a perda efetiva da capacidade de administração, uso ou controle do investimento, ou uma significativa desvalorização do ativo de um investimento estrangeiro⁵²⁴. A expropriação indireta sempre é ilegal, pois ocorre sem o pagamento de indenização pelo Estado, o que enseja a sua responsabilização internacional quando identificada⁵²⁵, entretanto os textos normativos existentes pecam por não identificar claramente os atos que compõem esta forma de intervenção na propriedade.

A linguagem utilizada por projetos de convenções, regulações privadas e demais tratados apenas indicam o dever das partes de não realizar atos de expropriação direta ou indireta, ou os proíbe de implementar medidas com efeitos semelhantes (*tantamount effect*), sem maior precisão de seu conteúdo⁵²⁶.

No Projeto de Convenção Abs-Shawcross sobre Investimentos no Exterior de 1959, pode ser lido em seu Artigo III: “*No Party shall take any measures against nationals of*

⁵²² CHRISTIE, Gordon C.. What constitutes a taking under international law. **British Yearbook Of International Law**, [s.l.], v. 38, 1962, p. 310-311.

⁵²³ HIGGINS, Rosalyn. The taking of property by the state recent developments in international law. **Recueil des Cours**, v. 176. pp 259-392. Leiden: Martinus Nijhoff, 1982, p. 322-324.

⁵²⁴ REINISCH, 2008, p.419.

⁵²⁵ DOLZER; SCHREUER, 2012, p.101.

⁵²⁶ KRIEBAUM, 2013, p. 964.

*another Party to deprive them directly or indirectly of their property except...*⁵²⁷. Igual redação pode ser encontrada no Artigo 3 do projeto de Convenção sobre a Proteção de Propriedade Estrangeira da OCDE, de 1967⁵²⁸.

O projeto de convenção de L. B. Sohn e R. R. Baxter, intitulado “*Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*”, de 1961 apresenta em seu Artigo 10 (3) um texto com maior precisão quanto às situações que representariam uma expropriação indireta, entretanto o projeto não chegou a entrar em vigor:

Article 10

3. (a) A “taking of property” includes not only an outright taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment, or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.

(b) A “taking of the use of property” includes not only an outright taking of use but also any unreasonable interference with the use or enjoyment of property for a limited period of time⁵²⁹.

O *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, do *American Law Institute*, elaborado em 1986, afirma em seu §712 que “*A State is responsible under international law for injury resulting from: (1) a taking by the state of the property of a national of another state ...*”⁵³⁰. O comentário publicado junto com o texto informa que o trecho se aplica não apenas quando há uma transferência formal de propriedade para o Estado, mas também para outras ações governamentais que produzem o efeito de uma expropriação, em todo ou em parte, realizada de uma só vez ou em estágios⁵³¹.

O projeto de Código de Conduta das Nações Unidas sobre Corporações Transnacionais de 1983 menciona a possibilidade de expropriações indiretas sem maiores detalhes⁵³², enquanto o Projeto de Acordo Multilateral de Investimentos da OCDE menciona “expropriação indireta” ou “medidas com efeito equivalente”⁵³³.

⁵²⁷ The Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad of 1959 apud KRIEBAUM, 2013, p. 965.

⁵²⁸ Article 3:

No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with... ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Convention on the protection of foreign property draft.**

Disponível em:

<<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=242&InstrumentPID=237&Lang=en&Book=>> Acesso em: 01 Maio 2015.

⁵²⁹ SOHN, L. B.; BAXTER, R. R.. *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens* (1961) apud KRIEBAUM, 2013, p. 965.

⁵³⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* apud KRIEBAUM, op. cit., p. 966.

⁵³¹ KRIEBAUM, loc. cit.

⁵³² B. Nationalization and compensation

Tratados multilaterais e tratados bilaterais de proteção a investimentos possuem expressões semelhantes às constantes nos projetos de textos acima mencionados. O Capítulo 11 do NAFTA expressa:

Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except: (...)⁵³⁴

O Tratado da Carta de Energia menciona em seu artigo 13º:

Article 13º. Expropriation

Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is: (...)⁵³⁵

Tratados bilaterais de investimentos, principalmente aqueles ratificados até o começo dos anos 2000, também fazem menção à expropriação indireta através de conceitos abstratos, como "medidas de efeito similar", "medidas de efeito equivalente à nacionalização ou expropriação" ou "qualquer outra medida em que os efeitos sejam equiparados à expropriação ou nacionalização" ("*measures having similar effects*", "*any measure having effect equivalent to nationalization or expropriation*", "*any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation, or nationalization*")⁵³⁶.

Neste sentido, o BIT firmado entre Estados Unidos e Argentina em 1991 dispõe em seu Artigo IV (1) que: "*Investments shall not be expropriated or nationalized either directly*

54. In the exercise of their sovereignty, States have the right to nationalize or expropriate foreign-owned property in their territory. Any such taking of property whether direct or indirect.. DRAFT UNITED NATIONS CODE OF CONDUCT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS - 1983 VERSION. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891>. Acesso em 14 abril 2015.

⁵³³ 2. EXPROPRIATION AND COMPENSATION

2.1. A Contracting Party shall not expropriate or nationalise directly or indirectly an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or take any measure or measures having equivalent effect (hereinafter referred to as "expropriation") except... ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The multilateral agreement on investment draft consolidated text**. Disponível em: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. Acesso em 13 abr 2015.

⁵³⁴ NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **Chapter Eleven: Investment. Part five: investment, services and related matters.**

⁵³⁵ ENERGY CHARTER SECRETARIAT. **The energy charter treaty and related documents: a legal framework for international energy cooperation.**

⁵³⁶ DOLZER; SCHREUER, 2012, p.101-102; KRIEBAUM, 2013, p. 966; SACERDOTI, 1997, p. 385-386;

or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization (“expropriation”)...”⁵³⁷, entre outros BITs com disposições semelhantes⁵³⁸

É necessário também mencionar tratados que ainda que não sejam de investimentos, também façam referência à expropriação. No caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos menciona em seu Artigo 21 (2) que “Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei”⁵³⁹, enquanto o Artigo 1º do Protocolo adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia de Direitos do Homem) determina que “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”⁵⁴⁰.

Estas convenções de direitos humanos não mencionam distinção entre expropriação direta e indireta, entretanto isto não foi empecilho para sua utilização em casos que discutiam expropriação indireta, tanto pela Corte Europeia de Direitos Humanos quanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência destes dois tribunais foram utilizados com especial importância por tribunais de investimentos ao definirem procedimentos sobre padrões procedimentais de atuação e raciocínio⁵⁴¹.

⁵³⁷ ARGENTINA-UNITED STATES BIT, 14 Nov. 1991. Disponível em: <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>. Acesso em 15 abr 2014.

⁵³⁸ Giorgio Sacerdoti lista uma série de BITs com disposições semelhantes a estas, por exemplo: *Japan-China (1988)*, Art. 5 (4); *Germany-USSR (1989)*; *Argentina Egypt (1992)*, Art. IV (1); *Norway-Peru (1995)*, Art. 6. 245. *Germany-Poland (1989)*, Art. 4 (2); *France-USSR (1990)*, Art. 4 (3); *Australia-Viet Nam (1991)*, Art. 7 (1); *Australia-Romania (1993)*, Art. 5 (1); *Bolivia-Peru (1993)*, Art. 5 (2); *Czech Republic-Hungary (1993)*, Art. 5 (1); *Argentina-Venezuela (1993)*, Art. 6 (1); *United Kingdom-Honduras (1993)*, Art. 5 (1); *Italy-Cuba (1993)*, Art. 5 (2); *Israel-Estonia (1994)*, Art. 5 (1); *United Kingdom-Turkmenistan (1995)*, Art. 5 (1); *Spain-Colombia (1995)*, Art. V (1) (a) and (b); *Canada-Trinidad and Tobago (1995)*, Art. VIII (1); *Italy-Brazil (1995)*, Art. IV (2). *The BITs of Switzerland refer to “toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet” : see Article 6 (1) of the 1990 BIT with the USSR ; Article 6 (1) of the 1990 BIT with Poland ; Article 5 (1) of the 1991 BIT with Peru.* SACERDOTI, op. cit., p. 385.

⁵³⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos** (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 15 Abr. 2014.

⁵⁴⁰ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 14 Abr. 2014.

⁵⁴¹ KRIEBAUM, Ursula. Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights. In: REINISCH August; KRIEBAUM, Ursula (eds). **The Law of International Relations - Liber Amicorum Hanspeter Neuhold**. The Hague: Eleven International Publishing, 2007, p.165.

Consequentemente, devido aos textos normativos discutirem a expropriação indireta através de conceitos abstratos, coube aos tribunais arbitrais manifestarem as suas próprias considerações sobre o que seria a expropriação indireta⁵⁴².

Através das arbitragens de investimentos em casos de expropriação pode ser observado como o direito internacional dos investimentos é expandido mediante identificação dos atos que compõem uma expropriação indireta, e em decorrência da constatare menção a laudos arbitrais anteriores é indicado em que medida as decisões arbitrais influenciam argumentos e ações de partes e árbitros, exercendo função de mecanismo de governança.

Um dos casos de arbitragens de tratados de investimento mais citados⁵⁴³ e que discute a expropriação indireta foi o caso *Metalclad vs Mexico*, uma arbitragem realizada a partir do NAFTA, que reconheceu uma expropriação não apenas da tomada de uma propriedade, mas também interferência sobre o uso da propriedade com o efeito de privar, em todo ou parte, de seu benefício econômico:

Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State⁵⁴⁴.

Este tribunal também discutiu se haveria legítima expectativa por parte do investidor, mediante manifestações favoráveis do governo mexicano pela obtenção de todas as autorizações de construção, entretanto, diante da negação do governo municipal da licença de construção (após as obras já terem iniciado), o tribunal considerou haver violação à legítima expectativa do investidor:

These measures, taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation⁵⁴⁵.

O tribunal do caso *Metalclad vs Mexico* baseou suas considerações também a partir de semelhanças com casos anteriores, principalmente com o *Caso Biloune, et al. v. Ghana*

⁵⁴² REINISCH, 2008, p. 422.

⁵⁴³ Ibidem, p. 455.

⁵⁴⁴ METALCLAD CORP V. UNITED MEXICAN STATES, ARB (AF)/97/1, **Award**. 30 Aug. 2000. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>> Acesso em: 02 Mar. 2014.

⁵⁴⁵ Ibidem, § 107, p.29.

Investment Centre, traçando paralelos entre os fatos de ambas as disputas, e reconhecendo ao fim que ainda que o precedente não seja vinculante:

The present case resembles in a number of pertinent respects that of *Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R.183, 207-10 (1993) (Judge Schwebel, President; Wallace and Leigh, Arbitrators). In that case, a private investor was renovating and expanding a resort restaurant in Ghana. As with *Metalclad*, the investor, basing itself on the representations of a government affiliated entity, began construction before applying for a building permit. As with *Metalclad*, a stop work order was issued after a substantial amount of work had been completed. The order was based on the absence of a building permit. An application was submitted, but although it was not expressly denied, a permit was never issued. The Tribunal found that an indirect expropriation had taken place because the totality of the circumstances had the effect of causing the irreparable cessation of work on the project. The Tribunal paid particular regard to the investor's justified reliance on the government's representations regarding the permit, the fact that government authorities knew of the construction for more than one year before issuing the stop work order, the fact that permits had not been required for other projects and the fact that no procedure was in place for dealing with building permit applications. Although the decision in *Biloune* does not bind this Tribunal, it is a persuasive authority.⁵⁴⁶

O caso *Pope & Talbot vs Canada*, outro caso bastante citado, identificou como elemento necessário a identificação de uma expropriação indireta a privação substancial da propriedade e perda do controle pelo proprietário:

First of all, there is no allegation that the Investment has been nationalized" or that the Regime is confiscatory.' The Investor's (and the Investment's) Operations Controller" testified at the hearing that the Investor remains in control of the Investment, it directs the day-to-day operations of the Investment, and no officers or employees of the Investment have been detained by virtue of the Regime. Canada does not supervise the work of the officers or employees of the Investment, does not take any of the proceeds of company sales (apart from taxation), does not interfere with management or shareholders' activities, does not prevent the Investment from paying dividends to its shareholders, does not interfere with the appointment of directors or management and does not take any other actions ousting the Investor from full ownership and control of the Investment⁵⁴⁷.

No caso *CME vs. Czech Republic*, uma arbitragem *ad hoc* da UNCITRAL, alegou que as alterações na pessoa jurídica imposta pelo Conselho de Mídia eliminaram o valor comercial do empreendimento, produzindo os efeitos de uma expropriação:

The Media Council's actions and omissions, as described above, caused the destruction of ČNTS' operations, leaving ČNTS as a company with assets, but without business. The Respondent's view that the Media Council's actions did not deprive the Claimant of its worth, as there has been no physical taking of the property by the State or because the original License granted to CET 21 always has been held by the original Licensee and kept untouched, is irrelevant. What was touched and indeed destroyed was the Claimant's and its predecessor's investment

⁵⁴⁶ METALCLAD CORP V. UNITED MEXICAN STATES, 2000, § 108, p.29.

⁵⁴⁷ POPE & TALBOT INC. V. THE GOVERNMENT OF CANADA, UNCITRAL. 2000. § 100, p.34

as protected by the Treaty. What was destroyed was the commercial value of the investment in ČNTS by reason of coercion exerted by the Media Council against ČNTS in 1996 and its collusion with Dr. Železný in 1999⁵⁴⁸.

O tribunal do caso *CME vs. Czech Republic* também se baseou em jurisprudência de casos anteriores para se manifestar favorável à ocorrência da expropriação, como os casos *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Egypt*, *Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre* e o caso *International Technical Products Corp. v. Iran*, este último julgado pelo Tribunal de Reclamações Irã-EUA⁵⁴⁹. Com maior atenção, o tribunal também mencionou o caso *Metalclad vs Mexico* para discutir como o impedimento de funcionamento do investimento também configura uma expropriação:

In the *Metalclad Corporation v. United Mexican States* case (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (2000) in respect to NAFTA Article 1110 (expropriation), the ICSID Tribunal stated that an expropriation under this provision included not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably to be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State. Thus, by permitting or tolerating the conduct of the municipality, which the tribunal had held amounted to an unfair and inequitable treatment that breached Article 1105, and by participating or acquiescing in the denial to the investor of the right to operate, notwithstanding the fact that the project had been fully approved and endorsed by the federal Government, the State Party must in the tribunal's opinion have taken a measure tantamount to expropriation in violation of Article 1110 (1). This view of the ICSID Tribunal is supported by the *Biloune* award as cited above⁵⁵⁰.

Interessante observar que enquanto o caso *Metalclad* tem como base legal o Acordo do Nafta, o caso em questão ocorre a partir de BIT firmando entre a Holanda e a República Tcheca, um diferente tratado de proteção a investimentos, entretanto isto não o impediu de servir como precedente.

No caso *Feldman vs United States of America*, arbitragem também instaurada a partir do NAFTA, foram definidas como atos com efeito de expropriação a tributação confiscatória, negação do acesso à infraestrutura ou à matéria-prima necessária para realização do investimento, imposição de regimes regulatórios sem razoabilidade, entre outros,

⁵⁴⁸ UNICITRAL ARBITRATION PROCEEDINGS CME CZECH REPUBLIC B.V. (THE NETHERLANDS) VS. THE CZECH REPUBLIC, **Partial Award**, 13 Sept. 2001, Disponível em:

<<http://www.italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf>>. Acesso em: 03 Fev. 2015, § 591, p. 166.

⁵⁴⁹ UNICITRAL ARBITRATION PROCEEDINGS CME CZECH REPUBLIC B.V. (THE NETHERLANDS) VS. THE CZECH REPUBLIC, 2011, § 604, p. 170.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, § 606, p.170-171.

considerando uma série de medidas que impeçam a operacionalização do investimento, e portanto afetando o seu valor econômico:

The Tribunal notes that the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of its business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions⁵⁵¹.

The Claimant, through the Respondent's actions, is no longer able to engage in his business of purchasing Mexican cigarettes and exporting them, and has thus been deprived completely and permanently of any potential economic benefits from that particular activity⁵⁵².

O tribunal considerou o precedente instituído na época, o caso *Pope & Talbot vs Canada*, também instituído a partir do NAFTA, em que o investidor alegou a ocorrência de uma expropriação indireta porém o tribunal havia dado causa ao Canadá e afirmou ter havido um ato regulamentar não expropriatório por não ter ocorrido privação substancial da propriedade. Na presente disputa, o tribunal *Feldman* afirmou ser o caso diferente e reconheceu a expropriação:

However, the Pope & Talbot tribunal failed to find a violation of Article 1110 in that case. This Tribunal finds the legal arguments against a finding of expropriation more persuasive, for reasons described in detail below, and reaches the same conclusion on facts very different from those in Pope & Talbot⁵⁵³.

No caso *Middle East Cement Shipping vs Egipto*, instaurado a partir de BIT entre Egito e Grécia, o tribunal arbitral considerou que a negação de importação pela empresa reclamante gerou paralisação da atuação do investidor, e o privou do valor de seu investimento, permitindo uma medida equivalente à expropriação:

When measures are taken by a State the effect of which is to deprive the investor of the use and benefit of his investment even though he may retain nominal ownership of the respective rights being the investment, the measures are often referred to as a "creeping" or "indirect" expropriation or, as in the BIT, as measures "the effect of which is tantamount to expropriation." As a matter of fact, the investor is deprived by such measures of parts of the value of his investment. This is the case here, and, therefore, it is the Tribunal's view that such a taking amounted to an expropriation within the meaning of Art. 4 of the BIT and that, accordingly, Respondent is liable to pay compensation therefor⁵⁵⁴.

⁵⁵¹ MARVIN ROY FELDMAN KARPA V. UNITED MEXICAN STATES, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), **Award (English)**, 16 Dec. 2002. Disponível em: <http://www.italaw.com/documents/feldman_mexico-award-english.pdf>. Acesso em: 05 Fev. 2015, § 103, p. 38.

⁵⁵² Ibidem, § 109, p.39.

⁵⁵³ Ibidem, § 110, p.40.

⁵⁵⁴ MIDDLE EAST CEMENT SHIPPING AND HANDLING CO. S.A. V. ARAB REPUBLIC OF EGYPT, ICSID Case No. ARB/99/6 **Award**. Apr. 12, 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/MECEment-award.pdf>>. Acesso em 05 Fev. 2015, §107, p. 22.

No caso *Tecmed vs Mexico*, realizado a partir de BIT firmado entre Espanha e México, o tribunal arbitral cita o caso *Metalclad vs USA* ao argumentar que o BIT não define o termo “expropriação” ou que atos o configurariam, mas reconhece que uma expropriação envolve tanto uma transferência de propriedade quanto interferência no direito de propriedade sem a ocorrência transferência de titularidade:

The Agreement does not define the term ‘expropriation’, nor does it establish the measures, actions or behaviors that would be equivalent to an expropriation or that would have similar characteristics. Although formally an expropriation means a forcible taking by the Government of tangible or intangible property owned by private persons by means of administrative or legislative action to that effect, the term also covers a number of situations defined as de facto expropriation, where such actions or laws transfer assets to third parties different from the expropriating State or where such laws or actions deprive persons of their ownership over such assets, without allocating such assets to third parties or to the Government⁵⁵⁵.

Para o tribunal, é importante que haja a perda do valor econômico para configuração de uma expropriação:

To establish whether the Resolution is a measure equivalent to an expropriation under the terms of section 5(1) of the Agreement, it must be first determined if the Claimant, due to the Resolution, was radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related thereto —such as the income or benefits related to the Landfill or to its exploitation— had ceased to exist. In other words, if due to the actions of the Respondent, the assets involved have lost their value or economic use for their holder and the extent of the loss⁵⁵⁶.

Conforme a mesma decisão, o México violou as legítimas expectativas do demandante ao modificar a legislação referente ao zoneamento para construção de depósito de lixo, perpetrando em ato de expropriação indireta:

[...] the Claimant’s expectation was that of a longterm investment relying on the recovery of its investment and the estimated return through the operation of the Landfill during its entire useful life⁵⁵⁷.

Upon making its investment, the fair expectations of the Claimant were that the Mexican laws applicable to such investment, as well as the supervision, control, prevention and punitive powers granted to the authorities in charge of managing such system, would be used for the purpose of assuring compliance with environmental protection, human health and ecological balance goals underlying such laws⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED, S.A. V. THE UNITED MEXICAN STATES, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, **Award**. 29 May 2003. <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>. Acesso em: 02 Fev. 2014. § 113, p. 42-43.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, § 115, p. 43.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, § 149, p.59.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, § 157, p. 62.

Já para a decisão do caso *Azurix vs Argentine*, após o tribunal ter discutido as decisões dos casos *S.D. Myers* e *Tecmed* quanto à proporcionalidade entre o interesse público alegado pelo Estado e os efeitos da medida alegado pela reclamante⁵⁵⁹, o tribunal não identificou a ocorrência de uma expropriação indireta, por não ter ocorrido privação do controle do investimento:

[...] Tribunal would agree that the breaches of the Concession Agreement would have had a devastating effect on the financial viability of the Concession, but the Claimant has been unable to convince the Tribunal of the correctness of its understanding of the terms of the Law and the Concession Agreement.

Therefore, the Tribunal finds that the impact on the investment attributable to the Province's actions was not to the extent required to find that, in the aggregate, these actions amounted to an expropriation; Azurix did not lose the attributes of ownership, at all times continued to control ABA and its ownership of 90% of the shares was unaffected. No doubt the management of ABA was affected by the Province's actions, but not sufficiently for the Tribunal to find that Azurix's investment was expropriated⁵⁶⁰.

Em geral, os tribunais arbitrais mencionados não levaram em consideração os artigos da Convenção de Viena do Direito dos Tratados para interpretar o conceito de expropriação indireta, mas sim utilizaram decisões anteriores para identificar a ocorrência de uma expropriação. Entretanto, a identificação de uma expropriação indireta não é uníssona.

Como mencionam Yves Fortier e Stephen Drymer, muito do trabalho a respeito da expropriação tem sido o de distinguir expropriação indireta da regulação que não enseja compensação (*non-compensable regulation*), pois enquanto uma expropriação indireta envolve o dever de indenizar, o reconhecimento de um ato regulatório exime o Estado de responsabilidade pelo descumprimento de uma obrigação internacional, havendo portanto diferentes consequências a partir destes atos⁵⁶¹.

A adoção de novas regulações referentes à saúde pública, meio ambiente, questões trabalhistas e previdenciárias, ou outras modificações gerais no ordenamento jurídico podem influir sobre investimentos estrangeiros, o que tem gerado demandas contra Estados receptores com base no argumento de que uma desapropriação indireta acontecera.

A discussão sobre espaço regulatório dos Estados gerou dois posicionamentos diferentes entre os tribunais arbitrais de investimentos, um posicionamento com critérios mais

⁵⁵⁹ AZURIX CORP. V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/01/12. **Award**. 14 July 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>>. Acesso em: 17 Nov. 2014, § 311-312, p. 111-112.

⁵⁶⁰ AZURIX CORP. V. THE ARGENTINE REPUBLIC, op. cit., § 321-322, p. 116.

⁵⁶¹ FORTIER, L. Yves; DRYMER, Stephen L., Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 19, n. 02, 2004, p. 293.

restritos, identificado como “*sole effect doctrine*”, e outro que envolve a adoção de critérios mais abrangentes, reconhecido como “*police powers*”.

3.3 “Sole Effect” vs. “Police Powers”: como fica o espaço regulatório dos Estados?

O direito internacional reconhece aos Estados o direito legítimo de regularem assuntos internos de interesse público⁵⁶². Enquanto Estados esperam poder regular investimentos estrangeiros em seu território, investidores podem alegar que medidas regulatórias que privam um investidor em parte ou no todo de seu investimento viola uma obrigação disposta em tratado internacional⁵⁶³.

Medidas regulatórias aplicadas pelos Estados no exercício de sua soberania visando o interesse público poderão produzir efeitos adversos sobre a propriedade privada de investidores estrangeiros, porém é impossível pretender indenização toda vez que ocorrer qualquer dano sobre as operações e serviços, pois isto poderia privar o Estado de suas funções decorrentes de sua natureza soberana, entretanto, o fato de que uma medida foi imposta para atingir alguma finalidade pública não pode automaticamente levar à conclusão de que não houve expropriação⁵⁶⁴.

Yves Fortier e Stephen Drymer continuam no sentido de que é necessário encontrar um balanço entre os interesses de investidores e de Estados receptores de investimentos, que por sua vez são responsáveis pelos interesses de comunidades inteiras e também do investidor, entretanto, encontrar o ponto de equilíbrio entre ambos os interesses tem sido uma das mais difíceis missões:

At a macro-level, it is necessary to strike a balance between the competing interests of the host State, which represents and is responsible to a community, and the foreign investor. On the one hand, the community cannot reasonably be required to bear the normal commercial risks associated with foreign investments. Nor, as one arbitrator has stated, should foreign investors “unjustly enrich” themselves by conducting business in a manner detrimental to the general welfare. On the other hand, investors cannot be asked to endure unreasonable regulation without

⁵⁶² VICUÑA, Francisco Orrego. Regulatory authority and legitimate expectations: balancing the rights of the state and the individual under international law in a global society. **International Law FORUM du droit international**, [s.l.], v.5, n.3, Aug. 2003, p. 190.

⁵⁶³ FORTIER, L. Yves. Expectations of governments and investors vs. practice: a view from the bench. **ICSID Review—Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 24, n. 02, 2009, p. 352.

⁵⁶⁴ KRIEBAUM, 2013, p. 1000-1001.

compensation, and they should not be asked to pay for risks that should be socialized. As stated by Justice Brandeis of the United States Supreme Court, ‘if regulation goes too far it will be recognized as a taking.’

Determining when a regulation “goes too far” is the nub of the issue.⁵⁶⁵

Tribunais arbitrais já discutiram esta questão. O tribunal do caso *Pope & Talbot vs Canada* afirmou que manter uma exceção de expropriação para atos regulatórios causaria um furo para a proteção de investimentos estrangeiros:

Canada appears to claim that, because the measures under consideration are cast in the form of regulations, they constitute an exercise of ‘police powers’, which, if nondiscriminatory, are supposedly beyond the reach of the NAFTA rules regarding expropriations. While the exercise of police powers must be analyzed with special care. The Tribunal believes that Canada’s formulation goes too far. Regulations can indeed be exercised in a way that would constitute creeping expropriation [...] Indeed, much creeping expropriation could be conducted by regulation, and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protections against expropriation. For these reasons, the Tribunal rejects the argument of Canada that the Export Control Regime, as a regulatory measure, is beyond the coverage of Article 1110.⁵⁶⁶

Mesmas indagações passaram pelo caso *Feldman vs Mexico*:

The Tribunal notes that the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of its business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions. At the same time, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this.⁵⁶⁷

Na jurisprudência internacional, duas abordagens foram desenvolvidas para avaliar em que ponto uma medida regulatória se torna expropriatória. Uma abordagem privilegia os efeitos da medida sobre a propriedade do investidor para identificar a ocorrência de uma expropriação indireta é definida como “*sole effect doctrine*” por Rudolf Dolzer⁵⁶⁸, identificada por Andrew Newcombe como “abordagem ortodoxa” (*orthodox approach*) por ser a

⁵⁶⁵ FORTIER; DRYMER, 2004, p. 293.

⁵⁶⁶ POPE TALBOT INC. VS GOVERNMENT OF CANADA, **Interim Award**, 26 June 2000, **Interim Award**, 26 June 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases/documents/865>. Acesso em: 17 Nov. 2014, § 99, p. 33.

⁵⁶⁷ MARVIN ROY FELDMAN KARPA V. UNITED MEXICAN STATES, 2002, § 103, p. 38.

⁵⁶⁸ DOLZER, 2002, p. 79.

abordagem mais citada no direito internacional⁵⁶⁹, indicando o caso *Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran*, julgado pelo Tribunal de Reclamações Irã-Estados Unidos, como um dos precedentes mais afirmados e repetidos por casos posteriores:

[...] the Tribunal held that ‘[it] is recognized in international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.’ Subsequent international tribunal decisions have approved the statement in *Starrett* and made similar statements⁵⁷⁰.

A abordagem *sole effect* tem sido predominante perante tribunais arbitrais. Existem decisões arbitrais em que o argumento de motivação estatal é desconsiderado sem muito esforço por tribunais arbitrais. No caso *Biloune vs Ghana Investment Centre*, o tribunal afirmou que:

[...] the motivation for the actions and omissions of Ghanaian governmental authorities are not clear. But the Tribunal need not establish those motivations to come to a conclusion in the case. What is clear is that the conjunction of the stop work order, the demolition, the summons, the arrest, the detention, the requirement of filing assets declaration forms, and the deportation of Mr. [sic] Biloune without possibility of re-entry had the effect of causing the irreparable cessation of work on the project⁵⁷¹.

No caso *Santa Elena vs Costa Rica*, o demandante realizou considerável investimento com a finalidade de construção de um resort hotel na Costa Rica, entretanto, o Estado costarriquenho expropriou a propriedade para considerar o local como um parque de preservação ambiental, oferecendo uma indenização pelo valor da propriedade. Na arbitragem, que discute principalmente o valor da compensação oferecida, o tribunal afirmou que medidas ambientais, ainda que benéficas à sociedade como um todo, são semelhantes a qualquer ato expropriatório e demandam indenização:

Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains⁵⁷².

⁵⁶⁹ NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in international law. **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 20, n. 01, 2005, p. 10.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p.11.

⁵⁷¹ BILOUNE AND MARINE DRIVE COMPLEX LTD V GHANA INVESTMENTS CENTRE AND THE GOVERNMENT OF GHANA Apud DOLZER. 2002, p. 87.

⁵⁷² COMPAÑÍA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA, S.A. V. THE REPUBLIC OF COSTA RICA, ICSID Case No. ARB/96/1. **Final Award**. 17 Feb. 2000. Disponível em: <http://www.italaw.com/documents/santaelena_award.pdf>. Acesso em: 03 Mar. 2015, § 72, p. 192.

No caso *Metalclad vs Mexico*, o investidor havia obtido todas as licenças federais para realização de seu investimento, mas o governo municipal negou uma licença de construção e o estabelecimento (um aterro sanitário) teve que fechar. Posteriormente, o governo estadual aprovou um decreto estadual impedindo o funcionamento do aterro por reconhecendo a região que englobava a área do aterro como de proteção ambiental⁵⁷³.

O tribunal arbitral desistiu de considerar a intenção ou motivação que fundamentou um decreto ecológico que impediu a utilização de um determinado local como aterro sanitário e utilizou unicamente os efeitos da interferência incidental sobre a propriedade de forma a privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou de benefício econômico a ser esperado razoavelmente de sua propriedade:

The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal's finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation⁵⁷⁴.

No caso *National Grid vs. Argentina*, ocorrido a partir do BIT Argentina-Reino Unido, o tribunal também afirmou não ser necessário observar a intenção do Estado, porém afirmou não haver uma expropriação, pois os efeitos das medidas não privaram o investidor de efetivos direitos de propriedade:

It is clear from a reading of Article 5(1) that whether the party concerned had the intent to expropriate or to nationalize in taking measures equivalent to either is not a requirement. Article 5(1) is concerned only with measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation. Article 5(1) does not qualify whether the measures are taken in the exercise of a Contracting Party regulatory power or any other power a government may be entitled to exercise. The key words for the Contracting Parties are "effect equivalent to." The measures' effect needs to be tantamount to an expropriation or nationalization. The issue is where to draw the line.⁵⁷⁵

In the instant case, the Claimant continued to own its shares and could exercise its rights as a shareholder and disposed of its investment by its own decision. The value of its investment was diminished but not to the extent that it could be considered worthless. For these reasons, the Tribunal finds that the Respondent did not expropriate indirectly the investment of the Claimant⁵⁷⁶.

⁵⁷³ METALCLAD CORPORATION V. THE UNITED MEXICAN STATES, 2000, § 28-69, p. 12-21.

⁵⁷⁴ METALCLAD CORPORATION V. THE UNITED MEXICAN STATES, 2000, § 111, p. 30.

⁵⁷⁵ NATIONAL GRID PLC V. THE ARGENTINE REPUBLIC. UNCITRAL. **Award**. 03 Nov. 2008.

Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>>. Acesso em: 04 Mar. 2015, § 147, p. 59.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, § 154, p. 61.

Para Ryan Suda, a abordagem do “*sole effect*” é mais favorável aos investidores, pois tem como fator crucial o efeito da medida governamental sobre a propriedade do imóvel sem maior consideração pelo objetivo que fundamentou a atuação estatal⁵⁷⁷.

Em oposição a esta abordagem, alguns tribunais arbitrais manifestaram outro entendimento, afirmando considerar um contexto mais amplo para levar em conta o interesse governamental envolvido e a intenção do Estado ao aplicar uma medida regulamentar que possa prejudicar investimentos estrangeiros⁵⁷⁸.

Esta abordagem é identificada como “*police powers doctrine*”, pretende resguardar o espaço regulatório do Estado ao dar relevância à finalidade e circunstâncias da atuação estatal. De acordo com Rudolf Dolzer, esta abordagem não questiona exclusivamente o efeito das medidas sobre investidores, que passa a ser situado em um cenário mais amplo em que é ponderado com outros fatores⁵⁷⁹.

Conforme Ursula Kriebaum, a mudança do foco para avaliar não apenas o efeito da medida é recente na jurisprudência arbitral de investimentos, sendo considerado o contexto e o efeito da medida uma vez que os seus efeitos ultrapassassem o grau requerido de gravidade:

This shift in focus away from only considering the effect of the measure is a recent trend in the case law of arbitral tribunals. Professor Dolzer’s statement of 2002 that tribunals had a tendency to rely more heavily on the effects on the investor than on the context and purpose of the measure was true at that point in time. More recently, a number of tribunals focused on the context and on the purpose of the measure once the effect of the measure transgressed the required level of severity.⁵⁸⁰

Através desta abordagem, certas medidas tomadas por autoridades públicas seriam justificadas a ponto de não ser necessário pagar compensação pela expropriação, como tributação aplicada de boa-fé, de forma indiscriminada e sem efeito confiscatório, e atos com a finalidade de resguardar a saúde pública, meio ambiente, e até o patrimônio cultural⁵⁸¹.

Neste sentido, variados textos internacionais resguardam o poder regulatório dos Estados nestes termos, como o *Restatement (Third)*⁵⁸² e o *Harvard Draft Convention on*

⁵⁷⁷ SUDA, 2006, p. 95.

⁵⁷⁸ REINISCH, 2009, p.426.

⁵⁷⁹ DOLZER, 2002, p. 90.

⁵⁸⁰ KRIEBAUM, 2012, p. 1000.

⁵⁸¹ REINISCH, op. cit., p.435-436.

⁵⁸² RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS OF THE UNITED STATES, section 712, Comment. Apud UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT.

Expropriation. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva: United Nations, 2012, p.86.: “...A State is not responsible for the loss of property or for other economic disadvantages resulting from bona fide taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of

*International Responsibility of States for Injuries to Aliens*⁵⁸³, entre outros instrumentos, entretanto, Andrew Newcombe questiona que já que em alguns casos é permitido ao Estado expropriar uma propriedade sob o argumento de finalidade pública mas ainda permanece obrigado a indenizar - como em casos de expropriação direta -, por que haveria casos em que seria legítimo interferir com direitos de propriedade, ainda que indiretamente, e não indenizar?⁵⁸⁴.

Sob esta mesma orientação, Rosalyn Higgins já havia questionado se cabe fazer alguma distinção entre regulação e expropriação:

Is this distinction intellectually viable? Is not the State in both cases (that is, either by taking for a public purpose, or by regulating) purporting to act in the common good? And in each case has the owner of the property not suffered loss? Under international law standards, a regulation that amounted (by virtue of its scope and effect) to a taking, would need to be “for a public purpose” (in the sense of in the general, rather than for a private interest). And just compensation would be due⁵⁸⁵

Alguns tribunais arbitrais já se mostraram favoráveis à abordagem do *police powers*, no caso *SD Myers vs Canada* o tribunal afirmou que direitos além daqueles de propriedade podem ser expropriados e que o direito internacional permite que tribunais examinem o objetivo e o efeito de medidas governamentais, e que as medidas adotadas pelo governo canadense representam atos regulatórios sobre os quais há um conjunto de precedentes que não os tratam como equivalentes à expropriação, entretanto, considerou como diferença entre regulação e expropriação o peso dos efeitos da medida sobre o investidor:

The Tribunal accepts that, in legal theory, rights other than property rights may be “expropriated” and that international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures. The Interim Order and the Final Order were regulatory acts that imposed restrictions on SDMI. The general body of precedent usually does not treat regulatory action as amounting to expropriation. Regulatory conduct by public authorities is unlikely to be the subject of legitimate complaint under Article 1110 of the NAFTA, although the Tribunal does not rule out that possibility.

the kind that is commonly accepted as within the police power of State, if it is not discriminatory, and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or sell it at a distress price.”

⁵⁸³ 1961 HARVARD DRAFT CONVENTION ON INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR INJURIES TO ALIENS, Article 10(5). Apud UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012b, p.86.: “An uncompensated taking of a property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from the execution of tax laws; from a general change in the value of currency; from the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality; or from the valid exercise of belligerent rights or otherwise incidental to the normal operation of the laws of the State shall not be considered wrongful, provided... it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned... and it is not an unreasonable departure from the principles of justice recognized by the principal legal systems of the world.”

⁵⁸⁴ NEWCOMBE, 2005, p. 26.

⁵⁸⁵ HIGGINS, 1982, p. 331.

Expropriations tend to involve the deprivation of ownership rights; regulations a lesser interference. The distinction between expropriation and regulation screens out most potential cases of complaints concerning economic intervention by a state and reduces the risk that governments will be subject to claims as they go about their business of managing public affairs.⁵⁸⁶

O tribunal do caso *Tecmed vs Mexico* foi além e ao determinar se houve uma expropriação, realizando um teste de proporcionalidade entre os efeitos da medida sofridos pelo investidor, e o interesse público buscado.

Neste caso, o México havia negado a renovação de licenças ambientais argumentando questões ambientais e de saúde pública. O investidor havia obtido licença das autoridades federais para operar um aterro sanitário nas proximidades da cidade de Hermosillos, no entanto, a legislação mexicana foi alterada para proibir a instalação de aterros sanitários com resíduos tóxicos nas proximidades de centros urbanos, e posteriormente, mediante pressão da população local em fechar o aterro administrado pelo investidor, o governo mexicano aprovou uma resolução impedindo a renovação da licença, citando violações a normativas ambientais com consequências ao meio ambiente e à saúde pública como a presença de materiais tóxicos não autorizados e a constatação de quantidade superior de resíduos ao permitido⁵⁸⁷.

O tribunal afirmou que não faria revisão das bases e motivações em que a medida do governo mexicano foi realizada, mas que estes elementos deveriam ser considerados para determinar se o Acordo foi violado⁵⁸⁸.

Neste caso, o tribunal *Tecmed* alegou que deveria haver uma relação de proporcionalidade razoável entre o dano sofrido pelo investidor e o objetivo da medida expropriatória, citando casos da Corte Europeia de Direitos Humanos que mencionava a necessidade de proporcionalidade entre os danos causados e o objetivo alcançado:

After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality [...] There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure [...] The Arbitral Tribunal understands that such statements

⁵⁸⁶ S.D. MYERS, INC. V. GOVERNMENT OF CANADA, UNCITRAL. **Partial award**. 13 Nov. 2000. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>>. Acesso em: 24 Fev. 2015. § 281-282, p. 69.

⁵⁸⁷ TÉCNICAS MEDIOAMBENTALES TECMED AS V UNITED MEXICAN STATES. 2003, § 35-51, p.9-14

⁵⁸⁸ Ibidem, § 120, p. 46: ... The Arbitral Tribunal will not review the grounds or motives of the Resolution in order to determine whether it could be or was legally issued. However, it must consider such matters to determine if the Agreement was violated.

of the Strasburg Court apply to the actions of the State in its capacity as administrator, not only to its capacity as law-making body.⁵⁸⁹

Em seu teste de proporcionalidade, o tribunal ponderou o interesse público do Estado receptor com os efeitos da interferência sobre o investidor e o seu interesse em ter o seu investimento protegido. Afirmou que há três fatores de particular relevância para o processo de ponderação, quais sejam: 1) a razoabilidade da medida em relação aos fins que elas pretendiam alcançar; 2) a privação de direitos econômicos do investidor; 3) a legítima expectativa do investidor:

Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal, without thereby questioning such due deference, from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation.

Após realizar o seu teste de proporcionalidade entre a interferência do Estado sobre os direitos de propriedade do investidor, o tribunal declarou que a pressão popular exercida sobre o governo, para impedir a renovação das licenças obtidas pelo investidor, não constituíam uma situação urgente, uma crise ou emergência social:

Those events —not related to the transportation and discharge of Alco Pacífico’s waste by Cytrar— which constitute material evidence of the opposition put up by community entities and associations to the Landfill or its operation by Cytrar, do not give rise, in the opinion of the Arbitral Tribunal, to a serious urgent situation, crisis, need or social emergency that, weighed against the deprivation or neutralization of the economic or commercial value of the Claimant’s investment, permits reaching the conclusion that the Resolution did not amount to an expropriation under the Agreement and international law.⁵⁹⁰

No caso *Methanex vs USA*, o Estado da Califórnia havia banido um aditivo para combustível que era o principal item do produto produzido pelo investidor, de modo que este alegou que o ato da unidade federativa norte-americana havia expropriado o seu investimento, em violação ao Artigo 1110 do Acordo do NAFTA. O Estado californiano alegou que o aditivo usado pela empresa Methanex estava contaminando as reservas de água potável, o que representava um risco à saúde, segurança e ao meio ambiente.

O tribunal rejeitou o argumento do reclamante alegando que uma regulação não discriminatória com a finalidade de atender ao interesse público, adotada de acordo com o

⁵⁸⁹ Ibidem, § 122, p. 47.

⁵⁹⁰ TÉCNICAS MEDIOAMBENTALES TECMED AS V UNITED MEXICAN STATES. 2003, § 139, p. 54.

devido processo legal, não seria expropriatória e não ensejaria o dever de compensar o proprietário, a não ser que o Estado tenha se comprometido a não implementar uma determinada regulação:

But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation⁵⁹¹.

For reasons elaborated here and earlier in this Award, the Tribunal concludes that the California ban was made for a public purpose, was non-discriminatory and was accomplished with due process. Hence, Methanex's central claim under Article 1110(1) of expropriation under one of the three forms of action in that provision fails. From the standpoint of international law, the California ban was a lawful regulation and not an expropriation⁵⁹².

No caso *Saluka vs Czech Republic*, o investidor era dono de 46% de um dos maiores bancos da República Tcheca, mas após a instituição contrair consideráveis dívidas e entrar em falência, o governo tcheco, através de sua autoridade monetária, transferiu a propriedade para um banco concorrente pelo valor simbólico de 1 coroa.

O tribunal considerou que ainda que o BIT República Tcheca-Holanda não tenha disposições claras sobre exceções referentes ao poder regulatório, o seu Artigo 5 deveria ser interpretado de acordo com o direito costumeiro, que informa que uma privação poderia ser justificada se resultante do exercício de poderes regulatórios, com o objetivo de garantir a manutenção da ordem pública:

The Tribunal acknowledges that Article 5 of the Treaty in the present case is drafted very broadly and does not contain any exception for the exercise of regulatory power. However, in using the concept of deprivation, Article 5 imports into the Treaty the customary international law notion that a deprivation can be justified if it results from the exercise of regulatory actions aimed at the maintenance of public order.⁵⁹³

It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare.⁵⁹⁴

⁵⁹¹ METHANEX CORPORATION V. UNITED STATES OF AMERICA, UNCITRAL. **Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits**, 3 Aug. 2005, Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2014, Part IV - Chapter D – § 7, p. 4.

⁵⁹² METHANEX CORPORATION V. UNITED STATES OF AMERICA, 2005, Part IV - Chapter D – § 15, p. 7.

⁵⁹³ SALUKA INVESTMENTS B.V. V. THE CZECH REPUBLIC, UNCITRAL. **Partial Award**. 17 Mar. 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>>. Acesso em: 03 Fev. 2015, § 254, p.52.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, para. 255, p. 52.

Para o tribunal do caso *Saluka*, a República Tcheca não havia violado o Artigo 5 do BIT com a Holanda, pois as medidas poderiam ser justificadas como atos regulatórios⁵⁹⁵. O tribunal considerou a decisão da autoridade monetária tcheca e declarou que esta foi bem fundamentada e razoável, aplicou a legislação tcheca pertinente aos fatos e foi inclusive mantida pelo órgão de apelação da autoridade monetária e pelo tribunal de Praga, não havendo evidencia de que a autoridade monetária, entidade representativa do governo Tcheco, tenha agido em contrário ao direito internacional:

As will be seen, the CNB's decision is fully motivated. Having reviewed the totality of the evidence which the CNB invoked in support of its decision, the Tribunal is of the view that the CNB was justified, under Czech law, in imposing the forced administration of IPB and appointing an administrator to exercise the forced administration.

The Czech State, in the person of its banking regulator, the CNB, had the responsibility to take a decision on 16 June 2000. It enjoyed a margin of discretion in the exercise of that responsibility. In reaching its decision, it took into consideration facts which, in the opinion of the Tribunal, it was very reasonable for it to consider. It then applied the pertinent Czech legislation to those facts – again, in a manner that the Tribunal considers reasonable.

In the absence of clear and compelling evidence that the CNB erred or acted otherwise improperly in reaching its decision, which evidence has not been presented to the Tribunal, the Tribunal must in the circumstances accept the justification given by the Czech banking regulator for its decision.

The Tribunal notes, additionally, that the decision of the CNB was confirmed by the CNB Appellant Board and subsequently upheld by the City Court in Prague on two occasions, firstly on an appeal lodged by three members of IPB's Board of Directors and later on an appeal lodged by *Saluka* itself.

The CNB's decision is, in the opinion of the Tribunal, a lawful and permissible regulatory action by the Czech Republic aimed at the general welfare of the State, and does not fall within the ambit of any of the exceptions to the permissibility of regulatory action which are recognized by customary international law. Accordingly, the CNB's decision did not, fall within the notion of a "deprivation" referred to in Article 5 of the Treaty, and thus did not involve a breach of the Respondent's obligations under that Article.⁵⁹⁶

O tribunal alegou não ter havido violação ao direito de propriedade do investidor, mas afirmou ter a República Tcheca negado tratamento justo e equitativo ao investidor estrangeiro.

O tribunal do caso *Azurix Corporation vs Argentina* seguiu o teste de proporcionalidade do caso *Tecmed*. Nesta disputa, o investidor apresentou uma demanda

⁵⁹⁵ Ibidem, § 265, p. 54: "In the present case, the Tribunal finds that the Czech Republic has not "crossed that line" and did not breach Article 5 of the Treaty, since the measures at issue can be justified as permissible regulatory actions".

⁵⁹⁶ SALUKA INVESTMENTS B.V. V. THE CZECH REPUBLIC, 2006, § 271-275, p. 58-59.

contra a Argentina exigindo compensação no patamar de 550 milhões de dólares, alegando violações às disposições do BIT Estados Unidos – Argentina referentes a expropriação, tratamento justo, segurança e proteção, após o governo argentino ter cancelado a concessão de serviços de água e saneamento básico com a empresa estrangeira e ter cessado as obras de infraestruturas contratadas com a empresa, e ter sugerido aos consumidores a evitarem beber a água local e minimizarem a exposição a banhos de chuveiro e banheira, devido a proliferação de uma alga nociva no reservatório de água da empresa.

O tribunal reconheceu casos em que a regulação estatal, quando realizada para alcançar uma finalidade pública poderia evitar indenização, conforme discutido no caso *SD Myers*, entretanto só finalidade pública não seria um elemento suficiente para indicar se haveria dever de indenizar ou não, e que deveria ter outros elementos complementares, encontrados estes no teste de proporcionalidade do caso *Tecmed*:

The public purpose criterion as an additional criterion to the effect of the measures under consideration needs to be complemented. The parties have referred in their exchanges to findings of the tribunal in *Tecmed*. That tribunal sought guidance in the case law of the European Court of Human Rights, in particular, in the case of *James and Others*. The Court held that ‘a measure depriving a person of his property [must] pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim ‘in the public interest’, and bear ‘a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized’. This proportionality will not be found if the person concerned bears ‘an individual and excessive burden’. The Court considered that such ‘a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto.’ The Court found relevant that non-nationals “will generally have played no part in the election or designation of its [of the measure] authors nor have been consulted on its adoption”, and observed that ‘there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals’.

The Tribunal finds that these additional elements provide useful guidance for purposes of determining whether regulatory actions would be expropriatory and give rise to compensation.⁵⁹⁷

Para o tribunal as medidas não foram desproporcionais a ponto de representarem uma expropriação, e nem o investidor foi privado de seus investimentos:

Therefore, the Tribunal finds that the impact on the investment attributable to the Province’s actions was not to the extent required to find that, in the aggregate, these actions amounted to an expropriation; Azurix did not lose the attributes of ownership, at all times continued to control ABA and its ownership of 90% of the shares was unaffected. No doubt the management of ABA was affected by the Province’s actions, but not sufficiently for the Tribunal to find that Azurix’s investment was expropriated.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ AZURIX CORP. V. THE ARGENTINE REPUBLIC, 2006. § 311-312, p.111-112.

⁵⁹⁸ Ibidem, § 322, p. 116.

Enquanto os casos acima mantem certo consenso quanto a necessidade da medida ter sido aplicada de boa-fé, de forma indiscriminada e mediante devido processo legal, ainda há discussões quanto ao procedimento aplicada para indicar a proporcionalidade entre o ato regulatório e os danos sofridos pelo investidor.

O objetivo de realizar um exercício de ponderação para ir além dos efeitos de uma medida estatal não significa afirmar que todo e qualquer ato estatal não constitui uma medida expropriatória, mas sim ponderar interesses públicos e privados para alcançar uma abordagem que permita identificar uma expropriação sem desmerecer os diferentes interesses em jogo, ou como menciona Stephen Olynyk:

Likewise, merely because a measure is implemented in pursuance of a police power does not automatically mean that the measure cannot amount to expropriation. A complete analysis of a potential expropriation, considering factors that include the effects, context, proportionality and investor's legitimate expectations, is in the interest of maintaining a balanced approach from the perspectives of both the foreign investor and the host State. Determining this issue in a balanced manner is a preferable approach because over the past several years state practice has emerged that favors a comprehensive approach analyzing whether an indirect expropriation has occurred on a case-by-case basis by weighing a number of factors. These factors include, among other things, the effect of the measure, the government's intention and the investor's legitimate expectations.⁵⁹⁹

Enquanto alguns casos como o *Tecmed* e demais utilizaram o teste de proporcionalidade a partir de tradição da Corte Europeia de Direitos Humanos, muito críticos sugerem que o teste de proporcionalidade foi mal aplicado, ou deveria ser aplicado diferentemente.

Para Andrew Newcombe, a sentença *Tecmed* é única no direito das expropriações internacionais por utilizar do conceito de proporcionalidade da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito do Protocolo nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶⁰⁰ - o tribunal cita expressamente casos como *Mellacher and Others v. Austria*, *Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium*, *v. United Kingdom*⁶⁰¹. Continua Newcombe que os três fatores citados pelo tribunal *Tecmed* (razoabilidade entre a medida tomada e seus objetivos, privação de direitos econômicos e legítimas expectativas do investidor) correspondem àqueles adotados pela jurisprudência norte americana sobre

⁵⁹⁹ OLYNYK, Stephen. A balanced approach to distinguishing between legitimate regulation and indirect expropriation in investor-state arbitration. **International Trade & Business Law Review**, [s.l.], v. 15, 2012, p. 279.

⁶⁰⁰ NEWCOMBE, 2005, p. 19.

⁶⁰¹ TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED AS V UNITED MEXICAN STATES, 2000, § 122, p.47.

expropriações, e também se encontram presentes nos novos modelos de tratados de investimentos dos Estados Unidos da América e do Canadá⁶⁰².

Para Caroline Henckels o teste de proporcionalidade quando aplicado coerentemente por tribunais de investimento pode aumentar sim a sua legitimidade, pois ao revelar por exato como os tribunais chegam à conclusão sobre a legalidade de uma medida, suas decisões se tornam mais compreensíveis e mais resistentes a críticas⁶⁰³, entretanto no caso *Tecmed*, o único que a autora reconhece ter aplicado uma análise de proporcionalidade propriamente dita para ponderar os interesses de investidor e Estado, a metodologia não foi a melhor aplicada⁶⁰⁴.

Conforme Henckels, o tribunal arbitral de *Tecmed* errou ao reconhecer que o objetivo das medidas adotadas foi o de responder à pressão popular sobre o governo mexicano, em vez de considerar as causas para a pressão popular, e isso influenciou as demais etapas do processo de ponderação⁶⁰⁵. Igualmente, *Tecmed* teria aplicado um procedimento com menos etapas do que um devido teste de proporcionalidade.

Para a autora, a tradição europeia sobre a técnica de proporcionalidade, iniciada a partir do direito administrativo alemão, engloba uma fase prévia de averiguar a legitimidade do objetivo da medida (se a medida serve ao interesse público), para então se avaliar a adequabilidade (se a medida contribui para alcançar o fim pretendido), a necessidade (se o objetivo poderia ser alcançado com outras medidas menos danosas, avaliando os fins e os meios) e a sua estrita proporcionalidade (ponderação entre os interesses concorrentes para chegar à decisão se o dano causado pela medida é proporcional ao benefício que a medida procura alcançar)⁶⁰⁶.

Entretanto, o tribunal *Tecmed* foi direto para o exame estrito de proporcionalidade, o qual, sem a devida análise das etapas anteriores, poderia declarar a legalidade de uma medida mesmo que haja outras formas menos gravosas de alcançar o interesse do Estado⁶⁰⁷, e que o caso partiu de seletividade subjetiva para avaliar tanto o objetivo buscado e também quanto os precedentes selecionados da Corte Europeia de Direitos Humanos:

Although it is not argued that such analysis would have ultimately led to a different result in this case, the tribunal's approach was problematic as it lends itself to concerns of subjectivity, failure to assess relevant considerations, and lack of

⁶⁰² NEWCOMBE, loc. cit.

⁶⁰³ HENCKELS, Caroline. Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration. **Journal of International Economic Law** [s.l.], v. 15, n. 01, 2012, p. 228-229.

⁶⁰⁴ Ibidem, p. 231.

⁶⁰⁵ Ibidem, p. 232.

⁶⁰⁶ HENCKELS, 2012, p. 228.

⁶⁰⁷ Ibidem, p. 233.

appreciation for the context of the decisions taken. Further, the tribunal's reliance on ECtHR cases was selective and, as a result, misleading. Its failure to frame its proportionality analysis in accordance the approaches of other courts and tribunals and to provide an explanation for its ostensible adoption of the ECtHR's approach to expropriation was a missed opportunity for the tribunal to explain the importance of cross-fertilization within international law and to elaborate on the circumstances in which it was legitimate to utilize comparative material⁶⁰⁸.

Conforme a autora, além das quatro etapas mencionadas, o exame de proporcionalidade realizado por um tribunal internacional deveria praticar maior referência a decisões de órgãos judiciais e legislativos internos, como faz a própria Corte Europeia de Direitos Humanos com o Tribunal de Justiça Europeu, isto pois estes órgãos internos possuem maior legitimidade para identificar o interesse público e aplicar decisões pretendendo implementá-lo⁶⁰⁹.

Para Julian Arato, a aplicação do teste de proporcionalidade do Sistema Europeu de Direitos Humanos – margem de apreciação, como é identificada⁶¹⁰ - é problemática no contexto das arbitragens *ad hoc* de investimentos⁶¹¹. A ideia básica da margem de apreciação é de que cada direito sob a Convenção Europeia de Direitos Humanos possui uma certa maleabilidade, um espaço normativo atribuído ao Estado, que se desenvolve e modifica durante o tempo e muda de direito para direito⁶¹², e que um fator importante para o seu desenvolvimento é de ser a Corte Europeia de Direitos Humanos uma corte permanente, com câmaras recursais e de revisão, estrutura inexistente nas arbitragens de investimento⁶¹³.

Para este autor, a partir da análise de diferentes casos, a margem de apreciação foi aplicada por cada tribunal arbitral de forma inconsistente, pois cada tribunal havia aplicado uma abordagem diferente dos demais⁶¹⁴.

Como resultado, criou-se uma apenas uma imagem de consistência ao se aplicar a margem de apreciação, porém esvaziada de real análise ao se procurar determinar o espaço regulatório dos Estados:

However, upon closer scrutiny (and as examined in greater depth below), it appears that despite the consistent invocation of the margin as a rubric, each of the tribunals ultimately subjected the respondent states' actions to very different standards of review. In order of greatest to least scrutiny: *Continental Casualty* engaged in a relatively searching least restrictive means analysis; *Frontier Petroleum* adopted a

⁶⁰⁸ Ibidem.

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 243.

⁶¹⁰ ARATO, Julian. The margin of appreciation in international investment law. **Virginia Journal of International Law**, [s.l.], v.54, n.03, 2014, p. 547.

⁶¹¹ Ibidem, p. 549.

⁶¹² Ibidem, p. 550.

⁶¹³ ARATO, 2014, p.550.

⁶¹⁴ Ibidem, p. 547.

more lenient review for reasonableness and good faith; and *Electrabel* subjected the state's action to review for mere rational basis and good faith. *Saluka* and *Micula*, the most deferential and also the most similar, looked for only "clear and compelling evidence" of error or other improper regulatory action and convincing evidence of fraud or material error (respectively). I do not want to suggest that any of these tribunals misapplied the doctrine. The problem is rather that the concept of the margin does no work in any of these awards. It creates only an illusion of consistency, at the heavy cost of masking serious differences in approach. In other words, the doctrine acts as an empty proxy for any real analysis of how to approach the truly sensitive issue: how to determine the appropriate level of deference due to a sovereign, if any, in a particular case⁶¹⁵.

De acordo com Arato, a margem de apreciação pôde se desenvolver na Corte Europeia de Direitos Humanos devido a seu desenvolvimento jurisprudencial sob um sistema jurídico permanente que permitiu seus delineamentos, e que a resposta para os tribunais de investimentos não seria simplesmente unificar uma teoria de outro regime para resolver qualquer disputa, mas desenvolver a sua própria resposta a partir de arrazoada prática arbitral construída através de bastante diálogo jurisprudencial, porém este objetivo se encontra dificultado pela manutenção do modelo de arbitragens *ad hoc*⁶¹⁶.

Portanto, ainda que tenha se desenvolvido entre as arbitragens de investimentos uma tendência em reconhecer a capacidade regulatória dos Estados, independente de isto permitir maior número de vitórias aos Estados ou não, esta tendência não é majoritária.

Igualmente, entre os casos que reconheceram a capacidade regulatória estatal foi possível observar não haver uniformidade quanto aos critérios adotados para a ponderação entre o interesse dos Estados e o do investidor. A falta de uniformidade também é constatada entre os comentários e sugestões realizadas por acadêmicos especializados no direito internacional dos investimentos.

3.4 Exercício de governança: casos de expropriação indireta da indústria do petróleo e gás na América Latina

Superadas as discussões sobre a expropriação indireta de forma mais geral, passaremos a abordar como essas discussões se apresentam no setor latino americano de petróleo e gás. Este setor econômico foi escolhido pois registra um maior número de disputas

⁶¹⁵ Ibidem, p.551-552.

⁶¹⁶ Ibidem, p. 553.

internacionais do que qualquer outro setor⁶¹⁷. Conforme os números do ICSID, 26% dos casos até então apresentados dizem respeito a petróleo, gás natural e mineração⁶¹⁸, enquanto 14% tratam de energia elétrica e outras fontes de energia⁶¹⁹.

No setor energético, historicamente, a principal preocupação de investidores é a possibilidade de expropriação direta ou indireta de seus investimentos, elemento que pautou os debates sobre a capacidade regulatória e o exercício de soberania sobre os recursos naturais pelos Estados durante a década de 1960 e 1970 na Assembleia Geral das Nações Unidas em decorrência dos casos de expropriação ocorridos com a mudança dos regimes políticos de países do oriente médio, África, Ásia e América Latina, e também incentivou os Estados do norte a procurarem celebrar tratados de promoção e proteção de investimentos com os Estados do sul.

Como destacou o Lord H. W. Shawcross em 1961, a proteção do direito de propriedade é uma das principais preocupações de investidores estrangeiros: *“If they acquire property they expect to be entitled to keep it. It is the feeling of insecurity in these respects, caused by bitter experience in the past, which is perhaps the main deterrent to the flow of private capital to the developing countries”*⁶²⁰.

Para incentivar a atração de investimentos na América Latina, os Estados pertencentes a este bloco começaram a adotar modificações legislativas mais amigáveis à realização de arbitragem. Gradativamente foi alterada, em alguns países, a tradicional posição em favor da doutrina calvo e se permitiu a participação do Estado em arbitragens internacionais com investidores. Alguns países também aderiram a tratados com cláusulas de proteção à propriedade de estrangeiros⁶²¹.

Quase todos os Estados latino-americanos celebraram tratados bilaterais de investimentos e outros tipos de acordos com cláusulas de proteção à propriedade, com a

⁶¹⁷ MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. **Journal of World Energy Law and Business**. [s.l.], v. 4, n. 4, 2011, p.332.

⁶¹⁸ O Banco Mundial apresenta casos referentes a petróleo, gás e mineração e uma classe, e casos sobre energia elétrica e outras fontes de energia em outra classe.

⁶¹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **The ICSID caseload – statistics (issue 2015-1)**. . Distribution of All ICSID Cases by Economic Sector. Washington, [s.n.],2015. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>. Acesso em: 04 Abr. 2015, p. 12.

⁶²⁰ SHAWCROSS, Lord H. W. The Problems of Foreign Investment in International Law. **Recueil des Cours**, v. 102, pp335-364. Leiden: Martinus Nijhoff, 1961, p. 342.

⁶²¹ GARCIA-BOLIVAR, Omar E. Investor-state disputes in latin america: a judgment on the interaction between arbitration, property rights protection, and economic development. **Law and Business Review of the Americas**[s.l.], v.13. winter, 2007, p. 73.

possibilidade de submissão de disputas a fóruns internacionais de arbitragem, como o ICSID, a Corte Permanente de Arbitragem, e outras câmaras privadas de arbitragem como a da ICC, etc⁶²². Só a Argentina possui 55 BITs em vigor, com 38 do Chile e 29 do Uruguai, sendo computado um total de 407 BITs atualmente em vigor na região⁶²³.

As arbitragens correspondem ao principal meio de solução de litígios também no setor energético⁶²⁴. As disputas envolvendo este setor podem compõem demandas entre empresas, entre empresas e Estados – seja a partir de clausula arbitral constante de contrato ou de tratado internacional – e envolvem até dissídios entre Estados⁶²⁵. Os litígios entre investidores estrangeiros e Estados ocorrem quando os governos hospedeiros mudam os termos do acordo inicial ou nacionalizam/expropriam um investimento⁶²⁶.

A primeira arbitragem de um investidor estrangeiro contra um país latino-americano no ICSID foi instaurada em 1996⁶²⁷, seis anos após os Estados desta região terem começado a negociar BITs com o resto do mundo. Desde 1996, o número de casos apresentados contra os países da América Latina tem crescido gradualmente principalmente no setor energético⁶²⁸, considerando este apenas como àqueles referentes a petróleo, gás e mineração.

Até junho de 2015, foram registradas 531 arbitragens no sistema do ICSID, incluindo o mecanismo adicional, sendo 170 destas disputas apenas contra os países latino-americanos⁶²⁹, o que representa 32,45% dos casos registrados, contando as disputas pendentes e concluídas. Este contingente significa que a América Latina possui a maior concentração de casos de arbitragens de tratados de investimentos, figurando como Estados-partes demandados por investidores estrangeiros. Só a Argentina possui mais de 50 arbitragens,

⁶²² BRUNET, Alexia; LENTINI, Juan Augustin. Arbitration of international oil, gas, and energy disputes in Latin America. *Northwestern Journal of International Law & Business*, [s.l.], v. 27, n. 03, spring, 2007, p. 601.

⁶²³ UNITED NATIONS CONFERENCE FOR TRADE AND DEVELOPMENT. **International investment agreements navigator**, Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em 22 Mar. 2015.

⁶²⁴ MARTIN, A., 2011, p. 339.

⁶²⁵ BRABANDERE Eric De. The settlement of investment disputes in the energy sector. In: BRABANDERE, Eric De; GAZZINI, Tarcisio (eds.). **Foreign Investment in the Energy Sector: balancing private and public interests**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 132.

⁶²⁶ MARTIN, A., op. cit., p. 335.

⁶²⁷ COMPAÑÍA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA, S.A. V. THE REPUBLIC OF COSTA RICA, 2000. Caso apresentado a partir de um contrato de concessão, não de um tratado de investimentos.

⁶²⁸ BRUNET; LENTINI, 2007, p. 609.

⁶²⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Cases**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>>. Acesso em 02 Jul. 2014.

aparecendo como o Estado mais demandado perante o ICSID, seguido pela Venezuela, com quase 40 arbitragens⁶³⁰.

Atualmente existem 42 disputas relacionadas à indústria do petróleo, gás e mineração contra países da América Latina, o que representam quase 25% do total de casos apresentados contra este bloco continental. Dos casos apresentados sobre o setor de petróleo, gás e mineração ao ICSID contra os Estados da América Latina, foram selecionados 8 casos, por tratarem de controvérsias apenas sobre petróleo e gás, e por apresentarem decisão arbitral de mérito⁶³¹.

Estes casos foram apresentados principalmente contra dois países, a Argentina e o Equador: *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5), *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/6), *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3), *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), *Sempra Energy International v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/16), e *Total S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/1).

3.4.1 Casos contra a Argentina

Entre os casos contra a Argentina referentes à indústria do petróleo e gás, foram publicadas decisões sobre mérito nos casos *Enron*, *CMS*, *LG&E* e *Sempra*, submetidos à

⁶³⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Investor-state dispute settlement: review of developments in 2014**, IIA Issue Note, n. 2, 15 July 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf>. Acesso em 15 Jul. 2015, p. 03.

⁶³¹ Os demais 33 casos não foram considerados por se tratarem de demandas sobre mineração, ou por terem sido descontinuadas ou suspensas pelas partes por período indeterminado antes de uma decisão arbitral de mérito, ou se tratam de casos iniciados a partir de cláusula arbitral constante de contrato ou mediante oferta unilateral disposta em lei, ou o tribunal não reconheceu jurisdição para ouvir o caso.

jurisdição do ICSID a partir do BIT EUA-Argentina de 1991, e no caso *Total*, iniciado a partir do BIT França-Argentina de 1991⁶³². Os casos argentinos são importantes, pois a diversidade e quantidade de controvérsias apresentadas contra este país permite lançar luz sobre o modo em que as disputas entre Estados e investidores transnacionais se desenvolvem na atualidade⁶³³.

Especificamente sobre os casos de petróleo e gás argentinos, José E. Alvarez e Kathryn Khamsi afirmam que estas disputas podem explicar o movimento contrário às arbitragens de investimentos que eclodiu em países de outras regiões:

They make more understandable why some states appear to be hesitating before committing themselves to more investment agreements or about undertaking further legal reforms to implement the rights of foreign investors contained in their existing agreements. They may also help to explain or at least put in context other signs of investment regime backlash, such as Bolivia's May 2007 notice to ICSID announcing its withdrawal from the ICSID Convention, Venezuela's own recent threats to limit ICSID jurisdiction, Ecuador's equally recent denunciation of nine of its own BITs and indication over oil, gas and mining investment disputes, as well as actions by the United States and Canada to limit the scope of investor rights in their future BITs and free trade agreements.⁶³⁴

Devido à crise econômica argentina de 2001, variados investidores estrangeiros apresentaram demandas contra este Estado diante das medidas emergenciais tomadas pelo seu governo. Com o colapso de seu modelo econômico, a Argentina declarou a moratória e gerou um débito no valor aproximado de 130 bilhões de dólares composto parcialmente por títulos constituídos em até 8 jurisdições diferentes⁶³⁵.

As medidas adotadas pelo governo argentino também tiveram impactos negativos sobre o interesse de investidores estrangeiros. Durante a crise, o Congresso argentino sancionou a Lei de Emergência Pública e Reforma do Regime Cambial – Lei nº 25.561, que declarou estado de emergência pública em matéria social, econômica, administrativa,

⁶³² Todos os casos em discussão passaram/estão passando por comitês *ad hoc* de anulação, instituídos nos termos do Artigo 52 da Convenção de Washington, mas *LG&E* não teve uma decisão de mérito durante o procedimento de anulação, pois as partes desistiram do procedimento, enquanto no caso *Total* o comitê *ad hoc* de anulação ainda não chegou a um veredito. Os casos *Enron* e *Sempra* tiveram os seus laudos originais anulados, e foram novamente submetidos à arbitragem. *CMS* não teve o seu laudo anulado, *Enron* aguarda decisão final deste novo procedimento, enquanto as partes de *Sempra* concordaram em descontinuar a disputa. Para a discussão, serão consideradas as afirmações tanto do tribunal original quanto do comitê *ad hoc* de anulação.

⁶³³ ALONSO, José Fernández. Controvérsias entre estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a república argentina. **Revista Tempo do Mundo**, Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, Set. 2014, p. 47.

⁶³⁴ ALVAREZ, José E; KHAMSI, Kathryn. The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime. In SAUVANT, Karl (ed) **The Yearbook on International Investment Law and Policy**. New York: Oxford University Press, 2009, p.385-386.

⁶³⁵ MINAVERRY, Cecilia María. International arbitration as a dispute resolution mechanism: The Argentine case in ICSID. 2013. Disponível em: <<http://www.becanestorkirchner.org>>. Acesso em: 04 Dez. 2014.

financeira e cambial, e delegou ao Poder Executivo nacional a faculdade para estabelecer uma nova política cambial e monetária. A lei retirou efeito das cláusulas de ajuste em dólar ou em outras moedas estrangeiras e as cláusulas de indexação baseadas em índices de preços de outros países, e qualquer outro mecanismo de indexação então em vigor.

Consequentemente, ocorreu a eliminação da equiparação entre o peso e o dólar, instituída anteriormente para atrair investidores estrangeiros, mas que acabou causando um considerável aumento de importações em detrimento de exportações, e a falência de empresas nacionais⁶³⁶.

Com a legislação emergencial, a taxa de câmbio, que antes igualava o dólar ao peso (a conversibilidade dólar-peso), foi modificada para que o dólar custasse 3 pesos, e como os contratos públicos eram negociados em pesos, muitos investidores estrangeiros sofreram perda da lucratividade de seus investimentos e iniciaram arbitragens contra o Estado argentino, alegando a ocorrência de expropriação indireta e violação ao tratamento justo e equitativo⁶³⁷.

46 disputas foram registradas contra a Argentina no ICSID. Destas demandas, 18 disputas ainda se encontram pendentes, aguardando o laudo final ou de seu primeiro procedimento, ou do procedimento de anulação, enquanto 28 foram concluídas, sendo 16 disputas resolvidas através de acordos ou pedido de descontinuação pelas partes⁶³⁸. Entre os diferentes laudos, há inclusive condenações ao Estado argentino de pagar até 300 milhões de dólares para investidores a título de indenização⁶³⁹.

A Procuradoria do Tesouro Nacional ficou encarregada de assumir a defesa da Argentina, responsável de supervisionar e executar as estratégias projetadas e propostas para defesa. A defesa se preocupou em afirmar o caráter não discriminatório das medidas questionadas pelos investidores e contextualizá-las na situação de estado de emergência econômico-social atravessada pelo país⁶⁴⁰.

Em sua defesa, a Argentina argumentou que não violou as obrigações dispostas nos BITs ratificados, pois não havia privado os proprietários do aproveitamento econômico de

⁶³⁶ ALONSO, 2014, p. 47.

⁶³⁷ MINAVERY, op. cit.

⁶³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Cases**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>>. Acesso em: 02 Jul. 2014.

⁶³⁹ INFOBAE. Argentina afronta demandas ante el CIADI por 65.000 millones de dólares. 2012. Disponível em: <http://www.infobae.com/2012/11/27/683551-argentina-afronta-demandas-el-ciadi-65000-millones-dolares>. Acesso em: 14 Dez. 2014.

⁶⁴⁰ ALONSO, 2014, p. 67.

seus investimentos, que não havia sido demonstrado nenhum dos critérios necessários para configurar uma expropriação indireta, porque os investidores continuam na gestão de seus investimentos e mantem o seu aproveitamento econômico⁶⁴¹.

Mais importante do que este argumento, é a defesa alternativa apresentada pela Argentina. Na eventualidade do tribunal considerar a ocorrência de uma expropriação ou qualquer outra violação aos BITs ratificados, deveria ser considerado que o Estado argentino se encontrava no decorrer de uma crise econômica que comprometia o acesso a serviços essenciais de seus cidadãos.

Deveria ser considerado que a Argentina estava em uma situação de estado de necessidade ou de emergência, estados reconhecidos inclusive no corpo de diferentes BITs firmados pela Argentina e também pelo direito internacional costumeiro. Devido a Lei de Emergência ter sido adotada neste contexto de crise, o estado de necessidade excluiria qualquer ilegalidade cometido pelo governo, e permitiria o não pagamento de compensações⁶⁴².

A defesa da Argentina argumentava o reconhecimento da crise econômica em dois estágios, primeiro alegando o estado de necessidade sob o direito internacional costumeiro, para então alegar a situação de emergência sob o tratado pelo o qual a causa era constituída. Sob o direito internacional costumeiro, a Argentina argumentou que a sua situação dizia respeito àquela constante do Artigo 25 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos (*Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*) da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI), que dispõe que:

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:
 - (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril, and
 - (b) does not seriously impair an essential interest of the State towards which the obligation exists, or of the international community as a whole;
2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:
 - (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

⁶⁴¹ CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPÚBLICA, ICSID Case n° ARB/01/8, **Award**. 12 May 2005. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 04 Mai. 2015, § 258-259, p.75-76.

⁶⁴² Ibidem, § 305-306, p. 88.

(b) the State has contributed to the situation of necessity⁶⁴³

De acordo com os requisitos apresentados pelo artigo 25 do Projeto de Artigos, o estado de necessidade pode ser arguido pelo Estado quando for a única forma para proteger um interesse essencial contra um perigo iminente e grave, quando a obrigação internacional que o Estado pretende descumprir não for um interesse essencial do outro Estado perante o qual foi constituída a obrigação, ou perante a sociedade internacional como um todo (não pode se tratar de uma regra de *jus cogens*, por exemplo).

O Artigo 25 também informa que esta defesa não pode ser utilizada quando a obrigação internacional excluir a possibilidade de invocar necessidade, ou quando for o próprio Estado que deu causa à situação.

Conforme os comentários ao projeto de artigo, a defesa do estado de necessidade deve ser apresentada sob condições bem delimitadas, que se preenchidas, podem evitar a responsabilização pelo descumprimento de obrigações criadas tanto pelo costume internacional quanto por tratados⁶⁴⁴.

A essencialidade do interesse a ser protegido pelo Estado que alega necessidade depende das circunstâncias do fato, e se estende aos interesses particulares dos seus cidadãos e da comunidade internacional como um todo. O perigo que ameaça este interesse deve ser grave iminente e concreto, não apenas estabelecido como um perigo possível⁶⁴⁵. A ação realizada deve ser a única disponível ao Estado, não sendo preenchido este requisito se houver outra medida disponível, ainda que mais custosa ou menos conveniente ao Estado⁶⁴⁶.

A Argentina também alegou que haveria uma situação de emergência sob os BITs EUA-Argentina e França-Argentina, pois conforme estes dois tratados:

Article XI – USA-Argentine BIT:

This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.⁶⁴⁷

Article 5(3) of the BIT France-Argentine:

Investors of either Contracting Party whose investments have suffered losses as a result of war or any other armed conflict, revolution, state of national emergency or uprising in the territory or maritime zone of the other Contracting Party shall be

⁶⁴³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries**. In: Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session. United Nations, 2008, p.79.

⁶⁴⁴ Ibidem, p.83.

⁶⁴⁵ Ibidem.

⁶⁴⁶ Ibidem.

⁶⁴⁷ CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPUBLIC, 2005. § 332, p.96.

accorded by the latter Party treatment which is no less favourable than that accorded to its own investors or to investors of the most-favoured nation.⁶⁴⁸

Para a Argentina, estes artigos tratam de *non-precluded measures clauses*, cláusulas destinadas a permitir que o Estado descumpra as garantias oferecidas a investidores sob um BIT em situações excepcionais, quando assim for necessário em questões de segurança pública, manutenção da ordem pública ou uma situação de saúde pública, e que se reconhecida, permite ao Estado agir em situações de crise sem haver violação ao BIT, pois tal cláusula prevaleceria sobre todo o restante do tratado⁶⁴⁹.

Todos os tribunais não reconheceram a ocorrência de uma expropriação indireta, em maioria a partir da declaração de que não foi identificada uma privação substancial do aproveitamento econômico e/ou dos direitos de administração dos investimentos de seus proprietários, se baseando apenas em uma abordagem dos efeitos das medidas adotadas pela Argentina, sem demais considerações sobre interesse público envolvido ou poder regulatório dos Estados.

No caso *CMS Gas Transmission vs Argentine*, o tribunal partiu dos precedentes estabelecidos nos casos *Metalclad*, *CME* e *Pope & Talbot* para discutir se ocorreu a privação substancial da propriedade, para então concluir que não houve expropriação indireta do investimento pois o investidor manteve o controle sobre as operações investimento e exercia administração constante:

The essential question is therefore to establish whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized. The standard that a number of tribunals have applied in recent cases where indirect expropriation has been contended is that of substantial deprivation. In the *Metalclad* case the tribunal held that this kind of expropriation relates to incidental interference with the use of property which has “the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonable-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state.” Similarly, the Iran – United States Claims Tribunals has held the deprivation must affect “fundamental rights of ownership”, a criteria reaffirmed in the *CME v. Czech Republic* case. The test of interference with present uses and prevention of the realization of a reasonable return on investments has also been discussed by the Respondent in this context.

Substantial deprivation was addressed in detail by the tribunal in the *Pope & Talbot* case. The Government of Argentina has convincingly argued that the list of issues to be taken into account for reaching a determination on substantial deprivation, as discussed in that case, is not present in the instant dispute. In fact, the Respondent has explained, the investor is in control of the investment; the Government does not

⁶⁴⁸ TOTAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC. ICSID Case No. ARB/04/1. **Decision on liability**. 27 Dec. 2010. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>>. Acesso em: 04 Mai. 2015, § 225, p. 103.

⁶⁴⁹ MARTINEZ, Elizabeth A., Understanding the debate over necessity: unanswered questions and future implications of annulments in the argentine gas cases. **Duke Journal of Comparative & International Law**, [s.l.], v. 23, 2012, p. 160.

manage the day-to-day operations of the company; and the investor has full ownership and control of the investment.

The Tribunal is persuaded that this is indeed the case in this dispute and hold therefore that the Government of Argentine has not breached the standard of protection laid down in Article IV (1) of the Treaty⁶⁵⁰.

Os tribunais dos casos *Enron* e *Sempra* também utilizaram o precedente do caso *Pope & Talbot* e chegaram à mesma conclusão⁶⁵¹.

O tribunal arbitral instituído para o caso *LG&E vs Argentine* manifestou pronunciamento diferente, afirmando que para estabelecer se uma medida corresponde a uma expropriação deve haver ponderação entre dois interesses antagônicos: o grau da interferência da medida sobre os direitos de propriedade, e o direito do Estado de adotar suas políticas⁶⁵².

Para tratar do grau de intervenção sobre os direitos do proprietário, a medida deve neutralizar os benefícios obtidos a partir da propriedade, privando o investidor do controle administrativo do investimento⁶⁵³, e com duração permanente dos efeitos⁶⁵⁴. O tribunal considerou que não houve perda de controle sobre o investimento pelo reclamante e que as medidas impostas não tiveram efeito permanente, pois logo após a crise o investimento recuperou o seu valor original⁶⁵⁵.

O tribunal do caso *Total* também foi diferente. A princípio a Argentina utilizou os fundamentos das decisões dos casos anteriores (*CMS*, *LG&E*, *Enron* e *Sempra*) para argumentar não ter ocorrido expropriação (em conjunto com demais argumentos de exercício de poder regulatório)⁶⁵⁶, chegando o tribunal ao mesmo resultado:

The Tribunal considers that Total has not shown that the negative economic negative impact of the Measures has been such as to deprive its investment of all or substantially all its value. Therefore the Tribunal rejects Total's claim of indirect expropriation in breach of Article 5(2) of the BIT. We note that this conclusion is

⁶⁵⁰ CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPUBLIC, 2005. § 262-264, p. 76-77.

⁶⁵¹ ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). **Award**. 22 May 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2015, § 245, p. 78; SEMpra ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/02/16. **Award**. 28 Sept. 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2015, § 284-285, p.83-84.

⁶⁵² LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., AND LG&E INTERNATIONAL, INC .V. ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/02/1. **Decision on liability**. 3 Oct. 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>>, Acesso em: 06 Maio 2015, § 189, p. 57.

⁶⁵³ LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., AND LG&E INTERNATIONAL, INC .V. ARGENTINE REPUBLIC, 2006, § 188, p. 57.

⁶⁵⁴ Ibidem, § 193, p. 58.

⁶⁵⁵ Ibidem, § 198-200, p. 60-61.

⁶⁵⁶ TOTAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2010, § 188, p. 83.

consistent with all of the previous arbitral precedents dealing with indirect expropriation claims brought by foreign investors in the utility sector under various BITs in respect of the same or similar measures of Argentina in 2001-2002. According to this uniform arbitral case law, Argentina's Measures have been considered to not give rise to an indirect expropriation under various BITs, in the absence of an effective deprivation of the value of the foreign investment in the above-mentioned meaning (i.e., total deprivation of the investment's value or total loss of control by the investor of its investment, both of a permanent nature).⁶⁵⁷

Ao responder à alegação do investidor de que o abandono da conversibilidade entre o peso e o dólar (“*pesificação*”) equivaleria a uma expropriação, o tribunal afirmou se tratar de uma regulação exercida de boa fé e justificada diante da situação de emergência do ano 2001. O tribunal realizou uma ponderação para observar se ocorreu violação ao padrão de tratamento justo e equitativo, considerando o interesse público pertinente ao caso, pois o serviço realizado pelo investidor é definido como um serviço público sob as leis argentinas, e portanto deveria ser avaliado também sob a ótica da proteção do consumidor:

In this respect the Tribunal considers that Argentina's emergency at the end of 2001, taking into account its political and social fall-out, justified Argentina's abandonment of the convertibility regime, including the pesification of tariffs. Leaving utilities tariffs in US dollars, while the rest of the economy had been dedollarized, would have lacked any reasonable basis and would have entailed a form of reverse discrimination or a privilege for the beneficiaries. This is particularly true taking into account that TGN's gas transportation activity is not an ordinary business operation but is qualified by law as a “national public service” (Article 1, Gas Law). The principle that the gas transportation and distribution activities are to be regulated so as to ensure that just and reasonable tariffs are applied (Article 2(d), Gas Law), which Total has specifically emphasized, cannot justify any one-sided interpretation in favour of public service providers. Rather, the Tribunal considers that a more balanced interpretation is called for, taking into account that consumer protection is one of the primary objectives of the Gas Law, which provides that the tariffs shall be just and reasonable for consumers and at the same time that ensure that utilities can earn a reasonable rate of return. Total suggests that while maintaining the tariffs in US dollars, an Extraordinary Review could have reduced the tariff to reflect the pesification of the local components of the costs. However, this would have transferred most of the impact of the peso devaluation to Argentina's consumers and only the gas tariffs would have remained in dollars, while the rest of the economy had been pesified⁶⁵⁸.

O teste de ponderação realizado por este tribunal levou em consideração a finalidade, natureza e objetivo da medida questionada, para avaliar se o ato era proporcional, razoável e não discriminatório, e que deveria ser julgado no contexto da crise econômica de 2001-2002⁶⁵⁹.

O tribunal reconheceu que a medida de “*pesificação*” foi imposta para outros setores econômicos e que os nacionais argentinos sofreram os mesmos efeitos, portanto não poderia

⁶⁵⁷ Ibidem, § 196, p. 88.

⁶⁵⁸ Ibidem, § 160, p. 70.

⁶⁵⁹ TOTAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2010, § 162, p. 71.

ser uma medida discriminatória⁶⁶⁰. Igualmente, declarou que a medida foi tomada de boa-fé diante o quadro econômico que o Estado argentino se encontrava⁶⁶¹, e que não poderia ser declarada injusta, pois não existia nenhuma promessa da Argentina em manter a conversibilidade dólar-peso⁶⁶². Após estas conclusões, o tribunal repetiu o resultado para a expropriação indireta⁶⁶³.

Ainda que os tribunais tenham declarado não ter ocorrido expropriações indiretas, foram reconhecidas violações a outros padrões de proteção, como o tratamento justo e equitativo⁶⁶⁴, o que gerou discussões quanto ao segundo argumento da Argentina: o estado de necessidade reconhecido pelo direito internacional costumeiro e os BITs relacionados às controvérsias.

As decisões dos tribunais originais e dos comitês de anulação destes casos foram divergentes, não havendo uniformidade quanto ao reconhecimento do argumento de estado de necessidade da Argentina. Para os tribunais originais, apenas *LG&E* afirmou a argentina se encontrar em um estado de necessidade, enquanto no procedimento de anulação os comitês *ad hoc* dos casos *Sempra* e *Enron* permitiram a anulação dos laudos originais por erro de direito. O comitê *ad hoc* de *CMS* não anulou o laudo, mas afirmou várias falhas do tribunal original por não ter devidamente averiguado a presença do estado de necessidade.

Dos casos surgidos a partir do BIT EUA-Argentina (*CMS*, *Enron*, *Sempra*, *LG&E*), todos os tribunais concordaram que o estado de necessidade faz parte do direito internacional costumeiro, como defesa contra a responsabilização pela violação de obrigações internacionais durante um período de crise⁶⁶⁵, e que não caberia à Argentina reconhecer unilateralmente o preenchimento dos critérios que justificam o estado de necessidade (não se tratava de uma *self judging clause*)⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ Ibidem, § 163, p. 71.

⁶⁶¹ Ibidem.

⁶⁶² Ibidem, § 164, p. 72.

⁶⁶³ Ibidem, § 197, p. 89.

⁶⁶⁴ *CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPUBLIC*, 2005. § 281, p.82; *ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC*, 2007, § 267-68, p.85; *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC*, 2007, § 303, p.88; *LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., AND LG&E INTERNATIONAL, INC. V. ARGENTINE REPUBLIC*, 2006, § 175, p. 246.

⁶⁶⁵ *CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 379, p.110; *ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 343, p.108; *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 392, p.115; *LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., AND LG&E INTERNATIONAL, INC. V. ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 261, p. 266.

⁶⁶⁶ *CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 373, p.108; *ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., §

Os tribunais *CMS*, *Enron*, *Sempra* afirmaram que a Argentina não preenchia todos os requerimentos para evitar responsabilização através do estado de necessidade. O tribunal *CMS* avaliou como diferentes o direito costumeiro representado pelo Artigo 25 do Projeto de Artigos e os requisitos do Artigo XI do BIT, e afirmou que sob o direito costumeiro, a Argentina possuía um forte interesse a ser protegido, porém não a ponto de evitar a responsabilização internacional, e que a gravidade e o perigo iminente apresentado pela crise não eram fortes o suficiente para justificar a não responsabilização do Estado argentino⁶⁶⁷.

Quanto ao requisito de viabilidade de outras opções de ação, o tribunal considerou que haveriam outras opções ao Estado argentino além das medidas adotadas⁶⁶⁸. Sobre o critério se a Argentina havia dado causa ao estado de necessidade, a decisão afirmou que uma sucessão de políticas econômicas ruins desde a década de 1980 contribuiu substantivamente para a crise de 2001, portanto a Argentina não poderia alegar estado de necessidade⁶⁶⁹.

Sob o Artigo XI, o tribunal reconheceu que o BIT EUA-Argentina visa claramente proteger investimentos durante situações que demandem medidas adversas pelo governo, e que uma severa crise econômica não pode ser igualada a uma situação de total colapso, pois ainda assim o tratado deve prevalecer sobre qualquer argumento de necessidade, a não ser que a situação de crise traga consequências catastróficas como a desintegração da própria sociedade e da ordem econômica nacional. Para os árbitros, entretanto, a crise da Argentina era severa mas não a ponto de resultar em um colapso completo da economia e da sociedade⁶⁷⁰.

Os tribunais dos casos *Enron* e *Sempra* também concluíram, sob o Artigo 25 do Projeto de Artigos, que a crise foi severa, mas não a ponto de ameaçar a própria existência e independência do Estado argentino⁶⁷¹. O tribunal *Enron* expressamente manifestou que enquanto era dever da Argentina prevenir o aprofundamento da crise, não havia provas de que a situação estava completamente fora de controle:

332, p.104; *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 385, p.113; *LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., AND LG&E INTERNATIONAL, INC. V. ARGENTINE REPUBLIC*, op. cit., § 212, p. 254.

⁶⁶⁷ *CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V THE ARGENTINE REPUBLIC*, 2005. § 319-322, p.93-94.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, § 324, p. 94.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, § 329, p. 95-96.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, § 355, p. 102.

⁶⁷¹ *ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC*, 2007, § 306, p.97; *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC*, 2007, § 303, p.103.

While the government had the duty to prevent the worsening of the situation and could not simply leave events to follow their own course, there is no convincing evidence that the events were out of control or had become unmanageable.⁶⁷²

Em *Enron*, o tribunal também considerou que haveria ações alternativas à crise econômica, e que o Estado argentino havia dado causa à crise⁶⁷³. O tribunal *Sempre* concordou com as conclusões dos casos *CMS* e *Enron* de que a crise não justificou o estado de necessidade e emergência, mas que poderia influenciar na definição da compensação devida⁶⁷⁴. Para este tribunal, o argumento de que a crise comprometia a existência e a independência do Estado Argentino não era convincente, e que as situações de ordem pública poderiam ser gerenciadas, como de fato foram:

Yet, the argument that such a situation compromised the very existence of the State and its independence, and thereby qualified as one involving an essential State interest, is not convincing. Questions of public order and social unrest could have been handled, as in fact they were, just as questions of political stabilization were handled under the constitutional arrangements in force.⁶⁷⁵

Igualmente, o tribunal não reconheceu a crise argentina como um perigo grave e iminente a ponto de ameaçar um interesse essencial, e que diante da divergência de opiniões entre governo e reclamantes, dificilmente poderia ser a Lei de Emergência adotada como a única medida disponível⁶⁷⁶.

Quanto ao tratado, o tribunal do caso *Sempre* considerou que como os requisitos para declarar emergência não estão bem definidos no Artigo XI, deveria buscar auxílio no Artigo 25 do Projeto de Artigos da CDI, e um dos requisitos seria a conduta governamental prejudicar interesse essencial de outros Estados contratantes. Como os sujeitos privados eram os principais beneficiários deste tipo de tratado, deveria ser levado em conta seus interesses, que seriam seriamente prejudicados se reconhecido o estado de necessidade⁶⁷⁷.

O tribunal *Enron* também afirmou que o Artigo XI não apresenta condições diferentes do Artigo 25, e como a Argentina não havia cumprido com os elementos constantes do direito internacional costumeiro, também não havia preenchidos os requisitos do Artigo XI⁶⁷⁸.

⁶⁷² ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC, op. cit, § 307, p.97.

⁶⁷³ Ibidem, § 308-312, p.98.

⁶⁷⁴ SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC, 2007, § 346, p.103.

⁶⁷⁵ Ibidem, § 348, p. 103.

⁶⁷⁶ Ibidem, § 349-350, p. 104.

⁶⁷⁷ SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC, 2007, § 391, p.115.

⁶⁷⁸ ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2007, § 339, p.106-107.

O tribunal *LG&E*, ao contrário, reconheceu que a crise econômica dos anos 2001 representou o grau mais alto de desordem pública e ameaçou interesses essenciais de segurança da Argentina⁶⁷⁹, motivo pelo o qual a Argentina não poderia ser responsabilizada por violações ao BIT por força do Artigo XI mas apenas no período entre 1º de dezembro de 2001 até 26 de abril de 2003⁶⁸⁰. O tribunal rejeitou que tal artigo se aplicaria apenas para situação de conflito armado e que a crise econômica argentina permitia o estado de necessidade:

The Tribunal rejects the notion that Article XI is only applicable in circumstances amounting to military action and war. Certainly, the conditions in Argentina in December 2001 called for immediate, decisive action to restore civil order and stop the economic decline. To conclude that such a severe economic crisis could not constitute an essential security interest is to diminish the havoc that the economy can wreak on the lives of an entire population and the ability of the Government to lead. When a State's economic foundation is under siege, the severity of the problem can equal that of any military invasion.⁶⁸¹

Ao tratar do estado de necessidade sob o Artigo 25 do Projeto de Artigos, o tribunal *LG&E* afirmou que os interesses argentinos ameaçados pela crise eram essenciais, pois diziam respeito a sua própria sobrevivência econômica, que não haviam provas de que a Argentina tinha contribuído para o surgimento da crise, e que as medidas econômicas adotadas eram as únicas disponíveis ao governo argentino⁶⁸².

No caso *Total S.A.*, apresentado sob o BIT França-Argentina, o tribunal também não favoreceu os argumentos do governo argentino. O tribunal considerou a defesa sob o direito costumeiro e sob o tratado em três situações diferentes. Na primeira, referente ao congelamento dos preços aplicados ao serviço de gás pela Argentina como medida para garantir o acesso deste serviço pelos consumidores, o tribunal afirmou que o governo argentino não comprovou que a segurança econômica dos usuários deste serviço ficaria em iminente e grave perigo se os preços tivessem sido modificados para acompanhar a crise, e nem foi comprovado que esta era a única medida disponível⁶⁸³. Consequentemente, a Argentina não preencheu os requisitos do estado de necessidade sob o direito internacional costumeiro⁶⁸⁴.

⁶⁷⁹ LG&E ENERGY CORP., LG&E CAPITAL CORP., AND LG&E INTERNATIONAL, INC .V. ARGENTINE REPUBLIC, 2006, § 231, p. 266.

⁶⁸⁰ Ibidem, § 229, p. 258.

⁶⁸¹ Ibidem, 2006, § 238, p. 260.

⁶⁸² Ibidem, § 257, p. 265.

⁶⁸³ TOTAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2010, § 223, p.102-103.

⁶⁸⁴ Ibidem, § 224, p. 103.

Sob o tratado, o tribunal afirmou que diferente do Artigo XI do BIT EUA-Argentina, não o Artigo 5 (3) do BIT França-Argentina não se trata de uma cláusula “*non precluded measures*”, pois visa unicamente garantir igualdade de tratamento entre os investidores nacionais e de nação mais favorecida e os investidores do outro Estado parte na ocorrência de conflitos armados, revolta ou qualquer outra perturbação civil⁶⁸⁵.

Conforme a decisão, o objetivo desta cláusula é garantir que na ocorrência de pagamentos de compensações a investidores nacionais ou de outro Estado, também deveria haver compensação aos investidores nacionais da França. Portanto, ainda que esta disposição fosse aplicada, ela teria efeito contrário ao pretendido pela Argentina, pois visa assegurar o pagamento de compensações⁶⁸⁶.

Na segunda situação, referente à imposição de preços baixos à geração de energia pelo investidor, o tribunal novamente afirmou que as medidas não eram necessárias para proteção de interesses de segurança energética da Argentina, e que causou inclusive efeito adverso, pois incentivou o consumo para além da capacidade de produção energética, criando apagões, assim como também a Argentina não comprovou que esta era a única medida disponível⁶⁸⁷.

Na terceira situação, referente aos investimentos da Total em exploração e produção de hidrocarbonetos, o tribunal afirmou que a revogação retroativa de isenção tributária sobre os poços de exploração e as interferências sobre os contratos de exportação de petróleo não eram necessários para proteger um interesse essencial de segurança da Argentina, não havendo a Argentina cumprido os requisitos constantes direito internacional costumeiro⁶⁸⁸.

Após a publicação do laudo arbitral, o Estado argentino apresentou pedido de anulação do laudo *Total S.A.* em abril de 2014, o procedimento ainda pendente⁶⁸⁹.

Os comitês *ad hoc* de anulação dos casos *CMS*, *Enron* e *Sempra*, por sua vez pronunciaram manifestações contrárias àquelas dos tribunais de origem, e também divergentes entre si.

O comitê *ad hoc* do caso *CMS* alegou erros de direito quanto à interpretação do tribunal de origem sobre a relação entre o Artigo 25 do Projeto de Artigos e o Artigo XI do

⁶⁸⁵ TOTAL S.A. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2010, § 229, p. 105.

⁶⁸⁶ *Ibidem*.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, § 345, p. 158.

⁶⁸⁸ *Ibidem*, § 483-484, p. 217-218.

⁶⁸⁹ *Idem*, 2010. (ICSID Case No. ARB/04/1). Case details. Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/1&tab=PRO>>. Acesso em 16 jul 2015.

BIT⁶⁹⁰. Afirmou que o tribunal deveria ter considerado primeiro os requisitos do Artigo XI, por ser uma regra primária substantiva que limita o âmbito de aplicação do tratado, e só depois de averiguado haver alguma conduta contrária ao BIT, poderia o tribunal observar a aplicação do Artigo 25, que é uma regra secundária sobre responsabilidade internacional⁶⁹¹. O Artigo XI deveria ser observado primeiro também por ser uma regra especial em relação ao direito costumeiro⁶⁹².

O comitê *ad hoc* igualmente afirmou que o tribunal fez uma interpretação errônea do Artigo XI, pois não averiguou se os requisitos deste item haviam sido devidamente preenchidos pela Argentina, que conseqüentemente foi considerada pelo tribunal como responsável por ter violado o BIT, entretanto o comitê reconheceu não poder agir como um órgão de apelação se não reveria o laudo⁶⁹³, dando a entender que haveria espaço para aplicação do Artigo XI, o que permitiria o reconhecimento de que a Argentina não violou o BIT.

Porém, apesar de todos estes erros, o comitê reconheceu não haver manifesto excesso de poderes pelo tribunal, pois apesar de erroneamente, ainda assim aplicou o Artigo XI do BIT⁶⁹⁴. O Comitê *ad hoc* anulou o laudo apenas no que diz respeito à aplicação da *umbrella clause* pelo tribunal, mas não quanto às considerações sobre o estado de necessidade da Argentina⁶⁹⁵.

Os comitês *ad hoc* dos casos *Enron* e *Sempra*, por sua vez, anularam as decisões originais que versam sobre o estado de necessidade da Argentina.

O comitê *ad hoc* de anulação *Sempra*, ao contrário do comitê *ad hoc* do caso *CMS*, reconheceu que ainda que um mero erro de direito não seja suficiente para anular uma decisão nos termos do Artigo 52 da Convenção do ICSID, em algumas circunstâncias um erro de direito pode ser grave o suficiente e representar um manifesto excesso de poder do tribunal, por ter este falhado em aplicar o direito correto⁶⁹⁶, e que os manifestos erros de direito do tribunal de origem eram sérios o suficiente para permitir a anulação do laudo⁶⁹⁷.

⁶⁹⁰ CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ARGENTINA, ICSID Case No. ARB/01/8. **Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of the argentine republic (english)**. 25 Sept. 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>>. Acesso em: 07 Maio 2015. § 131-132, p. 35.

⁶⁹¹ CMS GAS TRANSMISSION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ARGENTINA, 2007, § 134, p. 36.

⁶⁹² *Ibidem*.

⁶⁹³ *Ibidem*, § 135, p. 36.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, § 136, p. 36.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, § 159, p. 43.

⁶⁹⁶ SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID Case No. ARB/02/16. **Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award (English)**. 29 June 2010.

Para o comitê *ad hoc*, o Artigo XI do BIT e o Artigo 25 do Projeto de Artigos possuem conteúdos diferentes, e portanto o Artigo 25 não poderia ser usado como guia de interpretação dos termos constantes do Artigo XI⁶⁹⁸, realizando uma diferenciação entre os dois dispositivos semelhante ao comitê *ad hoc* de *CMS*. Por ter aplicado os requisitos do Artigo 25 em detrimento do Artigo XI, o tribunal falhou em aplicar o devido direito a controvérsia, o que constitui um excesso de poder nos termos da Convenção do ICSID:

The Tribunal has held, in effect, that the substantive criteria of Article XI simply cannot find application where rules of customary international law – as enunciated in the ILC Articles - do not lead to exoneration in case of wrongfulness, and that Article 25 “trumps” Article XI in providing the mandatory legal norm to be applied. Thus, the Tribunal adopted Article 25 of the ILC Articles as the primary law to be applied, rather than Article XI of the BIT, and in so doing made a fundamental error in identifying and applying the applicable law.

The Committee is therefore driven to the conclusion that the Tribunal has failed to conduct its review on the basis that the applicable legal norm is to be found in Article XI of the BIT, and that this failure constitutes an excess of powers within the meaning of the ICSID Convention.⁶⁹⁹

Devido ao manifesto excesso de poderes do tribunal em falhar ao aplicar o direito correto, o comitê *ad hoc Sempra* anulou integralmente o laudo do procedimento original⁷⁰⁰. Após a conclusão dos procedimentos, *Sempra* apresentou novamente o seu pleito à arbitragem em novembro de 2010⁷⁰¹, o qual foi descontinuado pelas partes em abril do corrente ano⁷⁰².

Já o comitê *ad hoc* de anulação do caso *Enron* considerou que as razões apresentadas pelo tribunal arbitral de origem não responderam a uma série de questões relevantes para a averiguação se haveria ou não outra forma de ação do Estado argentino além da “pesificação” dos contratos⁷⁰³.

Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2015, § 164, p. 29.

⁶⁹⁷ Ibidem, § 165, p. 30.

⁶⁹⁸ Ibidem, § 198-200, p. 42-43.

⁶⁹⁹ *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. THE ARGENTINE REPUBLIC*, 2010, § 208-209, p. 44.

⁷⁰⁰ Ibidem, § 223, p. 47.

⁷⁰¹ PETERSON, Luke Eric. **ICSID tribunals convened in Congo mining dispute, Serbian casino case, Tanzanian power plant dispute, and rematch between Sempra and Argentina**. Disponível em:

<<http://www.iareporter.com/articles/icsid-tribunals-convened-in-congo-mining-dispute-serbian-casino-case-tanzanian-power-plant-dispute-and-rematch-between-sempra-and-argentina>>. Acesso em 22 jan. 2015.

⁷⁰² *SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL V. ARGENTINE REPUBLIC* (ICSID Case No. ARB/02/16). **Case details**. Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/16&tab=PRD>>. Acesso em: 15 mai 2015.

⁷⁰³ *ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC*, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*). **Decision on the application for annulment of the argentine republic**. 30 July 2010. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0299.pdf>>. Acesso em: 07 Maio 2015, § 368, p. 151.

Para o comitê, o tribunal do procedimento original não considerou as diferentes interpretações existentes para o requerimento de ser “o único caminho” disposto pelo Artigo 25 (1) (a) do Projeto de Artigos, se deveria ser aplicado uma interpretação literal do dispositivo ou se deveria ser interpretado no sentido de ser escolhida a medida menos gravosa ou a única disponível que não viole o direito internacional⁷⁰⁴.

Os árbitros originais também não consideraram se medidas alternativas seriam tão eficazes quanto às medidas tomadas pela Argentina⁷⁰⁵, assim como também não discutiram a quem cabia o direito de escolha das alternativas e como deveria a escolha ser feita⁷⁰⁶.

De acordo com o comitê, o tribunal deveria ter considerado o requisito do “único caminho disponível” através de uma perspectiva jurídica, entretanto, o tribunal original avaliou essas questões a partir do relatório de um economista apresentado pelo reclamante:

On no view could Professor Edwards be said to have expressed an expert opinion on these questions. Professor Edwards is an economist and not a lawyer, and his report does not purport to address the principle of necessity under customary international law or the interpretation of Article 25 of the ILC Articles. When Professor Edwards states that Argentina had other options for dealing with the economic crisis, he so states as an economist, and does not suggest that these other options would have amounted to relevant alternatives for purposes of the “only way” requirement of Article 25 of the ILC Articles.⁷⁰⁷

O laudo de anulação estabelece que por ter o tribunal partido de conclusões econômicas e não jurídicas, não houve de fato aplicação do direito internacional costumeiro representado pelo Artigo 25 do Projeto de Artigos, o que constitui falha em utilizar o direito aplicável ao caso, fundamento para anulação nos termos do Artigo 52 (1) (b) da Convenção de Washington⁷⁰⁸.

E ainda que o tribunal tenha se dado por satisfeito ao declarar o não cumprimento do requisito do “único caminho disponível”, o comitê considerou que o tribunal não especificou em suas razões como ou por que motivo o tribunal chegou a esta conclusão⁷⁰⁹, assim como falhou ao explicar as razões sobre que interesses essenciais seriam prejudicados pelas medidas adotadas pela Argentina, requisito este disposto no Artigo 25 (1) (b) do Projeto de Artigos⁷¹⁰.

⁷⁰⁴ Ibidem, § 370, p. 151.

⁷⁰⁵ ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2010, § 371, p. 152.

⁷⁰⁶ Ibidem, § 372, p. 153.

⁷⁰⁷ Ibidem, § 374, p. 153.

⁷⁰⁸ Ibidem, § 377, p. 154.

⁷⁰⁹ Ibidem, § 378, p. 154.

⁷¹⁰ Ibidem, § 384, p. 156.

Quanto ao requisito do Artigo 25 (2) (b) de que o Estado não pode ter dado causa ao Estado de necessidade, também afirmou o comitê ter o tribunal interpretado erroneamente. Para o comitê, tal disposição possui também variadas interpretações, o que não foi devidamente considerado pelos árbitros originais⁷¹¹, e novamente, a percepção de que o Estado argentino deu causa à crise econômica a partir de uma série de políticas desencontradas foi fundamentada em parecer de um economista apresentado pelas partes, e não a partir um exame jurídico do estado de necessidade⁷¹².

Portanto, para o comitê *ad hoc Enron*, o tribunal não aplicou o direito internacional costumeiro, representado pelo Artigo 25 (2) do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional da ONU, mas sim uma análise econômica. Por este motivo, foi declarado haver falha na aplicação do devido direito à controvérsia, base para anulação do laudo de acordo com o Artigo 52 (1) (b) da Convenção de Washington:

The Committee finds that in reaching that conclusion, the Tribunal did not in fact apply Article 25(2)(b) of the ILC Articles (or more precisely, customary international law as reflected in that provision), but instead applied an expert opinion on an economic issue. While an economist might regard a State's economic policies as misguided, and might conclude that such policies led to or amplified the effects of an economic crisis, that would not of itself necessarily mean that as a matter of law, the State had "contributed to the situation of necessity" such as to preclude reliance on the principle of necessity under customary international law. The Tribunal's process of reasoning should have been as follows. First, the Tribunal should have found the relevant facts based on all of the evidence before it, including the Edwards Report. Secondly, the Tribunal should have applied the legal elements of the Article 25(2) (b) to the facts as found (having if necessary made legal findings as to what those legal elements are). Thirdly, in the light of the first two steps, the Tribunal should have concluded whether or not Argentina had "contributed to the situation of necessity" within the meaning of Article 25(2) (b). For the Tribunal to leap from the first step to the third without undertaking the second amounts in the Committee's view to a failure to apply the applicable law. This constitutes a ground of annulment under Article 52(1) (b) of the ICSID Convention.⁷¹³

O comitê não discutiu distinção entre a natureza do Artigo 25 do Projeto de Artigos e o Artigo XI do BIT EUA-Argentina por considerar que isto não seria sua função, mas como o comitê afirmou ter o tribunal não aplicado o devido direito à controvérsia, por não ter devidamente discutido os requisitos do Artigo 25, e por ter o tribunal interpretado o Artigo XI a partir de considerações econômicas do Artigo 25, a interpretação da disposição convencional também seria nula⁷¹⁴.

⁷¹¹ Ibidem, § 387, p. 156.

⁷¹² ENRON CORPORATION AND PONDEROSA ASSETS, L.P. V. ARGENTINE REPUBLIC, 2010, § 391, p. 158.

⁷¹³ Ibidem, § 393, p. 158-159.

⁷¹⁴ Ibidem, § 405, p. 162.

Após anulação do laudo, o caso foi novamente apresentado à arbitragem perante o ICSID em outubro de 2010, mas se encontra suspenso devido acordo entre as partes desde janeiro de 2014⁷¹⁵.

3.4.2 Casos contra o Equador

Devem ser considerados três casos com decisão de mérito contra o Equador: os casos *Perenco*, *Burlington* e *Occidental*. Os casos *Perenco* e *Burlington* ocorreram após reforma da Lei de Hidrocarbonetos em 2006,⁷¹⁶ a Lei 42, que modificou a legislação vigente para determinar o repasse ao Equador de 50% do lucro extra obtido pela venda de barris de petróleo pelas empresas com contrato de partilha de produção com a empresa pública equatoriana Petroecuador, quando este lucro for acima da média dos meses anteriores, como forma de manter o equilíbrio econômico dos contratos e repassar parte da renda extra obtida com a venda de barris de petróleo devido ao crescimento do valor desta *commodity* em meados de 2002⁷¹⁷.

A medida adotada pelo Equador é conhecida como *windfall tax profits*, um tributo aplicado sobre o lucro excessivo e imprevisto de um empreendimento quando este é transferido pelo Estado ao setor privado - seja mediante transferência de propriedade ou em regime de concessão - por um preço bem abaixo da rentabilidade final do investimento, pretendendo garantir algum retorno econômico não alcançado pelo Estado no decorrer de sua privatização ou concessão⁷¹⁸.

Windfall tax são medidas comumente utilizadas por vários países em diferentes setores econômicos, já tendo sido adotada pelos Estados Unidos da América e pelo Reino Unido no

⁷¹⁵ Idem. **Case details**. Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/01/3&tab=PRO>>. Acesso em: 15 Maio 2015.

⁷¹⁶ ECUADOR. **Ley 2006-42 reformatoria a la ley de hidrocarburos**. Registro Oficial N° 257. Disponível em: <http://app.sni.gob.ec/sni-link/sni/%23recycle/CAITISA/Quinta%20Entrega%20CAITISA/CAJA_03/03_09/024015.pdf>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

⁷¹⁷ PERENCO ECUADOR LTD. V. THE REPUBLIC OF ECUADOR AND EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR), ICSID Case No. ARB/08/6. **Decision on remaining issues of jurisdiction and on liability**. 12 Sept. 2014. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf>>. Acesso em: 06 Jun. 2015. § 93-97, p.24-26.

⁷¹⁸ CHENNELLS, Lucy. The Windfall Tax. **Fiscal Studies**., [s.l.], v. 18, n. 3, 1997, p.282.

setor energético⁷¹⁹. No caso do Equador, se pretendeu restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de partilha de produção após um aumento imprevisto do preço do barril de petróleo, que chegou a alcançar US\$ 70.00 (setenta dólares) durante a década de 2000⁷²⁰.

Após o Tribunal Constitucional do Equador declarar a constitucionalidade da reforma da lei de hidrocarbonetos, por não ter a lei violado os princípios da anterioridade e irretroatividade⁷²¹, o governo equatoriano adotou em 2007 nova reforma alterando o percentual de 50% do valor dos repasses para 99%⁷²².

No decorrer de diferentes negociações com o governo, foi apresentada uma proposta alternativa composta pela aplicação de um imposto de 70% sobre a produção e um preço de referência, fixado através de negociação com cada empresa que concordar em alterar seus contratos de partilha de produção por contratos de prestação de serviços, válidos a partir de 2008. Porém as negociações dos novos contratos não foram bem sucedidas⁷²³, e em decorrência, os valores de 50% e 99% foram cobrados pelo governo, inclusive através de atos coercitivos⁷²⁴.

O ocorrido gerou várias consequências para as empresas, em 2009 a empresa Perenco abandonou suas atividades, o que levou ao governo equatoriano tomar posse dos blocos de operação e das plataformas de exploração petrolífera⁷²⁵, enquanto outras empresas sofreram queda em sua lucratividade.

Diante destes fatos, os investidores estrangeiros que apresentaram demandas contra o Equador perante o ICSID afirmam terem os seus investimentos expropriados direta e indiretamente, através de atos de constrição e mediante tributação excessiva, assim como não houve um tratamento justo e equitativo. O caso *Burlington* foi apresentado a partir do BIT Estados Unidos da América-Ecuador de 1993, enquanto *Perenco* ocorreu a partir do BIT França-Ecuador de 1994.

⁷¹⁹ THE WALL STREET JOURNAL. **What is a 'windfall' profit?**. Review & Outlook. Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/SB121780636275808495>>. Acesso em: 01 de Jun. 2015.

⁷²⁰ THE ECONOMIST. **If it ain't broke...**. The Americas view. Ecuador's oil industry. 29 Nov. 2010. Disponível em: <http://www.economist.com/blogs/americasview/2010/11/ecuadors_oil_industry>. Acesso em 01 Jun. 2015.

⁷²¹ PERENCO ECUADOR LTD. V. THE REPUBLIC OF ECUADOR AND EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR), 2014, § 103, p. 28.

⁷²² Ibidem, § 109, p. 30.

⁷²³ Ibidem, § 116, p. 32.

⁷²⁴ Ibidem, § 192, p. 55.

⁷²⁵ Ibidem, § 211, p. 60.

Em *Perenco vs Ecuador*⁷²⁶, o investidor afirmou que a execução da Lei 42, a posterior tomada de propriedade e a rescisão do contrato pelo governo equatoriano representaram violações ao Artigo 6 do BIT França-Ecuador⁷²⁷, pois o privaram substancialmente de seus direitos de proprietário.

Para o reclamante, o Equador não cumpriu os requisitos do Artigo 6, de apresentar uma finalidade pública que justificasse os seus atos, e nem pagou ou ofereceu compensação pela expropriação⁷²⁸. O Equador respondeu que a Lei 42 e os atos de execução desta lei foram todos exercidos em *bona fide*, representam legítimo exercício de *police powers* e não representam expropriação para o direito internacional.

Afirmou o Estado reclamado que tribunais internacionais já haviam reconhecido que medidas de tributação correspondem a um dos mais importantes atributos da soberania, e são permitidos pelo direito internacional sem criar um dever de indenizar. Para o Equador, a presunção de validade e legitimidade de um ato regulatório não é fácil de desconstituir pois os Estados têm ampla discricção quanto ao exercício de suas funções regulatórias sob o direito doméstico, e o reclamante não havia comprovado que a Lei 42 tenha sido discriminatória, arbitrária e abusiva em seus propósitos ou envolvia negação de devido processo legal⁷²⁹.

⁷²⁶ A controvérsia ainda se encontra pendente, pois após a sentença de mérito, ainda se encontra em fase de elaboração da decisão sobre o quantum indenizatório e custas. Idem, **Case details**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/08/6&tab=PRO>>. Acesso em: 06 Jun. 2015.

⁷²⁷ Article 6

1. The Contracting Parties shall not take any expropriation or nationalization measures or any other measures which would cause nationals and companies of the other Party to be dispossessed, directly or indirectly, of their investments (measures hereinafter referred to as ‘expropriation measures’) except for reasons of public necessity and on condition that such measures are not discriminatory or contrary to a specific undertaking made in accordance with the laws of the Contracting Party between those nationals or companies and the host State. The legality of the expropriation shall be verifiable through regular judicial procedure.

Any expropriation measures taken shall give rise to the payment of fair and adequate compensation equivalent to the real value of the investments in question and assessed on the basis of a normal economic situation prior to any threat of dispossession. Such compensation, its amount and methods of payment shall be determined not later than the date of expropriation. The compensation shall be effectively realizable, paid without delay and freely transferable. It shall yield, up to the date of payment, interest calculated on the basis of the market interest rate.

⁷²⁸ PERENCO ECUADOR LTD. V. THE REPUBLIC OF ECUADOR AND EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR), 2014, § 256, p. 73.

⁷²⁹ “First, Ecuador submitted that Law 42, the coactiva process, Ecuador’s temporary take-over of the Blocks and caducidad were all bona fide and legitimate exercises of Ecuador’s police powers and did not constitute an expropriation under international law. Ecuador contended that, in this regard, international tribunals have consistently held that taxation measures, being one of the most important attributes of sovereignty, are permitted under international law without creating a duty to compensate. The presumption of validity or legitimacy of a State’s regulatory interference was not easy to overturn and States had a wide discretion in the exercise of their regulatory functions under domestic law. Citing *Paushok v. Mongolia*, Ecuador submitted that Perenco could only succeed if it proved that ‘Law 42 was discriminatory, arbitrary in its incidence, abusive in its purpose or involved denial of due process.’” Ibidem, § 261, p. 74-75.

O tribunal declarou que a reforma da Lei 42 deveria ser tratada como uma emenda tributária, pois dizia respeito ao pagamento compulsivo ao Estado de acordo com uma fórmula específica⁷³⁰, mas que não se tratava de uma medida expropriatória.

Para chegar a esta conclusão, o foi considerado unicamente os efeitos econômicos da Lei 42 sobre o investimento, sem discutir exercício de regulatórios ou *police powers* pelo Estado equatoriano. O tribunal partiu de premissas discutidas nos casos *Tecmed* e *CME*⁷³¹ para afirmar que a modificação da Lei de Hidrocarbonetos para cobrar 50% e 99% sobre o lucro extra não privou substancialmente o reclamante de seus direitos de gerenciamento e controle sobre o investimento, ainda que tenha havido violação a obrigação de oferecer tratamento justo e equitativo:

Using the standards employed in prior cases, it is plain that Law 42 at 50% did not substantially deprive the Claimant of its investment, or effectively neutralize the benefit of the investment or rights related thereto, nor did it render Perenco's activities as marginal or unprofitable as to effectively deprive them of their character as investments. Reference to, for example, the Consortium's tax returns for 2006 and its Oso Development Plan, discussed previously, demonstrates this clearly⁷³².

Having regard to the strict tests posited by the foregoing cases, the Tribunal considers that although Decree 662 breached the fair and equitable treatment standard, it did not amount to an indirect expropriation. It came close to, but did not cross the line.

Second, throughout the period following the application of Decree 662 and until the suspension of operations in July 2009, Perenco continued to operate the fields and either paid Law 42 dues at 99% (until it submitted the claim to ICSID arbitration following the President's suspension of the negotiations in April 2008) or thereafter deposited the disputed amounts into a bank account located outside of Ecuador. Even after the arbitration started in earnest, Perenco stated its willingness to comply with the Tribunal's suggestion that the Parties agree an escrow account arrangement such that future payments of the disputed sums could be set aside pending a decision from the Tribunal on the merits. Thus, the financial burden of paying 99% of the revenues above the reference price, while disadvantageous to Perenco, did not bring its operation to a halt or, to revert to the tests previously cited, effectively neutralize the investment or render it as if it had ceased to exist⁷³³.

Entretanto, a decisão afirma que a rescisão pelo Equador do contrato com o investidor foi uma violação ao Artigo 6º, pois pela lei equatoriana o governo não era obrigado a rescindir o contrato, mas assim preferiu fazer, e que o fez ainda na pendência do procedimento arbitral enquanto se discutia demais violações ao BIT França-Ecuador⁷³⁴.

⁷³⁰ Ibidem, § 378, p. 115.

⁷³¹ Ibidem, § 672, p. 216.

⁷³² PERENCO ECUADOR LTD. V. THE REPUBLIC OF ECUADOR AND EMPRESA ESTATAL PETRÓLEOS DEL ECUADOR (PETROECUADOR), 2014, § 674, p. 217.

⁷³³ Ibidem, § 684-685, p. 221-222.

⁷³⁴ Ibidem, § 708, p. 230.

O caso *Burlington vs. Ecuador*⁷³⁵ teve decisão de mérito publicada em 2012, antes do caso *Perenco*, e apresentou uma abordagem diferente pois manifestou a necessidade de observar outros critérios além do dano causado ao investidor. O tribunal decidiu considerar cada medida individualmente para avaliar se houve uma expropriação, para depois considerá-las em conjunto, para identificar se houve uma *creeping expropriation*⁷³⁶.

Os argumentos de ambas as partes foram semelhantes ao do caso *Perenco*. Ecuador alegou igualmente exercício legítimo e de *bona fide* de seu poder regulatório, apresentando como referência os casos *Saluka*, e *Tecmed*, entre outros⁷³⁷, e que a medida foi apropriada e necessária diante as circunstâncias do fato, por decorrência do aumento imprevisto do preço do barril de petróleo⁷³⁸.

O tribunal reconheceu que tributação é um elemento inerente ao exercício de poderes regulatórios, mas há limites dispostos no direito internacional costumeiro que devem ser obedecidos para que a expropriação seja caracterizada como um ato legal, quais sejam, não pode a tributação ser confiscatória e nem pode ser discriminatória⁷³⁹, e para que o ato não seja confiscatório, devem ser observados os seus efeitos, conforme realizado por uma série de outros tribunais:

The most important factor to distinguish permissible from confiscatory taxation is the effect of the tax. The effects required for a tax to be deemed confiscatory do not appear to be different from those required to assess the existence of an indirect expropriation. In other words, confiscatory taxation constitutes an expropriation without compensation and is unlawful. [...]

When assessing the evidence of an expropriation, international tribunals have generally applied the sole effects test and focused on substantial deprivation. By way of example, one may cite *Pope & Talbot v. Canada*, where the tribunal stated that 'under international law, expropriation requires a 'substantial deprivation'', or *Occidental v. Ecuador*, where in relation to tax measures, the tribunal referred to the same "criterion of 'substantial deprivation' under international law [...]. In *Archer Daniels v. Mexico*, the tribunal noted that "expropriation occurs if the interference is substantial."⁷⁴⁰

⁷³⁵ Após laudo sobre o mérito, o caso se encontra pendente diante realização de procedimentos para determinação do quantum indenizatório. BURLINGTON RESOURCES INC. V. REPUBLIC OF ECUADOR, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*). **Case details**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/08/5>>. Acesso em: 07 Jun. 2015.

⁷³⁶ *Idem*, **Decision on liability**. 14 Dec. 2012. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf>. Acesso em: 07 Jun. 2015, § 348, p. 117.

⁷³⁷ BURLINGTON RESOURCES INC. V. REPUBLIC OF ECUADOR, 2012, § 374, p. 126.

⁷³⁸ *Ibidem*, § 377, p. 127.

⁷³⁹ *Ibidem*, § 391-393, p. 132-133.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, § 395-397, p. 133-134.

Entretanto o tribunal também afirmou que há outras questões a serem realizadas após avaliação dos efeitos da medida, como a finalidade do Estado, o caráter discriminatório do imposto e o peso das cláusulas de estabilização dos contratos, ainda que com peso menor do que os efeitos da medida:

In addition to the impact of the tax, the State's intent is another factor that tribunals sometimes consider to draw the line between permissible and confiscatory taxation. Therefore, a finding that a State measure is designed to 'depriv[e]' the investor of its property or to cause it to 'abandon [...] or sell it at a distress price' would tend to support a finding of expropriation. However, it is clear that the intent plays a secondary role relative to the effects test...

Under general international law, a tax is illegal not only if it is confiscatory but also if it is discriminatory. This does not mean, however, that a discriminatory tax amounts per se to an expropriation. To reach the level of an expropriation, the discriminatory tax must still meet the test of substantial deprivation discussed above [...] ⁷⁴¹.

O tribunal concluiu que os repasses a 50% e a 99% sobre o lucro extra não causaram uma privação substancial sobre o aproveitamento econômico do investimento ⁷⁴², e que o objetivo da medida não era forçar a empresa a abandonar o seu investimento, como argumentou o investidor, mas sim replicar nos contratos o mecanismo de absorção da alta do valor do petróleo ⁷⁴³.

Sobre as medidas de execução realizadas pelo não pagamento dos percentuais do lucro extra, o tribunal afirmou que deveria averiguar se houve privação substancial do valor do investimento, se os efeitos foram permanentes, e se houve justificação perante a doutrina do “*police powers*” ⁷⁴⁴, e declarou que por não ter ocorrido uma privação substancial do investimento ⁷⁴⁵, não haveria necessidade de observar se os efeitos foram permanentes ⁷⁴⁶ e nem se houve observância da doutrina do “*police powers*” ⁷⁴⁷.

Apesar de não ter encontrado expropriação indireta, o tribunal identificou uma expropriação direta pelo Equador ter se apropriado fisicamente das instalações após a Burlington ter cessado suas atividades ⁷⁴⁸.

No caso *Occidental vs Ecuador* ⁷⁴⁹, o reclamante era parte de um contrato de participação com o Equador para a exploração de petróleo na região da Amazônia equatoriana

⁷⁴¹ BURLINGTON RESOURCES INC. V. REPUBLIC OF ECUADOR, 2012, § 401-402, p. 135.

⁷⁴² Ibidem, § 430, p. 144; § 456, p. 153.

⁷⁴³ Ibidem, § 432, p. 145; § 456, p. 153.

⁷⁴⁴ Ibidem, § 473, p. 158.

⁷⁴⁵ Ibidem, § 478, p. 160.

⁷⁴⁶ Ibidem, § 483, p. 161.

⁷⁴⁷ Ibidem, § 485, p. 162.

⁷⁴⁸ Ibidem, § 545, p. 181.

quando transferiu 40% de suas atividades para a empresa canadense *Alberta Energy Corporation* (AEC) mediante contrato de *farmout*, entretanto o governo do Equador considerou a transferência ilegal por ter ocorrido sem autorização do governo equatoriano, e rescindiu seu contrato com a empresa⁷⁵⁰. Após a rescisão contratual, o governo do Equador, através de seus oficiais, tomou posse de toda a propriedade da empresa, incluindo o seu maquinário e poços de exploração⁷⁵¹.

O investidor alegou que o Equador rescindiu o contrato sem justa causa, contrariando tanto o contrato de participação, a Lei de Hidrocarbonetos do Equador e o BIT EUA-Ecuador, pois agiu de forma injusta, arbitrária e desproporcional⁷⁵².

O tribunal reconheceu que a transferência de 40% da propriedade do investimento sob o contrato de participação para a AEC mediante *farmout* violou dispositivos da Lei de Hidrocarbonetos do Equador e disposições do contrato de participação que repetiam disposições da Lei, que exigia a autorização de autoridades governamentais para realizar a transferência⁷⁵³.

O investidor também alegou que a penalidade de rescisão do contrato, por não ter obtido autorização governamental, foi desproporcional e contrária ao BIT. A partir destas alegações, o tribunal se debruçou sobre a proporcionalidade da pena aplicada pelo reclamado para averiguar se as medidas violaram o direito internacional.

Para esta decisão foi utilizado uma abordagem comparada, sob afirmação de que princípio de proporcionalidade é observado por diferentes instituições de direito internacional, como o órgão de solução de controvérsias da OMC⁷⁵⁴, e que também se encontra bem estabelecido em uma série de leis de países europeus, através das quais se exige que uma medida administrativa não pode ser mais drástica do que o necessário para alcançar o fim desejado:

⁷⁴⁹ O laudo não é final. Foi constituído comitê *ad hoc* de anulação porém se encontra pendente, conforme disposto em OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION AND OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ECUADOR, ICSID Case No. ARB/06/11. **Case detail**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/11>>. Acesso em: 07 Jun. 2015.

⁷⁵⁰ OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION AND OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ECUADOR, ICSID Case No. ARB/06/11, **Award**. 5 Oct. 2012. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>>. Acesso em: 07 Jun. 2015, § 177, p. 62.

⁷⁵¹ *Ibidem*, § 200, p. 68.

⁷⁵² *Ibidem*, § 201, p. 68-69.

⁷⁵³ *Ibidem*, § 305-307, p. 112-114.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, § 402, p. 155.

It is very well-established law in a number of European countries that there is a principle of proportionality which requires that administrative measures must not be any more drastic than is necessary for achieving the desired end the European Court of Justice in Luxembourg, and by the European Court of Human Rights in Strasbourg⁷⁵⁵.

O tribunal notou o crescente número de arbitragens do ICSID que afirmam que o princípio da proporcionalidade deve ser observado em casos de potenciais violações a tratados de investimentos, mencionando os casos *MTD vs Chile*, *LG&E vs Argentine*, *Tecmed vs Mexico* e *Azurix vs Argentine*⁷⁵⁶.

Para o tribunal, deve haver proporcionalidade entre a violação e suas consequências, princípio que também se encontra no direito constitucional equatoriano. Em casos que o Estado aplique uma pena severa, deve ser demonstrado que um dano suficientemente sério foi causado, e/ou que ocorrera uma violação flagrante ou constante ao contrato, para justificar a pena imposta ou garantir maior proteção ao direito violado:

The argument is not that the State must prove harm, but that any penalty the State chooses to impose must bear a proportionate relationship to the violation which is being addressed and its consequences. This is neither more nor less than what is encapsulated in the Respondent's own constitutional rules about proportionality. In cases where the administration wishes to impose a severe penalty, then it appears to the Tribunal that the State must be able to demonstrate (i) that sufficiently serious harm was caused by the offender; and/or (ii) that there had been a flagrant or persistent breach of the relevant contract/law, sufficient to warrant the sanction imposed; and/or (iii) that for reasons of deterrence and good governance it is appropriate that a significant penalty be imposed, even though the harm suffered in the particular instance may not have been serious. [...] The potential for harm, and the need to deter others from acting in the same way, justifies the imposition of a penalty even though no identifiable harm was caused in the particular instance.⁷⁵⁷

O presente tribunal concluiu que havia alternativas à atuação do Equador, afirmando haver possibilidade de uma medida alternativa à punição de rescisão contratual pelo fato do Equador ter apresentado uma *counter-claim* contra o investidor, em que exige indenização pelo descumprimento do contrato. Igualmente, o tribunal avaliou que o Equador poderia ter negociado uma solução para o caso que atendesse a todos os interesses⁷⁵⁸.

Desta forma, o tribunal concluiu que o investidor sofreu um preço desproporcional a sua conduta:

The Tribunal does not necessarily disagree with the reasoning that the Respondent could justifiably have wished to re-emphasize the importance of adherence to its regulatory regime. But the overriding principle of proportionality requires that any

⁷⁵⁵ Ibidem, § 403, p. 155.

⁷⁵⁶ Ibidem, § 404, p. 155.

⁷⁵⁷ OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION AND OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ECUADOR, 2012, §. 416, p. 162.

⁷⁵⁸ Ibidem, § 431, p. 169.

such administrative goal must be balanced against the Claimants' own interests and against the true nature and effect of the conduct being censured. The Tribunal finds that the price paid by the Claimants – total loss of an investment worth many hundreds of millions of dollars – was out of proportion to the wrongdoing alleged against OEPC, and similarly out of proportion to the importance and effectiveness of the “deterrence message” which the Respondent might have wished to send to the wider oil and gas community.⁷⁵⁹

O Tribunal realizou o teste de proporcionalidade ao averiguar se houve violação a obrigação de oferecer tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*), porém, utilizou o resultado desta averiguação para declarar ter ocorrido também uma expropriação indireta⁷⁶⁰. O Equador foi condenado a pagar U\$ 1.769.625.000,00 (um bilhão e setecentos e sessenta e nove milhões e 625 mil dólares) de indenização a Occidental, maior valor indenizatório determinado por um tribunal constituído sob a Convenção de Washington⁷⁶¹.

3.5 Governança global e as arbitragens de tratado de investimentos: divergências quanto aos padrões a serem aplicados

Dos casos da indústria do petróleo latino americanos sobre a expropriação indireta, podemos observar como as arbitragens de tratados de investimentos exercem a função de governança global.

A princípio, estas arbitragens todas trataram de interesses que vão além da esfera privada, pois dizem respeito a assuntos de relevante interesse público, como a capacidade do Estado em atuar para o controle e resolução de crises econômicas, concessão de serviços públicos, matriz energética e até questões tributárias.

Devido à amplitude dos interesses em questão, estas arbitragens possuem efeitos não apenas sobre os sujeitos partes na disputa, mas podem influenciar a própria condução da política interna, e conseqüentemente acabam causando impactos sobre a vida de indivíduos

⁷⁵⁹ Ibidem, § 450, p. 181.

⁷⁶⁰ OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION AND OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. THE REPUBLIC OF ECUADOR, 2012, § 450, p. 183-184.

⁷⁶¹ BENTO, Lucas; CHENG, tai-heng. ICSID's largest award in history: an overview of Occidental Petroleum corporation v the Republic of Ecuador. **Kluwer Arbitration Blog**. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>>. Acesso em 13 Jun. 2015.

situados nos Estados envolvidos. Por exemplo, as disputas contra a Argentina influenciaram a atuação de variados escalões políticos, diversas agências governamentais tiveram de atender e incorporar os impactos das arbitragens na execução de suas respectivas políticas.

Os procedimentos arbitrais afetaram as decisões adotadas no âmbito da Presidência da Nação; dos ministérios da Economia e Finanças Públicas, do Planejamento Federal, de Investimento Público e Serviços, de Relações Exteriores, de Comércio Internacional, de Justiça, Segurança e Direitos Humanos, da Procuradoria do Tesouro Nacional, do Congresso e dos governos provinciais envolvidos nas respectivas denúncias, entre outras instituições⁷⁶², e só os laudos dos tribunais *Enron* e *Sempra* juntos somaram 235 milhões de dólares, o equivalente a 0,7% das despesas governamentais da Argentina daquele ano⁷⁶³.

Para o Equador, também a título exemplificativo, apenas o laudo do caso *Occidental* foi equivalente a 1,92% das despesas governamentais daquele Estado, igual a um terço das despesas governamentais equatorianas com saúde no ano de 2004⁷⁶⁴.

Os casos latino-americanos também demonstram a influência que laudos arbitrais apresentam sobre disputas futuras, não necessariamente envolvendo as mesmas partes ou os mesmos tratados de investimentos, assim como também a influência de decisões sobre o comportamento dos Estados na elaboração de tratados. Exemplo disto foi representado pela influência das arbitragens de investimentos do NAFTA para a identificação dos elementos que compõem uma expropriação indireta em arbitragens contra a Argentina e o Equador, assim como também a relevância dos casos Argentinos – em conjunto com a experiência destes países com o NAFTA⁷⁶⁵ – para a redação dos modelos de BIT adotados pelos Estados Unidos da América e pelo Canadá em 2004⁷⁶⁶.

Entretanto, ainda que tribunais arbitrais tenham considerável peso para a definição de padrões de proteção a investidores, o exercício de governança não é perfeito, pois ainda há fortes divergências de posicionamentos agravadas pela ausência de mecanismos ou princípios específicos à uniformização das manifestações dos tribunais arbitrais.

⁷⁶² ALONSO, 2014, p. 65-66.

⁷⁶³ GALLAGHER, Kevin P.; SHRESTHA, Elen. **Investment treaty arbitration and developing countries: a re-appraisal**. Global development and environment institute working paper, [s.l.], n. 11/01, May 2011. Disponível em <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/179093/2/11-01TreatyArbitrationReappraisal.pdf>>. Acesso em 25 Maio 2015.

⁷⁶⁴ Ibidem.

⁷⁶⁵ GAGNÉ, Gilbert; MORIN, Jean-Frédéric. The evolving American policy on investment protection: evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT. **Journal of International Economic Law**, [s.l.], v. 9, n.02. June 2006, p. 363.

⁷⁶⁶ LÉVESQUE, Céline; NEWCOMBE, Andrew. The evolution of IIA practice in Canada and the United States. In: LÉVESQUE, Céline; MESTRAL, Armand De (eds.). **Improving International Investment Agreements**, New York: Routledge, 2013, p. 37-38.

As arbitragens de investimentos não são uniformes quanto aos requisitos necessários à identificação de uma violação aos tratados pelos Estados, havendo tribunais que preferem adotar uma abordagem voltada aos efeitos das medidas sobre o investidor, enquanto outros tribunais escolhem considerar os motivos, procedimentos e circunstâncias que levaram à adoção do ato. Através da observação destas duas abordagens em laudos recentes, ainda que se identifique a perspectiva do *sole effect* como predominante, isto não permite afirmar que a abordagem concorrente deixará de existir.

A divergência de perspectivas sobre as situações que caracterizam uma violação ao tratado de investimento tem levado a discussões quanto à segurança jurídica e até a legitimidade destes procedimentos. Diferentes autores têm apresentado propostas sobre o direito internacional dos investimentos, para tratar de questões como coerência, segurança jurídica, previsibilidade e legitimidade.

Para Burke-White e Von Staden, as questões de direito público discutidas por tribunais arbitrais de investimento demandam que os árbitros delimitem os poderes básicos de um Estado e a sua habilidade de adotar regulações visando o interesse público, enquanto parte da descrença quanto à legitimidade deste regime tem origem nos padrões inadequados de revisão utilizados pelos árbitros e pela falta de uma jurisprudência bem estabelecida para a definição destes padrões⁷⁶⁷.

Ao tratarem dos casos *CMS*, *Enron* e *Sempra*, comentam estes autores que os tribunais arbitrais aplicaram um estrito padrão de revisão, que tornou a alegação de estado de necessidade pela Argentina praticamente impossível, e falharam em levar em conta o contexto político mais amplo em que estas controvérsias surgiram, operando apenas como se os únicos interesses em jogo fossem dos investidores e como se os tribunais estivessem discutindo contratos particulares isolados de questões públicas:

[...] Rather than recognize the public law nature of the arbitration and Argentina's treaty-based defenses, these three tribunals operated as if the only rights at stake were those of investors and as if the tribunals were enforcing narrowly drawn private law contracts divorced from public law context.⁷⁶⁸

Em compensação, disputas como o caso *LG&E* observam a natureza pública das disputas e o fato de que além dos interesses de investidores, outros interesses de política

⁷⁶⁷ BURKE-WHITE, William W.; VON STADEN, Andreas. Private litigation in a public law sphere: the standard of review in investor-state arbitrations. *The Yale Journal of International Law*, [s.l.], v. 35, 2010, p.285.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 298.

nacional e global não passam despercebidos⁷⁶⁹, entretanto a falta de coerência entre os tribunais ainda representa um sério problema.

Não há unidade quanto às metodologias sugeridas para atribuir maior legitimidade e segurança aos procedimentos arbitrais. Como informam Kingsbury e Schill:

Within the severe constraints imposed by the existing architecture of the investor-State arbitration system, several doctrinal approaches for improvement have considerable currency. These include the comprehensive application of general international law methods or treaty interpretation as instantiated in the Vienna Convention or the Law of Treaties (VCLT), deeper analysis and use of the customary international law which underpins or complements central investment treaty provisions, greater reference to ‘general principles of law’ distilled through robust methodologies, and the use of principles of systemic integration and techniques of defragmentation identified by the United Nations International Law Commission and others concerned with the ‘fragmentation’ of international law⁷⁷⁰.

Para Stephan Schill, questões como incoerência e falta de legitimidade podem ser resolvidas através da utilização de uma abordagem publicista composta por princípios gerais de direito obtidos a partir do estudo do direito público comparado⁷⁷¹, com o objetivo de utilizar os princípios legais presentes no direito interno dos principais ordenamentos jurídicos, não apenas dos ordenamentos dos Estados relacionados com uma controvérsia específica, com a finalidade de identificar princípios gerais de um direito público que abrangesse tanto o direito público interno quanto internacional e que fosse aplicado às arbitragens de tratados de investimentos⁷⁷².

Conforme Schill, a abordagem do direito público comparado demonstra como tensões entre objetivos públicos e interesses de investidores são processados e resolvidos a nível nacional e internacional, através de conceitos como “proporcionalidade”, para ponderar a proteção de investimentos com interesses públicos conflitantes⁷⁷³.

Um campo particular de avanço para este tipo de abordagem é a comparação com a jurisprudência desenvolvida pelas cortes internacionais de direitos humanos⁷⁷⁴, mas também há espaço para comparações com a jurisprudência do órgão de apelações da Organização Mundial do Comércio (OMC) e com princípios do direito administrativo europeu, para

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 299.

⁷⁷⁰ KINGSBURY; SCHILL, 2009, p. 4.

⁷⁷¹ SCHILL, 2011a, p.90.

⁷⁷² SCHILL, 2011a, p. 93-96.; Idem. Deference in investment treaty arbitration: reconceptualizing the standard of review through comparative public law. **Society of International Economic Law (SIEL)**, [s.l.], 3. ed. Biennial Global Conference, 2012, p. 16.

⁷⁷³ Idem, 2011a, p.98

⁷⁷⁴ Ibidem.

concretizar padrões de boa governança os quais os Estados membros de tratados de investimento têm que cumprir⁷⁷⁵, ou como melhor explica o autor:

Overall, comparative public law can affect international investment law and arbitration through various channels and in various aspects, both concerning investor-state dispute resolution and substantive investment law. Comparative public law thus helps to conceptualize international investment law in accordance with its public law implications and to implement it in accordance with general principles of public law. This should not only contribute to make the interpretation of investment treaties more predictable, but also to remedy the legitimacy shortcomings of the exercise of public authority by arbitral tribunals⁷⁷⁶.

A utilização de um direito público comparado auxiliaria os tribunais arbitrais de investimentos a terem maior deferência às decisões políticas adotadas por órgãos políticos estatais⁷⁷⁷. Isto pois um tribunal de investimentos age tanto como o judiciário local, que avalia a legalidade de um ato estatal, assim como age igual a uma corte internacional, responsável por declarar se o Estado violou uma obrigação internacional ou não, e estes entes políticos agem com certo grau de deferência às decisões de demais órgãos estatais: o Judiciário respeita algumas decisões do Executivo e do Legislativo nacional devido à separação de poderes, enquanto cortes internacionais só atuam de forma subsidiária, na medida em que não houve uma resposta para o conflito de interesses em nível nacional.

Sob esta perspectiva do direito público comparado, tanto o direito público internacional quanto o direito público local colaborariam para indicar com que forma deveria o tribunal arbitral agir diante dos atos do Estado hospedeiro, não sendo a deferência realizada de forma igual a um judiciário local ou corte internacional, mas com elementos próprios condizentes com o regime do direito internacional dos investimentos⁷⁷⁸.

A redação do tratado a ser aplicado, as circunstâncias da conduta estatal que originaram a demanda, os mecanismos processuais disponíveis ao reclamante, o direito material aplicável à controvérsia e o conteúdo da obrigação internacional violada devem influenciar o grau de deferência a ser aplicado pelo tribunal arbitral⁷⁷⁹.

Se o tratado tiver uma cláusula que permita aos Estados partes descumprirem, em certas situações emergenciais, as demais obrigações ali dispostas sem constituir uma violação ao tratado (*self judging clause*), ou se houver a necessidade de esgotamento dos recursos internos pelo investidor como requisito para iniciar um procedimento arbitral, inexistindo no

⁷⁷⁵ Ibidem, p. 99.

⁷⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷⁷ Idem, 2012, p.15.

⁷⁷⁸ SCHILL, 2012, p. 16

⁷⁷⁹ Ibidem, p.17-20.

ordenamento do Estado hospedeiro meios processuais eficazes, ou se a obrigação internacional violada tiver um menor grau de relevância, todos estes elementos deverão auxiliar a determinar o grau de deferência do tribunal arbitral às decisões do Estado hospedeiro⁷⁸⁰.

Além destes elementos mais próprios ao direito internacional público, elementos do direito constitucional doméstico também devem auxiliar na determinação do grau de deferência do tribunal ao Estado hospedeiro, como o nível da participação democrática na adoção da medida reclamada pelo investidor, o conhecimento institucional do órgão que adotou a medida, e os direitos protegidos e violados pela medida. Neste caso, os atos de um Legislativo independente com satisfatória participação popular em suas decisões deve receber um grau de deferência diferente do de um ato adotado por um Executivo ditatorial⁷⁸¹.

Desta forma, a deferência determinada a partir de critérios de direito público interno e internacional seria peça chave no momento de realização do teste de proporcionalidade⁷⁸². Entretanto, ainda que autores como Burke-White e Von Staden concordem que o teste de proporcionalidade seria a melhor abordagem para uma revisão coerente e consistente de regulações estatais⁷⁸³, não há unanimidade sobre os requisitos que deveriam compor o teste de proporcionalidade, conforme já discutido⁷⁸⁴.

Susan D. Franck, por sua vez, afirma que a melhor solução para resolver problemas de incoerência entre tribunais seria a criação de uma corte de apelação permanente:

The goal of an appellate body would be to provide a public forum for the review of public disputes and create a determinate and coherent jurisprudence. [...]an appellate body could focus on establishing a clear and coherent body of law and ‘correcting legal errors in specific cases’; meanwhile arbitral tribunals can use their expertise and focus on their own institutional competency: developing a factual record, clarifying issues in dispute, and applying legal principles. Together this means an appellate body could restore faith in the system, promote consistency, provide predictability, and reduce the risk of inconsistent decisions to make the system sustainable and legitimate in the long term⁷⁸⁵.

Para esta autora, uma corte de apelação funcionaria melhor no âmbito de um tratado multilateral como o NAFTA, com um número pequeno e estável de membros, o que permitiria maior coerência e estabilidade⁷⁸⁶.

⁷⁸⁰ Ibidem.

⁷⁸¹ Ibidem, p. 21.

⁷⁸² Ibidem,

⁷⁸³ BURKE-WHITE; VON STADEN, 2010, p. 323.

⁷⁸⁴ Ver seção 3.3.

⁷⁸⁵ FRANK, Susan D., 2005, p. 1607.

⁷⁸⁶ Ibidem, p. 1608.

Quanto à participação e transparência, Brigitte Stern tem notado como os tribunais de investimentos modificaram gradualmente sua orientação para permitir a participação de organizações sociais como *amicus curae* em disputas que envolvam interesse público, partindo de exemplos obtidos em casos do órgão de solução de controvérsias da OMC até chegar em disputas constituídas perante o ICSID, como *Methanex*, e mais recentemente, a aceitação da participação de ONGs e demais grupos da sociedade civil organizada como *amicus curae* em alguns casos de investimentos contra a Argentina⁷⁸⁷.

Em geral, ainda que existam diferentes propostas sobre os requisitos de controle e *accountability* aplicáveis às arbitragens de investimentos enquanto mecanismo de governança global, é inegável a existência de demandas quanto a maior transparência, participação e legitimidade na atuação destes tribunais transnacionais, ou como melhor sintetiza Richard Stewart, os desafios deste novo direito são:

[...] desenvolver a noção de Estado de Direito no espaço global, aprimorar procedimentos decisórios que sejam tecnicamente mais corretos e que produzam melhores resultados, proteger os direitos fundamentais, e por fim, desenvolver alguma noção de democracia nesse contexto⁷⁸⁸.

3.6 Os Estados e poder regulatório das arbitragens de investimentos: reações às arbitragens de tratados de investimento

A discussão quanto aos limites e padrões de revisão exercidos pelos tribunais de investimentos não foi ignorada pelos Estados e demais organizações Internacionais. Para os Estados, a delimitação exata dos padrões de proteção a investidores é de extrema relevância devido aos custos políticos e financeiros de uma arbitragem de tratado investimentos sobre a política nacional. A identificação dos limites da atuação estatal pode indicar até onde o Estado pode agir sem precisar pagar uma indenização por uma expropriação indireta, por exemplo, ou deixar de ser considerado como um Estado propício a investimentos.

Enquanto não houver padrões claros de conduta, um Estado pode temer adotar políticas necessárias para satisfazer o bem público, por receio de ser reclamando em uma

⁷⁸⁷ STERN, 2007, p. 312.

⁷⁸⁸ STEWART, Richard Apud BAPTISTA, Patricia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: **Direito internacional dos investimentos**. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 804.

arbitragem por um investidor estrangeiro e ser identificado pela comunidade internacional como contrário a investimentos, fenômeno conhecido como “*chilling effect*” ou “*regulatory chill*”, diga-se, a possibilidade de um ato normativo estatal ser questionado por um investidor estrangeiro pode desencorajar os Estados a legislarem sobre temas socialmente relevantes⁷⁸⁹.

Diante deste cenário, cientes dos riscos e da influência que um tribunal arbitral pode exercer sobre a política nacional, Estados e organizações internacionais têm agido para resguardar competências regulatórias em novos tratados de investimentos, ou para a criação de regras de atuação mais claras para reger as arbitragens de investimento, com a finalidade de atender aos interesses que acharem relevantes ou ao menos garantir que tribunais arbitrais levem em conta o interesse público.

Neste sentido, os Estados Unidos da América apresentaram um novo modelo de tratado bilateral de investimentos ainda em 2004, sob os auspícios das arbitragens instauradas contra si através do NAFTA e também pelas disputas iniciadas contra a Argentina⁷⁹⁰. O modelo apresentado difere consideravelmente do modelo de 1994 e do tratado ratificado com a Argentina em 1992.

O modelo de 2004 já demonstra diferenças em seu preâmbulo, quando ressalta que a estabilidade de um regime de investimentos visa melhorar os padrões de vida e que as obrigações de proteção a investidores dispostas no corpo do tratado devem ser buscadas de forma consistente com proteção da saúde, segurança, meio ambiente e com os direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos⁷⁹¹.

Neste sentido, os Artigos 12 e 13 determinam que o incentivo a investimentos não pode ser procurado através de redução de proteção trabalhistas ou ambientais⁷⁹². O Artigo 18 (2) do BIT modelo de 2004 também menciona que o tratado não impedirá uma parte na disputa (no caso, o Estado) de aplicar medidas que considerar necessárias para o cumprimento

⁷⁸⁹ JACOB, Marc. International investment agreements and human rights. **INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development**, Duisburg: Institute for Development and Peace, University of Duisburg-Essen. Mar 2010, p.13; TIENHAARA, Kyla. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. In: BROWN, Cherster; MILES, Kate (eds.). Evolution in investment treaty law and arbitration. New York: Cambridge University Press, 2011, p.612.

⁷⁹⁰ GAGNÉ, Gilbert; MORIN, Jean-Frédéric, 2006, p. 363; LÉVESQUE, Céline; NEWCOMBE, Andrew, 2013, p. 37-38.

⁷⁹¹ UNITED STATES OF AMERICA. **Treaty between the government of the united states of america and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment – 2004 Model BIT**. [s.l: s.n.], 2004. Disponível em:

<<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>. Acesso em: 13 Fev. 2015, p. 1.

⁷⁹² Ibidem, p. 15-16.

de suas obrigações referentes a manutenção da segurança ou paz internacional, ou a proteção de seus próprios interesses essenciais de segurança⁷⁹³.

Esta cláusula do Artigo 18, conforme José E. Alvarez, permite ao Estado identificar o interesse essencial que pretende proteger e o quão essencial é a medida adotada para proteger aquele interesse (*sef judging clause*), ao contrário dos tribunais dos casos argentinos, que declararam que não caberia ao Estado indicar a essencialidade do interesse e da medida, mas sim a terceiros⁷⁹⁴.

Continua José E. Alvarez que o Modelo de BIT de 2004 representa um pensamento diferente daquele presente no final da década de 1980 e durante os anos 90 sobre o papel do Estado na economia⁷⁹⁵. Diferente do Consenso de Washington, o modelo de 2004 atribui maior atenção à necessidade do Estado de responder a falhas de mercado e permitir o desenvolvimento econômico também como desenvolvimento humano:

The new treaty re-emphasizes the role of government and, as Kennedy suggests, is characteristic of the more recent forms of development thinking, is more open to local solutions, a greater diversity of institutions, and multiple plans involving government to achieve a range of public goods. Whereas the object and purpose of the 1987 US BIT was to protect the foreign investor at all costs — as if development was defined by market freedom and the protection of property — the 2004 version implicitly recognizes that host States may define freedom (or sustainable development) more broadly, as does [Amartya] Sen, to include other forms of human flourishing in addition to entrepreneurial freedom⁷⁹⁶.

Quanto à expropriação, o modelo de 2004 foi expresso em afirmar no Anexo B, parágrafo 4 (a), que os efeitos da medida adotada pelo Estado não pode ser o único elemento a ser considerado para a identificação da expropriação, mas também a interferência do ato com as legítimas expectativas do Investidor e o caráter da ação governamental, e mencionou uma série de medidas no parágrafo 4 (b) do mesmo anexo como exceção à expropriação indireta, quais sejam, atos regulatórios não discriminatórios voltados para proteger legítimos objetivos de bem-estar social, como saúde pública, segurança e o meio ambiente, que não dariam direito a uma indenização pelos Estados partes:

⁷⁹³ Ibidem, p.19 :

Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

[...]

1. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

⁷⁹⁴ ALVAREZ, José E.. The public international law regime governing international investment. **Recueil des Cours**, v. 344, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 304.

⁷⁹⁵ ALVAREZ, 2009, p. 309.

⁷⁹⁶ Ibidem.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation] (1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory 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.⁷⁹⁷

O modelo de 2004 também apresenta medidas destinadas a atribuir maior publicidade e transparência às arbitragens de tratados de investimento, como obrigatoriedade em publicar os documentos e memoriais apresentados, salvos aqueles que possuam informações protegidas, e determina a realização de audiências públicas, conforme disposto em seu Artigo 29.

Em 2012, os Estados Unidos da América apresentaram novo modelo de tratado bilateral de Investimento, com semelhante conteúdo, salvo algumas modificações em certas disposições visando maior clareza e segurança quanto ao exercício de poderes regulatórios, assegurando ao Estado o direito de exercer os atos que achar necessários ao cumprimento de demais obrigações ambientais⁷⁹⁸, reafirma o dever de cumprir com as obrigações decorrentes de participação na Organização Internacional do Trabalho⁷⁹⁹, e repete as disposições do Anexo B, parágrafo 4⁸⁰⁰.

Outros tratados seguiram disposições semelhantes quanto à expropriação, como o BIT Bélgica Luxemburgo-Colômbia de 2009, que define em seu Artigo XI (3) (c):

Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that

⁷⁹⁷ UNITED STATES OF AMERICA, 2004, p. 38.

⁷⁹⁸ UNITED STATES OF AMERICA. **2012 U.S. model bilateral investment treaty**, [s.l: s.n.], 2012, Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>. Acesso em: 13 fev 2015, Article 12 (3).

⁷⁹⁹ Ibidem, Article 13 (1).

⁸⁰⁰ Ibidem, Annex B (4) (b).

are designed and applied for public purposes or with objectives such as public health, safety and environment protection, do not constitute indirect expropriation⁸⁰¹.

O BIT entre Colômbia e Reino Unido de 2010 apresenta redação diferente em seu Artigo 6.2(c), apresentando algumas condições como requisito para identificação de uma medida não expropriatória, como boa fé, não ser discriminatória e ser proporcional porem:

Non-discriminatory measures that the Contracting Parties take for reasons of public purpose or social interest (which shall have a meaning compatible with that of ‘public purpose’) including for reasons of public health, safety, and environmental protection, which are taken in good faith, which are not arbitrary and which are not disproportionate in light of their purpose, shall not constitute indirect expropriation⁸⁰².

Outros acordos recentes também têm apresentado cláusulas contendo disposições iguais relacionando critérios de interesse público, não discriminação e proporcionalidade para definição de um não expropriatório, como o Acordo de Livre Comércio entre China e Nova Zelândia de 2008:

Annex 13: Expropriation

1. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.
2. Expropriation may be either direct or indirect:
 - (a) Direct expropriation occurs when a State takes an investor’s property outright, including by nationalization, compulsion of law or seizure;
 - (b) Indirect expropriation occurs when a State takes an investor’s property in a manner equivalent to direct expropriation, in that it deprives the investor in substance of the use of the investor’s property, although the means used fall short of those specified in subparagraph (a) above.
3. In order to constitute indirect expropriation, the State’s deprivation of the investor’s property must be:
 - (a) Either severe or for an indefinite period; and
 - (b) Disproportionate to the public purpose.
4. A deprivation of property shall be particularly likely to constitute indirect expropriation where it is either:
 - (a) Discriminatory in its effect, either as against the particular investor or against a class of which the investor forms part; or
 - (b) In breach of the State’s prior binding written commitment to the investor, whether by contract, license, or other legal document.
5. Except in rare circumstances to which paragraph 4 applies, such measures taken in the exercise of a State’s regulatory powers as may be reasonably justified in the protection of the public welfare, including public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation⁸⁰³.

⁸⁰¹ Belgium/Luxembourg-Colombia BIT (2009) Apud United Nations Conference on Trade and Development, 2012b, p. 86.

⁸⁰² BIT between Colombia and the United Kingdom (2010) Apud United Nations Conference on Trade and Development, 2012b, p. 88.

⁸⁰³ China-New Zealand FTA (2008) Apud UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012b, p. 88.

Disposições semelhantes podem ser encontradas em tratados de proteção e incentivo a investimentos ratificados entre Austrália e Chile (2008), Índia e República da Coreia (2009), China e Nova Zelândia (2008), Japão e Peru (2008), Bélgica/Luxemburgo e Colômbia (2009) e Singapura e Peru (2009)⁸⁰⁴.

O BIT modelo do Canadá apresentado em 2004 também apresentou disposições destinadas a manter certas capacidades regulatórias destinadas ao bem público em seu Artigo 10, porém nos moldes do Artigo XX do GATT⁸⁰⁵, ao determinar que nenhuma disposição do tratado deve ser interpretada como forma de impedir os Estados partes de realizarem medidas visando proteger a vida e a saúde de homens, animais e plantas, preservação de recursos naturais, entre outras disposições⁸⁰⁶.

Cláusulas semelhantes podem ser encontradas em outros tratados, como aqueles estabelecidos entre Índia e República da Coreia Artigo 10.18(1); Índia e Singapura (2005),

⁸⁰⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012b, p. 60.

⁸⁰⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION, **General agreement on trades and tariffs**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm>. Acesso em: 10 Oct. 2014:

Article XX: General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
- (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;*
- (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;
- (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The CONTRACTING PARTIES shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.

⁸⁰⁶ CANADA. **Agreement between Canada and ___ for the promotion and protection of investments – Model FIPA 2004**. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>. Acesso em 05 Jan. 2015, Article 10.

Artigo 6.11; Canadá e Jordânia (2009), Artigo 10(1); ASEAN e China (2009), Artigo 16(1); Malásia e Paquistão (2007), Artigo 99; Peru e Singapura (2008), Artigo 18.1(2); Panamá e Taiwan (2003), Artigo 20.02(2); Malásia e Nova Zelândia (2009), Artigo 17.1(1); Japão e Suíça (2009), Artigo 95⁸⁰⁷.

De acordo com relatório do UNCTAD, 14 (quatorze) dos 18 (dezoito) tratados de Investimentos dos assinados durante o ano de 2014 possuem cláusulas com exceções gerais, e igual número apresentam no preâmbulo o dever de proteção ao bem estar social. Em geral, 45 países tem procurado renegociar os seus tratados de proteção a investimentos⁸⁰⁸.

As discussões quanto à capacidade regulatória dos Estados também se fizeram presentes nas negociações dos mega tratados regionais (*megaregional agreements*). Neste sentido, tanto o *EU–United States Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* e o *Canada–EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, negociados respectivamente pela União Europeia com os Estados Unidos e com o Canadá, mantiveram a arbitragem entre investidor e Estado como forma de resolução de disputas, mas também apresentaram no preâmbulo de seus *drafts* o dever dos Estados partes de proteger o meio ambiente, saúde pública, segurança, moral e diversidade cultural, assim como fizeram constar cláusulas gerais de exceção criadas a partir do Artigo XX do GATT⁸⁰⁹ e definiram atos regulatórios que não poderiam ser identificados como expropriatórios, semelhante ao disposto nos *model BITs* dos Estados Unidos e Canadá⁸¹⁰.

Outros Estados foram mais radicais em suas respostas ao poder de governança dos tribunais de tratados de Investimentos. A Bolívia foi o primeiro país a denunciar a Convenção de Washington, em maio de 2007, seguido pelo Equador em Julho de 2009 e Venezuela em janeiro de 2012, e todos estes países tem procurado renegociar ou denunciar seus tratados de investimentos⁸¹¹.

⁸⁰⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2012b, p. 89.

⁸⁰⁸ Idem. **World investment report 2015: reforming international investment governance**. 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch3_en.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015, p. 112.

⁸⁰⁹ LANG, Andrew. **TTIP and article XX**. International Economic Law and Policy Blog. [s.l.: s.n.], 02 July 2014. Disponível em: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2014/07/ttip-and-article-xx.html>>. Acesso em 26 Maio 2015.

⁸¹⁰ MALMSTROM, Cecilia. **Investment in TTIP and beyond – the path for reform: enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an investment court**. Concept Paper. European Commission. [s.l.:s.n.], May 2015. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> Acesso em: 26 Maio 2015.

⁸¹¹ RIPINSKY, Sergey. Venezuela's withdrawal from ICSID: what it does and does not achieve. **Investment Treaty News**. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/#_ftn1>. Acesso em: 10 jun 2015.

A Argentina, ao contrário do disposto pelo Artigo 54 da Convenção de Washington, que impõe aos Estados partes o dever de reconhecer e executar os laudos emitidos pelo ICSID de forma semelhante a uma sentença judicial nacional, tem negado o reconhecimento direto das sentenças arbitrais e exigido que investidores devam iniciar procedimento de reconhecimento das sentenças em tribunais federais argentinos, porém, até 2013 nenhum investidor procurou seguir esta orientação sob o receio de um novo e custoso procedimento litigioso⁸¹².

Alguns Estados retiraram cláusulas de arbitragem investidor-Estado de seus tratados-modelo, ainda que por tempo limitado, como a Austrália, que exigiu em seu tratado de investimentos firmado com o Japão em 2011 que qualquer disputa entre investidores e o Estado seja decidida apenas pelo judiciário Local⁸¹³, porém depois mudou de posicionamento e negociou um tratado de investimento com a Coreia do Sul em que consta a arbitragem entre investidor e Estado, em conjunto com uma cláusula geral de exceção semelhante ao Artigo XX do GATT⁸¹⁴.

Já o tratado-modelo apresentado pela Índia no começo de 2015 demanda que a disputa seja primeiro submetido ao judiciário nacional para então ser apresentada a um tribunal arbitral⁸¹⁵. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos apresentado pelo Brasil, por sua vez, determina que a resolução de controvérsias seja realizada através de negociações em um Comitê Conjunto composto por representantes dos Estados partes, sendo eventualmente instaurada uma arbitragem entre os Estados-partes, sem participação direta do investidor, apenas se as negociações do Comitê Conjunto falharem⁸¹⁶.

⁸¹² ALLEN & OVERY. **Argentina settles five investment treaty awards**. Disponível em: <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Argentina-settles-five-investment-treaty-awards.aspx>. Acesso em 18 jun 2015.

⁸¹³ EATON, Janet M.. **Australia's rejection of investor-state, from AUSFTA to the Gillard government's trade policy and the implications for Canada**. Disponível em: http://www.commonfrontiers.ca/Single_Page_Docs/PDF_Docs/Jan08_14-AUSFTA-paper.pdf>. Acesso em: 19 Jan. 2015.

⁸¹⁴ LESTER, Simon. Improving investment treaties through general exceptions provisions: the australian example. **Investment Treaty News** [s.l.: s.n.], 14 May 2014. Disponível em: <<http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/improving-investment-treaties-through-general-exceptions-provisions-the-australian-example/>>. Acesso em 19 Jan. 2015.

⁸¹⁵ INDIA. **Draft indian model bilateral investment treaty text**. Disponível em: <<https://mygov.in/group-issue/draft-indian-model-bilateral-investment-treaty-text/>>. Acesso em: 30 jun 2015.

⁸¹⁶ BRASIL. Acordo Brasil-Moçambique de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI) - Maputo, 30/03/2015. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511:acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280>. Acesso em: 01 abril 2015:
Artigo 15
Prevenção e Resolução de disputas

Também deve ser mencionado que no âmbito das Nações Unidas houve a recente adoção, pela UNICTRAL, das regras de transparência aplicadas a arbitragens de tratado entre investidores e Estados, em vigor desde de abril de 2014⁸¹⁷. As Regras sobre transparência foram criadas para serem aplicadas também às arbitragens de tratados ratificados antes de 2014, quando as partes do tratado, ou as partes da controvérsia, não se manifestarem em contrário. O seu objetivo é assegurar maior transparência e o acesso ao público às arbitragens entre investidores e Estados, e podem ser usadas tanto por arbitragens *ad hoc* quanto institucionais⁸¹⁸.

A adoção das regras sobre transparência foi seguida pela elaboração da Convenção das Nações Unidas em Arbitragens de tratado entre investidores e Estados (Convenção *Mauritius* sobre transparência), adotada em dezembro de 2014⁸¹⁹. Esta convenção, também elaborada pela UNCITRAL, tem como principal objetivo garantir a adoção das regras sobre transparência de abril de 2014, como disposto em seu preâmbulo e nos seus Artigos 1 (1) e 2 (2):

-
1. Os Pontos Focais atuarão articuladamente entre si e com o Comitê Conjunto de forma a prevenir, gerir e resolver eventuais disputas entre as Partes.
 2. Antes de iniciar eventual procedimento arbitral, qualquer disputa entre as Partes deverá ser avaliada, por meio de consultas e negociações, e examinada, preliminarmente, pelo Comitê Conjunto.
 3. Uma Parte poderá submeter uma questão específica de interesse de um investidor ao Comitê Conjunto:
 - i. para iniciar o procedimento, a Parte do investidor interessado apresentará, por escrito, sua solicitação ao Comitê Conjunto, especificando o nome do investidor interessado e os desafios ou dificuldades enfrentadas;
 - ii. o Comitê Conjunto terá 60 dias, prorrogáveis de comum acordo, por mais 60 dias, mediante justificativa, para apresentar informações pertinentes do caso apresentado;
 - iii. com objetivo de facilitar a busca de solução entre as Partes envolvidas, sempre que possível, deverão participar total ou parcialmente da reunião bilateral:
 - a) representantes do investidor interessado;
 - b) representantes das entidades governamentais ou não governamentais envolvidos na medida ou situação objeto de consulta.
 - iv. o procedimento de diálogo e consulta bilateral encerra-se por iniciativa de qualquer das Partes envolvidas mediante a apresentação de informe resumido na reunião do Comitê Conjunto subsequente com:
 - a) a identificação da Parte;
 - b) a identificação dos investidores interessados;
 - c) descrição da medida objeto da consulta; e
 - d) a posição das Partes a respeito da medida.
 4. O Comitê Conjunto deverá, sempre que possível, convocar reuniões extraordinárias para avaliar as questões submetidas.
 5. Toda a documentação e as providências relativas ao mecanismo estabelecido neste artigo, assim como as reuniões do Comitê Conjunto, terão caráter reservado, exceto os informes apresentados.
 6. Caso não seja possível solucionar a disputa, as Partes poderão recorrer a mecanismos de arbitragem entre Estados a serem desenvolvidos pelo Comitê Conjunto, quando julgado conveniente entre as Partes.

⁸¹⁷ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (effective date: 1 April 2014).

⁸¹⁸ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. UNCITRAL **Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration (effective date: 1 april 2014)**. Disponível em: < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html>. Acesso em: 03 Fev. 2015.

⁸¹⁹ United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) (the "Mauritius Convention on Transparency").

Article 1. Scope of application

1. This Convention applies to arbitration between an investor and a State or a regional economic integration organization conducted on the basis of an investment treaty concluded before 1 April 2014 (“investor-State arbitration”).

[...]

Article 2. Application of the UNCITRAL Rules on Transparency

Bilateral or multilateral application

1. The UNCITRAL Rules on Transparency shall apply to any investor-State arbitration, whether or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1) (a) or (b), and the claimant is of a State that is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1) (a)⁸²⁰.

⁸²⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **United nations convention on transparency in treaty-based investor-state arbitration**. New York: United Nations, 2015, p. 06.

CONCLUSÕES FINAIS

O direito internacional dos investimentos se desenvolveu em um primeiro momento com o objetivo de neutralizar a capacidade regulatória dos Estados, mas nas últimas décadas, o que se percebe é um movimento em sentido contrário, através do qual os Estados buscam limitar o escopo de atuação dos mecanismos de resolução de disputas entre investidores e Estados, mais especificamente, dos tribunais de tratados de investimentos.

Desde as primeiras arbitragens em contratos com os Estados, o interesse por trás da consolidação da arbitragem como instrumento autônomo, independente da ordem jurídica dos Estados e baseada em princípios e regras próprias, tem como principal objetivo a formação de um espaço neutro, independente de políticas estatais e com interesse na neutralização do poder de regulação de Estados receptores de investimentos.

O interesse de neutralização se firmou em um período de expropriações e nacionalizações de investimentos estrangeiros em países receptores de investimentos, ocorridos principalmente no começo do séc. XX, com as expropriações decorrentes da Revolução Mexicana, a Revolução Russa, do período entre guerras e do pós-Segunda Guerra Mundial.

A neutralização se originou em um contexto de desconfiança, em que Estados do Norte eram reticentes em relação ao ordenamento jurídico de países do Sul para a proteção dos investimentos de seus nacionais. De um lado, investidores exigiam dos Estados cláusulas sobre estabilização dos contratos, escolha do direito aplicável e opção pela arbitragem internacional, o que permitiu o desenvolvimento da internacionalização dos contratos e procedimentos arbitrais específicos, enquanto de outro, Estados do Norte começaram a usar seu poder de barganha para negociar tratados pretendendo a limitação do poder regulatório dos Estados.

Entretanto, a conjuntura em que investimentos eram realizados se modificou. Com o desenvolvimento da globalização e o movimento transfronteiriço do capital, o Sul deixou de ser exclusivamente importador de investimentos e passou a sediar empresas multinacionais com participações em investimentos em outros países do Sul e também no território de países do Norte, o que não demorou para que os Estados desenvolvidos se encontrassem na situação de reclamados em procedimentos internacionais, por ter alguma política interna sua contrariado o interesse de investidores estrangeiros.

Esta modificação de conjuntura permitiu que a capacidade regulatória fosse novamente posta em discussão, não mais em um período de desconfianças entre o Norte e o Sul, mas em relação aos limites do poder de tribunais arbitrais de investimentos. Os mecanismos criados por Estados desenvolvidos para a proteção de seus nacionais passaram a ser usados contra estes próprios, e com maiores proporções devido a ratificação de tratados sobre proteção de investimentos estrangeiros ou de convenções sobre liberalização de comércio com cláusulas de proteção a investidores.

A proliferação de tratados de investimentos ocorrida na década de 1990 também apresentou um outro viés a discussão sobre a capacidade regulatória dos Estados. Através de cláusulas de arbitragens dispostas em tratados, Estados oferecem uma oferta unilateral para a realização da arbitragem a ser concretizada com a notificação do investidor de que este iniciará um procedimento contra o Estado, oferta esta negociada entre Estados, e não com o investidor.

Neste tipo de arbitragem, o tribunal avalia os atos realizados pelo Estado em comparação ao disposto nos termos do próprio tratado de investimentos, que impõe uma série de obrigações a ser cumpridas pelo Estado. Devido a quantidade de tratados existentes e a semelhança entre as disposições destes tipos de tratados, tem-se a formação de um novo regime internacional com poderes para rever medidas internas estatais, em que o investidor tem direito a apresentar a sua queixa contra o Estado receptor diretamente a um órgão internacional com poderes judicante sem a necessidade de intervenção do seu Estado de origem ou sem necessitar esgotar as instâncias judiciais e/ou administrativas internas do Estado reclamado.

Diante deste quadro, há uma perda de poderes pelo Estado em detrimento de novos mecanismos globais de exercício de poder, compostos não apenas por entidades públicas mas também por sujeitos privados, responsáveis pela definição de padrões de conduta a nível global, ignorando barreiras entre direito público e privado, ou entre o direito interno e internacional. Decisões tomadas em nível global são internalizadas pelos Estados por diversos métodos, nem sempre percebidos pelos seus cidadãos, e os efeitos destas decisões acabam por influenciar os próprios rumos da política nacional dos Estados.

O direito internacional dos investimentos também se encontra envolto a este cenário de transferência do poder estatal para outros fóruns de governança. As arbitragens de tratados de investimentos atuam como mecanismos de governança global ao definirem o conteúdo dos padrões de conduta presentes em tratados de proteção a investimentos e ponderarem a legalidade da ação de Estados em detrimento das obrigações dispostas internacionalmente.

O exercício de governança também é ressaltado pela publicidade atribuída às decisões arbitrais e pela sua constante menção por arbitragens posteriores. A Convenção de Washington não obriga os tribunais arbitrais a reproduzirem o entendimento de decisões anteriores, pois determina que a decisão arbitral produzirá efeitos apenas entre as partes, não existindo vinculação jurídica aos precedentes, porém isto não impediu que os árbitros e as partes considerem sentenças anteriores na elaboração de seus pleitos e votos.

Este mecanismo de precedentes *de facto* ocorre a partir da publicação constante e gratuita das decisões de tribunais arbitrais – ao menos daqueles constituídos perante o ICSID – que servem de orientação aos agentes participantes sobre a legalidade de condutas adotadas pelo poder público.

As partes, a partir de decisões anteriores, elaboram as suas demandas e argumentos e as apresentam ao tribunal arbitral esperando uma decisão que concretize a suas expectativas normativas. O tribunal, a partir dos entendimentos apresentados, tem a opção de seguir orientações firmadas por laudos anteriores ou podem apresentar um novo entendimento, entretanto o que se tem observado é que os tribunais arbitrais têm constantemente utilizado decisões anteriores em suas fundamentações, o que permite a consolidação de entendimentos jurisprudenciais sobre determinadas matérias e até certo grau de previsibilidade das decisões, conforme mencionado expressamente por alguns árbitros.

Entretanto, o exercício de governança por tribunais em arbitragens de tratados de investimentos não é perfeito. Conforme observado através das discussões sobre capacidade regulatória dos Estados, nos casos de expropriação indireta apresentados contra a Argentina e o Equador, os entendimentos não são uníssonos, havendo divergências quanto aos elementos que devem ser considerados para a caracterização de uma expropriação indireta. Isto tem contribuído para a elaboração de decisões contrárias em controvérsias com causas de pedir semelhantes e localizadas em um mesmo contexto fático.

A discussão quanto aos requisitos de uma expropriação é de forte interesse a Estados e investidores, pois serve para delimitar os limites de legalidade da atuação dos Estados envolvidos. Sob este aspecto, e pelo fato de haver uma oferta unilateral de consentimento pelo Estado, permitindo ao investidor poder apresentar uma demanda diretamente contra o Estado receptor, munido de direito de petição próprio, as arbitragens de tratados de investimento se assemelham mais a um judiciário local do que a um procedimento privado de resolução de disputas.

Ao determinar a legalidade da conduta estatal, os tribunais tratam de matérias mais pertinentes ao direito público do que ao direito privado, o que exige dos tribunais arbitrais

uma percepção diferente de sua função em detrimento àquela de prestador de um serviço a dois agentes privados.

Ao rever decisões adotadas por Executivos, Legislativos e Judiciários locais, as arbitragens de tratados de investimento passaram a ser alvos de demandas por transparência, *accountability*, legitimidade e participação.

Por definirem o padrão de conduta a ser seguido por agentes públicos estatais, estas arbitragens se situam em um espaço público global com poder decisório maior do que aquele atribuído aos Estados. E enquanto os Estados são limitados por demandas de legitimidade, fóruns globais se não se encontram formalmente vinculados a estas exigências. Neste ponto, o direito internacional dos investimentos encontra o direito administrativo global, ao passar pelas mesmas demandas de responsabilidade e legitimidade que entidades estatais, sendo função deste novo direito global trazer a democracia e legitimidade a estes fóruns globais de poder.

Estas demandas ganharam força após a publicação de decisões arbitrais contra a Argentina, que argumentou em todas as arbitragens ocorridas após a crise econômica da primeira década do Sec. XXI que passava por um período de Estado de necessidade, e que as medidas adotadas visavam a proteção de interesses essenciais de segurança e manutenção da ordem pública e da própria existência do Estado argentino, o que foi rechaçado por muitos tribunais em análises restritas e sem devida ponderação dos interesses em disputa.

Este quadro foi essencial para o fortalecimento de exigências de ponderação e deferência na atuação dos tribunais arbitrais ao rever as medidas adotadas pelos Estados nacionais. Estados devem agir na satisfação do interesse público, e limitações desproporcionais sobre o seu poder regulatório pode impedir o Estado de cumprir as suas obrigações em satisfazê-lo. Desta forma, enquanto diferentes autores sugerem mecanismos diversos para atribuir maior espaço regulatório ao Estado e ao interesse público, os Estados têm apresentado uma nova geração de tratados de investimentos, visando equilibrar a proteção a investimentos estrangeiros com um espaço regulatório necessário para agir no interesse público.

Nestes novos tratados, Estados elaboraram novas redações visando resguardar o seu poder regulatório, deixando claro em seus preâmbulos que a proteção a investimentos deve ser exercida em conjunto com o cumprimento de padrões internacionais de proteção ambiental e demais obrigações junto à Organização Internacional do Trabalho, retiram uma série de políticas internas do âmbito de discussões sobre expropriação, ou exigem haver a realização de ponderação entre o interesse público e o privado.

Exemplificativo desta nova abordagem são os novos *model treaties* utilizados pelos Estados Unidos da América. Alguns tratados também têm atribuído espaço regulatório ao Estado para agir em situações de emergência em que sensíveis interesses públicos se encontrem ameaçados sem haver violação às demais obrigações dispostas no tratado, mediante uma cláusula geral de exceção, como fez o Canadá.

Outros Estados têm alterado a forma de resolução de controvérsias entre investidores e Estados. Países como a Austrália e Brasil excluíram a arbitragem entre investidor e Estado em seus tratados de investimentos (no caso da Austrália, ainda que temporariamente), exigindo que a controvérsia seja submetida ao judiciário local, demandando o esgotamento dos recursos internos, ou atribuindo a resolução de conflitos a uma comissão intergovernamental para eventuais negociações ou à realização de arbitragem interestatal.

Em geral, o posicionamento destes Estados afirma o reconhecimento do exercício de governança pelos tribunais arbitrais de tratados de investimentos. Como consequência, os Estados têm procurado resguardar seu espaço regulatório e/ou garantir que o interesse público seja levado em conta pelos tribunais arbitrais, através de cláusulas que podem atribuir maior legitimidade e transparência ao direito internacional dos investimentos.

Estados possuem outras obrigações além daquelas perante investidores estrangeiros. São responsáveis por manter um padrão adequado de bem estar social e desenvolvimento, e a proteção aos investimentos deve ser realizado na medida em que contribui com estes objetivos, afirmação esta condizente inclusive com o que se encontra expresso no preâmbulo da própria Convenção de Washington de 1965 e de diferentes tratados de proteção a investimentos.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando et al. **Manual de direito internacional público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALLEN & OVERY. **Argentina settles five investment treaty awards**. Disponível em: <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Argentina-settles-five-investment-treaty-awards.aspx>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

ALONSO, José Fernández. Controvérsias entre estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a república argentina. **Revista Tempo do Mundo**, Rio de Janeiro, v. 5 n. 1, p. 45-88, set. 2014.

ALVAREZ, Guillermo Aguilar; PARK, William W. The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11. **Yale Journal of International Law**, [S.l.], p.365-407, 2003.

ALVAREZ, Jose E. Beware: boundary crossings. **Public Law Research Paper**, New York, n. 14-51, sept. 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2498182>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. The public international law regime governing international investment. **Recueil des Cours**, [S.l.], v.344, 2009.

_____; KHAMSI, Kathryn. The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime. In: SAUVANT, Karl (Ed.) **The Yearbook on International Investment Law and Policy**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 379-478.

ALVIK, Ivar. **Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

ARATO, Julian. The margin of appreciation in international investment law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v.54, n.03, p. 545-578, 2014.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed. atual. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [S.l.], v. 27, [S.l.], p. 265-282, out./dez. 2010.

AUST, Anthony. **Handbook of international law**. New York: Cambridge University Press, 2005.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. **Tobacco plain packaging—investor-state arbitration**. Disponível em: <<http://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BAGNER, Hans. Confidentiality—A Fundamental Principle in International Commercial Arbitration? **Journal of International Arbitration**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 243-249, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado e a Arbitragem. In: TIBURCIO, Carmen; _____ (Org.). **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 559-571.

BAPTISTA, Patricia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 801-820.

BEDIN, Gilmar Brandão. A sociedade internacional e o fenômeno da globalização. In: GUERRA, Sidney (Org.). **Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 19-34.

BELGIUM prevails in landmark ICSID arbitration brought by Chinese insurer Ping An. Disponível em: <<http://www.prnewswire.com/news-releases/belgium-prevails-in-landmark-icsid-arbitration-brought-by-chinese-insurer-ping-an-300077716.html>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BENDA-BECKMANN, Franz von; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. Mobile people, mobile law: an introduction. In: _____; _____; _____ (Ed.). **Mobile people, mobile law: expanding legal relations in a contracting world**. Aldershot: Ashgate, 2005. p. 1-26.

BENKO, Georges. **Economia espaço e globalização: na aurora do século XXI**. 3 ed. São Paulo: Hucitec, 2002.

BENTO, Lucas; CHENG, Tai-Heng. ICSID's largest award in history: an overview of Occidental Petroleum corporation v the Republic of Ecuador. Disponível em: <<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BENVENISTI, Eyal. The international law of global governance. **Recueil des Cours**, [S.l.], v. 368, 2013.

BJORKLUND, Andrea K. Mandatory rules of law and investment arbitration. **American Review of International Arbitration**, [S.l.], v. 18, p. 175-204, 2007.

_____. Assessing the effectiveness of soft law instruments. In: _____; REINISCH, August (Eds.). **International Investment Law and Soft Law**. Northampton: Edward Elgar, 2012, p. 51-81.

_____. Private rights and public international law: why competition among international economic law tribunals is not working. **Hastings Law Journal**, [S.l.], v. 59, p. 241-305, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade, para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BORN, Gary. A new generation of international adjudication. **Duke Law Journal**, [s.l.], v. 61, p. 775-879, 2012.

BRABANDERE Eric De. The settlement of investment disputes in the energy sector. In: BRABANDERE, Eric De; GAZZINI, Tarcisio (eds.). **Foreign Investment in the Energy Sector: balancing private and public interests**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, p. 130-168.

BRASIL. **Acordo Brasil-Moçambique de cooperação e facilitação de investimentos (ACFI) - Maputo**, 30/03/2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8511:acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280>. Acesso em: 01 Abril 2015

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 07 Jul. 1992. Seção 1, p. 8713.

_____. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 05 Nov. 1945. Seção 1, p. 17097.

_____. Decreto nº 4.311, de 23 de Julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 2002. Seção 1, p. 3.

_____. Decreto-Lei nº 1.312, de 15 de Fevereiro de 1974. Autoriza o Poder Executivo a dar a garantia do Tesouro Nacional a operações de créditos obtidos no exterior, bem como, a contratar créditos em moeda estrangeira nos limites que especifica, consolida inteiramente a legislação em vigor sobre a matéria e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 Fev. 1974. Seção 1, Página 1921.

_____. Lei nº 4.131, de 3 de Setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 Nov. 1962. Seção 1, Página 10073.

_____. Lei nº 5.662, de 21 de Junho de 1971. Enquadra o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) na categoria de empresa pública, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 Jun. 1971. Seção 1, Página 4697.

_____. Lei nº 8.693, de 3 de Agosto de 1993. Dispõe sobre a descentralização dos serviços de transporte ferroviário coletivo de passageiros, urbano e suburbano, da União para os Estados e Municípios, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 04 Abr. 1993. Seção 1, Página 11137.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 Fev. 1995. Seção 1, Página 1917.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de Julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 Jul. 1997. Seção 1, Página 15081.

_____. Lei nº 9.478, de 6 de Agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 Ago. 1997. Seção 1, Página 16925.

_____. Lei nº 10.848, de 15 de Março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nos 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 Mar. 2004. Seção 1, Página 2.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 Dez. 2004. Seção 1, Página 6.

BROCHES, Aron. The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. **Recueil des Cours**, v. 136, Leiden: Martinus Nijhoff, 1972.

BROWER II, Charles H. Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back. **Columbia Journal of Transnational Law**, [s.l.], v. 40, p. 43-88, 2001.

BROWN, Alexis C. Presumption meets reality: an exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration. **American University International Law Review**. [s.l.], v. 16, n. 4, p. 969-1026, 2001.

BRUNET, Alexia; LENTINI, Juan Augustin. Arbitration of international oil, gas, and energy disputes in Latin America. **Northwestern Journal of International Law & Business**, [s.l.], v. 27, n. 03, p. 591-630, spring, 2007.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David. **International human rights in a nutshell**. 4. ed. New York: West Academic, 2009.

BURDEAU, George. **O estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BURKE-WHITE, William W.; VON STADEN, Andreas. Private litigation in a public law sphere: the standard of review in investor-state arbitrations. **The Yale Journal of International Law**, [s.l.], v. 35, p. 283-346, 2010.

CANADA. **Agreement between Canada and ___ for the promotion and protection of investments – Model FIPA 2004**. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>. Acesso em 05 Jan. 2015.

CANADIAN CENTRE FOR POLICY ALTERNATIVES. **NAFTA investor-state claims against Canada are "out of control"**: study. 14 Jan. 2015. Disponível em: <<https://www.policyalternatives.ca/newsroom/news-releases/nafta-investor-state-claims-against-canada-are-out-control-study#sthash.Y7NWhw0M.dpuf>>. Acesso em: 30 Maio 2015.

CARABIBER, C.. L'arbitrage international entre gouvernements et particuliers. **Recueil des Cour**, v. 76, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff, 1950.

CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O justo processo arbitral e o dever de revelação (*disclosure*) dos peritos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, [s.l.], v. 12, n. 12, p. 581-597, 2013.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit international économique**. 4. Ed. Paris: LGDJ, 1998.

CHATTERJEE, S. K. The charter of economic rights and duties of states: an evaluation after 15 years. **The International and Comparative Law Quarterly**, [s.l.], v. 40, n. 3, pp. 669-684. July 1991.

CHENNELLS, Lucy. The Windfall Tax. **Fiscal Studies**, [s.l.], v. 18, n. 3, p. 279-291, 1997.

CHRISTIE, Gordon C.. What constitutes a taking under international law? **British Yearbook of International Law**, [s.l.], v. 38, p. 307-338, 1962.

COMISSION, Jeffery P. Precedent in investment treaty arbitration: a citation analysis of a developing jurisprudence. **Journal of International Arbitration**. [s.l.], v. 24, p. 129-158, 2007.

COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e a Arbitragem Internacional de Investimentos: realidades e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270.

_____. **Direito internacional do investimento estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v.49, n.2, p. 60-77, 2006.

COURT OF ARBITRATION FOR SPORT. **Ordinary clauses**. [s.l: s.n.] Disponível em: <<http://www.tas-cas.org/en/arbitration/standard-clauses.html>>. Acesso em 04 Abril 2015.

CRAWFORD, James. The rights of peoples: 'peoples' or 'governments'?. In: _____ (ed). **The rights of peoples**. New York: Oxford University Press, 1988, p. 55-68.

_____. Treaty and contract in investment arbitration. **Arbitration International** [s.l.], v. 24, n.3, p. 351-374, 2008.

CREMADES, Bernado M.; CAIRNS, David J. A. The brave new world of global arbitration. **The Journal of World Investment**, [s.l.], v. 3, p. 173-210, 2002.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE VRIES, Henry P.. International commercial arbitration: a contractual substitute for national courts. **Tulane Law Review**, [s.n.], v. 57, n. 1, p. 42-79, 1983.

DELAUME, George R. ICSID arbitration and the courts. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 77, n. 4, p. 784-803, Oct. 1983.

DEUTSCHWEILE. **Vattenfall seeks recompense for German nuclear phaseout**. 21 Dec. 2012. Disponível em: <<http://www.dw.de/vattenfall-seeks-recompense-for-german-nuclear-phaseout/a-16473507>>. Acesso em: 01 Jun. 2015.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.

DINARMACO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLZER, Rudolf. The impact of international investment treaties on domestic administrative law. **New York University Journal of International Law and Politics**, [s.l.], v. 37, p. 953-972, 2006.

_____. Indirect expropriation: new developments. **NYU Law Environmental Law Journal**, [s.l.], v.11, p. 64-93, 2002.

_____. New foundations of the law of expropriation of alien property. **American Journal of International Law**, [s.l.], v. 75, p. 553-589, July 1981.

_____. ; SCHREUER, Christoph. **Principles of international investment law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

DOUGLAS, Zachary. The hybrid foundations of investment treaty arbitration. **British Yearbook of International Law**, [s.l.], v. 74, p. 151-289, 2003.

_____. **The international law of investment claims**. New York: Cambridge University Press, 2009.

EATON, Janet M.. **Australia's rejection of investor-state, from AUSFTA to the Gillard government's trade policy and the implications for Canada**. Disponível em: <http://www.commonfrontiers.ca/Single_Page_Docs/PDF_Docs/Jan08_14-AUSFTA-paper.pdf>. Acesso em: 19 Jan. 2015.

ECUADOR. **Ley 2006-42 reformatoria a la ley de hidrocarburos**. Registro Oficial N° 257. Disponível em: <http://app.sni.gob.ec/sni-link/sni/%23recycle/CAITISA/Quinta%20Entrega%20CAITISA/CAJA_03/03_09/024015.pdf>. Acesso em: 28 Fev. 2015.

ENERGY CHARTER SECRETARIAT. **The energy charter treaty and related documents - a legal framework for international energy cooperation**, 1994. Disponível em: <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf>. Acesso em: 15 Maio 2014.

EXPROPRIATION OF ALIEN PROPERTY. *University of Pennsylvania Law Review* [s.l.], v. 109, p. 245-261, 1960.

FATOUROS, A. A.. *International Law and the Internationalized Contract*. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v.74, n, 1, p. 134-141. Jan. 1980.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P.. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. Bogotá: Ibañez, 2012.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. A cláusula compromissória nos contratos de adesão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor. In: **Temas de arbitragem**: primeira série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 1-34.

_____.; MANHEIMER, Sergio Nelson; _____. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**. JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). [s.l.], v. 49, n. 3, p. 227-285, Jan./Mar. 2012.

FRANCK, Susan D.. The legitimacy crisis in investment treaty arbitration: privatizing public international law through inconsistent decisions. **Fordham Law Review**, [s.l.], v. 73, p. 1521-1635, 2005.

FRIEDLAND, Paul; BRUMPTON, Paul. Rabid redux: the second wave of abusive ICSID annulments. **American University International Law Review**, [s.l.], v. 27, p. 727-760, 2012.

FOREIGN AFFAIRS, TRADE AND DEVELOPMENT CANADA. **Cases filed against the government of Canada**. 27 May 2014. Disponível em: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/gov.aspx?lang=eng>>. Acesso em: 30 Maio 2015.

FORTIER, L. Yves. Expectations of governments and investors vs. practice: a view from the bench. **ICSID Review—Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 24, n. 02, p. 350-362, 2009.

_____. ; DRYMER, Stephen L., Indirect expropriation in the law of international investment: I know it when I see it, or caveat investor. **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 19, n. 02, p. 293-327, 2004.

GAGNÉ, Gilbert; MORIN, Jean-Frédéric. The evolving American policy on investment protection: evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT. **Journal of International Economic Law**, [s.l.], v. 9, n.02, p. 357-382 June 2006.

GAILLARD, Emmanuel. Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international. **Recueil des Cours**. v. 329. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

_____.; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

_____. Identify or define? Reflections on the evolution of the concept of investment in ICSID practice. In: BINDER, Christina *et all.* (eds.). **International Investment Law for the 21st Century**. Essays in Honour of Christoph Schreuer. New York: Oxford University Press, 2009, p. 403-416.

GALLAGHER, Kevin P.; SHRESTHA, Elen. **Investment treaty arbitration and developing countries: a re-appraisal**. Global development and environment institute working paper, [s.l.], n. 11/01, May 2011. Disponível em <<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/179093/2/11-01TreatyArbitrationReappraisal.pdf>>. Acesso em 25 Maio 2015

GARCIA-BOLIVAR, Omar E. Investor-state disputes in latin america: a judgment on the interaction between arbitration, property rights protection, and economic development. **Law and Business Review of the Americas**, [s.l.], v.13, p. 67-96, Winter, 2007.

GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. **Resolution 545 (VI). Inclusion in the international covenant or covenants on human rights of an article relating to the right of peoples to self- determination**. 5 Feb. 1952. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/6/ares6.htm>>. Acesso em: 30 Mar. 2015.

_____. **Resolution 626 (VII) Right to exploit freely natural wealth and resources**. 21 Dec. 1952. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/7/ares7.htm>>. Acesso em: 29 mar 2015.

_____. **Resolution 1314 (XIII) Recommendations concerning international respect for the rights of peoples and nations to self-determination**. 12 Dec. 1958. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/13/ares13.htm>>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

_____. **Resolution 1515 (XV) Concerted action for economic development of less developed countries**. 15 Dec. 1960. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/15/ares15.htm>>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

_____. **Resolution 1803 (XVII) Permanent sovereignty over natural resources.** 14 Dec. 1962. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/17/ares17.htm>>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

_____. **Resolution 2626 (XXV). International development strategy for the second United Nations development decade.** 24 Oct. 1970. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>>. Acesso em: 01 Abril 2015.

_____. **Resolution 3201 (S-VI). Declaration on the establishment of a new international economic order.** 1 May 1974. Disponível em: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>. Acesso em 01 abril 2015.

_____. **Resolution 3281 (XXIX). Charter of Economic Rights and Duties of States.** 12 Dec. 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>>. Acesso em 01 abril 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 19; SANTOS, 2002.

GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, **Recueil des Cours**, v. 109, Leiden: Martinus Nijhoff, 1963.

GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. **Is the focus of investment state arbitration switching from Latin America? If so to where?.** 08 July 2014. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/07/08/is-the-focus-of-investment-state-arbitration-switching-from-latin-america-if-so-to-where/>>. Acesso em: 30 Maio 2015.

GLOBAL ARBITRATION REVIEW. **Switzerland prepares for first treaty claim.** 16 Mar 2015. Disponível em: <<http://globalarbitrationreview.com/news/article/33642/switzerland-prepares-first-treaty-claim/>>. Acesso em: 02 Abril 2015.

GRAU, Eros Roberto Apud BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (ppp) e a constituição. **Revista de Direito Administrativo**, p. 159-175, Rio de Janeiro, FGV: 2005.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público.** 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUZMAN, Andrew T.. Why LDCs sign treaties that hurt them: explaining the popularity of bilateral investment treaties. **Vanderbilt Journal of International Law** [s.l.], v. 38, p.639-688, 1997.

HADLEY, Kate. Do China's bits matter? assessing the effect of china's investment agreements on foreign direct investment flows, investors' rights, and the rule of law. **Georgetown Journal of International Law**, [s.l.], v. 45, n.1, p. 255-321, Fall 2013.

HARGROVE, James. Misplaced confidence: an analysis of privacy and confidentiality in contemporary international arbitration. **Dispute Resolution International**, [s.l.], v. 3, n. 1, Mar. p. 47-55, 2009.

HASCHER, Dominique. Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international. **Recueil des Cours**. v. 279, Leiden: Martinus Nijhoff, 2006.

HENCKELS, Caroline. Indirect expropriation and the right to regulate: revisiting proportionality analysis and the standard of review in investor-state arbitration. **Journal of International Economic Law** [s.l.], v. 15, n. 01, p. 223-255, 2012.

HERZ, John. Expropriation of foreign property. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 35. n. 2, Apr. 1941, p.243-262.

HIGGINS, Rosalyn. The taking of property by the state recent developments in international law. **Recueil des Cours**, v. 176. Leiden: Martinus Nijhoff, 1982.

HILLIER, Tim. **Sourcebook on public international law**. London: Cavendish Publishing Limited, 1998.

HYDE, Jamens N.. Economic Development Agreements. **Recueil des Cours**, v. 105, Leiden: Martinus Nijhoff, 1962.

_____. Permanent sovereignty over natural wealth and resources. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 50, n. 4, pp. 854-867, Oct . 1956.

INDIA. Draft indian model bilateral investment treaty text. Disponível em: <<https://mygov.in/group-issue/draft-indian-model-bilateral-investment-treaty-text/>>. Acesso em: 30 Jun. 2015.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Agua del Tunari v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, **Objections to Jurisdiction**. 21 Oct. 2005.

_____. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12. **Award**. 14 July 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>>. Acesso em: 17 Nov. 2014.

_____. *Biwater Gauff (Tanz.) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. ICSID Case No. ARB/05/22, **Award**. 24 July. 2008.

_____. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*). **Case details**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/08/5>>. Acesso em: 07 Jun. 2015.

_____. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*). **Decision on liability**. 14 Dec. 2012. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094_0.pdf>. Acesso em: 07 Jun. 2015.

_____. **Cases.** Disponível em:
<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>>. Acesso em 02 Jul. 2014.

_____. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case n° ARB/01/8, **Award**. 12 May 2005. Disponível em:
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>. Acesso em: 04 Mai. 2015.

_____. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case n° ARB/01/8, **Decision of the ad hoc committee on the application for annulment of the argentine republic (English)**. 25 Sept. 2007. Disponível em:
<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>>. Acesso em: 07 Maio 2015.

_____. Compañía de Aguas Del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). **Award**. 21 Nov. 2000, Disponível em: < <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0206.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2015.

_____. Compañía de Aguas Del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). **Decision on Annulment (English)**. 3 July 2002, Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2015.

_____. Compañía Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. The Republic Of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1. **Final Award**. 17 Feb. 2000. Disponível em:
<http://www.italaw.com/documents/santaelena_award.pdf>. Acesso em: 03 Mar. 2015.

_____. El Paso Energy Int'l Co. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, **Jurisdiction**. 27 Apr. 2006,

_____. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). **Award**. 22 May 2007. Disponível em:
<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2015.

_____. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). **Case details**. Disponível em:
<<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/01/3&tab=PRO>>. Acesso em: 15 Maio 2015.

_____. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic). **Decision on the application for annulment of the argentine**

republic. 30 July 2010. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0299.pdf>>. Acesso em: 07 Maio 2015.

_____. *Foresti v. Republic Of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1, **Award**. 4 Aug. 2010.

_____. **ICSID convention, regulations and rules**, [s.l.: s.n.], 2003. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em 03 Mar. 2014.

_____. **The ICSID caseload – Statistics (Issue 2013-2)**. Washington, 2013. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English42>>. Acesso em: 04 Jan. 2014.

_____. **The ICSID caseload – statistics (issue 2015-1)**. . Distribution of All ICSID Cases by Economic Sector. Washington, [s.n.],2015. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>. Acesso em: 17 Jan. 2015.

_____. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1. **Decision on liability**. 3 Oct. 2006. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>>, Acesso em: 06 Maio 2015.

_____. *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States Of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3. **Award**. 26 June 2003.

_____. *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic Of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6. **Decision on annulment (english)**. 19 Oct. 2009.

_____. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as *Marvin Feldman v. Mexico*), **Award (English)**, 16 Dec. 2002. Disponível em: < http://www.italaw.com/documents/feldman_mexico-award-english.pdf>. Acesso em: 05 Fev. 2015.

_____. *Metalclad Corp v. United Mexican States*, ARB (AF)/97/1, **Award**. 30 Aug. 2000. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>>. Acesso em: 02 Mar. 2014.

_____. *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic Of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6 **Award**. Apr. 12, 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/MECEment-award.pdf>>. Acesso em 05 Fev. 2015.

_____. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic Of Ecuador*, ICSID CASE NO. ARB/06/11. **Award**. 5 Oct. 2012. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>>. Acesso em: 07 Jun. 2015.

_____. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic Of Ecuador*, ICSID CASE NO. ARB/06/11. **Case detail**.

Disponível em: <

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/06/11>>. Acesso em: 07 Jun. 2015.

_____. **Rules governing the additional facility for the administration of proceedings by the secretariat of the international centre for settlement of investment disputes (additional facility rules)**. Disponível em:

<<https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/partA-article.htm>>. Acesso em 17 Abr. 2015.

_____. *S. Pac. Props. (Middle E.) Ltd. v. Arab Republic Of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, **Award**. 20 May. 1992.

_____. *Saipem S.P.A. v. The People's Republic Of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07. **Decision on jurisdiction and recommendation on provisional measures**. 21 Mar. 2007.

_____. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16. **Award**. 28 Sept. 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2015.

_____. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*. **Case details**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/16&tab=PRD>>. Acesso em: 15 Maio 2015.

_____. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*. **Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award (English)**. 29 June 2010. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0776.pdf>>. Acesso em: 06 Maio 2015, § 164, p. 29.

_____. *SGS Société Générale De Surveillance S.A. v. Republic Of The Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6. **Decision of the tribunal on objections to jurisdiction**. 29 Jan 2004.

_____. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, **Award**. 29 May 2003. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>. Acesso em: 02 Fev. 2014.

_____. *Total S.A. v. Argentine Republic*, 2010. (ICSID Case No. ARB/04/1). **Case details**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/04/1&tab=PRO>>. Acesso em 16 Jul. 2015.

_____. *Total S.A. v. Argentine Republic* **Decision on liability**. 27 Dec. 2010. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>>. Acesso em: 04 Mai. 2015.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Rules of Arbitration**. [s.l.: s.n.], 2014. Disponível em <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 14 Jan. 2015.

_____. **Standard ICC arbitration clauses in portuguese**. [s.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-clauses/Standard-ICC-Arbitration-Clauses-in-several-languages/>. Acesso em 04 Abril 2015.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Maritime delimitation in the black sea (Romania v. Ukraine). judgment of 3 february 2009. **I.C.J. Reports 2009**, The Hague, 2009.

_____. **Publications of the Permanent Court of International Justice (1922-1946)**. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/pcij/series-a.php?p1=9&p2=1>>. Acesso em: 25 Jun. 2015.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Arbitration between states, state enterprises, or state entities, and foreign enterprises, Artigo 6, **Annuaire de l'Institut de droit international**, v. 63, t. II, [s.l.: s.n.], 1989.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **ICA committee report: confidentiality in international commercial arbitration**, The Hague: [s.n.], 2010.

JACKSON, John H. Sovereignty: Outdated Concept or New Approaches. In: SHAN, Wenhua; SIMONS, Penelope; SINGH, Dalvinder (eds.). **Redefining sovereignty in international economic law**. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 3-26.

JACOB, Marc. International investment agreements and human rights. **INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development**, Duisburg: Institute for Development and Peace, University of Duisburg-Essen. Mar 2010.

JAYME, Erik. **O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI** – conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. (orgs.). **O novo direito internacional** – estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21-28.

_____. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation - conférence prononcée le 24 juillet 2000. **Recueil Des Cours**, v.282. The Hague: Martinus Nijhoff, 2000.

JENNINGS, R. Y. State Contracts in International Law. **British Year Book of International Law**, [s.l.], v.37, pp. 156-182, 1961.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Interpretive powers of the free trade commission and the rule of law. **Fifteen years of NAFTA Chapter 11 arbitration**, [s.l.]:LLC, 2011.

KILANGI, Adelardus. Introductory note - Permanent Sovereignty over Natural Resources General Assembly resolution 1803 (XVII). In: **Audivisual library of international law**. New York, 14 Dec. 1962. Disponível em <http://legal.un.org/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html>. Acesso em 30 mar 2015.

KINGSBURY, Benedict. The concept of 'law' in global administrative law. **European Journal of International Law**, [s.l.], v.20, n. 1, p. 23-57, 2009.

_____.; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. [s.l.], v. 68, p. 15-61, 2005.

_____.; SCHILL, Stephan. Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. **NYU School of Law, Public Law Research Paper**, [s.l.], n. 09/46. Sept. 2009.

KISSAM, Leo T.; LEACH, Edmond k.. Sovereign expropriation of property and abrogation of concession contracts. **Fordham Law Review**, [s.l.], v. 28, p. 177-214, 1959.

KLYKOVA, Kristina. Features of international investment arbitration. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). In: **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 181-214.

KRIEBAUM, Ursula. Expropriation. In: BUNGENBERG, M.; GRIEBEL, J. HOBE, S. REINISCH, A. (Eds.). **International investment law – a handbook**, Baden Baden: Nomos, 2013, p. 959-1030.

_____. Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights. In: REINISCH August; KRIEBAUM, Ursula (Ed.). **The Law of International Relations - Liber Amicorum Hanspeter Neuhold**. The Hague: Eleven International Publishing, 2007, p. 165-190.

KOH, Harold Hongju. The 1994 Roscoe Pound Lectures - Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, [s.l.], v.75, p. 181-207, 1996.

_____. Why transnational law matters?. **Penn State International Law Review**, [s.l.], v. 24, p. 745-752. 2005.

LANG, Andrew. **TTIP and article XX**. International Economic Law and Policy Blog. [s.l: s.n.], 02 July 2014. Disponível em: <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2014/07/ttip-and-article-xx.html>>. Acesso em 26 Maio 2015.

LALIVE, Jean-Flavien. Contracts between state or a state agency and a foreign company: theory and practice – choice of law in a new arbitration case. **International and Comparative Law Quarterly**. [s.l.], v.13, n. 3, p. 987-1021, Jul. 1964.

LAUTERPATCH, Eliuh. The development of the law of international organization by the decisions of international tribunals. **Recueil des Cours**, v. 152. Leiden: Martinus Nijhoff, 1976.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e origens da lei de arbitragem. **Revista do Advogado**. [s.l.], v 51, p. 32-35, Out. 1997.

LESTER, Simon. Improving investment treaties through general exceptions provisions: the australian example. **Investment Treaty News** [s.l.: s.n.], 14 May 2014. Disponível em: <<http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/improving-investment-treaties-through-general-exceptions-provisions-the-australian-example/>>. Acesso em 19 Jan. 2015.

LÉVESQUE, Céline; NEWCOMBE, Andrew. The evolution of IIA practice in Canada and the United States. In: LÉVESQUE, Céline; MESTRAL, Armand De (eds.). **Improving International Investment Agreements**, New York: Routledge, 2013, p.25-41.

LILLICH, R. B.. Duties of states regarding the civil rights of aliens. **Recueil des Cours**. v. 161. pp 329-442. Leiden: Martinus Nijhoff, 1978.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **LCIA Arbitration Rules effective 1 October 2014**. London: [s.n.], 2014. Disponível em <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx> Acesso em: 20 jan. 2015.

LOWENFELD, Andreas F. **International economic law**. 2. ed.. New York: Oxford University Press, 2008.

MALMSTROM, Cecilia. **Investment in TTIP and beyond – the path for reform: enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an investment court**. Concept Paper. European Commission. [s.l.:s.n.], May 2015. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> Acesso em: 26 Maio 2015.

MANCIAUX, Sébastien. El consentimiento al arbitraje CIADI fundado en una ley. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.) **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 215-232.

_____. The notion of investment: new controversies. **Journal of World Investment and Trade**, [s.l.], v. 9, n. 6, pp. 443-466, 2008.

MANN, F. A. State contracts and international arbitration. **British Yearbook of International Law**, [s.l.], v. 42, 1967.

MANN, Howard. The right of states to regulate and international investment law. **Expert Meeting on the Development Dimension of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the National and International Context**, Geneva, 6–8 Nov. 2002. Disponível <em http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf>. Acesso em 15 Fev. 2015.

MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. **Journal of World Energy Law and Business**. [s.l.], v. 4, n. 4, p. 332-368, 2011.

- MARTINEZ, Elizabeth A., Understanding the debate over necessity: unanswered questions and future implications of annulments in the argentine gas cases. **Duke Journal of Comparative & International Law**, [s.l.], v. 23, p. 149-186, 2012.
- MAUPIN, Julie A.. Public and private in international investment law: an integrated systems approach. **Virginia Journal of International Law**, [s.l.], v. 52, n. 2, p. 367-435, 2014.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 12. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: Unijuí, 2005.
- MICHAELS, Ralf. Globalization and law: law beyond the state. In: BANAKAR, Reza; TRAVERS, Max (eds.). **Law and Social Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 287-304.
- _____. The mirage of non-state governance. **Utah Law Review**, [s.l.], v. 2010, n.01, p. 31-45, 2010.
- _____. Role and role perceptions of arbitrators. In: MATTLI, Walter; DIETZ, Thomas (eds.). **International arbitration and Global Governance: contending theories and evidence..** New York: Oxford University Press, 2014, p. 47-73.
- MILLS, Alex. Antinomies of public and private at the foundations of international investment law and arbitration. **Journal of International Economic Law**. [s.l.], v. 14, n.02, p. 469-503, 2011.
- MINAVERRY, Cecilia María. **International arbitration as a dispute resolution mechanism: the Argentine case in ICSID**. 2013. Disponível em: <<http://www.becanestorkirchner.org>>. Acesso em: 04 Dez. 2014.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Nota 193 - Acordo Brasil-México de Cooperação e Facilitação de Investimentos - Cidade do México**, 26 de maio de 2015. 28 maio 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9890:acordo-brasil-mexico-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-cidade-do-mexico-26-de-maio-de-2015&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 02 Jun. 2015.
- MIRANDA, Nicholas. Concession agreements from private contract to public policy. **Yale Law Journal**. [s.l.], v. 117, p. 510-549, 2008.
- MONTT, Santiago. **State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the bit generation**. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOSES, Margaret L.. **The principles and practice of international commercial arbitration**. New York: Cambridge University Press, 2008.

NETO, José Cretella. **Curso de direito internacional econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEW YORK CITY BAR. **Report by the committee on international commercial disputes: publication of international arbitration awards and decisions**. New York: [s.n.], Feb. 2014. Disponível em <<http://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072645-PublicationofInternationalArbitrationAwardsandDecisions.pdf>>. Acesso em: 10 Mar. 2015.

NEWCOMBE, Andrew. The boundaries of regulatory expropriation in international law. **ICSID Review - Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 20, n. 01, p.1-57, 2005.

NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT. **Chapter Eleven: Investment. Part five: investment, services and related matters**. Disponível em <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement#A1110>. Acesso em 15 Maio 2014.

NOUSSIA, Kyriaki. **Confidentiality in international commercial arbitration: a comparative analyses of the position under English, US, German and French Law**. Berlin: Springer, 2010.

NUSSBAUM, Arthur. Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the soviet government. **Cornell Law Review**. [s.l.], v. 36, n. 01, p. 31-53, 1950.

OLYNYK, Stephen. A balanced approach to distinguishing between legitimate regulation and indirect expropriation in investor-state arbitration. **International Trade & Business Law Review**, [s.l.], v. 15, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos** (assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 15 Abril 2014.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Convention on the protection of foreign property draft**. Disponível em: <<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=242&InstrumentPID=237&Lang=en&Book=>>> Acesso em: 12 Abril 2015.

PAPARINSKIS, Martis. Analogies and other regimes of international law. In: DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). **The foundations of international investment law: bringing theory into practice**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p.73-108.

PAULSSON, Jan. Arbitration in three dimensions. **International and Comparative Law Quarterly**. [s.l.], v. 60, p. 291-323, Apr. 2011.

_____. International arbitration and the generation of legal norms: treaty arbitration and international law. **ICCA Congress Series**, [s.l.], n. 13, p. 879-889, 2007.

_____. Arbitration unbound: award detached from the law of its country of origin. **International and Comparative Law Quarterly**. [s.l.], v. 30, n. 2, p. 358-387, 1981.

_____. Arbitration without privity, **ICSID Review—Foreign Investment Law Journal**, [s.l.], v. 10, p. 232-257, 1995.

PEACOCK, Nicholas. **Comments on India’s draft Model BIT 2015 for CNBC TV18’s “The Firm”**. 15 abril 2015. Disponível em: <<http://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2015/04/15/head-of-india-arbitration-practice-nick-peacock-comments-on-indias-draft-model-bit-2015-for-cnbc-tv18s-the-firm/>>. Acesso em 20 Abril 2015.

PEARCE, Clyde C.; COE JR, Jack. Arbitration under NAFTA chapter eleven: some pragmatic reflections upon the first case filed against Mexico. **Hastings International and Comparative Law Review**, [s.l.], v. 23, p. 311-344, spring/summer 2000.

PEREIRA, Luís Cezar Ramos. A arbitragem nos contratos internacionais. **Revista dos Tribunais**. [s.l.], v. 572, n. 26, p. 26-31, jun. 1983.

PEREIRA, Ricardo; GOUGH, Orla. Permanent sovereignty over natural resources in the 21st century: natural resource governance and the right to self-determination of indigenous peoples under international law. **Melbourne Journal of International Law**, [s.l.], v. 14, p. 451-495, Mar. 2014.

PETERSON, Luke Eric. **ICSID tribunals convened in Congo mining dispute, Serbian casino case, Tanzanian power plant dispute, and rematch between Sempra and Argentina**. Disponível em: <<http://www.iareporter.com/articles/icsid-tribunals-convened-in-congo-mining-dispute-serbian-casino-case-tanzanian-power-plant-dispute-and-rematch-between-sempra-and-argentina/>>. Acesso em 22 Jan. 2015.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. State sovereignty, popular sovereignty and individual sovereignty. In: SHAN, Wenhua; SIMONS, Penelope; SINGH, Dalvinder (eds.). **Redefining Sovereignty in International Economic Law**, Oxford: Hart Publishing, 2008.

PIERRE-EMMANUEL, Dupont, The notion of ICSID investment: ongoing confusion or emerging synthesis. **Journal of World Investment & Trade**, [s.l.], v. 12, n. 2, pp. 245-272, 2011.

RADI, Yannick. Balancing the public and private in international investment Law. In: WATT, Horatia Muir; ARROYO, Diego P. Fernandez (eds.). **Private international law and global governance**. New York: Oxford University Press, 2014, p. 156-179.

RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009.

REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHSLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (eds.). **The Oxford Handbook of International Investment Law**. New York: Oxford University Press: 2008, p. 407-458.

REISSMAN, W. Michael; SLOANE, Robert D. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation. **British Yearbook of International Law**, [s.l.], v. 75, p. 115-150, 2004.

REISMAN, W. Michael. Harnessing international law to restrain and recapture indigenous spoliations. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 83, p. 56-59, 1989.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: _____. (Coord.). **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014a, p. 127-158.

_____. **Direito do Petróleo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014b.

RIPINSKY, Sergey. Venezuela's withdrawal from ICSID: what it does and does not achieve. **Investment Treaty News**. Disponível em: <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve/#_ftn1>. Acesso em: 10 Jun.2015.

ROBERTS, Anthea. Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 107, n. 1, p. 45-94, Jan. 2013.

_____. Power and persuasion in investment treaty interpretation: the dual role of states. **The American Journal of International Law**, [s.l.], v. 104, n. 2, p. 179-225, Apr. 2010.

ROSENAU, James. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto (org.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: UNB, 2000, p.11-46.

SACERDOTI, Giorgio. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. **Recueil des Cours**. v. 269. Leiden: Martinus Nijhoff, 1997, p. 251-460.

_____. Investment arbitration under ICSID and UNCITRAL rules: prerequisites, applicable law, review of awards. In: **ICSID Review**—foreign investment law journal, [s.l.], v.19, n. 0, p. 01-48. 2004.

SALDARRIAGA, Andrea. Investment Awards and the Rules of Interpretation of the Vienna Convention: Making Room for Improvement. **ICSID Review**. v. 28, n. 1, p. 197-217, 2013

SALACUSE, Jeswald W.; SULLIVAN, Nicholas P., Do BITs really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. **Harvard International Law Journal**, [s.l.], v. 46, p. 67-75, 2005.

SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. **Harvard International Law Journal**, [s.l.], v. 51, p. 427-473, 2010.

SALANTINO, Gregorio. Overview of umbrella clauses. **Business Law International**, [v.l.], v. 13, n.1, p. 13-34, Jan. 2012.

SAMMARTANO, Mauro Rubino. **International Arbitration: law and practice**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: _____. (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHWEBEL, Stephen M. The story of the UN's declaration on permanent sovereignty over natural resources. **American Bar Association Journal**, [s.l.], v. 49, n.5, p. 463-469, May 1963.

SCHILL, Stephan W. Crafting the international economic order: the public function of investment treaty arbitration and its significance for the role of the arbitrator. **Leiden Journal of International Law**, [s.l.], v. 23. p. 401–430. 2010.

_____. Deference in investment treaty arbitration: reconceptualizing the standard of review through comparative public law. **Society of International Economic Law (SIEL)**, [s.l.], 3. ed. Biennial Global Conference, 2012.

_____. Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach. **Virginia Journal of International Law**. [s.l.], v. 52, n. 01, p. 57-102, Nov. 2011a.

_____. **The multilateralization of international investment law**. New York: Cambridge University Press, 2009.

_____. W(h)ither fragmentation? on the literature and sociology of international investment law. **European Journal of International Law**, [s.l.]. v.22, p. 875-908, 2011b.

SCHREUER, Christoph H. **The ICSID convention: a commentary**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

SCHRIJVER, Nico. Permanent Sovereignty over Natural Resources. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. 2010. Disponível em: <http://ilmc.univie.ac.at/uploads/media/PSNR_empil.pdf>. Acesso em: 15 Fev. 2015.

_____. **Sovereignty over natural resources: balancing rights and duties**. 1 ed. 2 imp. New York: Cambridge University Press, 1998.

SCHWEBEL, Stephen M. The overwhelming merits of bilateral investment treaties. **Suffolk Transnational Law Review**, [s.l.], v. 32 n. 2, p. 263-270, June 2009.

SHAN, Wenhua. **China's investment treaty policy - recent changes and future direction**. 15 May 2009, Disponível em: <http://www.bicil.org/files/4252_china%5C's_bit_policy_itf_wen.pdf>. Acesso em: 20 Dez 2014.

SHAWCROSS, Lord H. W. The Problems of Foreign Investment in International Law. **Recueil des Cours**, v. 102, Leiden: Martinus Nijhoff, 1961, p335-364.

SHEFFER, Megan Wells. Bilateral investment treaties: a friend or foe to human rights?. **Denver Journal of International Law and Policy**. Denver, v. 39. n. 3, p. 483-521, June 2011.

SIMMA, Bruno; KILL, Investment Protection and Human Rights. In: BINDER, Christina et al. (ed.). **International Investment Law for the 21st Century: essays in honor of Christoph Schreuer**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 678-707.

SOARES, Guido F. S.. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – vicitudes. **Revista dos Tribunais**, v. 641, [s.l.], p. 29-57, Mar. 1989.

SPADANO, Lucas Eduardo F.A. Arbitragem Internacional. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa; SILVA; Roberto Luiz (org.). **Manual de Direito Processual Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187-210.

STERN Brigitte. Civil society's voice in the settlement of International Economic Disputes, **ICSID review**. [s.l.], v.22, n. 2, p. 280-348, 2007.

STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, Ros Invest Co Uk Ltd. v. Russian Federation, SCC Case No. V079/2005, **Award on Jurisdiction**. Oct. 2007.

SUBEDI, Surya P. **International investment law: reconciling policy and principle**. 2. ed. Portland: Hart Publishing, 2012.

SUDA, Ryan. The effect of bilateral investment treaties on human rights enforcement and realization. In: SCHUTTER, Olivier De (ed.). **Transnational Corporations and Human Rights**. Oxford: Hart Publishing, 2006, p.73-160.

THE ECONOMIST. **If it ain't broke....** The Americas view. Ecuador's oil industry. 29 Nov. 2010. Disponível em: <http://www.economist.com/blogs/americasview/2010/11/ecuadors_oil_industry>. Acesso em 01 Jun. 2015.

THE WALL STREET JOURNAL. **What is a 'windfall' profit?**. Review & Outlook. Disponível em: <<http://www.wsj.com/articles/SB121780636275808495>>. Acesso em: 01 de Jun. 2015.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem Comercial Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. [s.l.], v. 40, p. 253-285, Jan. 2014.

_____. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIENHAARA, Kyla. Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science. In: BROWN, Cherster; MILES, Kate (eds.). Evolution in investment treaty law and arbitration. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 606-627.

TITI, Catharine. **The right to regulate in international investment law**. New York: Nomos/Hart, 2014.

TODAY'S ZAMAN. **Fugitive Turkish businessman to sue Switzerland**. 16 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.todayszaman.com/anasayfa_fugitive-turkish-businessman-to-sue-switzerland_375444.html>. Acesso em: 02 Abril 2015.

TRACHTMAN, Joel P.. **The economic structure of international law**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

TREVINO, Clovis J.. State-to-state investment treaty arbitration and the interplay with investor–state arbitration under the same treaty. **Journal of International Dispute Settlement**, [s.l.], v. 5, p. 199-233, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTRATIONAL TRADE LAW. Chemtura Corp. v. Canada. **Award**. NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 2 Aug. 2010.

_____. CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) Vs. The Czech Republic, **Partial Award**, 13 Sept. 2001, Disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf>>. Acesso em: 03 Fev. 2015.

_____. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention")**. Disponível em <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>. Acesso em 15 Fev 2015

_____. **Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property**. United Nations, 2003.

_____. Glamis Gold, Ltd. v. United States, **Award**. NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. 8 June 2009.

_____. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States. **Separate Opinion (of Thomas Wälde)**, 01 Dec. 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0432.pdf>>. Acesso em 04 Dez. 2014.

_____. **Investor-state dispute settlement: review of developments in 2014**, IIA Issue Note, n. 2, 15 July 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf>. Acesso em 15 Jul. 2015.

_____. Methanex Corporation v. United States of America. **Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits**, 3 Aug. 2005, Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>. Acesso em: 04 Fev. 2014.

_____. National Grid Plc v. The Argentine Republic. **Award**. 03 Nov. 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>>. Acesso em: 04 Mar. 2015.

_____. Pope Talbot Inc. vs Government of Canada. **Award on the merits of phase 2**. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. 10 April 2001. Acesso em: Nov. 2014.

_____. Pope Talbot Inc. vs Government of Canada. **Award in respect of damages.** . Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>. 31 May 2002. Acesso em: 17 Nov. 2014.

_____. Pope Talbot Inc. vs Government of Canada. **Interim Award**, 26 June 2000. Disponível em: www.italaw.com/cases/documents/865>. Acesso em: 17 Nov. 2014.

_____. Pope Talbot Inc. vs Government of Canada. **Letter from presiding arbitrator**. 17 Sept. 2001. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0681.pdf>. Acesso em: 17 Nov. 2014.

_____. Pope Talbot Inc. vs Government of Canada. **Statement of claim under the arbitration rules of the united nations commission on international trade law and the north american free trade agreement**. Disponível em: http://www.uncitral.org/res/transparency-registry/registry/data/pope_talbot_inc_html/pope-03.pdf. Acesso em: 19 Nov. 2014.

_____. Resolutions adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/61/453)] 61/33. **Revised articles of the Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, and the recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958**. [s.l.: s.n.], 2006.

_____. Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 2013 [on the report of the Sixth Committee (A/68/462)] 68/109. **United Nations Commission on International Trade Law Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration and Arbitration Rules (as revised in 2010, with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013)**, [s.l.: s.n.], 2013.

_____. S.D. Myers, Inc. v. Government Of Canada, **Partial Award**. 13 Nov. 2000. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>>. Acesso em: 24 Fev. 2015.

_____. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic. **Partial Award**. 17 Mar. 2006. Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>>. Acesso em: 03 Fev. 2015.

_____. **Status, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)**. [s.l.: s.n.], 2008. Disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em 15 Fev. 2015.

_____. **UNCITRAL arbitration rules (as revised in 2010)**. [s.l.: s.n.], 2010, Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em 13 Jan. 2015.

_____. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006**. [s.l.: s.n.], 2006. Disponível em:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em 13 Jan 2015.

_____. **UNCITRAL Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration** (effective date: 1 April 2014). Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html>. Acesso em: 03 Fev. 2015.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **United nations convention on transparency in treaty-based investor-state arbitration**. New York: United Nations, 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Development and globalization: facts and figures 2012**. Geneva: United Nations Publication, 2012a.

_____. **Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations - 1983 Version**. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891>>. Acesso em 14 abril 2015.

_____. **Expropriation**. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. Geneva: United Nations, 2012b.

_____. **IIA issues notes - recent trends in IIAs and ISDS**. n. 01, Genebra: United Nations, Feb. 2015.

_____. **International investment agreements navigator**, Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em 22 Mar. 2015.

_____. **Key terms and concepts in IIAs: a glossary**. Geneva: United Nations, 2004.

_____. **World investment report 2014 - investing in the sdgs: an action plan**. United Nations Publication, 2014.

_____. **World investment report 2015: reforming international investment governance**. 2015. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2015ch3_en.pdf>. Acesso em: 30 Jun. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **2012 U.S. model bilateral investment treaty**, [s.l: s.n.], 2012, Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>. Acesso em: 13 Fev. 2014.

_____. **Treaty between the government of the united states of america and the government of [country] concerning the encouragement and reciprocal protection of investment – 2004 Model BIT**, [s.l: s.n.], 2004. Disponível em: <<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>. Acesso em: 13 Fev. 2014.

_____. **Argentina bilateral investment treaty**. Signed November 14, 1991; Entered into Force October 20, 1994. Disponível em: <<http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>>. Acesso em: 14 Maio de 2014.

VAN HARTEN, Gus. **Investment treaty arbitration and public law**. Oxford Monographs in International Law. New York: Oxford University Press, 2007.

_____.; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. **European Journal of International Law**, [s.l.], v.17, p. 121-150, 2006.

VANDEVELDE, Kenneth J., A brief history of international investment agreements. **U.C. Davis Journal of International Law & Policy**, [s.l.], v. 32, p. 157-194, fall 2005

VICUÑA, Francisco Orrego. The challenges of globalization for international economic law: new issues. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, Belo Horizonte: Centro de Estudos de Direito Internacional, v.1, n.1, p. 190-241, 2006.

_____. Of contracts and treaties in the global market. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. [s.l.], v.8, p. 341-357, 2004.

_____. Regulatory authority and legitimate expectations: balancing the rights of the state and the individual under international law in a global society. **International Law FORUM du droit international**, [s.l.], v.5, n.3, p. 188-187, Aug. 2003.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). **Direito internacional dos investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-44.

WAEDELDE, Thomas. The specific nature of investment arbitration. In: KAHN, Philippe; _____. (eds.). **New Aspects of International Investment Law**. The Hague Academy of International Law. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2007, p. 42-120.

WAGNER, Markus. Regulatory space in international trade law and international investment law. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, [s.l.], v. 36, n.01, p. 1-87, 2015.

WAIBEL, Michael; WU, Yanhui. **Are Arbitrators Political?** 2012. Disponível em: <<http://www.wipol.unibonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12>>. Acesso em 20 Jan. 2015.

WATT, Horatia Muir. **Private international law as global governance: beyond the schize, from closet to planet**. 2011. Disponível em <http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1>. Acesso em: 27 Abril 2014.

WESTON, Burns H.. The charter of economic rights and duties of states and the deprivation of foreign-owned wealth. **American Journal of International Law**, [s.l.], v. 75. P. 437-477, July 1981.

WORLD TRADE ORGANIZATION, **General agreement on trades and tariffs**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_02_e.htm>. Acesso em: 10 Oct. 2014.

ZHANG, Sheng. **The China-United States BIT negotiations: a chinese perspective**. Columbia FDI Perspectives: perspectives on topical foreign direct investment issues by the

vale columbia center on sustainable international investment. [s.l.], n. 112, 6 Jan. 2014.
Disponível em: <http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_No112.pdf>. Acesso em: 15 Jan. 2015.