UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

MARIA ABRAMO CALDEIRA BRANT

Proteção ao investidor versus espaço político dos Estados:
um estudo sobre as controvérsias relativas a medidas estatais de interesse público
nos tribunais de arbitragem internacional entre 1987 e 2019

São Paulo

2020

MARIA ABRAMO CALDEIRA BRANT

Proteção ao investidor versus espaço político dos Estados:
um estudo sobre as controvérsias relativas a medidas estatais de interesse público
nos tribunais de arbitragem internacional entre 1987 e 2019

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Ciências.

Orientadora: Profa. Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura

VERSÃO CORRIGIDA

A versão original se encontra disponível na biblioteca do
Instituto de Relações Internacionais

São Paulo

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na publicação
Seção Técnica de Biblioteca
Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo

Brant, Maria Abramo Caldeira

Proteção ao investidor vs. espaço político dos Estados: um estudo sobre as controvérsias relativas a medidas estatais de interesse público nos tribunais de arbitragem internacional entre 1987 e 2019 / Maria Abramo Caldeira Brant ; orientadora: Deisy de Freitas Lima Ventura. -- São Paulo, 2020.

140 p.

Tese (Doutorado) – Instituto de Relações Internacionais. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

1. Mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado (ISDS)
2. Tratados bilaterais 3. Tratados internacionais de investimento 4. Espaço político 5. Direitos humanos I. Ventura, Deisy de Freitas Lima, orient. II. Título.

CDD – 341.163

Responsável: Giseli Adornato de Aguiar - CRB-8/6813

Agradecimentos

Agradeço em primeiro lugar à minha orientadora, Deisy Ventura, pela disposição em me acolher, a compreensão quanto aos percalços ao longo do caminho e o rigor de sua leitura.

Meu muito obrigada também à minha banca de qualificação, formada pelos professores Michelle Ratton Sanchez Badin e Yi Shin Tang, pelas observações cruciais ao desenvolvimento da pesquisa; assim como a Danielle Hanna Rached, Guilherme Assis de Almeida e Manoela Roland, que estiveram em minha banca de defesa, pela leitura atenta e generosa deste trabalho e pelo estímulo a seguir adiante.

Sou grata ainda à CAPES, pela bolsa que me permitiu me dedicar integralmente à tese na etapa final da pesquisa.

Tão fundamental quanto o suporte acadêmico que tive foi aquele que recebi e recebo da minha família, meus amigos e meus companheiros de militância, que formam o tecido da minha vida, a minha rede de apoio, sem a qual não haveria a menor possibilidade de eu levar adiante este trabalho.

Agradeço ao Gonzalo, pelo empurrão inicial e por chamar a minha atenção pela primeira vez para o tema que acabou se tornando o foco desta pesquisa. E à Fernanda, por ser minha guia desde os primórdios até o finalzinho desta viagem. Muito obrigada também aos compas do Vigência pela militância sin perder la ternura jamás. À Tania e à Renata, por ganhar e compartilhar o pão. Ao nosso kibutz laico, especialmente ao Marco e à Eliana, à Andrea e ao Ale, ao Caio e à Marta, à Clarissa e ao Ivan, e a tantas e tantos outros que criam nossos filhos conosco – e à Edna, por também ajudar a co-pilotar a nave-mãe. Às minhas irmãs, Alice e Joana, por me dar a mão. Muito obrigada ainda ao Aui e à Clarice, pela sombra do abacateiro quando eu mais precisava; ao Alceu, pelo apoio, a presença e as folhas secas; ao Arthur, por compartilhar as angústias e saber sempre transformá-las em risada; à Bianca, pelo esteio quando eu bambeeie e a promessa (cumprida!) da praça.

Sou também grata aos meus pais e avós pela indignação congênita que me impele. À Mamãe, agradeço também pelo alecrim, e ao Papai, pelo sarrafo alto.

Agradeço especialmente ao Gustavo, companheiro de vida, por sempre segurar todas as pontas, em todos os fronts, para que eu seja o que inventar de ser, e à Isadora e ao Martin, meus sóis, pela luz – e pelas interrupções (raras, mas resplandecentes).

Resumo

Brant, Maria A.C. (2020) Proteção ao investidor versus espaço político dos Estados: um estudo sobre as controvérsias relativas a medidas estatais de interesse público nos tribunais de arbitragem internacional entre 1987 e 2019 (Tese de Doutorado). Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo

O presente estudo teve como objetivo examinar se e de que forma controvérsias iniciadas por investidores contra Estados em tribunais de arbitragem no âmbito de acordos internacionais de investimento restringiram a capacidade ou a disponibilidade de Estados para tomar medidas com o objetivo de salvaguardar direitos de seus cidadãos. Para tanto, analisamos todas as 1.023 controvérsias iniciadas entre 1987 e 2019 elencadas na base de dados da UNCTAD para identificar casos disparados por a tentativas do Estado de proteger direitos codificados em tratados internacionais. Encontramos 72 casos em que empresas acionaram países por implementação de leis e normas relativas a tentativas do Estado de proteger o direito à saúde, o direito à água, os direitos dos povos indígenas e o direito a um meio ambiente limpo. Concluímos que, na maior parte dos casos, a controvérsia restringiu a capacidade do Estado de legislar em matéria de interesse público, seja ao obrigar o país a ressarcir o investidor financeiramente, seja ao fazê-lo recuar na implementação ou na proposição de medidas para salvaguardar direitos – causando o chamado “resfriamento” ou constrangimento regulatório. Concluímos que o maior efeito “resfriador” das controvérsias possivelmente advenha da imprevisibilidade quanto aos desfechos dos processos, decorrente de diversas características do regime de proteção ao investidor, entre elas a disparidade de critérios de definição da expropriação indireta, assim como de métodos de cálculo dos valores de indenização quando esta é constatada. Finalmente, analisamos os diferentes processos de reforma dos mecanismos de ISDSs em curso e concluímos que as reformas modificam algumas das características identificadas acima, mas não são suficientes para salvaguardar o dever dos Estados de agir para defender os direitos individuais e coletivos de seus cidadãos.

Palavras-chave: Relações Internacionais. Mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado. Acordos internacionais de investimento. Direitos humanos. Direitos ambientais. Direito à saúde.

Abstract

Brant, Maria A.C. (2020) Investor protection vs. States' policy space: a study on the ISDS disputes triggered by public interest measures between 1987 and 2019 (PhD. Thesis). Institute of International Relations, University of São Paulo, Brazil

The present study aimed to examine whether and how disputes initiated by investors against States in arbitration tribunals under international investment agreements restricted the ability or the disposition of States to legislate to safeguard their citizens' rights. To this end, we analyzed all investor-State disputes initiated between 1987 and 2019 listed in the UNCTAD database to identify those that were triggered by State attempts to legislate to protect rights codified in international treaties. We found 72 disputes, concerning the right to health, the right to water, the rights of indigenous peoples and the right to a clean environment. We concluded that, in most cases, disputes have indeed restricted the States' ability to legislate in the public interest, either by making the country compensate the investor financially or withdraw measures to safeguard rights – causing the so-called “regulatory chill” effect. We conclude that, possibly, the greatest chilling factor is caused by the unpredictability of outcomes, which results from several traits of the investor protection regime, including the disparity of criteria for defining indirect expropriation, as well as the divergence in methods to calculate compensation when it is found by arbitral tribunals. Finally, we analyze the different ongoing ISDS reform processes and conclude that they do address some of the traits identified above, but the changes they intend to achieve, mostly regarding procedural aspects of the investment protection regime, are not sufficient to safeguard the duty of States to act to promote and protect their citizens' individual and collective rights.

Keywords: ISDS. International investment agreements. Regulatory chill. Human rights. Environmental rights. Right to health.

Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract	6
Introdução	10
1. O regime de proteção ao investidor	24
1.1 – Os <i>standards</i> de proteção ao investidor	24
1.2 – Procedimentos de resolução de controvérsias investidor-Estado	32
Mecanismos Complementares do CIADI	40
2. Efeitos das controvérsias investidor-Estado na capacidade dos Estados de legislar para salvaguardar direitos: um estudo dos casos transcorridos em tribunais de arbitragem entre 1987 e 2020	45
2.1 – Principais achados	46
Casos decididos, total e por tema	47
Resultados dos casos	49
Resultados por tema	50
Tratados invocados para iniciar controvérsias	51
Mecanismo de resolução de controvérsias investidor-Estado utilizado	51
Montantes demandados e outorgados	52
Países mais acionados e países mais demandantes	53
Alegações dos investidores	56
Tipo de ação estatal que deu origem à controvérsia	63
2.2 – Formas pelas quais as controvérsias interferiram em tentativas de Estados legislarem em matérias de interesse público	80
Exigência de ressarcimento	80
Anulação de leis ou normas em vigor	81

Inibição na proposição de novas leis (efeito “resfriador”)	82
2.3 – Conclusões	85
3. Tentativas recentes de reformar tratados bilaterais de investimento e o sistema de solução de controvérsias investidor-Estado	88
3.1 – Revisão e cancelamento de tratados por Estados	88
3.2 – Novos tratados	91
3.2.1 - Tratados-modelo	91
3.2.2 - Novos TBIs	91
3.3 – Reformas em tratados multilaterais	94
3.3.1 – Transição do NAFTA para o USMCA	94
3.3.2 - Acordo da Carta da Energia	95
3.4 - Novos modelos de ISDS	95
3.4.1 – O Sistema de Tribunal Internacional (ICS) e o Tribunal Multilateral de Investimentos (MIC), da União Europeia	95
3.4.2 – Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil	99
3.5 - Tentativas de reforma do sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado	103
3.5.1 – A reforma das Regras de Arbitragem da UNCITRAL	103
3.5.2 – Reforma das Regras de Arbitragem do CIADI	105
3.6 – Potencial das reformas para reduzir as assimetrias e o potencial “resfriador” dos TBIs e ISDSs	107
3.7 - Conclusões	111
4. Conclusão	114
Considerações finais	117
Referências	118

Convenções, resoluções e declarações da ONU e outras organizações internacionais	132
Casos e sentenças citados	133
Anexo I – Tabela de casos selecionados	142

Introdução

O papel dos chamados “grupos de interesse”, incluindo empresas e associações empresariais, no desenho e implementação de políticas públicas é objeto de interesse das ciências sociais há pelo menos quatro décadas. Marxistas apontam para o que chamam de *poder estrutural* das elites econômicas, tanto por sua dominação ideológica – ou seja, seu poder de neutralizar ideias contrárias a seus interesses (por exemplo, Poulantzas, 1973; e Miliband, 1969) – quanto por seu poder econômico. Segundo Przeworski e Wallestein (1988), por terem o poder de decidir aumentar ou reduzir seu investimento, criar ou reduzir empregos e determinar outros fatores cruciais para o desempenho das economias nacionais, empresários não precisam agir para ter seus interesses defendidos por governantes temerosos dos efeitos eleitorais da retração econômica (Farnsworth, 2007). Também os teóricos pluralistas, que descreviam o sistema democrático como uma poliarquia de diferentes grupos competindo cada um por seus próprios interesses (Dahl, 1973) admitiram as empresas como grupos particularmente aptos a exercer pressão política sobre os governos, principalmente por terem mais recursos para tanto (Dahl e Lindblom, 1976; Lindblom, 1977).

Pesquisadores da área da economia também se dedicaram, desde Stigler (1971), a mapear os fatores que levam reguladores, supostamente guiados pelo interesse público, a desenhar e implementar normas favoráveis ao setor que deveriam regular. O foco da literatura sobre a chamada *captura regulatória* tem sido o mapeamento de incentivos e desincentivos para a captura dos reguladores e legisladores em âmbito doméstico, baseando-se na teoria da escolha racional (para um resumo das principais contribuições, ver Dal Bó, 2006).

Nem todas as empresas, contudo, detêm poder estrutural suficiente para determinar as ações de governos em todos os setores. A pressão de outros grupos de interesse, tais como sindicatos, associações ambientalistas e outras, poderia contribuir para que governos decidam regular *certas* atividades empresariais. Caso sejam objeto de regulações que limitem sua atuação, empresários podem passar então a se engajar *ativamente* para influenciar o desenho e a implementação de políticas – seja por meio de lobby, financiamento de campanhas políticas, apoio a *think tanks*, cientistas ou institutos de pesquisa que contribuem

para a definição de agendas e *issues*, participação institucional em conselhos etc. (Farnsworth e Holden, 2006).

Nos últimos 30 anos, surgiram diversos novos grupos de interesse, tais como empresas transnacionais, organizações sociais internacionais e outras. O grande aumento no fluxo de capitais, bens e serviços – a chamada globalização econômica – também adicionou novas dimensões à questão da captura ao reduzir o espaço político (*policy space*) de que dispõem os países para legislar¹. Em primeiro lugar, a crescente mobilidade do capital e consequente competição por investimentos aumentou o poder estrutural do capital privado ao fazer com que grupos de investidores ganhassem o que Strange (1997) chamou de “autoridade para recompensar ou punir” políticas econômicas de países por sua simples capacidade de mover fábricas ou recursos de um país para outro. Quando regulações em nome do bem público são percebidas por governantes ou legisladores – ou apontadas por governos estrangeiros – como prejudiciais a esse “ambiente favorável” ou à competitividade do país nos mercados internacionais, elas podem ser abandonadas ou amenizadas, sendo o poder estrutural das empresas tão maior quanto a dependência desses governos de investimentos estrangeiros ou da exportação de poucas variedades de matérias-primas ou commodities (Farnsworth e Holden, 2006).

A redução do espaço político dos Estados ocorre ainda pela adesão voluntária dos países a tratados e códigos internacionais que exigem harmonização – ou seja, a adaptação da legislação internacional às normas internacionais – e pela atuação de outros atores transnacionais, que os constroem a legislar (ou a não legislar) sobre determinadas matérias, por vias jurídicas ou outras formas de pressão (Held e MacGrew, 2002; Rosenau, 2000; Pattberg, 2004; UNCTAD, 2004).

Do ponto de vista da atuação política das empresas, se, por um lado, algumas possibilidades presentes nos processos regulatórios nacionais, tais como o financiamento de campanhas políticas, não estão disponíveis na esfera de atuação internacional das

¹ O conceito de *policy space* apareceu pela primeira vez no início dos anos 2000 em documentos da UNCTAD e foi definido pela organização no Consenso de São Paulo, de 2004, como “o escopo para políticas nacionais, especialmente nas áreas de desenvolvimento comercial, industrial e de investimento”, que pode ser constrito por “disciplinas e compromissos internacionais e por considerações relativas ao mercado global”.

corporações, o regime de governança global atual oferece algumas oportunidades adicionais de influência, sendo algumas das principais obtidas por meio de acordos de investimento e de comércio – multilaterais, regionais ou bilaterais. No campo *normativo*, por exemplo, empresas procuram influenciar o desenho dos acordos de comércio ou investimento junto aos governos dos países onde estão sediadas de forma a favorecer sua própria atuação, seja por meio de cláusulas que retirem restrições ao comércio, seja pela inserção de regras de proteção à propriedade intelectual ou ao investimento. A obrigação das partes de “harmonizar” sua legislação ao acordo compele os outros países signatários a legislar ou deixar de legislar de forma a acomodar os princípios contidos nessas cláusulas.

A obrigação de harmonização gera conflitos normativos quando as cláusulas contidas em acordos de comércio ou investimento contradizem instrumentos internacionais, tais como os pactos de direitos humanos ou tratados sanitários ou ambientais (Ventura, 2011). Os instrumentos de que dispõem os Estados para gerir esses conflitos dependem do modelo de acordo em questão. No âmbito multilateral, a pressão de outros grupos de interesse pode dar munção aos Estados para que consigam mudar as normas que reduzem seu espaço político. A entrada em vigor do TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) – resultado de anos de lobby do Comitê para a Propriedade Intelectual (IPC), um grupo de empresas farmacêuticas, tecnológicas, de entretenimento e outras – por exemplo, reduziu a capacidade dos Estados de assegurar o direito à saúde de seus cidadãos, especialmente por elevar o preço dos medicamentos e impedir o licenciamento compulsório de drogas necessárias para combater epidemias e outras emergências sanitárias. Nesse caso, a atuação de organizações da sociedade civil foi fundamental para municiar os países que defendiam a inclusão de exceções ao TRIPS no que diz respeito a seu dever de prover tratamento a seus cidadãos e, consequentemente, para garantir a aprovação da Declaração de Doha (Hoen, 2009). No caso de acordos regionais e bilaterais, não regidos por instituições multilaterais, a capacidade dos Estados de negociar cláusulas depende majoritariamente de seu poder econômico. Além disso, a oportunidade para a atuação de outros grupos de interesse que não as empresas é muito reduzida, pois os termos dos acordos são negociados em sigilo. Esse problema é ampliado no caso de acordos regionais, nos quais é necessário obter a anuência de todos os signatários para mudar as cláusulas. No caso do TPP, ou Parceria Transpacífica, acordo envolvendo 12 países que representam 40% da economia mundial, o texto do acordo foi

mantido em segredo durante toda a fase de negociação, sendo que apenas congressistas com autorização especial de segurança (*security clearance*) podiam ler o texto, numa sala reservada, sem poder tomar notas, copiar o texto ou divulgar o que leram. A única fonte de informações sobre o TPP antes de seu anúncio oficial foi o Wikileaks, que publicou trechos sobre as cláusulas de proteção à propriedade intelectual. O texto do TTIP, Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento, entre EUA e União Europeia, foi mantido em sigilo durante todo o período de negociações – agora paralisadas -, mas a organização Corporate Europe Observatory, por meio de pedidos via leis de acesso à informação, descobriu que, entre janeiro de 2012 e fevereiro de 2014, o departamento de comércio da Comissão Europeia, principal negociador pelo lado europeu, teve 528 reuniões a portas fechadas com representantes de empresas privadas e apenas 53 com grupos de interesse público como sindicatos e grupos de defesa do consumidor (Corporate Europe Observatory, 2015).

Empresas também interferem na capacidade regulatória dos países pela via *litigiosa*. Quando há “falhas de harmonização” – ou seja, quando um país aprova leis que sejam contraditórias com determinados termos dos acordos – ou quando um governo implementa políticas que outro(s) país(es) signatário(s) julguem violar as cláusulas do acordo, países podem ser acionados em órgãos de solução de controvérsias, tais como tribunais de arbitragem, e condenados a pagar multas ou a chegar a acordos que incluem o ajuste de sua legislação.

A oportunidade de empresas influírem na política dos Estados pela via litigiosa também é ampliada pelos acordos bilaterais e regionais de investimento. Enquanto na OMC a resolução de conflitos se dá por meio de processos movidos exclusivamente por Estados contra Estados em seu sistema de solução de controvérsias, a maioria dos acordos de investimento regionais e bilaterais inclui hoje mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado – ou ISDSs, na sigla em inglês -, que permitem a empresas mover processos contra Estados sem a necessidade de obter anuência dos governos dos países onde estão sediadas.

Breve histórico da proteção internacional aos investimentos

O primeiro acordo bilateral de investimento nos modelos atuais foi assinado em 1959 entre Alemanha e Paquistão, mas o recurso à arbitragem para resolver controvérsias

envolvendo investidores estrangeiros e Estados teve início no século XIX. O modelo típico dos tribunais da época era o adotado entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos para resolver as controvérsias de seus respectivos cidadãos depois Guerra da Independência: dois árbitros nomeados por cada parte e um quinto por consenso dos quatro ou por sorteio a partir de nomes indicados pelas partes (Vandavelde, 2010). Entre 1840 e 1940, mais de 60 tribunais desse tipo foram montados para resolver controvérsias relativas a investidores estrangeiros. A maior parte dos casos tinha a Grã-Bretanha e os Estados Unidos como reclamante e a Venezuela e o México como réus (Miles, 2013).

Em 1899, a Convenção para a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais estabeleceu uma Corte Permanente de Arbitragem em Haia, incluindo alguns mecanismos de arbitragem, e, entre 1900 e 1914, mais de 120 tratados bilaterais de arbitragem foram assinados entre países. Entre os princípios ou *standards* mais comumente presentes nesses tratados estavam o de sonegação de justiça (*denial of justice*), que, na época, incluía ações que hoje poderiam ser classificadas como expropriação; assim como o que hoje chamamos de tratamento nacional (*national treatment*), a obrigação de tratar investidores estrangeiros da mesma forma que investidores domésticos ou, caso a legislação nacional fosse considerada inferior aos padrões do direito internacional, de acordo com as normas internacionais (obrigação do padrão mínimo de tratamento, ou *minimum standard of treatment*). Essas obrigações, porém, encontraram resistência entre alguns países, principalmente na América Latina, que se opunham a conceder proteção maior a investidores estrangeiros do que a nacionais. Esses países frequentemente invocavam a chamada doutrina Calvo: princípios formulados pelo jurista argentino Carlos Calvo, segundo os quais investidores estrangeiros não deveriam ter direito a um tratamento melhor do que investidores locais, controvérsias entre investidores e Estado deveriam ser resolvidas em tribunais domésticos do Estado em questão e Estados não tinham direito a intervir militarmente nem diplomaticamente por conflitos gerados por expropriações (Vandavelde, 2010; Johnson & Gimblett, 2011).

Em 1919, o Tratado de Versalhes estabeleceu Tribunais Mistos de Arbitragem entre a Alemanha e diversos outros países. Durante os anos 1920, foram expedidas diversas sentenças tratando de expropriações de propriedade estrangeira – tanto a partir de tratados bilaterais quanto dos tribunais estabelecidos pelo Tratado de Versalhes e da Corte Permanente de Arbitragem – convergindo em alguns princípios. As sentenças não questionavam

o direito dos Estado de expropriar bens para fins públicos, principalmente aqueles relacionados à segurança, mas afirmavam que a parte expropriada deveria ser indenizada, geralmente pelo “valor justo de mercado”, sendo que, em alguns casos, tais como os de expropriações consideradas discriminatórias, os investidores poderiam ter direito a indenizações maiores (Johnson & Gimblett, 2011). Uma sentença em particular, referente ao chamado caso da Fábrica de Chorzów, porém, que viria a ser citada em muitas outras decisões até os dias de hoje, afirmava que investidores estrangeiros sujeitos à expropriação ilegal tinham direito à restituição de seus bens ou, caso isso não fosse possível, à “reparação integral pelo dano causado”, de forma a “restabelecer a situação que, com toda probabilidade, existiria se tal ato não tivesse sido cometido” (Chorzów Factory Case, 1928, p. 47).

Outro caso importante foi o que a mineradora britânica Lena Goldfields moveu contra a União Soviética. Sua importância se deve ao fato de ter sido um dos primeiros casos em que o investidor – e não o Estado, em seu nome – abriu um processo contra um Estado num tribunal de arbitragem. Isso foi possível porque o contrato de concessão entre a empresa britânica e o governo soviético previa a constituição de um tribunal de arbitragem para resolver controvérsias entre as partes (Nussbaum, 1950). O Tratado de Versalhes também reconheceu o direito de indivíduos que fossem cidadãos dos países signatários de usar a arbitragem para fazer valer seus direitos diante de outros Estados (Treaty of Peace with Germany, 1919).

O caso Lena foi uma das muitas controvérsias geradas pela nacionalização de empresas que exploravam recursos naturais ou por programas de reforma agrária promovidos na União Soviética e outros países do Leste Europeu, assim como no México. Essas controvérsias desenvolveram-se de formas distintas. No caso Lena Goldfields, a União Soviética foi condenada a pagar 8,5 milhões de libras à empresa, mas o país nunca reconheceu a dívida. No caso do México, o Estado reconheceu que deveria indenizar os antigos proprietários das terras expropriadas, mas que deveria fazê-lo de acordo com o que determinava sua própria legislação. A resposta fornecida pelo secretário de Estado norte-americano, Cordell Hull, foi a de que o direito internacional garantia que nenhum país tinha o direito de expropriar bens privados, para qualquer fim, sem oferecer uma compensação “imediata, adequada e efetiva” – formulação que viria a ficar conhecida como a doutrina ou princípio de Hull (Hull, 1928).

Mas a maior parte das expropriações promovidas pelos Estados comunistas não foi levada a tribunais de arbitragem e sim resolvida por meio de acordos entre os Estados em que os países expropriadores pagavam uma quantia fechada (*lump-sum*) ao país dos donos das empresas nacionalizadas, que, então, distribuía essa quantia entre os reclamantes. Esta também foi a via mais utilizada para lidar com as nacionalizações ocorridas durante o movimento de descolonização de países da África e Ásia a partir da década de 1940 (Dolzer, 1981).

O caso mais proeminente de arbitragem do período que vai do pós-Segunda Guerra até a queda do Muro de Berlim talvez tenha sido o estabelecimento dos tribunais entre os Estados Unidos e o Irã para resolver as expropriações de bens e investimentos norte-americanos realizadas no âmbito da revolução iraniana de 1979. Ainda neste caso, as partes eram os Estados, mas foi neste período que cláusulas de proteção ao investidor começaram a ser inseridas nos tratados de comércio entre países – os chamados tratados de Amizade, Comércio e Navegação. Essas cláusulas proibiam a expropriação sem compensação e permitiam a investidores resolver diretamente suas controvérsias com Estados em tribunais de arbitragem (Caron, 1990).

Nos órgãos multilaterais, no entanto, o princípio de que países tinham a obrigação de indenizar investidores estrangeiros por expropriações não era consensual (Lillich, 2011). Em 1962, uma controvérsia entre Estados Unidos e União Soviética acabou tornando vago o texto da Resolução sobre a Soberania Permanente sobre Recursos Naturais. A resolução determinava que os Estados tinham o direito de expropriar interesses de entes privados em seus recursos naturais mediante “compensação apropriada”, sem definir o que significava isso. Em 1974, a Declaração sobre o Estabelecimento de uma Nova Ordem Mundial (Resolução 3201) afirmou que os Estados tinham o direito de nacionalização ou transferência de propriedade de seus recursos naturais em nome do interesse de seus cidadãos, e que nenhum Estado poderia ser sujeito a nenhuma coerção política ou de qualquer outro tipo para impedir o exercício livre e integral desse direito inalienável, sem mencionar a necessidade de compensação (UNCTAD, 2000).

A resolução, contudo, não impediu que investidores invocassem a obrigatoriedade de compensação por atos de expropriação em tribunais de arbitragem previstos em acordos de concessão ou tratados bilaterais de Amizade, Comércio e Navegação nos anos que se seguiram. Além dos já mencionados casos Irã-EUA, cujos árbitros ignoraram a resolução

de 1974, uma série de casos abertos em decorrência da nacionalização ou do encerramento unilateral de contratos de concessão de petróleo em Estados do Oriente Médio e na Líbia no final dos anos 1970 e na década de 1980 apoiaram-se em cláusulas contratuais ou no direito consuetudinário internacional para determinar que os Estados tinham obrigação de compensar integralmente os investidores estrangeiros (Johnson & Gimblett, 2011).

Após o final da Guerra Fria, os fluxos de investimento estrangeiro para países em desenvolvimento aumentaram significativamente – de menos de US\$ 40 bilhões anuais em 1989 para US\$ 200 bilhões em 1999, chegando a mais de US\$ 600 bilhões em 2008. Na década seguinte, o investimento direto em economias em desenvolvimento continuou crescendo, mas bem mais lentamente – chegando a US\$ 706 bilhões em 2018 (UNCTAD, 2019). O crescimento em investimentos direto a partir da década de 1990 - parte da intensificação do processo de abertura de mercados e privatização de bens públicos conhecido como globalização - e o subsequente enfraquecimento dos mecanismos multilaterais de resolução de conflitos, especialmente a partir do fracasso da rodada de Doha, coincidem com a proliferação de TBIS e de controvérsias entre investidores e Estados, especialmente a partir dos anos 2000. Alguns autores atribuem o crescimento na assinatura de TBIs à necessidade dos países em desenvolvimento de atrair investimentos estrangeiros – e da competição entre esses países por recursos, como mencionamos acima -, por um lado, e à necessidade de investidores de obter certas garantias antes de investir em países em desenvolvimento, especialmente naqueles considerados “politicamente voláteis”, especialmente diante da falta de respostas multilaterais consensuais (Vandeveld, 2016).

Hoje, há 2.654 acordos internacionais de investimento em vigor, incluindo tratados bilaterais de investimento (TBIs) e outros acordos com cláusulas de proteção ao investidor (TIPs) (UNCTAD, 2020). Acompanhando essa tendência, também cresceu nos últimos 20 anos o número de controvérsias investidor-Estado abertas com base nessas cláusulas. De um total de 43 casos na década de 1990 inteira – ou uma média de pouco mais de quatro controvérsias por ano -, o número de processos passou para uma média anual de 33 casos na década de 2000, cifra que subiu para 65 na década de 2010, com um pico de 86 controvérsias em 2015 (UNCTAD, 2020).

A vulnerabilidade dos Estados aos ISDSs

Nos últimos anos – e particularmente na última década e meia – empresas têm utilizado cláusulas de proteção ao investimento e à propriedade intelectual para contestar não apenas expropriações diretas de seus bens, mas também regulamentações sanitárias e ambientais que veem como prejudiciais aos seus negócios. A Philip Morris, por exemplo, propôs em 2010 ações contra os governos do Uruguai e da Austrália quando esses países aumentaram o tamanho das advertências de saúde em maços de cigarros, alegando que constituem expropriação de sua propriedade intelectual (sua marca) e que violam cláusulas de proteção ao investimento incluídas em acordos bilaterais com a Suíça e Hong Kong, respectivamente. Na Europa, a empresa sueca de energia Vattenfall está processando a Alemanha num tribunal de arbitragem – e pedindo € 3,7 bilhões de indenização – por ter decidido acabar com suas usinas de energia nuclear após o acidente de 2011 em Fukushima para proteger a saúde pública. Como veremos mais adiante, tal montante representa metade do orçamento da Alemanha destinado à ajuda ao desenvolvimento. Seguradoras de saúde demandaram judicialmente contra a Polônia e a Eslováquia quando elas decidiram retroceder em tentativas de abrir seus sistemas de saúde ao mercado privado. No Canadá, a empresa petrolífera americana Lone Pine processou o governo do Québec por ter imposto uma moratória à prática de faturamento hidráulico (*fracking*) por razões ambientais. Vinte mineradoras já abriram controvérsias contra Estados por ter licenças ambientais revogadas ou negadas. Examinaremos esses casos em detalhe no Capítulo 2.

Além de obrigar países a retroceder em tentativas de regulamentação que prejudiquem a atuação de empresas, a arbitragem tem reduzido o espaço político dos países por seu caráter inibidor ou constrangedor. Sustenta-se que a simples ameaça por parte de empresas de recorrer à arbitragem ou a percepção de que uma empresa recorrerá à arbitragem pode fazer com que países deixem de regular ou amenizem normas, num fenômeno chamado por alguns autores de “resfriamento” ou constrangimento regulatório (*regulatory chill*) (Tienhaara, 2011b). Após a abertura do processo da Philip Morris contra o governo da Austrália, por exemplo, a Nova Zelândia adiou a decisão de proibir marcas em maços de cigarros (Armitage, 2014). O Canadá desistiu de instituir uma lei semelhante quando empresas tabagistas americanas ameaçaram processar o governo pela “expropriação” de sua propriedade intelectual – ou seja, sua marca – sob o NAFTA (Labonte, 2003). A Namíbia aprovou uma lei antitabaco em 2010, mas reluta em regulamentar a matéria após ser ameaçada de processos (Tavernise, 2013).

Com o crescimento do número de tratados e de controvérsias, multiplicaram-se também os estudos de caso procurando identificar efeitos da proliferação de tratados no fluxo de investimentos entre países, com resultados díspares (por exemplo, Neumayer & Spess, 2005; Egger & Pfaffermayr, 2004; Aisbett, Busse & Nunnenkamp, 2016). Além disso, algumas organizações da sociedade civil e pesquisadores – especialmente de países que foram alvos de controvérsias investidor-Estado – vêm se debruçando na última década e meia sobre os desdobramentos dessa explosão de tratados e controvérsias e seu potencial de constranger o “espaço político”, ou a margem de discricionariedade, do Estado para legislar em matéria de interesse público. Alguns estudos concentraram-se nos efeitos de determinados processos em determinados países particularmente afetados por controvérsias investidor-Estado, tais como Argentina e Indonésia (por ex, Burke-White, 2008 e Gross, 2003), ou sob determinado acordo, tal como o NAFTA (Yee, 2002), ou ainda sobre a capacidade dos Estados de legislar sobre determinado tema, consistindo principalmente de análises jurídicas sobre os conflitos entre as doutrinas dos investimentos e a legislação ambiental ou a proteção internacional dos direitos humanos (por exemplo, Pattberg, 2004; Tienhaara, 2006; Dupuy, 2009; Gordon & Pohl, 2011; Simma, 2011; e Levashova, 2020). Na área da saúde, apesar da existência de um número significativo de estudos sobre as estratégias de empresas farmacêuticas na esfera internacional, estudos aprofundados sobre os impactos dos acordos sobre a capacidade dos Estados de regular em matéria de saúde pública são raros, destacando-se as pesquisas de Koivusalo (ver, por exemplo, 2010, 2014, 2015a; 2015b) e Drahos (Drahos et. al, 2004; Walls, Smith e Drahos, 2015), ambas as quais concentram-se no conflito entre mecanismos de defesa da propriedade intelectual e o dever de provisão de tratamento pelos Estados. Em 2014, Ottersen et al. publicaram um relatório sobre o que chamaram de “determinantes políticos de saúde globais”, definidos como “as normas, políticas e práticas transnacionais que advém de interações políticas em todos os setores que afetam a saúde”. O relatório foi resultado de anos de pesquisa de um grupo de acadêmicos – a chamada Comissão *The Lancet* –Universidade de Oslo sobre Governança Global para a Saúde – e destacou sete áreas nas quais a política global contribui para desigualdades em saúde: políticas de austeridade, o regime de propriedade intelectual, tratados de investimento, o sistema alimentar global, a conduta de corporações transnacionais, políticas de migração e conflitos armados. No que diz respeito a tratados sobre investimentos, o relatório fornece exemplos de ações movidas por empresas privadas contra países

tentando legislar em matéria de saúde, com atenção especial ao caso da Philip Morris contra o Uruguai.

Diversos estudiosos da área do direito e da ciência política também têm se apoiado em análises jurídicas e estudos de caso para constatar uma “crise de legitimidade” mais geral dos mecanismos de resolução de controvérsia investidor-Estado (por exemplo, Franck, 2004; Brower & Schill, 2018; Dietz, Dotzauer & Cohen, 2019). Destacam-se os estudos de caso de Van Harten (2005, 2007, 2008, 2013 e 2017) e a análise de Tienhaara sobre o potencial “resfriador” dos tribunais de arbitragem (2011a, 2011b).

Diante das críticas ao sistema de ISDSs, da anulação de alguns tratados bilaterais e até mesmo da saída de alguns países do CIADI, organizações internacionais também têm realizado alguns estudos sobre os efeitos dos tratados bilaterais de investimento para informar tentativas de reforma do sistema e, mais recentemente, preocupadas com a possibilidade de inserção de uma cláusula de proteção ao investidor no hoje paralisado TTIP, organizações da sociedade civil europeias, tais como o Transnational Institute, o South Centre e o Corporate Europe Observatory, publicaram diversos relatórios sobre casos em que empresas se utilizaram de tratados bilaterais ou multilaterais para desafiar Estados tentando implementar leis ou normas sanitárias e ambientais (por exemplo, South Centre, 2015; Eberhardt, 2012; Verheecke, Eberhardt, Olivet e Cossar-Gilbert, 2019). Uma publicação das organizações SOMO, Both Ends e Madhyam reuniu, em 2016, uma série de estudos sobre o impacto dos tratados bilaterais de investimento em países como África do Sul, Índia, Moçambique e Indonésia, além de alguns balanços de tendências gerais a partir dos resultados de controvérsias entre investidores e Estados (Singh & Ilge, 2016). Do lado de cá do Atlântico, organizações canadenses, familiarizadas com as possibilidades das cláusulas de proteção ao investidor de interferir na atividade estatal por causa de sua experiência em primeira mão com o Capítulo 11 do NAFTA, têm acompanhado as controvérsias investidor-Estado e relatado suas consequências, particularmente em matéria de meio ambiente (por exemplo, Johnson & Volkov, 2014). Os relatórios baseiam-se primordialmente em análises de controvérsias investidor-Estado específicas e evidências anedóticas.

Apesar da diversidade de estudos de caso mencionados acima, não há, até onde é de nosso conhecimento, pesquisas que tenham tentado examinar *o conjunto inteiro* dos casos relativos a *matérias de interesse público* levados a tribunais de arbitragem para

identificar tendências quanto aos tipos de ação estatal que dão origem a controvérsias, quais cláusulas de proteção ao investidor são mais invocadas, quais os montantes demandados e outorgados etc. e tentar relacioná-las a seus efeitos políticos, ou verificar se os fatores identificados nos estudos de caso acima aplicam-se também à totalidade de casos iniciados por tentativas estatais de defender direitos de seus cidadãos. Alguns fatores podem ajudar a explicar essa lacuna. Em primeiro lugar, o número de ações movidas por empresas contra Estados era relativamente baixo até recentemente, tendo sofrido um aumento pronunciado apenas na última década e meia – e, como sua resolução é demorada, muitas ainda estão pendentes (UNCTAD, 2020). Além disso, grande parte dos casos é total ou parcialmente confidencial, dificultando a pesquisa e a comparação entre eles. Adicionalmente, provar o efeito dos acordos sobre a capacidade regulatória dos Estados implica a difícil tarefa de demonstrar que algo que poderia ter acontecido não aconteceu.

Procurando contribuir para preencher esta lacuna, procuramos, em primeiro lugar, identificar se haveria casos de controvérsias investidor-Estado e informações sobre eles suficientes para realizar tal estudo. Examinamos, então, todos os 1.023 casos de controvérsias investidor-Estado transcorridos entre 1987 e 2019 elencados na base de dados da UNCTAD, que reúne todas as controvérsias investidor-Estado já levadas a tribunais de arbitragem internacionais que foram tornadas públicas. Os anos correspondem a todo o período para o qual há dados oficiais sobre controvérsias investidor-Estado conhecidas. Este número não corresponde à totalidade das controvérsias transcorridas, pois é característica dos processos levados a cabo nesses tribunais que corram em sigilo, sendo tornados públicos apenas quando ambas as partes o consentem. Constam da base de dados da UNCTAD, portanto, apenas os casos levados a público, e apenas as informações tornadas públicas a respeito de cada um dos casos – muitas vezes, não há dados sobre os montantes requeridos pelos investidores ou sobre a indenização determinada pelos tribunais ou nem mesmo o texto da decisão, por exemplo. A confidencialidade dos processos é, em si, determinante para seus efeitos políticos, como veremos a seguir, e prejudica a capacidade de se extrair padrões e repetições e identificar peculiaridades de casos específicos. Acreditamos, porém, que o assunto tem importância e potencial suficiente de guiar futuras escolhas políticas para tornar seu estudo relevante, ainda que com essas limitações em mente.

Ao examinar o banco de dados, buscamos identificar os casos nos quais empresas acionaram países por implementação de leis e normas relativas a direitos entronizados em

instrumentos de proteção internacionais. É possível alegar que quase qualquer um dos processos levados a cabo nos tribunais de arbitragem diz respeito a ações do Estado em nome do interesse público – políticas tributárias, escolhas de alocação orçamentária etc. também são, ao menos em teoria, escolhidas com base numa interpretação do que seria o interesse público. Em vez de debater se cada política ou normativa estatal de fato corresponde ao interesse público, optamos por focar em políticas que procuram salvaguardar direitos já consensuados pela comunidade internacional como sendo direitos fundamentais. Escolhemos, portanto, nos debruçar sobre os processos gerados em desafio a tentativas do Estado de proteger direitos codificados em tratados internacionais.

Assim, para cada um dos casos constantes da base de dados da UNCTAD, examinamos as informações disponíveis buscando identificar *o tipo de ação estatal* que deu origem à controvérsia para verificar se dizia respeito à prerrogativa do Estado de proteger algum direito entronizado nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em caso positivo, incluíamos o caso em nossa seleção. Quando as informações disponíveis eram demasiado escassas para determinar a ação estatal que dera origem à controvérsia ou se o caso dizia respeito a outros tipos de ação estatal (por exemplo, tentativas de impor ou aumentar impostos sobre determinada indústria ou serviço, quebra de contrato de concessão por não cumprimento de cláusulas de desempenho e outros), optamos por não incluir o caso na seleção.

Ao examinar a totalidade dos casos, encontramos 72 controvérsias disparadas por tentativas do Estado de legislar ou implementar medidas relativas a quatro classes de direitos: o direito à saúde, o direito à água, os direitos dos povos indígenas e o direito a um meio ambiente limpo, sendo o *direito à saúde* entronizado no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), entre vários outros instrumentos; o *direito à água*, na Resolução 64/292 da Assembleia Geral da ONU (2010) e no Comentário Geral no. 15 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da mesma organização (2002); *os direitos dos povos indígenas*, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). O *direito a um meio ambiente limpo*, apesar de ainda não ser sujeito de um tratado específico, é considerado parte indivisível do direito à saúde de acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) e a Resolução 75/94 das Nações Unidas, entre outros instrumentos (Shelton, 2002).

Para cada caso selecionado, a partir da leitura da sentença – ou, caso a sentença não estivesse disponível, de outros documentos incluídos no processo, tais como notificações de arbitragem e petições –, colhemos informações tais como o país de origem do investidor e do Estado acionado, o tipo de ação estatal que deu origem ao processo (tentativa de implantar nova lei ou legislação existente), o princípio ou standard supostamente violado, o montante demandado, assim como dados sobre o resultado da arbitragem (violações constatadas e montantes outorgados). A partir dessas informações, procuramos detectar padrões e tendências quanto aos tipos de ação estatal que ensejaram processos, às alegações feitas pelas empresas, aos montantes demandados e outorgados, e às decisões tomadas pelos tribunais.

Examinamos ainda o conteúdo dos processos e, nos casos conhecidos, seus desdobramentos, para detectar se e como a controvérsia de fato restringiu a capacidade do Estado de legislar em matéria de interesse público – ou seja, se o obrigou a pagar indenizações por medidas tomadas no interesse público ou fê-lo recuar na implementação ou na proposição de leis ou normas para salvaguardar direitos – causando o chamado “resfriamento” ou constrangimento regulatório.

Procuramos identificar também quais são as principais características dos processos de arbitragem que contribuem para esse efeito constrangedor sobre o espaço político dos Estados.

Apresentamos os resultados dessa análise no Capítulo 2. Primeiramente, porém, apresentaremos brevemente o sistema de proteção ao investidor, identificando os princípios ou standards mais comumente presentes nos tratados em vigor hoje e, já que aspectos procedimentais são essenciais para compreender os processos e parecem ter papel fundamental no efeito das controvérsias no espaço político dos Estados, as principais características dos dois mecanismos de resolução de controvérsias investidor-Estado mais frequentemente utilizados pelos investidores. E, após apresentar os principais achados da pesquisa, examinaremos, no Capítulo 3, tentativas recentes de os Estados de se tornarem menos vulneráveis a processos por investidores, seja por meio do cancelamento de acordos, seja por meio de tentativas de reformar o sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado, procurando identificar se as mudanças pretendidas afetam ou não as características identificadas como mais propícias a constranger seu espaço político.

1. O regime de proteção ao investidor

O regime internacional de proteção ao investidor abrange, hoje, uma constelação de tratados bilaterais, que definem *standards* ou princípios substantivos de proteção ao investidor, e mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado, que determinam a forma pela qual devem ser resolvidos eventuais conflitos entre investidores e Estados no que diz respeito aos princípios mencionados. Como vimos na Introdução e veremos nos próximos capítulos, tanto o conteúdo dos *standards* de proteção dos tratados quanto os aspectos procedimentais dos ISDSs, parecem ser relevantes para os efeitos políticos das controvérsias.

Elencamos, a seguir, portanto, os principais princípios ou *standards* de proteção ao investidor contidos hoje nos tratados internacionais de investimento, apresentando, em seguida, os principais procedimentos envolvidos nos mecanismos de resolução de controvérsia mais utilizados por investidores para iniciar controvérsias contra Estados: a Convenção e os Mecanismos Adicionais do CIADI e as Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

1.1 – Os *standards* de proteção ao investidor

Apesar de o conteúdo dos tratados internacionais de investimento variar de acordo para acordo, ao longo do tempo alguns *standards* de proteção ao investidor parecem ter se tornado quase consensuais, sendo que os tratados mais recentes tendem a entrar em mais detalhes sobre o significado de cada princípio – seja em reação à falta de consistência nas sentenças arbitrais relativas a determinada cláusula, seja por uma percepção por parte dos Estados de que cláusulas mais vagas ampliam sua vulnerabilidade a processos. Nos preâmbulos, por exemplo, praticamente todos os tratados fazem referência aos objetivos de promover e proteger investimentos, mas cada vez mais países incluem uma ressalva de que essas metas não podem ser perseguidas à custa do interesse público – ou seja, na defesa de objetivos tais como a saúde pública, a segurança, um meio ambiente limpo/a vida da flora e da fauna e os direitos trabalhistas, como veremos no Capítulo 3 (UNCTAD, 2020b).

Utilizando-nos da ferramenta de mapeamento de conteúdo de acordos internacionais de investimento da UNCTAD (UNCTAD, 2020b), que elenca os princípios presentes

em 2.576 tratados de investimento, permitindo verificar quantos tratados incluem determinado *standard*, identificamos aqueles mais presentes nos TBIs. Entre parênteses, indicamos o número de tratados que contém o princípio mencionado:

- *Tratamento justo e equitativo* (fair and equitable treatment) A enorme maioria dos TBIs e acordos comerciais com cláusulas de proteção ao investidor inclui o direito do investidor a um tratamento justo e equitativo (2.450 dos 2.576 mapeados pela UNCTAD). Apenas 460 desses, porém, definem no que exatamente consiste o tratamento justo e equitativo, sendo que 348 afirmam se tratar do direito de ser tratado conforme as normas do direito internacional e 102, conforme as regras do direito consuetudinário internacional, sendo que somente um quarto desses faz referência direta a quais normas seriam essas, citando princípios como o direito de tratamento não-discriminatório, de proteção e segurança integrais ou outros.

Apesar de não haver uma definição uniforme e nem uma interpretação consensual pelos tribunais de arbitragem sobre o que consiste o tratamento justo e equitativo, um estudo da OCDE detectou que um número significativo de autores e árbitros têm interpretado essa cláusula como a obrigação de tratar investidores do país com o qual o tratado foi assinado de acordo com princípios mínimos estabelecidos pelo direito internacional (“tratamento justo”) e de forma não discriminatória em relação aos investidores nacionais (“equitativo”) (OECD, 2004). Não há, contudo, segundo a pesquisa, consenso sobre exatamente quais princípios e quais fontes de direito internacional devem ser usadas como parâmetro para determinar se um investidor recebeu tratamento justo ou não. A decisão sobre quais parâmetros adotar, portanto, tem cabido a cada tribunal de arbitragem. Um princípio frequentemente interpretado como parte do tratamento justo e equitativo é o de devido processo legal (*due process*), incluída aí a interdição à sonegação de justiça (*denial of justice*)². Dolzer (2005) identificou a “consistência da ação governamental”, particularmente a

² A própria UNCTAD, ao classificar as alegações levantadas nas controvérsias investidor-Estado em sua base de dados, agrupa num mesmo item alegações de violação ao “tratamento justo e equitativo”, e “padrão de tratamento mínimo, incluindo sonegação de justiça”.

verificação de se o Estado cumpriu as “expectativas legítimas” dos investidores no momento do investimento, como principal parâmetro utilizado nos tribunais de arbitragem para decidir se houve ou não violação deste princípio.

- *Proteção contra expropriação direta e indireta*: Outro princípio praticamente onipresente nos tratados de investimento é o da proteção contra expropriação direta (2.568) ou indireta (2.493). Quase todos os acordos admitem o direito dos Estados de expropriar interesses estrangeiros em nome do interesse público, mas exigem o cumprimento de certas condições para que as expropriações sejam consideradas legais.

Segundo a UNCTAD, a expropriação direta é a transferência intencional, obrigatória e legal de um título de propriedade ao Estado.

Desapropriação direta significa uma transferência compulsória do título do bem ou sua apreensão física. Normalmente, a desapropriação beneficia o próprio Estado ou uma terceira parte apontada pelo Estado. Nos casos de desapropriação direta, há uma intenção declarada, deliberada e inequívoca, refletida em uma lei ou decreto ou em um ato físico, de privar o proprietário de seu patrimônio, seja por meio da transferência de título ou de sua apreensão. (UNCTAD, 2012, p. 7)

Já a expropriação indireta envolve a alienação de um investimento por atos estatais, mas sem a transferência formal do título de propriedade.

Com base em práticas estatais, na doutrina e em sentenças arbitrais, [pode-se dizer que] as desapropriações indiretas são caracterizadas pelos seguintes elementos cumulativos: (a) é um ato atribuível ao Estado; (b) interfere com direitos de propriedade ou outros interesses protegidos pela lei; (c) de tal forma que os direitos ou interesses relevantes percam todo ou a maior parte de seu valor ou o proprietário seja privado de controle sobre o seu investimento; (d) ainda que o proprietário mantenha o título legal ou permaneça em posse física do bem em questão. (UNCTAD, 2012, p. 12)

A maioria dos TBIs e tratados de livre-comércio adota essa definição de expropriação indireta ou texto similar, o que significa que praticamente qualquer ação governamental que incorra prejuízos significativos a um investidor pode, em teoria, ser classificada como expropriação indireta. A maior parte dos tratados, contudo, também reserva aos Estados o direito de expropriar investimentos no exercício de seu “poder de polícia” ou de “legislar em nome do interesse público”, contanto que tal expropriação ocorra: (a) para um fim público (*for a public purpose*); (b) de forma não-discriminatória (ou seja, que

trate o investidor estrangeiro da mesma forma que trataria um investidor nacional); (c) de acordo com o devido processo legal (*due process of law*); (d) diante do pagamento de uma indenização. Segundo a UNCTAD, essa formulação está presente tão uniformemente, em tantos tratados de investimento e há tanto tempo que já se tornou lei consuetudinária do direito de investimentos (UNCTAD, 2012, p. 27).

Como veremos em maior profundidade no próximo capítulo, em quase todos os casos, além de ter fins públicos, a expropriação não pode ser discriminatória, precisa ocorrer mediante o pagamento de compensação “imediata, adequada e efetiva” e respeitar o devido processo legal, embora os tratados variem no que diz respeito ao método de cálculo e pagamento de indenizações.

- *Transferência de fundos*: Um grande número de tratados (2.564) garante o direito do investidor a transferir fundos relativos a seu investimento de forma rápida, tanto para dentro quanto para fora do país-anfitrião, e de usar determinada moeda para isso (UNCTAD, 2020).
- *Nação mais favorecida* (most favoured nation): Quase todos os tratados (2.539 de 2.576 mapeados pela UNCTAD) incluem ainda o princípio da “nação mais favorecida”, o que significa que o país-anfitrião tem de conceder aos investidores do outro país signatário tratamento nos mesmos padrões ou melhor que o concedido a investidores de outros países.

Em tratados recentes, segundo a UNCTAD, o texto do tratado limita essa cláusula aos direitos ou padrões substanciais do tratado – ou seja, sem incluir as cláusulas relativas à resolução de controvérsia ou outros aspectos procedimentais, além de privilégios incluídos em tratados regionais de integração econômica (UNCTAD, 2020).

- *Tratamento nacional*: Grande parte dos tratados (2.198) também assegura ao investidor o direito ao tratamento nacional – ou seja, a ser tratado da mesma forma que investidores nacionais perante a legislação nacional. Segundo a UNCTAD (1999), diversos Estados incluem exceções às cláusulas de tratamento nacional para proteger setores industriais nascentes, mas a ferramenta de mapeamento de tratados não identifica quantos tratados incluem esse tipo

de mapeamento de tratados da UNCTAD não especifica quantos tratados incluem tais reservas.

A formulação mais comum da cláusula concede o direito de tratamento nacional a investidores apenas depois do estabelecimento do investidor no país, mas alguns acordos (168) o concedem mesmo antes de o investidor se estabelecer.

- *Umbrella clause*: Diversos tratados (1108) incluem esta cláusula, que explicita a obrigação dos Estados signatários de respeitar quaisquer outros contratos e obrigações que possa ter assumido com investidores do outro Estado-parte.
- *Direito de recusa a outorgar benefícios* (denial of benefits): Alguns tratados (221) incluem uma cláusula permitindo que o Estado-anfitrião negue a investidores de países que não são signatários ou que não possuam atividades comerciais substanciais nesses países o direito aos benefícios incluídos no tratado.
- *Proibição a exigências de desempenho* (performance requirements): Alguns tratados (215) proíbem que o Estado-anfitrião imponha condições para a operação do investidor, tais como contratar apenas pessoal local, comprar apenas matérias-primas locais, transferir certos tipos de tecnologia ou exportar uma certa proporção de sua produção etc.
- *Estabelecimento do investimento*: A maioria dos TBIs concede ao país-anfitrião a liberdade de admitir ou não um o estabelecimento de determinado investimento, mas a partir do início dos anos 2000, com a liberalização dos mercados, um número crescente de tratados passou a incluir um “direito de estabelecimento” aos investidores, seja por meio da concessão do direito de “tratamento nacional” (168) ou de “nação mais favorecida” (194) mesmo antes do estabelecimento do investimento no Estado-anfitrião (UNCTAD, 2020).
- *Exceções e isenções*: Como dito anteriormente, alguns tratados têm passado a incluir em seu texto advertências de que a promoção e proteção dos investimentos não pode ocorrer em detrimento de outros objetivos de interesse público. Certos tratados mencionam explicitamente que a redução de direitos sociais, tais como os direitos trabalhistas (223), ou a flexibilização da legislação ambiental (143) para atrair investimentos estrangeiros é indesejável. Outros

acordos listam exceções gerais ao tratado, simplesmente salvaguardando ao Estado a liberdade de legislar para fins públicos (45). Outros ainda incluem exceções específicas a certas cláusulas, como a de expropriação indireta, afirmando que limitações às operações dos investidores decorrentes de medidas de proteção ao interesse público, tais como leis ou normas para proteger a saúde ou o meio ambiente, não podem ser consideradas expropriação indireta ou não implicam direito a indenização (101), sendo que alguns (92) fazem referência direta à possibilidade de promover o licenciamento compulsório de medicamentos de acordos com as normas da OMC.

- *Resolução de controvérsias:* A maioria dos tratados apenas indica em linhas gerais as características do método de resolução de controvérsias investidor-Estado que deve ser usada caso surjam controvérsias, indicando quais as convenções arbitrais que podem ser utilizadas pelas partes. Na enorme maioria dos casos, os tratados permitem que as controvérsias sejam resolvidas com base na Convenção ou no Mecanismo Complementar do CIADI ou ainda pelas regras da UNCITRAL.

Em relação ao *fórum* para resolução de controvérsias, a maior parte dos tratados indica o CIADI como fórum preferencial (2.185). Muitos acordos também admitem a possibilidade de as partes recorrerem a tribunais de arbitragem *ad hoc*, de acordo com as normas da UNCITRAL (1.635). A Câmara de Comércio Internacional (ICC), com sede em Paris, e o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo também são citados em alguns acordos.

Um pequeno número de tratados (88) permite que as partes recorram a tribunais internacionais de arbitragem apenas se a controvérsia não tiver sido resolvida em tribunais nacionais até 18 meses depois de iniciadas, mas a maioria dos acordos não contém tal exigência, tratando os tribunais de arbitragem como uma forma alternativa e não subsidiária de resolução de controvérsias.

Diversos acordos (185) estabelecem um período após o qual a suposta violação prescreve, geralmente de três anos após a suposta ocorrência.

É importante notar que cláusulas de proteção ao investidor não são uma exclusividade de tratados bilaterais. Como dito anteriormente, os tratados de Amizade, Comércio e Navegação já incorporavam princípios equivalentes aos de proibição de expropriação sem compensação, tratamento discriminatório e outros. Mais recentemente, acordos de livre comércio, como o NAFTA, ou setoriais, como o Tratado da Carta de Energia (*Energy Charter*), também incorporaram medidas de garantia a investidores estrangeiros.

No caso do NAFTA, que entrou em vigor em 1992, as proteções ao investidor estão listadas no Capítulo 11 do acordo. O tratado inclui praticamente todos os princípios listados acima: tratamento justo e equitativo – incluindo aí explicitamente o princípio de padrão mínimo de tratamento e de segurança e proteção integrais; tratamento nacional; nação mais favorecida; proibição à expropriação sem compensação – incluindo a expropriação indireta, ou, conforme o texto do NAFTA, medidas “equivalentes à expropriação” (*tantamount to expropriation*); proibição à exigências de desempenho; direito de recusa a outorgar benefícios; direito a transferência de fundos; entre outras. O artigo 1114 do NAFTA afirma explicitamente que:

1. Nada do que está disposto neste capítulo deve ser interpretado como impedimento a que uma Parte adote, mantenha ou execute qualquer medida, de resto compatível com este capítulo, que considere apropriada para assegurar que os investimentos em seu território se efetuem levando em conta preocupações em matéria ambiental.
2. As Partes reconhecem que é inadequado fomentar investimentos por meio de um relaxamento das medidas internas aplicáveis à saúde ou à segurança ou relativas ao meio-ambiente. Consequentemente, nenhuma Parte deverá renunciar-se a aplicar ou de qualquer outro modo derrogar, ou oferecer a investidores a possibilidade de renunciar ou derrogar, tais medidas como meio para induzir o estabelecimento, a aquisição, a expansão ou a conservação de um investimento em seu território (...). (NAFTA, 1992, Cap. 11)

Essa cláusula, contudo, não impediu que investidores iniciassem e vencessem controvérsias baseadas na implementação de normas ambientais ou sanitárias, como veremos no próximo capítulo.

O NAFTA permite o uso da Convenção ou do Mecanismo Complementar do CI-ADI ou das normas de arbitragem da UNCITRAL para reger eventuais controvérsias entre investidores e Estados-parte do tratado, não faz referência à necessidade de recorrer a

tribunais nacionais antes de iniciar uma arbitragem, mas impõe um limite de três anos após a suposta violação para dar início a uma controvérsia.

O Tratado da Carta de Energia, criado para facilitar investimentos específicos no setor de energia e vigente desde 1998, também traz todos os princípios contidos no NAFTA e permite a resolução de controvérsias via CIADI, no Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo ou em tribunais *ad hoc* de acordo com as normas da UNCITRAL.

Críticas aos standards

Como afirmamos no capítulo anterior, a emergência de controvérsias em que Estados foram condenados a pagar indenizações altas por tentar implementar leis de defesa ambiental ou sanitária deu origem a estudos e relatórios em que pesquisadores examinaram os sistemas de ISDSs e os tratados de investimento buscando identificar os elementos que tornavam os Estados mais vulneráveis a processos iniciados por investidores (Public Services International, 2018; Consumers International, 2018; além dos estudos citados no capítulo anterior). A própria UNCITRAL realizou um processo de consulta aos Estados para mapear suas principais preocupações quanto aos princípios e procedimentos dos tratados em preparação para seu processo de reforma de suas normas de arbitragem, conforme veremos no Capítulo 3.

Em relação aos princípios ou *standards* constantes dos TBIs – ou seja, os chamados *aspectos substantivos* do regime de proteção aos investimentos –, tal vulnerabilidade dos Estados parece ter origem em cláusulas como aquelas que protegem o investidor contra a expropriação, particularmente as que preveem a expropriação indireta, assim como na ausência de obrigatoriedade de exaurir os recursos domésticos antes da abertura de processos em tribunais de arbitragem internacionais, entre outras (Cingotti *et. al.*, 2016; South Center, 2014; Singh & Ilge, 2016). As críticas aos princípios substantivos dos TBIs serão examinadas em detalhe nos capítulos seguintes, ao discutirmos as particularidades dos casos examinados e as propostas de reforma do sistema. Antes de prosseguirmos, porém, apresentaremos brevemente outro elemento do regime de proteção aos investimentos que parece desempenhar um papel relevante na vulnerabilidade dos Estados a processos: os aspectos procedimentais dos ISDSs (ou seja, aqueles relativos às normas para abertura e condução de controvérsias investidor-Estado), que também têm sido alvo de críticas por

parte de pesquisadores e Estados e ao redor dos quais a maior parte das tentativas de reforma do sistema têm se concentrado. Na próxima seção, portanto, listaremos os principais procedimentos dos sistemas de resolução de controvérsia investidor-Estado mais utilizados pelos investidores.

1.2 – Procedimentos de resolução de controvérsias investidor-Estado

Como dissemos anteriormente, a quase totalidade dos tratados prevê que, caso surja uma controvérsia quanto ao cumprimento de alguma cláusula, a controvérsia deve ser resolvida de acordo com a Convenção ou os Mecanismos Complementares do Centro Internacional de Arbitragem de Controvérsias Investidor-Estado (CIADI) ou segundo as Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

O Centro Internacional de Arbitragem de Controvérsias Investidor-Estado é um órgão do Banco Mundial fundado em 1966 especificamente para lidar com controvérsias entre investidores e Estados. O CIADI não realiza as arbitragens em si, mas fornece apoio institucional a tribunais de arbitragem montados de acordo com o que determina sua Convenção ou seus Mecanismos Complementares. A Convenção é utilizada quando tanto o Estado-anfitrião quanto o Estado-origem do investidor são Estados-membros contratantes da Convenção, e os Mecanismos Complementares podem ser utilizados quando uma ou ambas as partes são Estados signatários (ou seja, assinaram a Convenção, mas não a ratificaram). O processo de arbitragem segundo os Mecanismos Complementares é praticamente o mesmo do processo que segue a Convenção do CIADI, com algumas diferenças na abertura do processo e no pós-sentença, que veremos a seguir. Em outubro de 2020, o CIADI contava com 155 Estados-membros contratantes e 8 Estados signatários. (CIADI, 2020).

Já a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) elaborou, em 1976, um conjunto de regras para reger o estabelecimento e o funcionamento de tribunais *ad hoc* estabelecidos para resolver controvérsias entre investidores e Estados. Enquanto o CIADI é um órgão que se responsabiliza pelos trâmites do processo, as Regras de Arbitragem da UNCITRAL são apenas isso: um conjunto de normas a ser seguidas por ambas as partes caso um investidor decida dar início a um processo de arbitragem de controvérsia alegando a violação de alguma cláusula de um tratado dos quais as

partes sejam signatárias. De acordo com as regras da UNCITRAL, um tribunal *ad hoc* é formado a cada controvérsia. O CIADI também presta apoio a tribunais operando sob as normas da UNCITRAL.

Apresentamos a seguir uma tabela listando os principais procedimentos dos dois sistemas a cada uma das etapas do processo.

	CIADI	UNCITRAL
Abertura da controvérsia	<ul style="list-style-type: none"> A parte interessada em iniciar a controvérsia envia ao CIADI a documentação requisitando uma arbitragem, incluindo (a) a indicação de qual é a violação alegada, e de qual tratado; (b) breve descrição dos fatos; (c) prova de consentimento das partes à arbitragem via CIADI (data de assinatura/ratificação do tratado ou outros). Além disso, a parte paga uma taxa de início de arbitragem, que, em 2020, era de US\$ 25.000. O CIADI examina o pedido, verificando se realmente ambas as partes consentiram à arbitragem pelo órgão, e notifica a outra parte. O CIADI então registra o início da arbitragem e publica em seu website as informações básicas sobre o caso (partes envolvidas, tratado invocado e data de início). 	<ul style="list-style-type: none"> A parte buscando abrir uma arbitragem deve enviar à outra parte uma notificação de arbitragem (<i>notice of arbitration</i>), incluindo: (a) uma demanda para que a controvérsia seja levada à arbitragem; (b) a identificação do tratado e da(s) cláusula(s) à qual a controvérsia se refere; (c) qual é a alegação e a quantia demandada, se houver; (d) uma proposta quanto ao número de árbitros (um ou três) a formar o tribunal, caso isso já não esteja definido no tratado; A arbitragem começa oficialmente na data em que a notificação é recebida pela outra parte.
Formação do tribunal	<ul style="list-style-type: none"> As partes indicam o método de formação do tribunal a ser adotado. O tribunal pode ser constituído de qualquer número ímpar de árbitros. 	<ul style="list-style-type: none"> Se as partes não tiverem entrado em acordo previamente, têm até quinze dias para decidir qual será o número de árbitros a constituir o tribunal. O número pode ser de um ou três árbitros.

	<ul style="list-style-type: none"> • <i>O método-padrão do CIADI consiste na nomeação de três árbitros, a maioria dos quais deve ser de nacionalidade diferente da do investidor e do Estado.</i> • Um árbitro é nomeado por uma parte, o outro por outra e, o terceiro, que servirá como presidente do tribunal, é nomeado por ambas as partes, em comum acordo. Em alguns casos, são os árbitros de cada lado que escolhem o terceiro árbitro. (O método de formação do tribunal deve ser indicado em até 60 dias após o registro da arbitragem) • As partes decidem quem serão os árbitros. Segundo o método-padrão do CIADI, a primeira parte a indicar seu(s) árbitro(s) indica também um nome para ser presidente do tribunal. A segunda parte então indica seu(s) árbitro(s) e informa se concorda ou não com a indicação do presidente do tribunal. Caso não concorde, indica outro nome, a ser analisado pela outra parte, e assim por diante. 	<ul style="list-style-type: none"> • Caso as partes não cheguem a um acordo, <i>o tribunal deverá ser constituído por três árbitros</i>. Não há exigências quanto à nacionalidade dos árbitros. • Caso a escolha seja por um árbitro, as partes propõem uma à outra nomes de árbitros. Caso não cheguem a um acordo, apontam uma “autoridade nomeadora”. Caso não cheguem a um acordo sobre quem deverá ser essa autoridade, ela é apontada pelo secretário-geral da Corte Permanente de Arbitragem em Haia. • Se as partes escolherem ter três árbitros, cada parte nomeia um árbitro e os dois árbitros escolhidos nomeiam um terceiro. Mais uma vez, caso não haja acordo, uma “autoridade nomeadora” nomeia o terceiro árbitro. • As partes podem questionar a escolha do árbitro da outra parte em até 15 dias após a nomeação caso tenham dúvidas justificáveis sobre sua imparcialidade ou independência. A outra parte pode decidir nomear outro árbitro ou não aceitar o questionamento. Caso não aceite, a autoridade nomeadora decide sobre a permanência ou não do árbitro no processo.
--	--	---

	<ul style="list-style-type: none"> Os requisitos que os árbitros precisam cumprir são: devem gozar de “elevado caráter moral”; ter “reconhecida competência no campo do direito, do comércio, da indústria ou das finanças”; e “inspirar plena confiança em sua imparcialidade de juízo”. As partes têm 30 dias após a indicação do método de formação do tribunal para chegar a um acordo sobre quem serão os árbitros. 	<ul style="list-style-type: none"> Não há exigências prévias quanto à nacionalidade ou área de atuação dos árbitros.
Processo	<ul style="list-style-type: none"> Em até 30 dias após a indicação dos árbitros, o CIADI forma o tribunal, indicando um(a) secretário(a) e, em até 60 dias, realiza a primeira sessão do tribunal. As partes têm até 30 dias da constituição do tribunal para levantar objeções preliminares. Cada parte também precisa depositar um pagamento antecipado das custas do processo – o valor varia de caso para caso, mas fica em uma média de US\$ 100.000 a US\$ 150.000. A cada ano de processo, US\$ 42.000, divididos igualmente entre as partes, são descontados desse depósito antecipado. 	<ul style="list-style-type: none"> Uma vez constituído, o tribunal decide qual vai ser o “local de arbitragem” do processo, geralmente em consulta às partes. No caso das regras da UNCITRAL, o local de arbitragem tem bastante importância porque o reconhecimento e execução da sentença dependem da legislação local.
	<ul style="list-style-type: none"> Uma vez formado, o tribunal tem até 60 dias para realizar sua primeira sessão. Em geral, a primeira sessão trata de assuntos procedimentais, tais como a definição do idioma a ser adotado no processo, o calendário de sessões etc. É também nesta fase que uma das partes pode requisitar que o processo seja extinto por falta de mérito ou incompetência do tribunal. Em alguns casos, o tribunal 	<ul style="list-style-type: none"> O tribunal tem relativa liberdade no que diz respeito aos procedimentos, que podem ou não incluir audiências, visitas etc. “O tribunal pode escolher conduzir a arbitragem da forma que considerar mais apropriada, contanto que as partes sejam tratadas com equidade e que, a qualquer momento do processo, cada parte

	<p>pode decidir nesse estágio pela bifurcação do processo (geralmente, separação entre um processo sobre jurisdição e admissibilidade do caso e outro sobre os méritos).</p> <ul style="list-style-type: none"> • O tribunal em seguida recebe submissões por escrito das partes, incluindo memoriais dos fatos alegados, depoimentos de testemunhas, relatórios escritos por especialistas e outros materiais, e realiza audiências para ouvir as partes /ou interrogar testemunhas e especialistas. Em alguns casos, os árbitros podem visitar o local onde teria ocorrido a violação. As audiências ocorrem em sigilo, a não ser que as partes concordem em transmiti-las por áudio ou vídeo. • As partes <i>podem entrar com contrademandas</i> contra a parte que deu início ao processo, contanto que a contrademanda se origine diretamente da demanda original e esteja baseada numa cláusula do tratado que deu origem à controvérsia. • Também correm em sigilo as deliberações dos árbitros, seja pessoalmente ou por correspondência. <i>As decisões são tomadas por maioria.</i> • Ao final do processo, a sentença arbitral é expedida. A sentença inclui a argumentação jurídica, uma decisão sobre os méritos (ou, no caso de bifurcação, sobre a jurisdição ou admissibilidade do caso) e uma decisão sobre a divisão das custas do processo. Caso 	<p>tenha a oportunidade de apresentar integralmente seus argumentos”, afirmam as Regras.</p> <ul style="list-style-type: none"> • As audiências, se houver, são, por padrão, conduzidas em sigilo, a não ser que as partes concordem em realizá-las abertamente. • A qualquer momento antes da sentença, as partes podem entrar num acordo e decidir extinguir a controvérsia. Neste caso, o tribunal pode, se requisitado por ambas as partes, registrar os termos do acordo na forma de uma sentença arbitral. Caso a parte que iniciou a controvérsia queira extinguir o caso por outros motivos, também pode fazê-lo, contanto que o faça antes da sentença. • Durante sua defesa, o Estado <i>pode entrar com uma contrademanda</i> baseada no mesmo tratado ou contrato que deu origem à controvérsia. • Quando o tribunal é formado por três árbitros, <i>as decisões são atingidas por maioria.</i> • As custas do processo devem, em princípio, ser pagas pela parte perdedora, mas o tribunal pode decidir dividir as despesas de outra forma.
--	---	---

	<p>um árbitro deseje fazê-lo, pode agregar uma opinião – divergente ou não – ao texto da sentença.</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>A sentença só pode ser divulgada caso as partes concordem em publicá-la</i>, mas o CIADI pode publicar a argumentação jurídica que levou à sentença. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>A sentença só pode ser divulgada caso as partes concordem em publicá-la</i>
Mecanismos de recurso/apelação	<ul style="list-style-type: none"> • Não cabe recurso às sentenças expedidas pelos tribunais. Qualquer uma das partes pode pedir, porém, que o tribunal emita uma <i>decisão suplementar ou retificação</i> da sentença, caso entenda que os árbitros deixaram de examinar algum ponto do caso; um <i>esclarecimento</i> sobre o significado da sentença; uma <i>revisão</i> da sentença, caso um fato até então desconhecido venha à tona; ou uma <i>anulação</i> da sentença. • Para que o tribunal aceite rever a sentença, o novo fato deve ser desconhecido do Tribunal e da parte que pediu a revisão e o desconhecimento anterior do fato não pode se dever à sua negligência. Os pedidos de revisão podem ser feitos até três anos depois da emissão da sentença. • Já os pedidos de anulação devem se fundar em uma ou mais das seguintes alegações: (a) o tribunal se constituiu incorretamente; (b) o tribunal manifestamente extrapolou suas funções; (c) houve corrupção de algum integrante do tribunal; (d) alguma norma de procedimento foi gravemente rompida; (e) a sentença não explicitou os 	<ul style="list-style-type: none"> • Após o recebimento da sentença, cada parte pode pedir ao tribunal que forneça uma <i>interpretação</i> sobre pontos que não tenham ficado claros a respeito do laudo arbitral; uma <i>correção</i> da sentença, caso encontre erros de cálculo, datilografia ou outros; uma <i>complementação</i> do laudo, caso avalie que pontos da controvérsia não foram endereçados na sentença. • As regras de arbitragem dizem apenas que as “sentenças são finais”, mas também determinam que a execução da sentença devem seguir a lei que se aplica ao país/província escolhidos para ser o local de arbitragem, portanto, caso o local de arbitragem permita anulação ou revisão da sentença, as partes podem se utilizar desses recursos.

	<p>motivos nos quais se funda. Ou seja, a Convenção não admite que os méritos do caso sejam reexaminados. Caso haja anulação da sentença, as partes podem entrar com novo pedido de arbitragem se assim o desejarem. Pedidos de anulação podem ser feitos até 120 depois da emissão da sentença original. Caso a alegação seja de corrupção, o pedido tem de ser feito até 120 depois da descoberta do suposto ato de corrupção e, no máximo, três anos depois da emissão da sentença.</p>	
Execução da sentença	<ul style="list-style-type: none"> • A sentença é vinculante e aplicável imediatamente em todos os países contratantes e signatários da Convenção do CIADI. • Se uma das partes não cumprir a sentença, a outra parte pode buscar ter as obrigações pecuniárias reconhecidas e executadas nos tribunais de qualquer tribunal de qualquer Estado-membro do CIADI como se fosse uma sentença final dos tribunais daquele Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • As regras de execução de sentença são aquelas que se aplicam ao país/província escolhidos para ser o local de arbitragem.

Como é possível notar, à parte ligeiras diferenças quanto à abertura do processo e à formação do tribunal - nomeadamente, o número de árbitros -, a principal disparidade entre os dois sistemas é o fato de que ao se tornar signatárias do CIADI, as partes concordam em se submeter ao caráter vinculante da sentença arbitral, sem possibilidade de recurso, enquanto que, segundo as regras da UNCITRAL, a sentença deverá ser aplicada de acordo com a lei do local escolhido pelas partes para ser o “local de arbitragem” no início do processo. Ou seja, se a legislação local permitir recurso, as partes poderão recorrer do laudo ou sentença arbitral. O mesmo se aplica à execução da sentença.

Mecanismos Complementares do CIADI

Como dito anteriormente, caso uma das partes não seja um Estado-membro do CIADI, o órgão oferece apoio à arbitragem baseada em seus Mecanismos Complementares (*Additional Facilities*). O processo de arbitragem segundo os Mecanismos Complementares é praticamente o mesmo do processo que segue a Convenção do CIADI, com algumas diferenças na abertura do processo e no pós-sentença.

Em relação à abertura do processo, o procedimento dos Mecanismos Complementares exige que a parte interessada consiga a anuência da outra parte e submeta o pedido de arbitragem à Secretaria Geral do CIADI, que então decide acatá-lo ou não. No início do processo, as partes também têm de escolher um “local de arbitragem”, como nas Regras da UNCITRAL. Para aceder aos Mecanismos Complementares, o CIADI exige que o local escolhido esteja num Estado-parte da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. (CIADI, 2006b)

Tal como no caso dos laudos arbitrais emitidos sob a Convenção do CIADI, às sentenças dos processos obedecendo aos Mecanismos Complementares não cabe recurso, mas, depois que a sentença é emitida, as partes têm a opção de requisitar ao tribunal o esclarecimento de pontos quanto à *interpretação* da sentença; a *correção* de erros de cálculo, tipografia ou outros; ou a *complementação* da sentença, caso uma das partes ache que algum ponto do caso não foi endereçado no laudo arbitral. Neste caso, as partes não podem pedir a anulação da sentença conforme as regras da Convenção do CIADI, mas, como o local de arbitragem necessariamente se encontra num Estado-parte da Convenção de Nova York, as partes podem pedir a anulação ou suspensão da sentença por tribunais locais, já

que estas possibilidades são permitidas pela convenção (United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958). A execução da sentença também se dá de acordo com a Convenção de Nova York, que determina que sentenças arbitrais serão reconhecidas e executadas de acordo com a lei do local de arbitragem. (CI-ADI, 2006b)

Críticas aos aspectos procedimentais dos ISDSs

Como dissemos na seção anterior, além dos princípios substantivos dos tratados de investimento, também os aspectos procedimentais dos ISDSs têm sido alvo de críticas de Estados e organizações da sociedade civil por, entre outros, conceder direitos de forma assimétrica às partes; por criar um sistema paralelo de justiça, à parte dos tribunais nacionais; por deixar a interpretação das cláusulas inteiramente nas mãos dos árbitros a cada processo, sem criação de uma jurisprudência; e pela falta de mecanismos que permitam o controle social do regime, especialmente no que diz respeito à transparência dos procedimentos e à participação de terceiros nos processos.

Em relação à assimetria entre as partes, por exemplo, o principal argumento dos críticos é o de que os ISDSs permitem que apenas investidores iniciem procedimentos de resolução de controvérsias. Ou seja, Estados não podem iniciar controvérsias contra investidores e, na maior parte das vezes, mesmo quando saem vencedores, têm de arcar com parte dos altos custos dos processos. Ou seja, quando acionados, os Estados nunca “ganham” de fato. Isso fornece, por um lado, fortes incentivos aos Estados a entrar em acordo com os investidores – já que só têm a perder caso a controvérsia siga adiante – e altos incentivos aos investidores a iniciar controvérsias contra Estados – já que têm muito a ganhar (desde um acordo com o Estado até a totalidade da quantia demandada) e pouco a perder (no máximo, metade das custas do processo). Além disso, investidores têm altos incentivos a demandar montantes elevados, o que incentiva ainda mais os Estados a entrar em acordos (Van Harten, 2008; Tienhaara, 2011b; Eberhardt e Olivet, 2012).

Já o caráter paralelo, e não subsidiário, do sistema de proteção de investimentos – ou seja, o fato de quase a totalidade dos tratados não exigir o esgotamento dos recursos legais domésticos antes da abertura de uma controvérsia num tribunal de arbitragem internacional – vem sendo criticado por permitir que investidores estrangeiros, em especial

grandes empresas, como veremos no próximo capítulo, acessem um sistema de justiça ao qual investidores nacionais não têm acesso, e ao qual podem recorrer mesmo que tenham perdido causas em todas as instâncias dos tribunais nacionais do Estado-anfitrião do investimento. Essa possibilidade, segundo alguns autores, transforma os ISDSs em um dos principais pilares do que vêm chamando de “arquitetura da impunidade” de atores privados no sistema de governança global (Verheecke *et al.*, 2019).

Outro aspecto procedimental que vem sendo apontado como problemático por dificultar o controle social dos processos, impedindo, por exemplo, que até mesmo os cidadãos afetados pelas controvérsias – seja como contribuintes que arcarão com as despesas caso seu Estado seja condenado a pagar alguma indenização, seja como grupo diretamente afetado pela ação do investidor – é a falta de transparência dos procedimentos (Reiner & Schreuer, 2009; Chowdhury, 2008). Até recentemente, em ambos os sistemas, a publicação da existência das controvérsias, das violações alegadas e mesmo das sentenças ficavam totalmente a critério das partes – ou seja, se uma das partes não o consentisse, nada sobre o caso poderia ser publicado. Isso, além ir na direção contrária das leis de transparência e governo aberto adotadas por grande parte dos países nas últimas décadas, prevenia a mobilização e a pressão social. O CIADI, como veremos no Capítulo 3, sugere em sua mais recente proposta de reforma de seus procedimentos, a ser votada no primeiro semestre de 2021, que as audiências passem a ser realizadas abertamente, salvo objeção de alguma das partes, e que o consentimento das partes à publicação da sentença seja presumido, embora possa ser vetada por qualquer uma das partes.

Já a UNCITRAL decidiu rever em 2006 as regras para ampliar a eficiência dos tribunais e incluir algumas inovações procedimentais, como a possibilidade de uma das partes questionar a nomeação de um árbitro, mas sem alterar a estrutura do texto. As novas regras passaram a vigorar em 2010 e, portanto, regem controvérsias entre investidores e Estados baseadas em tratados assinados desde então. Em 2014, a comissão adotou as Regras sobre Transparência em Arbitragens Investidor-Estado baseadas em Tratados, que se aplica às arbitragens baseadas em tratados assinados depois de 2014 ou cujas partes tenham aderido à Convenção sobre Transparência da UNCITRAL (UNCITRAL, 2020).

As Regras sobre Transparência, aplicadas a controvérsias baseadas em tratados assinados após 2014, determinam as seguintes medidas, entre outras³:

1. Logo após o recebimento da notificação de arbitragem, informações básicas sobre o processo (nome das partes, setor da economia envolvido e tratado invocado) são tornados públicos no repositório da UNCITRAL.
2. A não ser que, a pedido das partes, o tribunal considere que alguma informação deva permanecer em sigilo, as seguintes informações devem ser tornadas públicas: a notificação de arbitragem; a resposta à notificação de arbitragem; petições, contestações e quaisquer outras comunicações por escrito das partes; uma tabela listando todos os documentos, relatórios de peritos e depoimentos de testemunhas usados como meios de prova, caso essa tabela tenha sido preparada durante o processo, mas não os meios de prova em si; quaisquer comunicações por escrito de terceiros; transcrições das audiências, se houver; e despachos, decisões e sentenças do tribunal arbitral.

Relatórios de peritos, depoimentos de testemunhas e outros meios de prova que não tenham sido considerados confidenciais pelo tribunal e que não tenham sido publicados também podem ser requisitados por qualquer pessoa.

3. O tribunal, após consultar as partes, pode permitir que terceiros submetam peças escritas sobre uma matéria conexa com o litígio. Os terceiros devem declarar qualquer conexão, direta ou indireta, que tenham com as partes litigantes; e informações sobre qualquer governo, pessoa ou organização que tenha lhe disponibilizado (i) assistência financeira ou de outra natureza na preparação da peça; ou (ii) assistência material em qualquer um dos dois anos anteriores à submissão da peça. Devem também informar a natureza de seu interesse na arbitragem e identificar as questões concretas de fato ou de direito da arbitragem que desejam abordar na sua peça escrita.

Na decisão de admissão da peça escrita, o tribunal arbitral deve levar em consideração, entre outros fatores: a) Se o terceiro tem um interesse significativo no processo arbitral; e b) A medida em que a intervenção auxiliaria o tribunal arbitral a decidir uma questão

³ Países que assinaram tratados antes da publicação dessas regras podem aderir a elas assinando a Convenção sobre Transparência da UNCITRAL, que entrou em vigor em 2017.

factual ou legal relacionada com o processo arbitral ao oferecer um ponto de vista, conhecimento particular ou esclarecimento diferente do oferecido pelas partes em litígio.

4. O tribunal arbitral admite ainda a intervenção de partes (Estados) do tratado não litigantes na controvérsia em questão, ou, após consulta das partes litigantes, convida-as a intervir, a respeito de questões de interpretação do tratado ou outras questões abrangidas pelo âmbito do litígio.
5. As audiências para apresentação de provas ou alegações orais (“audiências”) são públicas. Sempre que seja necessário proteger informações confidenciais ou a integridade do processo arbitral, o tribunal arbitral deve tomar providências para manter secreta a parte da audiência que justifica essa proteção. O tribunal arbitral deve adotar os procedimentos logísticos para facilitar o acesso público às audiências (incluindo, se for o caso, a disponibilização de links de vídeo ou outros meios que considere apropriados).

Finalmente, uma crítica que diz respeito tanto aos aspectos procedimentais quanto substantivos dos tratados diz respeito à inconsistência das sentenças arbitrais. A ausência de instrumentos que orientem a interpretação dos princípios ou *standards* e a inexistência de um tribunal unificado para resolver disputas ou julgar recursos tem sido apontada como uma das principais causas da grande variabilidade de interpretações e sentenças dos tribunais arbitrais, mesmo quando dizem respeito a um mesmo *standard* de proteção ou de um mesmo procedimento, “criando incerteza e imprevisibilidade severas para a realização dos investimentos e para a tomada de decisões regulatórias por parte dos Estados” (Brown, Ortino & Arato, 2019) Esse aspecto foi apontado como uma das principais preocupações dos Estados ouvidos pela UNCITRAL em seu processo de reforma das Regras de Arbitragem atualmente em curso, como veremos em detalhe no Capítulo 3.

Antes de examinarmos as tentativas de reforma do regime de proteção de investimentos, contudo, analisaremos, no próximo capítulo, como a aplicação dos princípios substantivos e procedimentais dos tratados tem se dado na prática dos tribunais de arbitragem, especificamente no caso de controvérsias geradas por tentativas dos Estados de agir para proteger direitos de seus cidadãos consagrados em instrumentos internacionais.

2. Efeitos das controvérsias investidor-Estado na capacidade dos Estados de legislar para salvaguardar direitos: um estudo dos casos transcorridos em tribunais de arbitragem entre 1987 e 2020

Como vimos na Introdução, as pesquisas sobre o potencial do sistema de proteção ao investidor de constranger o espaço político dos Estados para aprovar ou implementar leis em defesa dos direitos de seus cidadãos têm se restringido a estudos de caso – seja focando em controvérsias específicas, seja em determinados países, seja nos litígios gerados no âmbito de determinado tratado. Outros estudos procuraram verificar a interação dos acordos de proteção ao investidor com outros tratados internacionais, tais como aqueles destinados à proteção dos direitos humanos ou à preservação do meio ambiente. Não há, contudo, estudos que busquem examinar o conjunto inteiro de controvérsias conhecidas geradas por tentativas do Estado de agir para promover ou proteger os direitos de seus cidadãos para tentar identificar quais características dos sistemas de proteção ao investidor parecem ser mais propícias ao chamado resfriamento regulatório.

Procurando contribuir para preencher esta lacuna, o presente estudo teve como objetivo examinar todos os casos conhecidos de controvérsias investidor-Estado que tramitaram em tribunais de arbitragem nos últimos 33 anos, buscando identificar padrões e tendências na abertura de processos e nas decisões tomadas e, a partir desses, verificar particularmente se e de que forma esses processos restringiram tentativas de países agirem com o objetivo de salvaguardar direitos individuais ou coletivos.

Como dissemos anteriormente, para atingir esse objetivo, examinamos todos os 1.023 casos de controvérsias investidor-Estado transcorridos entre 1987 e 2019 elencados na base de dados da UNCTAD. Identificamos, então, aqueles gerados por tentativas do Estado de aprovar ou implementar leis para salvaguardar direitos consensuados pela comunidade internacional como sendo direitos fundamentais: para cada um dos casos, examinamos as informações disponíveis buscando identificar o tipo de ação estatal que deu origem à controvérsia. Em primeiro lugar, tratamos de verificar se o tipo de ação estatal

dizia respeito à prerrogativa do Estado de proteger algum direito entronizado nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em caso positivo, incluíamos o caso em nossa seleção. Quando as informações disponíveis eram demasiado escassas para determinar a ação estatal que dera origem à controvérsia ou se o caso dizia respeito a outros tipos de ação estatal (por exemplo, tentativas de impor ou aumentar impostos sobre determinada indústria ou serviço, quebra de contrato de concessão por não cumprimento de cláusulas de desempenho e outros), optamos por não incluir o caso na seleção.

Encontramos 72 controvérsias motivadas por tentativas de Estados agirem para salvaguardar direitos. Encontramos processos gerados em desafio a tentativas do Estado de proteger o *direito à saúde* (entronizado no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, entre outros instrumentos); o *direito à água* (Resolução 64/292 da Assembleia Geral da ONU, de 2010, e no Comentário Geral no. 15 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 2002); os *direitos dos povos indígenas* (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2007) e o *direito a um meio ambiente limpo* (considerado parte indivisível do direito à saúde segundo o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972) e a Resolução 75/94 das Nações Unidas, entre outros) (Shelton, 2002).

Após identificar esses casos, procuramos detectar tendências no que diz respeito aos tipos de ação estatal que ensejaram processos (ou seja, se a ação estatal se tratava de uma tentativa de implementar uma lei ou norma já em vigor no país ou se dizia respeito à tentativa de implementar uma nova lei), às alegações de violação de tratados feitas pelas empresas, aos montantes demandados e outorgados, e às decisões tomadas pelos tribunais.

A seguir, apresentamos os principais achados da pesquisa. Em seguida, discutimos as principais formas pelas quais as controvérsias parecem interferir com a capacidade dos Estados para legislar em matéria de saúde, meio ambiente, direito à água e direitos de povos indígenas, procurando apontar as características dos processos que parecem ter contribuído para esses efeitos. No próximo capítulo, examinaremos tentativas recentes de reformar o sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado, procurando identificar se as mudanças pretendidas respondem ou não a esses problemas.

2.1 – Principais achados

Foram identificadas na base de dados da UNCTAD 72 controvérsias iniciadas em desafio a tentativas de Estados legislarem para garantir direitos. Dessas, 21 casos dizem respeito a iniciativas para promoção ou proteção do direito à saúde, e 40, a tentativas do Estado de implementar novas leis ambientais ou fazer cumprir normas ou leis ambientais já existentes. Outros nove casos são relativos a leis ou normas de proteção do direito à água, e dois, respostas à tentativa de o Estado proteger direitos de comunidades indígenas.

Casos decididos, total e por tema

Do total de 72 casos, 22 ainda não foram decididos pelos tribunais de arbitragem, dois foram suspensos por questões procedimentais, e outros dois, suspensos por uma decisão dos árbitros de que o tribunal não tinha jurisdição para opinar sobre a questão.

Casos totais, por status

Dos 50 casos que tiveram os méritos examinados e já decididos, 19 dizem respeito a leis e normas sanitárias, 21 a leis ambientais, 9 à tentativa de salvaguardar o direito à água e um à proteção de direitos de povos indígenas.

Casos decididos, por assunto

Resultados dos casos

Do total de 674 casos registrados na UNCTAD de controvérsias entre empresas e países que foram resolvidas entre 1987 e 2019, apenas 37% tiveram deslinde favorável ao Estado-réu – enquanto a empresa litigante venceu 29% dos casos, e os 21% restantes terminaram em acordos. Descontados os casos que terminaram em acordos, as empresas venceram 61% dos casos (UNCTAD, 2020).

Comparando com esse total de casos decididos, verifica-se que a proporção de vitórias do investidor é ainda maior nas controvérsias relativas a ações estatais de proteção a direitos (48%). A proporção de casos que resultaram em acordos é um pouco menor nos casos relativos a direitos (16%) do que no geral (21%), mas, ainda assim, a proporção de vitórias do Estado é menor no caso das controvérsias geradas por tentativas do Estado de proteger direitos (28%) do que nos casos considerando todos os temas (37%).

Resultados de casos concluídos (casos por defesa de direitos)

Resultados de casos concluídos (todos os temas)

Como afirmamos no capítulo anterior, é importante ressaltar que os acordos com cláusulas de proteção ao investidor não permitem que Estados processem empresas e, em grande parte dos acordos, o Estado têm de arcar com alguma indenização, comprometer-se a voltar atrás na decisão que propiciou o processo ou, no mínimo, pagar metade das despesas do processo. Assim, pode-se alegar que *o Estado é perdedor da ação mesmo quando há acordo*. Além disso, mesmo casos que terminam em acordo podem ter efeitos “resfriadores” duradouros (ver próxima seção).

Subtraindo-se dos casos aqueles que foram suspensos, verificamos que o investidor venceu mais da metade das disputas. Caso somemos os acordos às vitórias dos investidores, a proporção de vitórias do investidor chega a 69%. Ou seja, o Estado venceu menos de um terço das vezes em que foi acionado.

Casos decididos, por tipo de vencedor

Resultados por tema

Desagregando os números por tema, nota-se que o investidor ganhou mais casos nas controvérsias relativas a todos os assuntos, mas que venceu uma proporção significativamente maior de controvérsias nos casos em que o Estado agiu baseado na proteção do direito à saúde. Ainda que o número de casos decididos no tema do direito à água represente a metade dos casos de saúde e meio ambiente, é notável que nenhum tenha sido decidido em favor do Estado. O único caso relativo a direitos de povos indígenas já decidido foi favorável ao Estado.

Tratados invocados para iniciar controvérsias

Dentre os acordos invocados para iniciar controvérsias, nota-se que os tratados bilaterais representaram a grande maioria dos casos (51), seguidos pelo NAFTA e pelo Acordo da Carta de Energia.

Tratados invocados para iniciar controvérsias

Mecanismo de resolução de controvérsias investidor-Estado utilizado

Mecanismo de solução de controvérsias utilizado

Montantes demandados e outorgados

Os investidores exigiram quantias variando de US\$ 2 milhões a US\$ 15 bilhões dos Estados por tentar legislar ou implementar leis de interesse público, chegando a um total de US\$ 57 bilhões e uma média de US\$ 950 milhões por caso.

Nos casos já decididos, foram demandados US\$ 31 bilhões em indenizações. Nos 25 casos em que o investidor venceu e em que há informação sobre os valores outorgados, os tribunais ordenaram os Estados a pagar um total de US\$ 3,1 bilhões, em indenizações variando de US\$ 4 milhões a US\$ 1,2 bilhão e chegando a uma média de US\$ 125 milhões por caso. Não é possível detectar um padrão de montantes outorgados por tema da controvérsia ou tipo de violação alegada pelo investidor, mas, curiosamente, os valores mais altos de indenizações foram impostos a dois países: Venezuela e Argentina. Os casos em que as indenizações foram mais altas foram dois casos de mineradoras contra o governo da Venezuela (*Crystallex vs. Venezuela*, com uma indenização de US\$ 1,2 bilhão e *Gold Reserve vs. Venezuela*, com uma indenização de US\$ 750 milhões), seguidos pelos casos de consórcios ou empresas de fornecimento de água e esgoto que processaram a Argentina por medidas de congelamento do preço da água e outras tomadas durante a crise financeira do país no início dos anos 2000.

Além disso, um estudo de 2016 concluiu que os principais beneficiários das controvérsias investidor-Estado foram empresas com faturamento maior que US\$ 1 bilhão por ano – particularmente aquelas com receita maior que US\$ 10 bilhões, que tendem a vencer casos muito mais frequentemente que outros demandantes – e indivíduos com patrimônio maior que US\$ 100 milhões (Van Harten & Malysheuski, 2016).

Países mais acionados e países mais demandantes

O país mais demandado por medidas para defender direitos de seus cidadãos foi o Canadá, acionado 11 vezes por investidores (10 delas por investidores dos Estados Unidos, utilizando-se do Nafta), seguido por Argentina e México. A região mais acionada é, de longe, a América Latina: 40 das 72 controvérsias tiveram algum país latino-americano como réu. Canadá e Estados Unidos, juntos, foram acionados 14 vezes. Estados europeus, 11 vezes, sendo que, em 8 casos, os demandados são países do Leste Europeu. Adicionalmente, dois países africanos (Quênia e Tanzânia) e dois asiáticos (Índia e Tailândia) foram alvos de controvérsias, além da Austrália.

Já os países de onde procederam mais demandas foram Estados Unidos, de longe, sendo o país de origem de investidores que iniciaram 28 controvérsias, seguidos por Canadá e Espanha.

Países dos investidores que mais iniciaram controvérsias

Chama atenção o fato de que a maior parte das controvérsias têm origem em países desenvolvidos, enquanto a maior parte dos acionados vêm de países em desenvolvimento, principalmente da América Latina, apesar da liderança do Canadá como país mais acionado. O quadro se repete no total de casos. E, além do fato de a maior parte das controvérsias terem origem em países desenvolvidos, aquelas que têm origem em países em desenvolvimento são dirigidas a países também em desenvolvimento. Até janeiro de 2020, não havia nenhum caso de arbitragem com decisão conhecida em que um investidor de um país em desenvolvimento tivesse acionado um país desenvolvido (Behn, Langford, Laura & Létourneau-Tremblay, 2010; Singh & Ilge, 2016). O padrão se repete neste estudo, sendo que o único caso, dentre as 72 controvérsias examinadas, em que um país em desenvolvimento iniciou uma controvérsia contra um país desenvolvido foi o caso *Corcoesto vs. Espanha* (2016), que diz respeito a uma mineradora canadense, a Edgewater, que é subsidiária da Corcoesto, uma empresa com sede no Panamá, um paraíso fiscal.

O uso de determinada empresa parte de uma mesma holding para iniciar uma controvérsia, como fez a Edgewater, ou a mudança de sede para utilizar-se de um TBI

específico é conhecida como *treaty shopping*. Essa estratégia também foi utilizada pela Philip Morris para iniciar controvérsias contra Austrália e Uruguai, como veremos adiante. E, não por acaso, os Países Baixos, que oferece facilidades e vantagens fiscais a empresas que se instalam no país – abrigando uma estimativa de 14.000 “empresas de caixa-postal” – e, ao mesmo tempo, é signatário de mais de 95 TBIs, é o segundo país de onde mais se originam controvérsias-investidor-Estado (Fernandez, 2018).

Alegações dos investidores

No que diz respeito às alegações das empresas, aquela utilizada mais frequente na abertura de controvérsias contra Estados foi a de violação da obrigação de tratamento justo e equitativo (ou padrão mínimo de tratamento), levantada em 55 casos, ou 90% dos casos para os quais há informações disponíveis sobre as acusações dos investidores. A expropriação indireta foi invocada 52 vezes (ou em 85% dos 61 casos), e a direta, 11 vezes (ou 18%). Outras alegações comuns foram violação da obrigação de tratamento nacional (45 casos) ou de fornecer proteção e segurança integrais ao investidor (28 casos), e, em menor medida, de tratamento da nação mais favorecida (13) e de não tomar medidas arbitrárias ou discriminatórias (12).

Violações alegadas pelos investidores e constatadas pelos tribunais

A frequência da acusação de violação do tratamento justo e equitativo se deve, em parte, ao fato de que esse princípio é a pedra fundamental dos tratados bilaterais de investimento – ou seja, é para garantir o tratamento justo equitativo dos investidores estrangeiros em determinado país que os tratados existem – e, portanto, quaisquer outras violações implicam a quebra desse princípio (Dolzer, 2005). Alguns tratados se referem ao tratamento justo e equitativo de forma genérica, outros fazem referência a um “padrão mínimo de tratamento”, e outros ainda especificam que esse padrão mínimo deve seguir os princípios do direito internacional. Apesar de não haver uma definição uniforme para o que consiste o tratamento justo e equitativo, alguns autores e árbitros têm interpretado essa cláusula como a obrigação de tratar investidores do país com o qual o tratado foi assinado de acordo com princípios mínimos estabelecidos pelo direito internacional (“tratamento justo”) e de forma não discriminatória em relação aos investidores nacionais (“equitativo”) (OECD, 2004). Não há, contudo, consenso sobre exatamente quais princípios e quais fontes de

direito internacional devem ser usadas como parâmetro para determinar se um investidor recebeu tratamento justo ou não, portanto a decisão sobre quais parâmetros adotar tem cabido a cada tribunal de arbitragem. Um princípio frequentemente interpretado como parte do tratamento justo e equitativo é o de devido processo legal (*due process*), incluída aí a interdição à sonegação de justiça (*denial of justice*)⁴. Outros autores identificaram a “consistência da ação governamental”, particularmente a verificação de se o Estado cumpriu as “expectativas legítimas” dos investidores no momento do investimento, como principal parâmetro utilizado nos tribunais de arbitragem para decidir se houve ou não violação deste princípio (Dolzer, 2005). Nas controvérsias examinadas neste estudo, os tribunais constaram violação do tratamento justo e equitativo em 17 casos, dentre as 41 controvérsias resolvidas em que esta foi uma das alegações.

Já a frequência da alegação de expropriação provavelmente se deve ao fato de que esse é o princípio que permite, por excelência, a demanda de indenização por parte dos investidores. Relembrando, segundo a UNCTAD, a expropriação direta é a transferência intencional, compulsória e legal de um título de propriedade ao Estado. Já a expropriação indireta envolve a alienação de um investimento por atos estatais, mas sem a transferência formal do título de propriedade (UNCTAD, 2012)

Como explicado no capítulo anterior, a definição de expropriação indireta significa que qualquer ação governamental que incorra prejuízos significativos a um investidor pode, em teoria, ser classificada como expropriação indireta. Os tratados também reservam aos Estados, porém, o direito de expropriar investimentos no exercício de seu “poder de polícia” ou de “legislar em nome do interesse público”, contanto que tal expropriação ocorra: (a) para um fim público; (b) de forma não-discriminatória; (c) de acordo com o devido processo legal; (d) diante do pagamento de uma indenização. Esta formulação, para a UNCTAD, aparece tão frequentemente e há tanto tempo nos tratados de investimento que já se tornou lei consuetudinária do direito de investimentos (UNCTAD, 2012).

⁴ A própria UNCTAD, ao classificar as alegações levantadas nas controvérsias investidor-Estado em sua base de dados, agrupa num mesmo item alegações de violação ao “tratamento justo e equitativo”, e “padrão de tratamento mínimo, incluindo sonegação de justiça”.

Nos casos examinados no presente estudo, porém, investidores utilizaram a proteção contra expropriação indireta para exigir indenização dos Estados mesmo em situações em que o país agiu em nome de razões sanitárias, ambientais ou em defesa de direitos fundamentais de sua população – ou seja, para fins públicos -, cabendo ao país o ônus de provar que: a aplicação da lei se deu por razões de interesse público; e que houve indenização proporcional às perdas incorridas pelo investidor. Em alguns casos, os tribunais reconheceram a legitimidade do “poder de polícia” do Estado. No caso *Chemtura vs. Canadá* (2002), por exemplo, o tribunal considerou que

“as medidas desafiadas pelo Reclamante constituíram um exercício válido dos poderes de polícia do Réu. (...) [a Prefeitura] tomou medidas cabíveis dentro de seu mandato, de forma não-discriminatória, motivadas pela crescente conscientização sobre os perigos apresentados pelo lindano para a saúde humana e o meio ambiente. Uma medida adotada em tais circunstâncias é um exercício válido dos poderes de polícia do Estado e, conseqüentemente, não constitui uma expropriação.” (Chemtura Corporation v. Canada, 2010)

Em outros casos, porém, o tribunal decidiu que o fato de o Estado ter agido de forma consistente com seu direito de legislar ou com seu poder de polícia, mesmo que em defesa do interesse público, não necessariamente significa que não houve expropriação. No caso *Tecmed vs. México*, por exemplo, os árbitros alegaram que, além de verificar se havia ou não interesse público por trás da medida governamental, era necessário verificar se havia proporcionalidade entre o interesse público e o impacto sobre o investimento. O tribunal concluiu que não havia proporcionalidade, já que as violações ambientais e sanitárias por parte da empresa de manejo de resíduos haviam sido “pequenas”, enquanto a não-renovação de uma licença para a empresa operar seu aterro sanitário em determinado local neutralizava totalmente o seu investimento. Assim, constatou que houve expropriação indireta. Além disso, os árbitros afirmaram que, apesar de o México ter agido em conformidade com sua legislação nacional ao não outorgar a licença, e embora a Tecmed soubesse que a licença estava sujeita a renovação anual, o país rompeu com as “expectativas legítimas” que a empresa tinha fazer o investimento, e portanto violou o princípio de tratamento justo e equitativo.

Como dito acima, investidores alegaram ter sido alvo de expropriação indireta em 52, ou 85%, dos 72 casos estudados e direta em 11 casos. Dez desses casos ainda estão

pendentes. Das 42 controvérsias resolvidas, os tribunais constataram expropriação indireta em 10 casos e direta em dois.

Em face dessa vulnerabilidade à variação de interpretações do tribunal em acusações de expropriação, mesmo quando os Estados procuraram agir para proteger direitos e o interesse público, alguns TBIs, TBIs-modelo e tratados de livre comércio passaram a fazer referência explícita à premissa do Estado de legislar em defesa do meio ambiente, da saúde e outros direitos fundamentais, como veremos no próximo capítulo⁵. Canadá, México e Estados Unidos começaram a incluir essa linguagem em seus acordos bilaterais em meados dos anos 1990, talvez em consequência de sua experiência de processos baseados na cláusula 11 do NAFTA provocados por medidas sanitárias ou ambientais. Outros países passaram a inclui-las principalmente a partir de meados dos anos 2000. Ainda assim, a proporção de tratados que menciona essas premissas como exceção para alegações de expropriação é baixa. Um estudo que examinou 1.623 tratados com cláusulas de proteção ao investidor, por exemplo, encontrou referências à importância da proteção ambiental em 8,2% deles, sendo que 5,2% mencionam genericamente o direito do Estado de legislar em matéria ambiental e somente 0,75% a listam explicitamente o objetivo de proteger o meio ambiente como excludente para alegações de expropriação indireta – ou seja, protegem o Estado de ter de pagar indenizações por aplicar legislação ambiental existente ou implementar novas leis que interfiram com o valor do investimento (Gordon & Pohl, 2011). Essa é uma distinção relevante porque a vulnerabilidade ao pagamento de indenizações altas parece ser um dos principais fatores para o chamado resfriamento ou constrangimento regulatório, como veremos adiante.

Não há, tampouco, nos tratados, critérios explícitos para o cálculo do valor da indenização devida, uma vez que a expropriação for constatada. A principal diferenciação que influi no cálculo do valor da indenização parece ser a determinação de se a expropriação foi legal ou ilegal – ou seja, se seguiu ou não os princípios de: ter sido realizada por fins públicos, não ter sido discriminatória, ter seguido o devido processo legal e ter sido

⁵ Por exemplo, os acordos Canadá-Peru, de 2006; Canadá-Jordânia e Colômbia-Índia, de 2009; Canadá-Eslováquia, de 2010; e o TBI-modelo da Turquia, de 2009. Os acordos Índia-Cingapura, 2005; Estados Unidos-Coreia, de 2007; e Austrália-Chile e Nova-Zelândia-China, de 2008, chegam a incluir o licenciamento compulsório de medicamentos, contanto que sigam as condições do TRIPS, como excludente das cláusulas de expropriação.

feita mediante compensação (OECD, 2004b). Quando a expropriação é considerada legal, a tendência é calcular o valor da indenização apenas como a restituição dos valores já investidos. Quando é considerada ilegal, a prática tem sido a de adicionar também o cálculo de lucros cessantes – ou lucros previstos – e danos materiais. Essa prática é herdeira do princípio do *Caso da Fábrica de Chorzów*, que determinou que

A reparação deve, tanto quanto possível, eliminar todas as consequências do ato ilegal e restabelecer a situação que, em toda probabilidade, teria existido se tal ato não tivesse sido cometido. A restituição em espécie, ou, se isso não for possível, o pagamento de uma soma correspondente ao valor que uma restituição em espécie custaria. (Chorzów Factory Case, 1928)

Acontece que os critérios para decidir se a expropriação foi legal ou ilegal, principalmente se a lei ou norma que deu origem à controvérsia foi implementada em nome de um fim público ou se é ou não discriminatória, não são claros no texto dos tratados, sendo, portanto, quase sempre estabelecidos *ad hoc*, a cada vez, pelo próprio tribunal responsável por julgar o caso em questão (OECD, 2004b). Como também não há “jurisprudência” nos tribunais de arbitragem – ou seja, os árbitros não precisam dialogar com decisões anteriores, nem mesmo relativas ao mesmo tratado, apesar de alguns o fazerem (Dolzer, 2005) – a classificação de um ato de governo como expropriação indireta ou não se torna altamente imprevisível. Nos casos examinados, tribunais chegaram a conclusões opostas diante de fatos muito semelhantes. Em casos movidos por empresas de fornecimento de água e saneamento contra a Argentina por conta da mesma norma que congelou o preço da água – parte de uma Lei de Emergência implantada durante a crise financeira de 2001 –, por exemplo, tribunais chegaram a diferentes conclusões sobre as violações alegadas, mesmo quando o TBI invocado foi o mesmo. No caso *Suez e Interágua vs. Argentina* (2003), aberto sob os tratados do país com a França e com a Espanha, o tribunal concluiu que, ao congelar o preço da água, o Estado violou as cláusulas de tratamento justo e equitativo e padrão mínimo de tratamento, mas não cometeu expropriação. Já no caso *SAUR vs. Argentina* (2004), aberto também sob o tratado com a França, o congelamento do preço foi considerado uma forma de expropriação indireta. E, mesmo quando um tribunal constata expropriação, os valores de indenização variam muito de caso para caso. Em duas controvérsias semelhantes, *Copper Mesa vs. Equador* e *Crystalex vs. Venezuela*, ambas iniciadas por mineradoras que tiveram sua licença ambiental para operar negada, no mesmo ano (2011) e nas quais os tribunais constataram expropriação indireta, um Estado (Equador)

foi condenado a pagar US\$ 19,4 milhões ao investidor, e o outro (Venezuela), US\$ 1,2 bilhão.

Essa variação se dá, em parte, porque os tribunais utilizam diferentes métodos para calcular a indenização devida. Em primeiro lugar, apesar de, como dito acima, quase todos os tratados adotarem alguma variação do princípio do *Caso da Fábrica de Chorzów*, segundo o qual investidores vítimas de expropriações legais merecem ser compensados pelo valor investido e aqueles que sofreram expropriações ilegais merecem reparação, incluindo lucros cessantes, um estudo recente sobre como os tribunais de arbitragem calculam os valores de indenização devida demonstrou que os árbitros não procuram mais distinguir entre expropriações legais e ilegais, mas apenas avaliam se a empresa que foi objeto de expropriação era lucrativa ou não. Investidores que tinham negócios lucrativos costumam receber indenizações por lucros cessantes, enquanto os não eram lucrativos recebem apenas o valor investido. Isso é problemático porque o critério principal pelo qual um Estado é punido passa a ser não mais o de se agiu ou não no interesse público e de forma discriminatória, mas sim se interferiu com um investimento que era lucrativo (Nouvel, 2003). Outros tratados adotam o chamado princípio de Hull como um dos parâmetros para calcular o valor da indenização devida. De acordo com esse princípio, baseado num pronunciamento do secretário de Estado americano Cornell Hull ao falar sobre bens americanos expropriados pelo México em 1917, investidores devem receber compensação “imediate, adequada e efetiva” (*prompt, adequate and effective*) por expropriações sofridas. Isso também é problemático porque, na maior parte dos casos, os Estados não consideram que cometeram expropriação ao implementar certa lei ou norma, e é exatamente por isso que são acionados nos tribunais. Caso o tribunal decida que houve expropriação e que o investidor não foi compensado imediatamente, o Estado é punido apenas por não ter considerado inicialmente que sua ação se tratava de expropriação. Outros tratados ainda determinam que o cálculo da indenização deve ser baseado no “valor justo de mercado” (*fair market value*) do investimento, deixando para os tribunais determinarem o que isso significa.

Além dessas diferenças entre abordagens para decidir qual tipo de indenização é devida e da ampla margem de discricionarieidade concedida aos tribunais no cálculo dos valores a ser ressarcidos, os árbitros frequentemente delegam a escritórios de contabilidade o cálculo do valor exato da indenização. Alguns desses escritórios baseiam-se no “valor de mercado” do investimento, outros fundamentam-se no inventário dos bens (*assets*)

expropriados e outros ainda calculam a indenização de acordo com o chamado fluxo de caixa descontado (*discounted future cash flow*), que prevê quais seriam os lucros futuros das empresas e que, por sua vez, comporta uma ampla variedade de métodos de cálculo (UNCTAD, 2012).

Tipo de ação estatal que deu origem à controvérsia

Em relação ao tipo de ação estatal que deu origem aos processos, pode-se dividir os casos em dois grupos: aqueles ensejados por tentativas de o Estado implementar leis ou normas já existentes (39 controvérsias) e aqueles iniciados em reação à implementação de nova legislação (33 controvérsias).

Tipo de ação estatal que gerou a controvérsia

Aplicação de legislação existente

Como dito acima, em 39 casos, dos 72 selecionados, o processo de arbitragem se deu por tentativas de o Estado aplicar normas e leis sanitárias ou ambientais já existentes. A grande maioria desses casos – 33 – foram iniciados por empresas após negativas do Estado de conceder ou renovar *licenças ambientais* para operação de seus negócios, sendo que 20 deles foram abertos por mineradoras⁶, quatro por empresas de gestão de resíduos

⁶ *Gold Mining vs. Armenia*, 2007; *Commerce vs. El Salvador*, 2009; *Gold Reserve vs. Venezuela*, 2009; *Pacific Rim vs. El Salvador*, 2009; *Copper Mesa vs. Equador*, 2011; *Crystallex vs. Venezuela*, 2011; *South American Silver vs. Bolívia*, 2013; *Bear Creek vs. Peru*, 2014; *Corona Materials vs. República Dominicana*, 2014; *Infinito Gold vs. Costa Rica*, 2014; *Cortec Mining vs. Quênia*, 2015; *Gabriel Resources vs. Romênia*,

tóxicos⁷, três por empresas tentando construir ou operar resorts de luxo⁸, dois por empresas de geração de energia⁹, um por uma fábrica de alimentos¹⁰, um por uma pedreira¹¹, um por uma fabricante de tubos para transporte de petróleo¹²; e um por uma produtora de etanol¹³.

Controvérsias geradas por tentativas de o Estado implantar norma ou lei já existente, por tema

A alegação de violação do tratado mais frequente nesses casos foi a de expropriação. Entre as mineradoras, por exemplo, 17 das 20 empresas alegaram ter sofrido expropriação indireta de seus bens ao ter tido sua licença de operação revogada ou negada¹⁴, uma alegou expropriação direta¹⁵ e, em dois casos, não há informações públicas sobre as

2015, *Corcoesto vs. Espanha*, 2016, *Eco Oro vs. Colômbia*, 2016; *Rakia vs. Índia*, 2016; *Kingsgate vs. Tailândia*, 2017; *Galway Gold vs. Colômbia*, 2018; *Gran Colombia vs. Colômbia*, 2018; *Kappes vs. Guatemala*, 2018; *Odyssey vs. México*, 2019

⁷ *Metalclad vs. México*, 1997; *Tecmed vs. México*, 1997; *Abengoa vs. México*, 2009; *Lajún vs. República Dominicana*, 2018

⁸ *Aven e outros vs. Costa Rica*, 2014; *Ballantine vs. República Dominicana*, 2014; *Elitech vs. Croácia*, 2017

⁹ *Vattenfall vs. Alemanha – caso I*, 2009; *Windstream Energy vs. Canadá*, 2013

¹⁰ *Industria Nacional de Alimentos vs. Peru*, 2003

¹¹ *Clayton/Bilcon vs. Canadá*, 2008

¹² *Transcanada vs. EUA*, 2016

¹³ *AgroEcoEnergy vs. Tanzânia*, 2017

¹⁴ *Gold Mining vs. Arménia*, 2007; *Commerce vs. El Salvador*, 2009; *Gold Reserve vs. Venezuela*, 2009; *Pacific Rim vs. El Salvador*, 2009; *Copper Mesa vs. Equador*, 2011; *Crystallex vs. Venezuela*, 2011; *South American Silver vs. Bolívia*, 2013; *Bear Creek vs. Peru*, 2014; *Corona Materials vs. República Dominicana*, 2014; *Infinito Gold vs. Costa Rica*, 2014; *Gabriel Resources vs. Romênia*, 2015; *Eco Oro vs. Colômbia*, 2016; *Rakia vs. Índia*, 2016; *Kingsgate vs. Tailândia*, 2017; *Galway Gold vs. Colômbia*, 2018; *Kappes vs. Guatemala*, 2018; *Odyssey vs. México*, 2019

¹⁵ *Cortec Mining vs. Quênia*, 2015

alegações dos investidores¹⁶ - ou seja, em 100% das controvérsias sobre as quais há dados sobre as alegações, as mineradoras alegaram que a não renovação ou não concessão de licença ambiental para operar constituiu expropriação. Dos 20 casos, quatro foram decididos em favor do investidor, três foram favoráveis ao Estado e um resultou em acordo – os outros 12 ainda não foram decididos.

Como dito acima, em 33 casos dos 39 casos de controvérsias geradas por tentativas de implantar legislação já existente, o Estado foi acionado por aplicar normas ambientais. Em muitos casos, uma fiscalização mais rigorosa resultou na suspensão da licença¹⁷. Em outros casos, a licença nem chegou a ser concedida, por causa de avaliações de impacto ambiental negativas. Em pelo menos 25 dos casos, a não-renovação ou não outorga da licença se deu após pressões das comunidades afetadas, que se mobilizaram nacionalmente e conseguiram ter seu direito à saúde ou a um meio-ambiente limpo reconhecidos pelo Estado. Essas mobilizações, contudo, não são vistas pelos tribunais como razões suficientes para justificar o “fim público” da ação governamental. No caso *Tecmed vs. México*, por exemplo, o tribunal decidiu que a oposição e mobilização de grupos locais à permanência de um aterro sanitário não caracterizava uma situação de emergência suficiente para que o Estado invocasse seu poder de polícia e afirmou que as motivações sócio-políticas do governo (ou seja, atender às demandas das comunidades) não se enquadravam como exceções legítimas à expropriação indireta.

(...) a proteção da saúde e do meio ambiente é onde a função preventiva do [departamento governamental] deveria se concentrar. Quanto à questão sobre quais fatores ou parâmetros o departamento deveria levar em conta para decidir renovar autorizações tais como a Licença em questão, a recusa da testemunha a renovar a Licença neste caso foi de fato utilizada para fechar permanentemente um local cuja operação havia se tornado um problema por razões políticas relacionadas à oposição da comunidade ao seu funcionamento, expressa de várias formas. (*Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, 2003)

¹⁶ *Corcoesto vs. Espanha*, 2016; *Gran Colombia vs. Colômbia*, 2018

¹⁷ Por exemplo, *Copper Mesa vs. Equador*, 2011; *South American Silver vs. Bolívia*, 2013; *Gabriel Resources vs. Romênia*, 2015; *Eco Oro vs. Colômbia*, 2016; *Kingsgate vs. Tailândia*, 2017; *Elitech vs. Croácia*, 2017; *Kappes vs. Guatemala*, 2018; *Galway Gold vs. Colômbia*, 2018; *Gran Colombia vs. Colômbia*, 2018.

Além de tenderem a não considerar mobilizações populares como fator de legitimidade para a ação estatal, diferentemente de sistemas multilaterais que também têm como função avaliar a conduta de governos, tais como a OMC, o Conselho de Direitos Humanos e outros, o sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado tampouco facilita a participação de terceiros – como comunidades afetadas ou associações da sociedade civil organizada – nos processos de arbitragem. A partir do caso *Methanex vs. EUA* (2000) alguns tribunais passaram a aceitar alguns pedidos de especialistas e órgãos de governo para participar como *amicus curiae*, especialmente depois dos primeiros casos em que terceiros requisitaram participação nas controvérsias no âmbito do CIADI (*Suez e Vivendi vs. Argentina* e *Suez e Interagua vs. Argentina*, em 2005 e 2006) (Mohamadieh, 2019).¹⁸ Em 2006, o CIADI, o sistema mais utilizado por investidores para solucionar controvérsias investidor-Estado, reformou suas regras de arbitragem e incluiu a possibilidade de receber contribuições de partes não envolvidas na controvérsia. O artigo 37 afirma que o tribunal, depois de consultar as partes, pode ou não aceitar a participação de terceiros (CIADI, 2003). Já a UNCITRAL, segundo sistema mais usado, não permitia a participação de *amici curiae* até a revisão de suas regras em 2013. A partir de então, passou a permitir, por escrito, mas os tribunais não têm obrigação de levar em conta os argumentos ou fatos apresentados por terceiros (UNCITRAL, 2013, Art. 4).

Apesar de a decisão final ficar a cargo dos árbitros, os tribunais dão grande peso à anuência das partes ao decidir se permitem ou não a participação de *amici curiae* nos processos (Born & Forrest, 2019). Dos 72 casos estudados, em pelo menos 11 houve pedidos de participação de terceiros no processo. Os tribunais rejeitaram ao menos dois, aceitaram cinco e os outros quatro pedidos ainda estão pendentes ou a decisão não foi divulgada.

O sigilo quanto aos processos é outra característica do sistema de controvérsias investidor-Estado que dificulta a participação de grupos afetados. A própria existência do processo muitas vezes não vem a público, impedindo eventual participação ou pressão por parte de outros grupos de interesse ou até mesmo dos cidadãos dos países acionados – ou seja, dos contribuintes que arcarão com a indenização caso o Estado venha a ser

¹⁸ Esta medida também ajudou a mitigar uma outra característica vista frequentemente como problemática, como vimos no capítulo anterior, que é a de que os árbitros são quase sempre advogados de direito comercial e com muito pouca ou nenhuma experiência com temas de interesse público, e que as interpretações costumam ser baseadas em direito comercial e não no direito público.

condenado. O CIADI registra todos os casos e publica a existência da controvérsia, o nome das partes e as datas de início e fim da controvérsia. Dados como decisões e sentenças, valor da indenização requerida e outorgada e outros detalhes, contudo, são divulgados apenas a pedido de pelo menos uma das partes. Já as regras da UNCITRAL não incorporavam, até recentemente, nenhuma exigência de publicidade sobre nenhum aspecto dos casos, que só podiam ser divulgados com o consentimento de ambas as partes. Em 2014, entraram em vigor novas regras de arbitragem ampliando a transparência do processo, como vimos no capítulo anterior (UNCITRAL, 2014). As normas, contudo, se aplicam apenas a controvérsias relativas a tratados assinados depois de abril de 2014. Para que países que assinaram tratados antes da publicação dessas regras pudessem aderir a elas, foi criada também a Convenção sobre Transparência, que entrou em vigor em 2017 e, por enquanto, foi ratificada por apenas seis países.

A falta de transparência sobre os processos dificulta o controle social das controvérsias e a mobilização da sociedade civil e dos grupos de afetados. Apesar de não ser possível provar que os resultados das controvérsias seriam outros se os processos não tivessem corrido em sigilo, alguns casos que foram altamente divulgados fornecem indícios de que a pressão pública pode influenciar o resultado – tanto por meio da produção de dados que podem ser incorporados aos processos por *amici curiae* e levados em conta pelos árbitros ao tomar a decisão, quanto pela preocupação dos investidores de preservar sua imagem pública. No caso *Águas del Tunari vs. Bolívia*, que examinaremos em mais detalhes abaixo, por exemplo, há relatos de que a exposição negativa do investidor nos meios de comunicação, assim como por meio de petições e denúncias a partir de uma ampla mobilização internacional da sociedade civil, foi decisiva para que a empresa fizesse um acordo e retirasse a queixa contra o país (Verheecke, Eberhardt, Olivet & Cossar-Gilbert, 2019). Os casos movidos pela Philip Morris contra Uruguai e Austrália também foram amplamente divulgados na imprensa internacional. No caso do Uruguai, a publicidade do caso contribuiu para que o país angariasse apoio até mesmo de fundações estrangeiras, tais como a Fundação Bloomberg e a Fundação Bill e Melinda Gates, que viram na controvérsia o potencial de se tornar um caso emblemático e financiaram sua defesa (Davies, 2015). A controvérsia também foi, dentre os casos estudados, aquela na qual os árbitros admitiram o maior número de contribuições de terceiros. O caso terminou com uma decisão favorável ao Estado.

Dos seis casos restantes de processos movidos por tentativas de implementar legislação vigente, mas não relacionados a outorga de licença ambiental, um diz respeito a direitos indígenas, um ao direito à água, um à proteção ambiental e três ao direito à saúde.

O caso de direitos indígenas foi aberto após o governo do Panamá não outorgar uma licença para exploração turística de um terreno situado dentro de uma reserva indígena. A empresa alegou expropriação ilegal e exigiu uma indenização de US\$ 100.000.000. O tribunal deu ganho de causa ao Estado, mas o Panamá teve de arcar com cerca de US\$ 8 milhões em custas judiciais¹⁹.

O caso de direito à água se trata da controvérsia entre a empresa *Águas del Tunari* (controlada pelo consórcio Bechtel, Edison e Abengoa) e a Bolívia. O consórcio foi o vencedor de uma licitação para prover serviços de fornecimento de água e esgoto depois de um processo de privatização do sistema realizado em 1999 como condição para que a Bolívia pudesse receber fundos do Banco Mundial. No ano seguinte, contudo, o governo do país decidiu encerrar o contrato com o consórcio após a eclosão de uma onda de protestos populares pelo aumento de mais de 200% nas tarifas de água, principalmente na cidade de Cochabamba. O episódio ficou conhecido como “a guerra da água”. O consórcio mudou então sua sede das Ilhas Cayman para Amsterdam e, em 2002, deu início a um processo de arbitragem sob o tratado bilateral entre os Países Baixos e a Bolívia alegando ter sofrido expropriação²⁰. O valor do pedido de indenização não foi divulgado. A única parte do processo tornada pública foi a decisão do tribunal sobre sua jurisdição para julgar o caso, que havia sido questionada pela Bolívia, já que a concessão original havia sido outorgada a uma empresa que não teria possibilidade de recurso a tribunais de arbitragem, pois a Bolívia não possuía acordos bilaterais com as Ilhas Cayman. O tribunal não aceitou a argumentação do Estado, mas um dos árbitros publicou sua opinião divergente, na qual afirmava que seria impossível exigir da Bolívia que cumprisse os termos de um acordo que não era aplicável na época pois o consórcio não incluía nenhuma empresa holandesa quando venceu a licitação – ou seja, que, nas circunstâncias, suas obrigações eram “imprevisíveis”

¹⁹ *Álvarez y Marin vs. Panamá*, 2015

²⁰ A mesma estratégia foi utilizada pela Philip Morris, escolheu sua sede na Suíça para abrir o processo contra o Uruguai e moveu suas operações na Oceania para Hong Kong para acionar a Austrália.

(Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia, 2005). O caso foi encerrado com um acordo entre as partes, cujos valores não foram tornados públicos, em 2006²¹.

O caso relacionado à proteção do meio-ambiente foi aberto pela Chevron, após ser condenada a pagar US\$ 9,5 bilhões pelos tribunais equatorianos por poluir rios da região amazônica com quase 70 bilhões de litros de resíduos tóxicos e 18 milhões de litros de petróleo durante 19 anos. O caso difere de todos os outros casos levados a tribunais de arbitragem porque a demanda da empresa não era apenas por indenização, mas também pela anulação da sentença no Equador, que, segundo a empresa, foi baseada em atos fraudulentos. O tribunal deu ganho de causa à empresa, afirmando que a sentença da Suprema Corte do Equador não deveria ser seguida em nenhum país, abrindo um precedente inédito no direito de investimentos²². A sentença também afirma que a Chevron tem direito a receber indenização pelos custos incorridos e outros danos. O valor será decidido na fase final do julgamento, ainda pendente.

Dos três casos de saúde, um foi aberto após o fechamento de uma fábrica de alimentos por não-cumprimento de normas sanitárias na Costa Rica²³. Outro é um caso em que uma empresa americana de saúde privada processou o governo do Canadá por discriminação e expropriação, entre outras alegações, ao impor “obstáculos politicamente motivados” às suas operações, especialmente na Colúmbia Britânica. A “motivação política” alegada eram manifestações de diversas associações da sociedade civil contrárias à permissão de que uma empresa privada de saúde operasse um hospital em Victoria. Segundo a empresa, o governo do Canadá discriminou a empresa ao impor regras e normas para operação diferentes das impostas aos prestadores de serviços de saúde nacionais (no caso, o próprio governo do Canadá). O caso foi suspenso por razões procedimentais (a empresa não cumpriu os prazos e nem pagou as taxas necessárias para levar o caso adiante), mas ilustra a possibilidade aberta por tratados com cláusulas de proteção ao investidor a que empresas questionem a margem de discricionariedade do Estado até mesmo para optar entre ter um sistema inteiramente – ou primordialmente – público de saúde ou permitir a

²¹ *Águas del Tunari vs. Bolívia*, 2002

²² *Chevron vs. Equador*, 2009

²³ *Díaz Gaspar (Ibérico) vs. Costa Rica*, 2019

participação de empresas privadas²⁴. Esta mesma possibilidade foi utilizada em dois casos contra o governo da Eslováquia, como veremos na próxima seção.

Finalmente, o terceiro caso de saúde se deu quando o Canadá se recusou a renovar a patente de dois medicamentos da empresa Eli Lilly que não passaram no “teste de utilidade” exigido por sua lei de patentes. A empresa alegou que a lei de patentes do Canadá havia mudado drasticamente desde sua entrada no NAFTA, tornando-se mais restritiva, o que contrariava suas “expectativas legítimas” ao fazer o investimento no país, e exigiu uma indenização de US\$ 483 milhões do país por expropriação direta e indireta, entre outras violações. O tribunal deu ganho de causa ao Estado. Na sentença, os árbitros afirmaram que a mudança na lei canadense havia sido paulatina, e não drástica, e que a empresa sabia que estava sujeita à não renovação de sua patente desde o início da vigência do tratado.

As empresas que tornaram público esse dado exigiram um total de US\$ 32.598.910.000 em indenização dos Estados por tentar implantar normas já existentes, sendo que US\$ 15 bilhões são relativos a apenas um caso: *Transcanada vs. Estados Unidos* (2016). Neste caso, a empresa canadense entrou com pedido de indenização contra os Estados Unidos depois que o país decidiu não conceder licença para a construção de um oleoduto por razões ambientais, já que transportaria um petroquímico altamente poluente e passaria por mais de mil lagos e rios. O caso terminou em acordo depois que Donald Trump assumiu a Presidência dos EUA e seu governo decidiu autorizar a construção do oleoduto.

²⁴ *Centurion vs. Canadá*, 2009

Vencedor das controvérsias movidas por tentativas do Estado de fazer cumprir leis ou normas já existentes

Dez desses casos foram decididos em favor do investidor (sendo que os Estados tiveram de pagar um total de US\$ 2.072.100.000 em indenização às empresas), quatro terminaram em acordo, sete foram decididos em favor do Estado e três foram suspensos (em dois casos, o tribunal decidiu que não tinha jurisdição para examinar os méritos do caso e um caso foi suspenso por questões procedimentais). Os outros 15 ainda estão pendentes.

Tentativa de implementar nova lei ou norma

Em 33 casos, do total de 72 controvérsias iniciadas, a abertura do processo de arbitragem se deu pela tentativa do Estado de implementar **novas leis ou normas** para proteger a saúde, o meio ambiente, o direito à água ou os direitos indígenas.

A maior parte dos casos diz respeito à implementação de leis ou normas de saúde (15), nove são relacionadas à proteção ambiental e uma a direitos de povos indígenas. Notavelmente, uma única medida por parte do governo argentino deu origem a oito processos relacionados ao direito à água.

Controvérsias geradas por tentativas de o Estado
implantar nova norma ou lei, por tema

Dos casos relacionados à proteção ambiental, quatro dizem respeito à criação de zonas de preservação ambiental (reservas ou parques) em territórios em que investidores operavam ou pretendiam operar²⁵, um trata da proibição de exportação de uma substância tóxica por riscos de contaminação do meio ambiente durante o manejo²⁶, uma da proibição da prática de faturamento hidráulico (*fracking*) na província de Quebec por ser prejudicial ao meio ambiente²⁷, e três, de anúncio de medidas de transição para o uso de fontes energias menos poluentes ou perigosas para o ambiente e a saúde²⁸. Entre os últimos, estão os casos *Vattenfall vs. Alemanha – caso 2* (2012) e *Aura Energy vs. Suécia* (2019). No primeiro caso, os legisladores da Alemanha decidiram, após o acidente nuclear em Fukushima, não utilizar mais energia nuclear, anunciando planos de transição para outros tipos de energia. A empresa sueca Vattenfall, que operava dois reatores nucleares no país, entrou então com uma ação pedindo uma indenização de US\$ 5 bilhões por danos causados pela perda do valor dos seus investimentos – o dobro do orçamento total da Alemanha para ações de proteção ambiental (BMU, 2018). No caso Aura Energy, a empresa deu início a uma controvérsia pedindo US\$ 1,8 bilhão de indenização depois que a Suécia decidiu

²⁵ *Marion Unglabe vs. Costa Rica*, 2008; *Berkowitz vs. Costa Rica*, 2013; *Dominion Materials vs. Panamá*, 2016; *Rockhopper vs. Itália*, 2017

²⁶ *Myers vs. Canadá*, 2008

²⁷ *Lone Pine vs. Canadá*,

²⁸ *Vattenfall vs. Alemanha*, 2012; *Westmoreland vs. Canadá*, 2018; *Aura Energy vs. Suécia*, 2019

fechar suas minas de urânio – o triplo do que o país escandinavo reserva para o meio ambiente (Swedish Ministries of the Environment & Enterprise and Innovation, 2018). Ambos os casos estão pendentes.

Em relação aos 15 casos de saúde, quatro dizem respeito ao banimento do uso de substâncias tóxicas ou suspeitas de ser tóxicas²⁹ e um, à proibição de importação de carne bovina do Canadá depois da confirmação de um caso de encefalopatia bovina espongiforme (“doença da vaca louca”) em Alberta³⁰. Em todos esses casos, as empresas alegaram sofrer expropriação e exigiram indenização pelos prejuízos sofridos. Em alguns dos casos, o Estado não apenas teve de ressarcir os investidores financeiramente como também voltar atrás na legislação que deu origem à controvérsia. No caso *Ethyl vs. Canadá* (1997), por exemplo, a empresa americana processou o país vizinho, exigindo uma indenização de US\$ 251 milhões, por proibir o MMT, um aditivo usado na gasolina, depois que estudos demonstraram que a substância era neurotóxica. O caso encerrou com um acordo, no qual o Canadá foi condenado a pagar US\$ 13 milhões, voltar atrás na proibição e dizer publicamente que o MMT não era prejudicial à saúde. Doze anos depois, outra empresa americana, a Dow Agrosiences, voltou a processar o Canadá quando a província de Quebec proibiu o uso dos chamados “pesticidas cosméticos” – ou pesticidas utilizados apenas para melhorar a aparência de jardins – em propriedades privadas, parques e escolas, baseada no princípio da precaução, depois que estudos demonstraram que a utilização de pesticidas poderia causar efeitos negativos sobre a saúde de crianças e adolescentes. O processo terminou num acordo em que o Canadá afirmava que o nível de risco à saúde causado pelo pesticida fabricado pela Dow era “aceitável” se a substância fosse usada de acordo com as instruções do fabricante (Cooper, Bell-Pasht, Nadarajah, & McClenaghan, 2014).

Outra classe de processo na área da saúde pública, mas que também terminou num acordo que teve efeitos amplos e duradouros foi o caso *Gilead vs. Ucrânia* (2016), iniciado quando o país decidiu autorizar a venda de uma versão genérica do sofobusvir, um remédio utilizado para tratar a hepatite C, por um oitavo do preço de sua versão comercial, o Sovaldi. A Gilead tinha a patente da substância, mas o governo ucraniano alegou que não

²⁹ *Ethyl vs. Canadá*, 1997; *Methanex vs. EUA*, 1999; *Chemtura vs. Canadá*, 2002; *Dow Agrosiences vs. Canadá*, 2009.

³⁰ *Canadian Cattlemen vs. EUA*, 2005

podia arcar com os custos da versão produzida pela farmacêutica, que chegavam a US\$ 850 por comprimido, ou US\$ 50 mil por paciente por 12 semanas de tratamento. A controvérsia terminou em um acordo no qual a Gilead se comprometeu a vender o Sovaldi a preços mais baixos ao governo da Ucrânia, e o governo anulou a autorização de venda de genéricos da substância.

Duas outras controvérsias que ganharam notoriedade após ser tornadas públicas foram as abertas pela Philip Morris contra os governos da Austrália e do Uruguai depois que os países decidiram, seguindo recomendações da OMS e da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, adotar embalagens únicas para cigarros (*plain packaging*)³¹. Nos dois casos, a empresa mudou sua sede para poder se utilizar de tratados bilaterais. No caso da Austrália, a Philip Morris transferiu a sede de suas operações australianas para Hong Kong. Por causa desse movimento, o tribunal de arbitragem responsável pelo caso australiano aceitou a alegação da Austrália de que não tinha jurisdição para examinar o caso e rejeitou a controvérsia. Ainda assim, o país teve de arcar com metade dos custos do processo – US\$ 17 milhões. No caso do Uruguai, a empresa decidiu usar sua subsidiária Suíça para iniciar a controvérsia, utilizando-se do TBI entre os dois países. Neste caso, o tribunal admitiu examinar os méritos da controvérsia mas, seis anos depois, deu ganho de causa para o Estado.

Algumas vezes, uma mesma lei ou norma pode dar origem a mais de um processo. No México, uma norma aumentando os impostos sobre refrigerantes com xarope de frutose de milho por causa de estudos ligando a substância à obesidade gerou três controvérsias com empresas americanas, que alegaram expropriação indireta e violação da obrigação de tratar investidores americanos da mesma forma que investidores nacionais, já que o imposto não se aplicava a bebidas com açúcar de cana. Nos três casos, os tribunais deram ganho de causa aos investidores, e o México teve de pagar quase US\$ 170 milhões em indenizações às empresas³².

Na Eslováquia, duas seguradoras de saúde privada abriram um processo contra o país quando o governo decidiu retomar o monopólio da saúde após estudos constatarem

³¹ *Philip Morris vs. Austrália*, 2010; *Philip Morris vs. Uruguai*, 2011

³² *ADM vs. México*, 2004; *Corn Products vs. México*, 2004; *Cargill vs. México*, 2005.

aumento dos custos e resultados piores em índices de saúde pública depois da privatização do sistema³³. Num deles, *EURAM Bank vs. Eslováquia*, o tribunal deu ganho de causa ao Estado por uma questão de jurisdição, sem examinar os méritos, e, no outro, *Achmea vs. Eslováquia*, ao investidor³⁴.

O caso talvez mais extremo nesse sentido seja o das controvérsias abertas contra a Argentina por causa de medidas tomadas pelo governo durante e após a crise financeira de 2001-2002. O país foi alvo de mais de 50 controvérsias, sendo oito delas relativas a medidas de congelamento do preço da água tomadas pelo governo durante a crise. Apesar de a Argentina ter invocado o “princípio da necessidade”, do direito consuetudinário dos investimentos, e sua obrigação de garantir o direito à água a seus cidadãos, os investidores ganharam todas as controvérsias, e o país foi condenado a pagar mais de US\$ 856 milhões em indenizações às empresas de água e saneamento. Em praticamente todas as sentenças, os árbitros adotaram a lógica de que apesar de a Argentina ter sido movida a agir por motivos legítimos (crise econômica e direito à água de seus cidadãos), poderia ter tomado outras medidas que não as que tomou para proteger esse direito, medidas essas que não violassem as cláusulas de seus tratados com os investidores. Segundo o tribunal que julgou o caso *Suez e Vivendi vs. Argentina*, por exemplo, as obrigações dos Estados em matéria de direitos humanos não têm precedência sobre suas obrigações para com os investidores: os Estados devem respeitar as duas obrigações igualmente (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. & The Argentine Republic*, 2015).

É importante ressaltar que os ISDSs, diferentemente de outras instituições de direito internacional, tais como as jurisdições especializadas em direitos humanos, não exigem que sejam esgotados os remédios legais nacionais antes que uma ação possa ser aberta contra um Estado. Ou seja, mesmo depois de ter indeferida uma ação no mais alta jurisdição de um país, uma empresa pode recorrer a um tribunal de arbitragem privado. É muito difícil, porém, que o país acionado consiga reverter a decisão do tribunal. As cláusulas do CIADI, por exemplo, não permitem recurso das decisões arbitrais. É possível, contudo, anular uma decisão “se o tribunal não tiver sido constituído de acordo com as regras de

³³ *Achmea vs. Eslováquia*, 2008; *EURAM Bank vs. Eslováquia*, 2009

³⁴ Neste caso, o país recorreu a tribunais na Alemanha, que recorreram ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que acabou dando ganho de causa ao Estado por uma questão de conflito da lei europeia com o tratado, como veremos em detalhe mais adiante.

arbitragem da instituição; se o tribunal tiver excedido seus poderes; se algum integrante do tribunal esteve envolvido em corrupção; ou se a decisão (*award*) não explicitou as razões nas quais foi baseada” (CIADI, 2006, Art. 50). O processo de anulação, contudo, é um mecanismo de controle muito mais limitado que o sistema de recurso, porque o tribunal responsável por julgar o pedido de anulação não pode reexaminar os méritos do caso.

A função da anulação não é corrigir os erros do tribunal relacionados aos fatos ou à lei, mas sim de policiar a integridade da sentença e do processo que levou à sentença. A escolha que tem um comitê ad hoc – ou seja, o painel que supervisiona um processo de anulação – é bastante limitada: pode anular a sentença (ou uma parte dela) ou mantê-la intacta. O comitê não pode substituir o julgamento do tribunal anterior por seu julgamento e corrigir a sentença. (UNCTAD, 2014, p.154)

Caso uma decisão seja anulada, o investidor pode abrir nova controvérsia sobre o mesmo caso. Árbitros, contudo, parecem ser bastante relutantes em conceder anulações. Nos últimos 33 anos, o CIADI acolheu integral ou parcialmente 19, ou 16%, dos 116 pedidos de anulação registrados. Dos 72 casos examinados no presente estudo, houve pedido de anulação em 7 controvérsias – quatro que haviam sido originalmente vencidas pelo investidor (todas casos de direito à água na Argentina³⁵), e três, pelo Estado³⁶. Todos os pedidos de anulação pelo Estado (Argentina) foram rejeitados. Dos três pedidos registrados por empresas, um está pendente, um foi suspenso pelo CIADI e o terceiro foi rejeitado.

As regras da UNCITRAL e dos tratados não regidos pelas regras do CIADI, que podem incluir aqueles que adotaram os Mecanismos Complementares do CIADI, também pouco prevêm recurso, mas a decisão pode ser anulada (*set aside*) por tribunais nacionais do local escolhido como sede da arbitragem no início da controvérsia. A Lei-Modelo da UNICTRAL determina que:

(2) A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal referido no artigo 6.º se:

(a) A parte que faz o pedido fizer prova de que:

(i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.º era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a

³⁵ *Suez e Vivendi vs. Argentina*, 2003; *Suez e Interagua vs. Argentina*, 2003; *SAUR vs. Argentina*, 2004; *Impregilo vs. Argentina*, 2007

³⁶ *Industria Nacional de Alimentos vs. Peru*, 2003; *Commerce Group vs. El Salvador*, 2009; *Cortec Mining vs. Quênia*, 2015.

que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) A parte que requer a anulação da sentença arbitral não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou

(iii) A sentença tem por objeto uma controvérsia não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas à arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram; ou

(iv) A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão conformes ao acordo entre as partes, a menos que referido acordo contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derogar, ou que, na falta de tal acordo, não estão conformes à presente Lei; ou

(b) O tribunal estatal constatar:

(i) Que o objeto da controvérsia não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou

(ii) Que a sentença arbitral contraria a ordem pública do presente Estado.

A Convenção de Nova York e a maior parte dos outros instrumentos que regem essas controvérsias adotam regras similares, permitindo que um tribunal local anule uma sentença arbitral quando constatar que um tribunal de arbitragem violou o devido processo legal ou a legalidade do processo.

Sentenças podem ser contestadas no evento da ausência ou da invalidade do consentimento inicial à arbitragem, ou caso tenha havido alguma irregularidade na constituição do tribunal de arbitragem, ou caso tenha havido irregularidades procedimentais graves que tenham comprometido a equidade fundamental do procedimento, ou se o tribunal arbitral excedeu sua jurisdição ou deixou de honrar o acordo entre as partes. (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, p. 152).

Em resumo, tanto nas controvérsias regidas pelas normas do CIADI quanto naquelas regidas pela Lei-Modelo da UNCITRAL ou similares, para que o tribunal de arbitragem *ad hoc* (no caso do CIADI) ou o tribunal doméstico (nos outros casos) possa anular uma sentença de arbitragem, precisa constatar que houve erro ou má-fé no processo, ou que o tribunal aplicou a legislação incorreta ao caso, mas não cabe anulação se o processo tiver

preservado a legalidade e a legislação correta tiver sido aplicada à controvérsia, ainda que a interpretação dessa lei possa ter sido incorreta (Fernández-Armesto, 2011).

Tribunais locais também parecem relutar em anular decisões. Entre as 72 controvérsias analisadas no presente estudo, 11 das partes vencidas pediram anulação da sentença por tribunais nacionais. Destes casos, dois ainda estão pendentes. Dos nove restantes, sete pedidos foram rejeitados – ou seja, a sentença original foi mantida –, um foi parcialmente concedido e um foi aceito. No caso parcialmente concedido, *Metalclad vs. México*, a Suprema Corte da Colúmbia Britânica rejeitou todas as alegações do México para anulação da sentença, mas reconheceu um erro no cálculo dos juros aplicáveis à indenização devida. Assim, determinou que US\$ 1,6 milhão deveria ser descontado do valor da indenização original (US\$ 16,7 milhões). O caso anulado é a própria controvérsia *Achmea vs. Eslováquia*, mencionada acima, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu em 2018 que, em controvérsias entre investidores e Estados da União Europeia, a lei europeia tem precedência sobre qualquer tratado bilateral, e que, de acordo com a legislação europeia, qualquer decisão judicial envolvendo Estados-parte da EU tem de permitir recurso a instâncias superiores de acordo com o que determinam os Tratados da EU. O tribunal concluiu que o tratado bilateral em entre Países Baixos e Eslováquia, no qual a controvérsia se baseava, não previa essa possibilidade, portanto não poderia ser aplicado. Dado que o tratado em questão é similar aos outros tratados baseados na Lei-Modelo da UNCITRAL e nas regras do CIADI, a medida possivelmente terá consequências para todas as arbitragens baseadas em tratados entre membros da União Europeia.

Outra possibilidade que Estados têm de limitar abusos por parte do investidor é a abertura de contrademandas (*counterclaims*) dentro de uma controvérsia. Os tribunais, contudo, têm sido refratários a aceitar esses pedidos. A enorme maioria dos casos conhecidos de contrademandas foi rejeitada – principalmente pela constatação do tribunal que não tinha jurisdição para avaliar a demanda ou pela falta de provas de consentimento da outra parte. Até agora, há apenas um caso conhecido de contrademanda por razões de interesse público que foi aceita e na qual que o Estado venceu: aquela iniciada pelo Equador no âmbito do caso *Burlington vs. Equador*. O caso original se tratava de uma controvérsia iniciada pela empresa petrolífera depois que o Equador mudou seu regime tributário, que a Burlington alegou se tratar de expropriação e violar a obrigação de tratamento justo e equitativo. O Equador negou as acusações e deu início a uma contrademanda alegando que

a empresa não cumprira com suas obrigações de conservar a infraestrutura de suas instalações e que havia causado graves danos ambientais. O tribunal acatou parcialmente as alegações do investidor, afirmando que o país havia incorrido em expropriação e condenando-o a pagar uma indenização de US\$ 379,8 milhões, mas também aceitou parcialmente as alegações do Estado em sua contrademanda, constatando que a empresa violara obrigações contratuais e leis ambientais, ainda que de forma não tão grave quanto o Equador alegara, e outorgando uma indenização de US\$ 41,7 milhões a ser paga pela Burlington ao país.

Dentre os 72 casos examinados no presente estudo, apenas em um deles o Estado entrou com uma contrademanda. Trata-se da controvérsia *Urbaser vs. Argentina* (2007), em que o país alegou que, ao não investir o suficiente nos sistemas de provimento de água e esgoto, a empresa havia violado o direito humano à água. O tribunal deu ganho de causa ao investidor, mas, no texto da sentença, afirmou que tribunais de arbitragem podem ter, sim, jurisdição para examinar contrademandas abertas por Estados baseadas em instrumentos internacionais de direitos humanos e que entidades não estatais podem ter obrigações em matéria de direitos humanos, especialmente negativas (ou seja, não cometer ativamente violações de direitos). Como não há jurisprudência no sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado, é difícil prever se outros tribunais interpretarão as obrigações dos investidores da mesma maneira, mas o simples fato de o tribunal ter aceito examinar um caso baseado no direito internacional dos direitos humanos foi considerado significativo (Crow & Escobar, 2018).

Os investidores venceram 14 dos casos que moveram em desafio à implementação de novas leis de interesse público, os Estados ganharam sete, quatro terminaram em acordo e um foi suspenso por questões procedimentais. Os outros sete estão pendentes. Os investidores demandaram US\$ 22.716.200.000 dos países. Os Estados tiveram que pagar, até o final de 2019, US\$ 1,080 bilhão em indenizações.

Vencedor da controvérsia gerada por tentativas de o Estado implantar nova lei

2.2 – Formas pelas quais as controvérsias interferiram em tentativas de Estados legislarem em matérias de interesse público

A partir dos dados acima, pode-se dizer que, na maioria dos casos examinados que já foram decididos, o Estado perdeu as controvérsias e teve seu poder de legislar reduzido, seja por ter de pagar indenização, seja por voltar atrás em leis e normas já aprovadas, e, em alguns casos, até mesmo por deixar de propor novas leis de interesse público.

Exigência de ressarcimento

Os investidores demandaram um total de US\$ 57 bilhões dos Estados nos 72 casos estudados, sendo que, em nove casos, a quantia demandada ultrapassou o US\$ 1 bilhão. Nos 46 casos que já foram decididos e sobre os quais há informações sobre quantias exigidas e outorgadas, países foram condenados a pagar US\$ 3 bilhões, de US\$ 31 bilhões demandados.

O simples fato de tribunais de arbitragem decidirem impor multas é um constrangimento ao espaço político dos Estados porque compromete fundos públicos que, de outra forma, poderiam ter sido utilizados para outros fins de interesse público decidido pelos legisladores. Em alguns casos, a multa é tão alta que supera orçamentos de ministérios

inteiros, como vimos, por exemplo nos casos da *Vattenfall vs. Alemanha* (2012) e *Aura Energy vs. Suécia* (2019).

Não apenas os altos valores em indenizações pesam para os Estados, mas os próprios custos de arbitragem podem representar porções significativas de seus orçamentos. Um estudo de 2017 concluiu que os países gastam, em média, US\$ 4,9 milhões por processo de arbitragem, e os investidores, US\$ 6 milhões (Hodgson & Campbell, 2017). Mas os custos podem ser bem mais altos. O Equador, por exemplo, gastou US\$ 90 milhões de dólares em advogados para se defender de casos entre 2007 e 2012 (Valencia, 2013). O governo do Uruguai admitiu que não teria condições de se defender da controvérsia aberta pela Philip Morris se os custos não tivessem sido pagos pela Fundação Bill e Melinda Gates e pela Fundação Bloomberg, que decidiram financiar a defesa do país como caso de litígio estratégico contra a indústria do tabaco (Ranald, 2019)³⁷.

O alto custo dos processos, aliado à imprevisibilidade tanto dos resultados – já que os tribunais não operam com jurisprudência – quanto das quantias a ser ressarcidas caso o Estado perca a controvérsia – já que não há um método definido de cálculo para indenizações por expropriação – contribuem para o efeito “resfriador” ou inibidor das controvérsias, como veremos abaixo. A ausência de parâmetros para calcular as demandas e as indenizações outorgadas também pode estimular empresas a pedir altas quantias para persuadir os Estados a fazerem acordos pelos quais aceitam prover indenizações mais baixas ou voltar atrás na lei ou norma que deu origem à controvérsia.

Anulação de leis ou normas em vigor

Outra forma de constrangimento do espaço político dos Estados para legislar em matéria de interesse público causada pelas controvérsias investidor-Estado é a anulação de leis ou normas em vigor.

Como visto acima, os casos *Ethyl vs Canadá* (1997), *Dow Agrosciences vs. Canadá* (2009) e *Gilead vs. Ucrânia* (2016) todos terminaram em acordos pelos quais o país acionado não apenas teve de pagar indenização ao investidor, mas também voltar atrás na

³⁷ Os custos da defesa do Uruguai foram estimados em US\$ 10 milhões. Numa decisão inédita, o tribunal afinal condenou a Philip Morris a pagar US\$ 7 milhões ao Uruguai para custear essas despesas. (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A & Andabal Hermanos S.A vs. The Oriental Republic Of Uruguay, 2016, Award)

legislação que ensejou o processo. Também o caso *Vattenfall vs. Alemanha* (caso 1) terminou num acordo em que o país mudou a legislação ambiental para permitir que a água utilizada para resfriar um reator fosse jogada num rio – a controvérsia foi iniciada quando o país negou a outorga de licença ambiental à empresa porque a temperatura da água descartada no rio ameaçava algumas espécies de peixes.

Inibição na proposição de novas leis (efeito “resfriador”)

Apesar de ser difícil medir o efeito resfriador, ou inibidor, das controvérsias investidor-Estado – ou seja, sua influência na não-proposição de novas leis ou normas –, já que é desafiador atribuir causas para o não-acontecimento de algo, é possível identificar alguns indícios de que Estados deixaram de legislar em nome do interesse público por temer processos de arbitragem.

É importante notar que o efeito resfriador não se dá apenas quando o investidor sai vitorioso de uma controvérsia. Além dos fatores detectados acima pela análise dos casos, é possível identificar características estruturais do sistema de proteção ao investidor que contribuem para uma assimetria fundamental do sistema e, portanto, contribuem para seu potencial de inibir a ação estatal. Um deles é o fato de que a premissa de iniciar processos em órgãos de solução de controvérsias é exclusiva dos investidores. Esta possibilidade não é recíproca – ou seja, Estados não podem iniciar processos contra empresas. E, quando os casos são decididos em favor do investidor, os países devem pagar indenizações a eles, mas, quando são decididos favoravelmente ao Estado, as empresas não devem indenização ao país acusado, apesar de alguns juízes decidirem que elas devem restituir parte das custas do processo aos países-réus.

Isso faz com que os Estados tenham apenas ônus com a abertura das controvérsias e, portanto, tenham um incentivo a evitá-las ou a entrar em acordos, que podem incluir o pagamento pelo país de um montante menor do que o valor da ação e/ou o comprometimento de ajustar sua conduta (por meio da revogação de uma norma que prejudique a empresa, por exemplo). Como vimos, no caso da *Ethyl vs. Canadá*, a empresa americana moveu uma ação contra o governo do país vizinho por expropriação por ter banido um aditivo da gasolina por razões ambientais e de saúde pública, incluindo estudos demonstrando danos ao sistema nervoso de crianças que inalaram a substância. Depois que o tribunal de arbitragem decidiu que o caso era admissível, o Canadá decidiu aceitar um acordo

proposto pela empresa, que incluía a retirada da proibição, uma declaração pública de que o aditivo não apresentava riscos ambientais nem para a saúde e o pagamento de uma indenização de US\$ 19 milhões (Van Harten, 2008).

Às vezes, mesmo quando o caso termina em acordo, legisladores sentem-se inibidos a aprovar novas leis semelhantes às que provocaram as controvérsias. Após o caso *Ethyl*, por exemplo, o Canadá passou a ter de se apoiar em medidas voluntárias de regulação do uso do aditivo MMT, pois nenhuma província voltou a aprovar medidas de proibição da substância (Van Harten, 2015, p. 107-111). Em alguns casos, o efeito atravessa as fronteiras do próprio país que sofreu o processo. No caso *Philip Morris vs. Austrália*, o primeiro-ministro da Nova Zelândia afirmou publicamente que havia colocado em pausa seu projeto de aprovar uma lei antitabaco semelhante, já que um processo em tribunais de arbitragem representaria um prejuízo muito alto para o país (Crosbie & Thomson, 2018).

Não apenas a ameaça de terem de arcar com altas indenizações pode inibir os Estados, mas também o fato de os próprios processos de arbitragem serem longos e dispendiosos, principalmente no caso de países menores ou em desenvolvimento (Tienhaara, 2011b; Van Harten, 2008). Os ISDSs são altamente especializados, e grandes escritórios de advocacia com sede nos EUA e no Reino Unido concentram a *expertise* no assunto. A média de custos advocatícios em processos de arbitragem é de US\$ 8 milhões, tendo chegado a US\$ 30 milhões em alguns casos, e, amiúde, os tribunais de arbitragem obrigam as partes a compartilhar os custos do processo – ou seja, o Estado-réu acaba tendo que pagar embora o caso termine em seu favor (Eberhardt e Olivet, 2012). Ao explicar por que decidiu aguardar o resultado da controvérsia entre a Philip Morris e a Austrália para tentar regular a comercialização de cigarros em seu território, por exemplo, o primeiro-ministro neozelandês alegou que o custo de um possível processo seria cerca de US\$ 5 milhões – caro demais para a Nova Zelândia (The Australian, 2014; INTA Bulletin, 2013). O Uruguai também afirmou que só pôde resistir a fechar um acordo com a Philip Morris porque o ex-prefeito de Nova York, Michael Bloomberg, criou um fundo em parceria com a Fundação Bill e Melinda Gates para custear a sua defesa (Davies, 2015).

O resfriamento ou constrangimento regulatório também pode advir da percepção de que o envolvimento em controvérsias comerciais pode provocar uma evasão industrial ou de investimentos – já que o simples fato de ter sido acionado é visto como sinal de “má prática” comercial por investidores (Tienhaara, 2011b) – ou dificultar a assinatura de

acordos com determinados países. Documentos vazados à imprensa britânica em 2015 revelaram que a Comissão Europeia desistiu de propor uma lei banindo pesticidas com disruptores endócrinos por pressão de empresários americanos que advertiram que a legislação teria impacto sobre o TTIP (Neslen, 2015).

Outro indício do efeito resfriador das controvérsias investidor-Estado é o de que a simples ameaça de um processo pode fazer com que Estados voltem atrás em suas intenções de legislar em nome do interesse público. Grande parte dessas ameaças provavelmente não chega a ser conhecida, mas alguns casos que vieram a público demonstram o potencial inibidor das controvérsias.

Em 2016, por exemplo, a Novartis ameaçou o governo da Colômbia de abrir uma controvérsia num tribunal de arbitragem caso o país fosse adiante em sua intenção de outorgar o licenciamento compulsório do medicamento Glivec (Public Eye, 2017). O remédio, nome comercial da substância imatinib, é usado no tratamento da leucemia. Por sua eficácia, foi incluído na lista de medicamentos essenciais da OMS. Apesar de o tratamento com esse remédio ter custo estimado de produção de US\$ 180 por paciente por ano, ele era vendido na Colômbia por US\$ 19 mil por paciente por ano. Entre 2008 e 2014, o país gastou US\$ 200 milhões só com o Glivec. Para viabilizar o tratamento de seus cidadãos, o país utilizou o mecanismo do licenciamento compulsório previsto no TRIPs e declarou o remédio como medicamento de interesse público, o que permitiria o licenciamento compulsório e a autorização de venda da versão genérica do remédio. Mas, após receber a ameaça da Novartis, o país decidiu apenas negociar o preço do medicamento com a farmacêutica, obtendo um desconto de 44% (Verheecke et. Al., 2019).

Na França, uma lei que baniria o uso de todos os hidrocarbonos após 2020 foi revista e o prazo estendido até 2040 depois que a empresa canadense Vermillion ameaçou o governo de abrir uma controvérsia investidor-Estado em 2017. O Canadá também deixou de propor uma lei de embalagens uniformes de cigarros, como a uruguaia e a australiana, após ser ameaçado com um processo por uma firma de advocacia contratada pela Philip Morris e funcionários do governo do país admitiram que deixaram de implementar diversas políticas ambientais por medo de sofrer processos de arbitragem (Greider, 2001). Um estudo constatou ainda um efeito resfriador dos processos de arbitragem na proposição de novas leis ambientais que restringissem as atividades de mineradoras multinacionais em Gana (Tienhaara, 2006). E, na Indonésia, o governo voltou atrás na declaração de uma área

de proteção ambiental depois de sofrer uma ameaça de abertura de processo de arbitragem pela mineradora australiana Newcrest (Hamby, 2016).

O caso da Indonésia, assim como o de controvérsias abertas contra a Líbia e o Egito por mudanças no regime tributário, por exemplo, demonstram outro efeito inibidor das controvérsias investidor-Estado: já que os tratados protegem as empresas de mudanças legislativas que diminuam o valor de seus investimentos, não importa o ambiente político que reinava quando os acordos foram assinados, países governados por regimes autoritários, quando se tornam democráticos, encontram obstáculos para implementar políticas de interesse público, tais como sistemas tributários mais progressivos, leis ambientais mais estritas etc.

2.3 – Conclusões

Com base nos dados dos 72 casos examinados, constatamos que os investidores venceram duas vezes mais casos em tribunais de arbitragem do que os Estados – três vezes mais, se considerarmos os acordos entre as partes como desfechos favoráveis ao investidor. Verificamos ainda que as ações governamentais que mais ensejam processos são tentativas de implementar leis ou normas já existentes, principalmente recusas de renovar ou outorgar licenças ambientais – em grande parte dos casos, em consequência de mobilizações populares ou da sociedade civil. Também concluímos que mineradoras transnacionais são as empresas que mais movem processos contra Estados nos tribunais; que as alegações mais comuns e mais bem-sucedidas dos investidores são as de violação do princípio de tratamento justo e equitativo e a da proibição à expropriação direta ou indireta; e que há enorme variação entre os montantes demandados e também entre as indenizações determinadas pelos tribunais.

Examinando o conteúdo dos processos e, em alguns casos conhecidos, seus desdobramentos, pudemos verificar ainda que, na maior parte dos casos, a controvérsia investidor-Estado de fato restringiu a capacidade do Estado de legislar em matéria de interesse público ao, em pelo menos 23 casos, dos 50 resolvidos, obrigar o país a ressarcir o investidor financeiramente por medidas tomadas no interesse público ou, mais gravemente, como ocorreu em pelo menos nove casos, ao fazê-lo recuar na implementação ou na

proposição de leis ou normas para salvaguardar direitos – causando o chamado “resfriamento” ou constrangimento regulatório.

Algumas características dos tratados bilaterais e de livre comércio que incluem cláusulas de proteção ao investidor, assim como dos mecanismos de resolução de controvérsias investidor-Estado, parecem contribuir para esse constrangimento da margem discricionária dos Estados.

A principal delas parece ser a que diz respeito ao conceito de expropriação e de sua aplicação pelos Estados. Como vimos acima, o fato de não haver critérios claros para a determinação de se houve ou não expropriação e, caso ela seja constatada, do cálculo da indenização devida, por um lado, permite que investidores exijam a quantia que desejarem, e, por outro, contribui para a imprevisibilidade dos valores que os Estados podem vir a ser condenados a pagar. Essa imprevisibilidade, aliada ao histórico de vitórias muito mais frequentes do investidor nos tribunais de arbitragem, pode causar hesitação dos Estados para adotar políticas públicas ou executar normas ou leis que possam vir a ser interpretadas como expropriação, ou seja, quase qualquer iniciativa que possa impor prejuízos significativos a investidores provenientes de países com o qual tenham assinado tratados – ou até mesmo, como ocorreu em casos como os dois iniciados pela Philip Morris ou o aberto pelo consórcio Aguas del Tunari contra a Bolívia, que venham a transferir sua sede posteriormente para esses países. Esse quadro de incerteza faz com que, às vezes, a simples ameaça de um processo faça o Estado deixar de propor ou executar uma lei ou norma, tal como quando a Novartis e a Vermillion ameaçaram a Colômbia e a França de abrir controvérsias em tribunais de arbitragem.

“O investidor externo espera que o Estado-anfitrião aja de forma consistente, livre de ambiguidade e de forma totalmente transparente em suas relações com o investidor”, afirmaram os árbitros no caso *Tecmed vs. EUA*. O exame dos casos estudados parece demonstrar, contudo, que o sistema criado para gerir essas relações parece atuar de forma oposta a essa. O custo de assegurar a previsibilidade para os investidores – objetivo primordial das cláusulas de proteção ao investidor – parece ser o de gerar a imprevisibilidade para o Estado.

Contribuem ainda para a “vulnerabilidade” dos Estados perante os tribunais de arbitragem a falta de mecanismos de controle externo dos sistemas de resolução de

controvérsia investidor-Estado (tais como o sigilo e os obstáculos à participação de terceiros), alimentada pela falta de transparência dos processos, e a dificuldade para recorrer das decisões desses tribunais e conter abusos dos investidores. O ônus de provar de que determinada ação governamental se deu em nome do interesse público - e a submissão dos Estados a critérios de interesse público definidos pelos árbitros – também parece afetar a capacidade dos Estados de agir para proteger os direitos de seus cidadãos.

Tendo em vista o potencial das cláusulas de proteção ao investidor constantes dos TBIs e tratados de livre comércio de constranger o espaço político dos Estados, assim como dúvidas sobre seu real poder de trazer ganhos econômicos, diversos países vêm cancelando tratados bilaterais com essas cláusulas e/ou se engajando em tentativas de reforma do sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado (UNCTAD, 2020). No capítulo seguinte, examinaremos as principais reformas propostas, analisando se, e em que medida, contemplam os principais fatores de constrangimento identificados acima.

3. Tentativas recentes de reformar tratados bilaterais de investimento e o sistema de solução de controvérsias investidor-Estado

Segundo a UNCTAD, a função central dos acordos internacionais de investimento é “contribuir para a previsibilidade, a estabilidade e a transparência” nas relações entre investidores e Estados (UNCTAD, 2018). Como vimos nos capítulos anteriores, contudo, o sistema de proteção ao investidor não parece estar cumprindo nenhum desses três propósitos. Ao contrário, são justamente a sua falta de transparência e a sua imprevisibilidade que parecem ter contribuído para seus efeitos danosos sobre a capacidade dos Estados de agir no interesse público e sua ampla crise de legitimidade.

O quadro de vulnerabilidade dos Estados às controvérsias iniciadas por investidores tem suscitado duas classes de reação. De um lado, diversos países passaram a rever sua política de investimentos estrangeiros, cancelando, deixando de renovar ou reformando tratados. De outro, órgãos de solução de controvérsias como o CIADI e a UNCITRAL deram início a processos de reforma dos próprios mecanismos de ISDS. Paralelamente, a União Europeia criou um novo Sistema de Tribunal de Arbitragem (ICS, na sigla em inglês) para gerir potenciais controvérsias entre investidores e Estados, que já incluiu em acordos com países como o Canadá e o Vietnã, e tem advogado pela criação de um Tribunal Multilateral de Investimentos (MIC, na sigla em inglês). Também o Brasil, que nunca ratificou TBIs com cláusulas de ISDSs, vem propondo na arena internacional outro modelo de tratado para gerir a política de investimentos entre Estados: os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos.

Na próxima seção, descreveremos brevemente esses esforços, com atenção especial às mudanças e propostas de mudança com potencial de incidir sobre o espaço político dos Estados para legislar em matéria de interesse público. Em seguida, analisaremos as reformas para verificar se e em que medida elas têm o potencial de evitar o esfriamento ou contenção regulatória que identificamos no capítulo anterior.

3.1 – Revisão e cancelamento de tratados por Estados

Em 2013, um ano depois de ser condenado a pagar US\$ 2,3 bilhões à companhia petrolífera Occidental por decisão de um tribunal de arbitragem, o Equador montou uma comissão cidadã para avaliar se os tratados bilaterais de investimento que havia assinado estavam realmente trazendo vantagens econômicas ao país. A Comissão para a Auditoria Integral Cidadã dos Tratados de Proteção Recíproca de Investimentos e do Sistema de Arbitragem Internacional em Matéria de Investimentos (CAITISA), formada por integrantes do governo e organizações não-governamentais, concluiu em 2017 que os tratados não aumentaram significativamente o fluxo de investimentos ao Equador e colocaram a estabilidade econômica do país e capacidade do Estado de legislar em matéria de interesse público em risco.

Quando a comissão concluiu seus trabalhos, o Equador já havia sido acionado 26 vezes em tribunais de arbitragem baseados em cláusulas de proteção ao investidor, sendo que investidores haviam demandado US\$ 21,20 bilhões em indenizações – 86% do orçamento total do governo federal para aquele ano. Apenas a multa devida à Occidental representava 135% do orçamento do país para a saúde e 60% do orçamento para a educação. Em resposta aos achados da comissão, o Equador cancelou todos os seus tratados com cláusulas de proteção ao investidor. O país abandonou ainda a sua membresia do CIADI (Olivet, 2017).

Também a África do Sul decidiu cancelar grande parte de seus tratados bilaterais de investimento após analisar seus efeitos políticos e econômicos e aprovou em 2015 a *South African Protection of Investment Act* (Lei Sul-Africana de Proteção ao Investimento), que subordina o estímulo ao investimento e a proteção ao investidor aos objetivos da Constituição do país. A legislação afirma textualmente que, entre seus objetivos, estão a tentativa de “equilibrar o interesse público e os direitos e obrigações dos investidores”, a afirmação do “direito soberano de legislar do Estado” e a confirmação de que as leis que se aplicam aos investidores têm de respeitar os direitos entronizados na Constituição do país. Entre outras medidas, a lei restringe os foros de resolução de controvérsias investidor-Estado aos tribunais domésticos, permitindo a resolução de controvérsias em tribunais de arbitragem internacionais apenas em casos extraordinários, e mesmo assim apenas entre Estados. Também impõe limites à indenização por expropriação ao afirmar que a propriedade dos investidores será protegida nos termos da seção 25 da Constituição – que resguarda o direito do Estado de expropriar propriedade para fins públicos ou no nome do

interesse público – e que a indenização devida por atos de expropriação deve ser determinada de comum acordo entre o Estado e os afetados ou por um tribunal e precisa refletir um “equilíbrio entre o interesse público e o interesse dos afetados” (The Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Sect. 25). Além disso, a nova lei de investimentos resguarda especificamente o direito do Estado de legislar para diversos fins públicos:

12. (1) Não obstante qualquer disposição em contrário nesta Lei, o governo ou qualquer órgão do Estado pode, de acordo com a Constituição e a legislação aplicável, tomar medidas com o objetivo de -

- (a) corrigir as desigualdades e injustiças históricas, sociais e econômicas;
- (b) defender os valores e princípios adotados na seção 195 da Constituição;
- (c) zelar pelos direitos garantidos na Constituição;
- (d) promover e preservar o patrimônio, as práticas culturais, o conhecimento indígena e os recursos biológicos com eles relacionados; ou o patrimônio nacional;
- (e) fomentar o desenvolvimento econômico, a industrialização e o beneficiamento;
- (f) alcançar a realização progressiva dos direitos econômicos e sociais; ou
- (g) proteger o meio ambiente e a conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

(2) O governo ou qualquer órgão do Estado pode tomar as medidas necessárias para o cumprimento das obrigações da República no que diz respeito à manutenção, cumprimento ou restauração da paz e segurança internacional, ou à proteção dos interesses de segurança, incluindo a estabilidade financeira da República.³⁸;

Bolívia, Venezuela e Nicarágua já haviam cancelado tratados e decidiram abandonar em conjunto o CIADI em 2007. A Indonésia, em 2014, também decidiu rever e anular, ou não renovar, todos os seus tratados bilaterais de investimento com cláusulas de

³⁸ **Basic values and principles governing public administration.** (1) Public administration must be governed by the democratic values and principles enshrined in the Constitution, including the following principles: (a) A high standard of professional ethics must be promoted and maintained. (b) Efficient, economic and effective use of resources must be promoted. (c) Public administration must be development-oriented. (d) Services must be provided impartially, fairly, equitably and without bias. (e) People’s needs must be responded to, and the public must be encouraged to participate in policy-making. (f) Public administration must be accountable. (g) Transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information. (h) Good human-resource management and career-development practices, to maximise human potential, must be cultivated. (i) Public administration must be broadly representative of the South African people, with employment and personnel management practices based on ability, objectivity, fairness, and the need to redress the imbalances of the past to achieve broad representation. (The Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Sect. 195).

proteção ao investidor e, em 2016, a Índia advertiu 58 países com quem mantinha tratados de que pretendia anulá-los ou não renová-los. Segundo a UNCTAD, 349 tratados de investimento já foram cancelados, e a tendência tem se intensificado nos últimos anos – 221 desses cancelamentos ocorreram desde 2010 (UNCTAD, 2019), sendo que, de 2017 para cá, mais acordos foram cancelados do que novos tratados assinados (UNCTAD, 2020c).

3.2 – Novos tratados

3.2.1 - Tratados-modelo

Além de cancelar os tratados, vários países decidiram elaborar ou revisar seus tratados-modelo – que servem como base para a redação de novos acordos – para incluir: proteções ao direito do Estado de legislar, especialmente em matéria ambiental; definir mais detalhadamente o conteúdo de algumas cláusulas; excluir algumas proteções ao investidor; e incluir o requisito de que investidores precisam passar por tribunais nacionais antes de recorrer à arbitragem internacional.

O novo tratado-modelo da Índia, por exemplo, não contém a cláusula de tratamento justo e equitativo e exige que investidores usem as cortes indianas antes de iniciar controvérsias em tribunais internacionais (Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, s.d.). O tratado-modelo do Marrocos inclui a exigência de que todo investimento contribua para o desenvolvimento sustentável e exclui a possibilidade de indenizar investidores por medidas estatais não-discriminatórias e de boa-fé com o objetivo de proteger objetivos de interesse público, tais como o meio ambiente, a saúde e os direitos trabalhistas (Accord entre le Royaume du Maroc et ... pour la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements, s.d.).

3.2.2 - Novos TBIs

Medidas para proteger o direito do Estado de legislar em matéria de interesse público também têm sido incorporadas em novos tratados bilaterais.

Ao verificar se essas medidas incluem aquelas identificadas no capítulo anterior como as mais relevantes para a vulnerabilidade dos Estados ao constrangimento regulatório, constatamos que, dos 2.576 tratados constantes da base de dados da UNCTAD, 460 qualificam o princípio de tratamento justo e equitativo, seja fazendo referência a princípios

do direito internacional (348), ao padrão mínimo de tratamento (82) ou de forma mais geral ao direito consuetudinário internacional (20) ou ainda relacionando-o a *standards* como tratamento nacional ou tratamento de nação mais favorecida (61). Apenas 16 – todos eles assinados desde 2005 – listam os tipos exatos de medidas que considerariam ferir (ou não ferir) o padrão tratamento justo e equitativo. Já a expropriação indireta é detalhada de alguma forma em 154 tratados, tendo 93 deles sido assinados desde 2005. Desses 154, 110 incluem exceções na cláusula de expropriação indireta para algum tipo de medida estatal, e 92 excluem especificamente o licenciamento compulsório de medicamentos de acordo com as regras da OMC (interessante notar que 35 deles têm o Canadá como uma das partes, e 17, a Colômbia). E 13 tratados assinados desde 2005 não incluem cláusulas de expropriação indireta, sendo que 7 deles têm o Brasil como uma das partes. Em relação a mecanismos de controle social, 50 tratados – 49 dos quais assinados nos últimos quinze anos – exigem que os documentos relativos às controvérsias sejam publicados, e 39 – todos posteriores a 2005 –, que as audiências sejam abertas ao público. Além disso, 39 tratados permitem a submissão de *amicus curiae*, sendo que 38 foram assinados desde 2005. (UNCTAD, 2020b)

Segundo a UNCTAD, exceções no sentido de proteger o espaço político dos Estados têm sido adotadas de forma praticamente unânime nos tratados assinados nos últimos anos. Dos 15 novos tratados assinados em 2019 cujo texto estava disponível, por exemplo, nove incluíam exceções gerais (por exemplo, a medidas para proteger a saúde ou a conservação de recursos naturais finitos) e 14 circunscreviam a obrigação de tratamento justo e equitativo e detalhavam ou omitiam a cláusula de expropriação indireta para preservar o espaço político dos Estados para agir em nome da preservação da saúde e do meio ambiente. (UNCTAD, 2020c)

Os dados demonstram a tendência observada pela UNCTAD em anos recentes de revisão de tratados pelos Estados (UNCTAD, 2019), o que levou a instituição a lançar uma cartilha com orientações para países que desejassem rever sua política de investimentos no sentido de salvaguardar seu direito de legislar em matéria de interesse público e, ao mesmo tempo, manter garantias aos investidores. A publicação inclui algumas trilhas possíveis para a reforma (por exemplo: cancelamento de tratados, reforma de acordos existentes e/ou elaboração de novos instrumentos) e exemplos de redação de cláusulas específicas detalhando os *standards* de proteção ao investidor (UNCTAD, 2018).

Na seção de sugestões de reforma com o objetivo de proteger o espaço político dos Estados, a UNCTAD seleciona alguns princípios que classifica como mais instrumentais. O primeiro é o que diz respeito ao direito do investidor de receber tratamento de nação mais favorecida. Segundo o órgão da ONU, essa cláusula, originalmente concebida para evitar a elaboração ou implementação de políticas que promovessem a discriminação de investidores de certo país frente a outros, tem sido usada por investidores para iniciar controvérsias baseadas em cláusulas mais favoráveis presentes em tratados que o Estado-anfitrião assinou com outros países (UNCTAD, 2018). No caso mais conhecido deste uso da cláusula, *Maffezini vs. Espanha* (2000), um cidadão argentino que havia investido numa empresa química espanhola iniciou uma controvérsia contra a Espanha. A Espanha afirmou que o tratado bilateral entre Argentina e Espanha exigia que ele tivesse levado o caso a tribunais espanhóis e esperado por 18 meses antes de levá-lo à arbitragem internacional. O investidor, porém, alegou que o tratado entre Chile e Espanha não exigia o esgotamento dos recursos internos antes da abertura de uma controvérsia internacional e que, portanto, investidores argentinos, baseados na cláusula de nação mais favorecida no tratado Argentina-Espanha, também tinham direito ao mesmo tratamento. O tribunal deu razão ao investidor. O mesmo ocorreu na controvérsia iniciada pela Siemens contra a Argentina em 2002, quando a empresa alemã alegou que o tratado entre Chile e Argentina não exigia que investidores recorressem primeiro a tribunais nacionais (*Siemens vs. Argentina*, 2002). A recomendação da UNCTAD, baseada nestes casos, é a de que a cláusula de nação mais favorecida especifique que o princípio não se aplica a cláusulas procedimentais de outros tratados bilaterais, ou pelo menos de tratados mais antigos do que o “tratado base” (o acordo com base no qual a controvérsia foi iniciada).

Outra cláusula considerada importante pela UNCTAD para preservar o espaço político dos Estados é a de tratamento justo e equitativo. Também neste caso a instituição recomenda que o princípio seja detalhado para evitar que investidores possam utilizá-lo para contestar qualquer política estatal que aleguem ser “injusta” ou contrariar suas “expectativas legítimas”. O órgão recomenda que os países listem especificamente os tipos de política/ação estatal cobertas (ou, alternativamente, não cobertas) pela cláusula e/ou definam por quais critérios o tribunal deve avaliar se uma medida consistiu ou não de tratamento justo e equitativo (por exemplo, princípios do direito consuetudinário internacional, padrão de tratamento mínimo etc.).

Também o *standard* de expropriação indireta é visto pela UNCTAD como crucial. Mais uma vez, o órgão sugere que os Estados estabeleçam critérios para que o tribunal possa avaliar se houve expropriação indireta ou não, ou excluam certas medidas (tais como iniciativas para proteger a saúde, o meio ambiente etc.) do escopo do que pode ser considerado expropriação, ou ainda excluam a cláusula completamente do tratado – opção que indicam também para as cláusulas de tratamento justo e equitativo e tratamento de nação mais favorecida.

A cartilha também aventa a possibilidade de inclusão de uma cláusula de exceção para políticas públicas nos TBIs. A cláusula pode listar os objetivos políticos cobertos pelo item (por exemplo: preservação do meio ambiente ou da saúde pública, fornecimento de serviços essenciais como água ou tratamento médico, prevenção da evasão fiscal, ou mesmo satisfação das necessidades econômicas ou de desenvolvimento do país); o grau de relação das medidas com os objetivos listados (que pode variar de medidas no “sentido de” a “necessárias para” atingir os objetivos); e determinar quem pode definir se uma medida foi ou não tomada para atingir os objetivos listados (estabelecendo, por exemplo, a necessidade de o tribunal levar em conta a opinião de um comitê conjunto, que inclua representantes de ambas as partes, sobre o assunto).(UNCTAD, 2018)

A UNCTAD afirma ter prestado assistência a 75 países em busca de reformar seus tratados de investimento de 2012 (UNCTAD, 2020c).

3.3 – Reformas em tratados multilaterais

3.3.1 – Transição do NAFTA para o USMCA

Em julho de 2020, entrou em vigor o Acordo entre Estados Unidos, México e Canadá (USMCA), substituindo o NAFTA. O mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado do novo tratado se aplica somente a Estados Unidos e México, e apenas controvérsias por alegações de expropriação direta e tratamento discriminatório podem ser levadas a tribunais de arbitragem – excetuando-se investidores com contratos governamentais em alguns setores (gás e petróleo, geração de energia, telecomunicações, transporte e infraestrutura), que podem se utilizar da arbitragem para tratar de violações de qualquer cláusula incluída no tratado.

Outra inovação do USMCA é exigir que, antes de iniciar uma controvérsia internacional, investidores tentem resolver a questão em tribunais nacionais por pelo menos 30 meses.

O Canadá permanece atrelado às cláusulas de ISDSs do NAFTA por três anos após o término oficial do acordo. Após julho de 2023, investidores dos Estados Unidos terão de recorrer aos tribunais canadenses para fazer valer seus direitos. Já no caso do México, como o país é co-signatário do Acordo Transpacífico com o Canadá, investidores de ambos os países poderão iniciar controvérsias em tribunais de arbitragem de acordo com as regras desse tratado. (United States-Mexico-Canada Agreement, 2020)

3.3.2 - Acordo da Carta da Energia

Em 2019, a Conferência da Carta de Energia adotou um plano de trabalho para modernizar o acordo, incluindo a revisão de cláusulas para redefinir o direito de legislar dos Estados, as cláusulas de tratamento justo e equitativo, tratamento de nação mais favorecida e expropriação indireta e, possivelmente, incluir referências ao desenvolvimento sustentável e à responsabilidade social corporativa no tratado (Energy Charter Secretariat, 2018). O Grupo de Modernização do ACE começou a discutir cada uma dessas definições em 2020, mas não tem previsão de quando terminará o processo de reforma do tratado (International Energy Charter, 2020).

3.4 - Novos modelos de ISDS

3.4.1 – O Sistema de Tribunal Internacional (ICS) e o Tribunal Multilateral de Investimentos (MIC), da União Europeia

Diante de forte oposição da sociedade civil e de alguns governos europeus à inclusão de mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado no Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP), então em processo de negociação com os Estados Unidos, a Comissão Europeia realizou em 2014 uma consulta pública sobre ISDSs, com o objetivo de decidir quais cláusulas incluir no tratado. O órgão recebeu mais de 150 mil respostas, tanto por parte de governos quanto de organizações da sociedade civil e de cidadãos. A partir desta consulta, a comissão identificou quatro grandes áreas de preocupação: (a) a proteção do direito dos Estados a legislar; (b) o estabelecimento e o funcionamento dos tribunais arbitrais; (c) a possibilidade de recorrer de sentenças

arbitrais; (d) a relação entre os sistemas judiciários nacionais e os tribunais de arbitragem. (European Commission, 2015)

Em maio de 2015, a Comissão publicou um *concept paper* intitulado “O investimento no TTIP e além – o caminho para a reforma”, que sugeria políticas de proteção ao investimento e de resolução de controvérsias investidor-Estado, incluindo o estabelecimento de um sistema de tribunal de arbitragens a ser incluído em acordos bilaterais (European Commission, 2015b). Em novembro do mesmo ano, a União Europeia aprovou uma política europeia em relação à proteção ao investimento. A política determina a substituição dos mecanismos de solução de controvérsias correntes por um Sistema de Tribunal de Investimento (ICS, na sigla em inglês) consistindo de um tribunal de primeira instância e um tribunal de apelações com juízes permanentes nomeados pela EU e pelos países parceiros, além de tratados com cláusulas delineando mais precisamente os limites dos *standards* de proteção ao investidor, particularmente no que diz respeito ao espaço político dos Estados, para “atingir um equilíbrio entre a garantia de um alto grau de proteção aos investimentos e a salvaguarda do direito dos Estado de legislar em matéria de interesse público” (European Commission, 2016). Segundo a Comissão Europeia, o ICS resolveria alguma das principais preocupações relativas aos ISDSs levantadas pelos Estados-membros da UE: a da independência dos árbitros; a da consistência das interpretações das cláusulas dos tratados e, consequentemente, das sentenças; e a da possibilidade de recorrer das sentenças arbitrais (European Commission, 2017). Em 2016, a UE integrou esse modelo ao Tratado Econômico e Comercial Global com o Canadá (CETA, na sigla em inglês) e ao Tratado de Livre Comércio UE-Vietnã. Segundo o bloco, o CETA tornou-se, assim, um “piloto” para a nova política de investimentos da UE.

O modelo do ICS difere dos sistemas “tradicionais” de resolução de controvérsias, tais como o CIADI e as regras da UNCITRAL, principalmente por incluir um tribunal permanente e um tribunal de apelações. Uma das principais críticas aos ISDSs é o fato de que as controvérsias são em geral resolvidas por painéis de advogados especializados em direito comercial, e não por magistrados. Ora, a magistratura é uma carreira estável na ampla maioria dos países por ser considerada uma proteção contra pressões econômicas ou políticas. Além disso, não raro, advogados atuam em escritórios internacionais que têm grandes empresas como clientes, com pouco conhecimento sobre direito público, ambiental ou outros. O ICS responde a essas críticas formando um tribunal permanente de juízes.

No caso do CETA, o tribunal é formado por 15 juízes, sendo cinco indicados pelo governo canadense, cinco pela União Europeia e cinco provenientes de outros países. Os juízes “neutros” são nomeados pelo Comitê Misto do CETA, um grupo formado por integrantes do governo canadense e de suas províncias e por membros da União Europeia e de governos de seus Estados-membros. No caso do tratado entre EU e Vietnã, a lógica é a mesma, mas o tribunal tem apenas 9 integrantes. Para cada controvérsia, o presidente ou o vice-presidente do tribunal – que são escolhidos dentre os cinco integrantes “neutros” do tribunal – nomeiam aleatoriamente três juízes, um da UE, um canadense e um de outro país. Os juízes devem ter “as qualificações exigidas para servir como juiz em seu próprio país”, servem mandatos de cinco anos e são remunerados para ficar à disposição do tribunal. O tribunal de apelação também é permanente e pode rever quaisquer sentenças do tribunal. (Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro, 2017; EU-Vietnam Trade and Investment Agreements, 2018)

Outra característica do ICS é a obrigação de dar transparência a todo o processo. As audiências são abertas a qualquer cidadão, e a abertura das controvérsias e o texto de todas as petições, assim como o de outras comunicações por escrito, despachos e sentenças, são publicados integralmente, resguardada a possibilidade do tribunal de determinar a confidencialidade de parte das informações a pedido de uma das partes.

Em relação aos princípios substantivos de proteção ao investidor, o CETA inclui as cláusulas de tratamento nacional, tratamento de nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo, proteção e segurança integrais, proteção contra a expropriação e proibição de requisitos de desempenho. No que diz respeito às proteções do Estado-anfitrião, além da cláusula de recusa de benefícios, há um artigo (8.9) especificamente dedicado a proteger o direito do Estado de legislar no interesse público:

1. Para efeitos do presente capítulo, as Partes reiteram o direito de regular em nos seus respetivos territórios para realizar objetivos políticos legítimos, em domínios tais como a proteção da saúde pública, a segurança, o ambiente, a moral pública, a proteção social e a defesa dos consumidores ou a promoção e proteção da diversidade cultural;
2. Para maior clareza, o simples facto de uma Parte regular, inclusive mediante a alteração da sua legislação, de uma forma que afete negativamente um investimento ou interfira nas expectativas de um investidor, entre as quais as suas

expetativas em termos de lucros, não constitui uma violação das obrigações decorrentes da presente secção.

Além disso, na cláusula sobre expropriação, o CETA exclui explicitamente da definição de expropriação indireta medidas tomadas pelo Estado em nome do interesse público: “exceto nas raras circunstâncias em que o impacto de uma medida ou série de medidas é tão severo relativamente ao seu objetivo que parece ser manifestamente excessivo, as medidas não discriminatórias de uma Parte concebidas e aplicadas para proteção de objetivos de interesse público legítimos, como a saúde pública, a segurança e o ambiente, não constituem uma expropriação indireta”. Por outro lado, o CETA protege o direito do investidor de receber compensação “rápida, adequada e efetiva” no caso de expropriação, de acordo com o “justo valor de mercado” (sendo que “os critérios de avaliação devem incluir o valor de cedência global, o valor do ativo, nomeadamente o valor fiscal declarado dos bens corpóreos e, se for caso disso, outros critérios necessários para determinar o justo valor de mercado”), mais os juros acumulados entre a data da expropriação e o pagamento da indenização.

Apesar de o CETA ter entrado provisoriamente em vigor em 2017, o capítulo sobre investimentos só valerá quando todos os Estados-membros da UE tiverem ratificado o tratado. Até outubro de 2020, apenas metade dos países do bloco europeu tinha assinado o acordo. O capítulo sobre investimentos é justamente o que mais tem gerado resistência, como veremos abaixo.

Segundo a Comissão Europeia, na consulta pública de 2014, alguns stakeholders propuseram a criação de um sistema multilateral para a solução de controvérsias relacionadas a investimentos. Com base nisso, a Comissão afirmou em um comunicado em 2015 que, em paralelo à política acima, empreenderia esforços junto a seus parceiros para “construir consenso” ao redor de um tribunal internacional de investimentos permanente, o Tribunal Multilateral de Investimentos (MIC, na sigla em inglês). A possível futura transição para um modelo de solução de controvérsias por meio desse tribunal já foi incluída no CETA e no acordo com o Vietnã, e a UE decidiu ainda levar a proposta a fóruns multilaterais como a OCDE, a UNCTAD e, principalmente, a UNCITRAL (European Commission, 2017b).

O MIC seria como o ICS no que diz respeito à inclusão de um tribunal de primeira instância e um tribunal de apelações, ambos formados por juízes independentes nomeados

pelos Estados-parte, mas outros detalhes sobre seu funcionamento seriam acordados com os países que decidissem fazer parte dessa corte. Alguns dos dispositivos que poderiam ser incluídos seriam: a possibilidade de Estados-parte decidirem em conjunto – bilateral ou multilateralmente – sobre a interpretação de princípios substantivos dos tratados, sendo que os juízes teriam apenas de implementá-los e mecanismos de mediação antes da abertura de controvérsias (European Parliamentary Research Service, 2020). Segundo a própria UE, o modelo tem sido recebido com boa vontade por países como Cingapura e México, além de Canadá e Vietnã, mas outros importantes parceiros comerciais da Europa, tais como Japão e Estados Unidos, têm demonstrado resistência ao MIC (European Union, s.d.).

3.4.2 – Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Brasil

O Brasil, apesar de ter assinado alguns tratados bilaterais incluindo cláusulas de proteção ao investidor e a possibilidade de recorrer a ISDS nos anos 1990, nunca os ratificou. Isso decorreu de uma conjunção de fatores, sendo decisiva a oposição do Congresso Nacional a esses acordos. Entre as principais preocupações dos legisladores estavam a cláusula de expropriação e o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado, ambos os quais foram classificados por congressistas como inconstitucionais (Morosini & Xavier Jr, 2015).

No que diz respeito à expropriação, os princípios contidos nos tratados contrariariam a Constituição porque concederiam tratamento privilegiado a investidores estrangeiros em relação a investidores nacionais, já que, pela lei brasileira, a expropriação pode ser compensada com títulos da dívida pública ou títulos da reforma agrária, possibilidade vedada pelos tratados de investimento. Os legisladores também levantaram ressalvas quanto à liberdade dada aos investidores para transferir recursos ao exterior sem considerar a disponibilidade de divisas pelo país, mais um privilégio não concedido aos investidores brasileiros. Outra cláusula considerada inconstitucional era a que dava possibilidade de investidores estrangeiros recorrerem a tribunais internacionais antes de esgotarem os recursos judiciais internos no Brasil (Morosini & Xavier Jr, 2015).

Outros pontos controversos presentes nos TBIs assinados pelo Brasil eram a definição de investimento, que, segundo opositores, facilitava a entrada de capital especulativo, e a cláusula de tratamento de nação mais favorecida, que inviabilizaria a possibilidade

de o Brasil negociar tratados com condições especiais com outros países em desenvolvimento sem estender as mesmas vantagens a investidores de países desenvolvidos (Lemos & Campello, 2013).

Além da oposição no Legislativo, o próprio Executivo teria colocado pouco empenho na ratificação dos tratados por uma série de motivos convergentes: necessidade de concentrar esforços em outras prioridades no Congresso; informação sobre críticas ao modelo de ISDSs expostas em discussões internacionais sobre a adoção de um tratado multilateral de investimento na OCDE e sobre a capacidade duvidosa dos TBIs de aumentar os fluxos de investimento; e a realização de reformas que atingiram grande parte dos mesmos fins dos tratados propostos, tais como o livre movimento de capital e o fim do monopólio estatal e abertura dos mercados nos setores de mineração, gás e petróleo, geração de energia e telecomunicações (Lemos & Campello, 2013, pp. 25-26).

Pelos motivos acima, e por permanecer sendo receptor de investimentos diretos mesmo sem assinar TBIs, o país permaneceu até recentemente à margem do sistema internacional prevalecente de proteção ao investidor – seja no que diz respeito à assinatura de acordos bilaterais, seja no que concerne aos mecanismos de resolução de controvérsias investidor-Estado. Foi apenas na década de 2010, por outra conjunção de fatores, incluindo a manifestação de interesse por investidores nacionais que ampliavam sua presença em países estrangeiros, particularmente na América Latina e na África, que o Estado brasileiro começou a trabalhar para estabelecer acordos de fomento ao investimento direto. O modelo de tratado elaborado pelo país levou em conta: as demandas e necessidades percebidas pelos investidores brasileiros; a experiência de países em desenvolvimento em controvérsias investidor-Estado e as tentativas de reforma dos ISDSs; e a intenção de compatibilizar o estímulo ao investimento direto com as garantias constitucionais brasileiras (Morosini & Badin, 2015).

Nesse sentido, Ministério do Desenvolvimento, Investimento e Comércio (MDIC) procurou, ao elaborar o novo modelo

- (1) restringir o conceito de expropriação apenas à expropriação direta e a indenização por expropriação ao permitido pela Constituição brasileira (...);
- (2) limitar o mecanismo de solução de controvérsias a controvérsias entre Estados;
- (3) admitir exceções à cláusula de transferência de recursos, com o objetivo de salvar o balanço de pagamentos dos Estado-anfitrião;
- (4) limitar as proteções contidas nos tratados a investimentos produtivos, de acordo com as definições do

FMI e sob as condições determinadas pela legislação interna do Estado-anfitrião; (5) garantir o espaço político dos Estados na definição das exceções aos princípios de tratamento nacional e tratamento de nação mais favorecida. (Morosini & Badin, 2015).

Assim, o país chegou ao modelo dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). O modelo baseia-se em dois princípios fundamentais: o da cooperação entre governos e o da deferência às legislações nacionais (Morosini & Badin, 2015). Os acordos criam duas instâncias de cooperação: os Ombudsmen e os Comitês Conjuntos (*Joint Committees*). Ambos têm a função primordial de facilitar os investimentos entre as partes, mas também têm papéis importantes na resolução de controvérsias que possam surgir.

O escritório do Ombudsman funciona como um mediador entre investidores estrangeiros e os Estados receptores dos investimentos. Suas funções são: apoiar e orientar os investidores, esclarecendo dúvidas e recomendando soluções para eventuais questionamentos apresentados (*policy advocacy*) e propor aos órgãos e/ou agências de governo possíveis melhorias na legislação ou em procedimentos administrativos. A ideia é que investidores possam acessar o Estado-anfitrião tão logo avaliem que possa ter havido ou haverá uma violação do tratado, permitindo que o Estado ajuste sua conduta ou que um acordo seja estabelecido rapidamente.

No Brasil, o Ombudsman de Investimentos Diretos é um escritório lotado na Câmara de Comércio Exterior do Ministério da Economia (CAMEX). Conta com uma secretaria-executiva, exercida pela secretaria-executiva da CAMEX; um grupo assessor, formado por representantes dos ministérios que compõem a câmara; e uma rede de pontos focais, que são representantes dos órgãos e entidades da administração pública apontados pelo grupo assessor. O escritório do Ombudsman também recebe consultas e questionamentos dos investidores nacionais com relação aos seus investimentos nos países com os quais o Brasil tenha ACFIs em vigor. (CAMEX, s.d.)

O Comitê Conjunto é uma instância intergovernamental formada por representantes dos governos de ambos os países signatários. Suas funções são: monitorar a implementação do acordo; contribuir para o estabelecimento de agendas temáticas de cooperação e facilitação de investimento, além de coordenar sua implementação; e atuar na prevenção de controvérsias e na solução amigável de eventuais controvérsias envolvendo os

investimentos bilaterais. Caso uma controvérsia entre um investidor e o Estado receptor não tenha sido resolvida pelo Ombudsman, o investidor pode optar por levar o caso ao Comitê Conjunto. O comitê elabora então um relatório e um parecer, com recomendações às partes. (Ministério da Economia, s.d.)

Caso nenhuma dessas tentativas de solucionar controvérsias funcione, a controvérsia pode ser levada a um tribunal de arbitragem *ad hoc*, embora só possa ser iniciada pelo Estado originário do investidor. Ou seja, os ACFIs permitem a solução de controvérsias em instâncias internacionais, mas apenas entre Estados. Os ACFIs também limitam as alegações de violação que podem ser levadas a arbitragem, deixando de fora controvérsias geradas por medidas estatais de segurança pública e combate à corrupção ou cujo objetivo seja o de proteger a saúde, o meio ambiente ou direitos trabalhistas.³⁹

Em termos dos *standards* de proteção ao investidor, os ACFIs incluem a maior parte das cláusulas encontradas em TBIs, tais como o tratamento nacional e o tratamento de nação mais favorecida, o direito à transferência de recursos – ainda que permitindo exceções no caso de crises de balanço de pagamentos – e o de receber indenização por expropriação direta, mas omitem o princípio do tratamento justo e equitativo e não mencionam a expropriação indireta. Além disso, alguns ACFIs incluem explicitamente algumas salvaguardas ao direito do Estado de legislar em matéria de interesse público. O artigo 17 do ACFI com o Chile e por exemplo, determina que

1. Uma Parte poderá adotar, manter ou fazer cumprir qualquer medida que considere apropriada para garantir que as atividades de investimento no seu território se efetuem tomando em conta a legislação trabalhista, ambiental ou de saúde dessa Parte, de maneira consistente com o disposto neste Acordo.
2. As Partes reconhecem que não é apropriado estimular o investimento diminuindo os padrões de sua legislação trabalhista, ambiental ou de saúde. Como consequência, as Partes não deverão se recusar a aplicar ou de qualquer modo derrogar, flexibilizar ou oferecer renunciar, flexibilizar ou derrogar as citadas medidas como meio para incentivar o estabelecimento, a manutenção ou a expansão de um investimento em seu território. (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, 2015)

³⁹ Ver, por exemplo, o ACFI entre Brasil e Chile, assinado em 2015. (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, 2015)

O ACFI com o Equador, assinado em 2019, inclui ainda medidas de direitos humanos nessa lista (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Equador, 2019). Do acordo com a Índia constam apenas medidas trabalhistas ou para a preservação da saúde (Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia, 2020). Já alguns acordos como os ACFIs com o Chile e com a Colômbia foram além e inseriram exceções específicas para o licenciamento compulsório de medicamentos de acordo com as regras do TRIPs (UNCTAD, 2020b).

Os ACFIs incluem ainda capítulos sobre responsabilidade social corporativa, afirmando que os investidores devem “se empenhar” para realizar “o maior nível possível de contribuições ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de um elevado grau de práticas socialmente responsáveis”.

O Brasil assinou 13 ACFIs desde 2012, mas apenas um, com Angola, está em vigor (UNCTAD, 2020b). O país também tem proposto seu modelo de tratado de investimento como alternativa aos TBIs tradicionais a fóruns multilaterais, tais como a UNCITRAL (UNCITRAL, 2019).

3.5 - Tentativas de reforma do sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado

3.5.1 – A reforma das Regras de Arbitragem da UNCITRAL

Em 2015, foi apresentado na UNCITRAL um paper elaborado pelo Center for International Dispute Settlement (CIDS)⁴⁰ que examinava se o modelo das Regras de Transparência – ou seja, o de normas aplicáveis a tratados assinados a partir de certa data, mas passíveis de incorporação a acordos anteriores contanto que os países envolvidos assinassem uma convenção - poderia servir para implementar outras reformas do sistema de resolução de controvérsias investidor-Estado sem que fosse necessário reformar cada um dos tratados em vigor (UNCITRAL, 2015). O estudo incluía uma pesquisa junto a governos e organizações não-governamentais sobre suas percepções sobre o ISDS. O levantamento detectou diversas insatisfações com o sistema – entre elas, a ausência de um

⁴⁰ Centro de pesquisas do Graduate Institute of International and Development Studies e da Faculdade de Direito da Universidade de Genebra

mecanismo de recurso, o alto custo dos processos e a falta de transparência e de consistência na interpretação das cláusulas ou princípios dos tratados (UNCITRAL, 2017). Diante disso, em 2017, em sua 50ª Sessão, a comissão da ONU decidiu, com o objetivo de “restaurar a confiança no sistema”, delegar ao Grupo de Trabalho III a tarefa de pesquisar de forma mais aprofundada quais eram as principais preocupações dos países em relação aos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado, examinar se uma reforma dos ISDSs seria necessária e, em caso positivo, propor soluções para os problemas levantados. A assembleia decidiu ainda que o processo de deliberação sobre o tema seria liderado pelos governos e baseado no consenso (UNCITRAL, 2017b, p. 46).

O Grupo de Trabalho III (*Working Group III*) se reuniu sete vezes desde então. Ao longo do processo, diversos países apresentaram críticas estruturais ao sistema e apontaram a necessidade de repensar *standards* de proteção ao investidor, tais como as cláusulas de tratamento nacional, nação mais favorecida e expropriação indireta, e refletir sobre a própria existência dos mecanismos de solução de controvérsias, mas o grupo de trabalho decidiu se concentrar em aspectos procedimentais dos ISDSs, afirmando que o mandato concedido pela UNCITRAL ao grupo era o de considerar possíveis caminhos para a reforma do sistema de resolução de controvérsias, e não dos princípios substantivos dos tratados de investimento (UNCITRAL, 2019b).

O Grupo de Trabalho III, assim, ateve-se a aspectos procedimentais dos ISDSs, e identificou insatisfações que agrupou em três campos: (a) falta de consistência, coerência, previsibilidade e correção das sentenças arbitrais; (b) preocupações relativas aos árbitros e outros tomadores de decisão; (c) o custo e a duração das controvérsias investidor-Estado. (UNCITRAL, 2019c)

A partir daí, o GT decidiu dedicar as suas três sessões seguintes a diversas opções de reforma relativas a vários assuntos concernentes aos pontos acima. Os primeiros pontos a ser considerados foram: a possibilidade de adotar um mecanismo de recurso; a criação de um tribunal permanente multilateral de arbitragem – conforme proposto pela UE; e mudanças nas normas para selecionar e nomear árbitros. Na sessão seguinte, o grupo debateu a criação de um centro de aconselhamento sobre arbitragem para os governos acionados; a criação de um código de conduta para árbitros; e possíveis soluções para a questão do financiamento de controvérsias por terceiros, seja como réus ou como demandantes. Na última sessão de 2020, realizada em outubro, o grupo elencou como pontos para discussão:

mediação, prevenção de controvérsias e outros métodos alternativos de resolução de controvérsias; formas de lidar com “demandas frívolas”; e outras questões procedimentais.

Por enquanto, a UNCITRAL sistematizou e publicou apenas as propostas relativas à possibilidade de adoção de um mecanismo de recurso, de nomeação de árbitros e de adoção de um código de conduta para árbitros. Em relação ao mecanismo de recurso, os países propuseram três modalidades principais de reforma: (a) a inclusão da possibilidade de recurso em cada tratado bilateral, com regras particulares, a ser estabelecidas em conjunto pelas partes; (b) o estabelecimento de tribunais de apelação *ad hoc* de acordo com normas no âmbito do CIADI ou da UNCITRAL, da mesma forma que são estabelecidos os tribunais de arbitragem hoje; ou (c) a criação de um tribunal permanente de apelação, seja como segunda instância de um tribunal permanente de arbitragem ou como órgão independente.

Em relação ao processo de nomeação dos árbitros, o grupo de trabalho menciona na proposta, de forma genérica, a necessidade levantada por alguns Estados de ampliar a diversidade geográfica, de gênero e de área de experiência dos árbitros (incluindo, por exemplo, árbitros especialistas em desenvolvimento sustentável), mas não incluiu nas possibilidades concretas de reforma nenhum método para atingir esse objetivo, limitando-se a propor formas diferentes de nomear árbitros (a partir de listas pré-aprovadas ou de forma *ad hoc*; pelas Partes ou por “autoridades nomeadoras” etc). Finalmente, a sugestão de código de conduta dos árbitros, elaborado em conjunto com o CIADI, além de estabelecer padrões éticos de comportamento e obrigações de informar possíveis conflitos de interesse, inclui um artigo proibindo os árbitros de exercer “papéis múltiplos”, mas não chega a definir quais são esses papéis e se o artigo se aplica apenas ao período da controvérsia ou estabelece “quarentenas” prévias ou posteriores.

As propostas estão abertas para comentários dos Estados-membros da UNCITRAL e outros stakeholders, e a discussão sobre a adoção de cada uma das possibilidades apresentadas deve ocorrer a partir de 2021.

3.5.2 – Reforma das Regras de Arbitragem do CIADI

Outro processo de reforma atualmente em curso é aquele capitaneado pelo CIADI. Após um processo de quatro anos de consulta e recebimento de propostas dos Estados-parte sobre suas Regras de Arbitragem, a entidade publicou em setembro de 2020 seu

Working Paper número 4 com as propostas de mudança, que deve colocar em votação no primeiro semestre de 2021 (CIADI, 2020).

Entre as principais alterações propostas estão medidas para dar mais agilidade aos procedimentos, tais como prazos reduzidos para o início das sessões e a emissão da sentença arbitral, e medidas para ampliar a transparência e evitar controvérsias por motivos frívolos, entre outras. Destacamos a seguir as mudanças relacionadas a características dos ISDSs apontadas como problemáticas ou indutoras de contenção regulatória (*regulatory chill*):

- a. Para reduzir conflitos de interesse, as partes ficam obrigadas a divulgar nomes e endereços de quaisquer terceiros dos quais recebam dinheiro, direta ou indiretamente, durante a controvérsia.
- b. A Convenção do CIADI exige o consentimento de ambas as partes para publicar sentenças. A alteração das Regras de Arbitragem não tem poder de afetar a Convenção, mas, para ampliar a transparência dos procedimentos, uma alteração proposta sugere que o tribunal passe a considerar que cada parte deu seu consentimento à publicação da sentença a menos que expresse sua objeção em até 60 dias após a expedição da decisão. Audiências também passam a ser realizadas abertamente, a não ser que uma das partes manifeste sua objeção.
- c. As partes podem requisitar em conjunto a formação de um comitê de apuração de fatos (*fact-finding committee*) para decidir sobre protocolos a ser adotados ou realizar quaisquer outras tarefas de apuração factual.
- d. Para evitar que investidores iniciem controvérsias como forma de pressionar Estados a voltar atrás em medidas tomadas, se o tribunal determinar que uma controvérsia deve ser suspensa por manifesta ausência de mérito, o investidor deve arcar com os custos do processo. Para evitar que Estados recorram a essa possibilidade levemente, caso o Estado tenha alegado ausência de mérito legal na controvérsia e o tribunal determine o contrário, quem deve pagar a conta é o Estado.
- e. As Regras de Arbitragem passam a incluir novas regras sobre processos de mediação, ampliando os instrumentos disponíveis para a solução de controvérsias. O ICSID passa a poder administrar processos de mediação relacionados a investimentos, contanto que ambas as partes deem seu consentimento para tanto.

3.6 – Potencial das reformas para reduzir as assimetrias e o potencial “resfriador” dos TBIs e ISDSs

No capítulo anterior, identificamos algumas características dos tratados de investimentos e dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado que parecem contribuir para reduzir o espaço político dos Estados para agir com o objetivo de proteger os direitos de seus cidadãos. A amplitude da cláusula sobre expropriação indireta, a falta de transparência dos processos e as dificuldades para a participação da sociedade civil e de outros grupos de afetados - ambos obstáculos ao controle social das controvérsias -, assim como a ausência de mecanismos que permitam ao Estado recorrer da decisão dos tribunais, parecem ser decisivos para o potencial “resfriador” das controvérsias na disposição ou capacidade dos Estados de legislar em matérias de interesse público.

Como vimos acima, em suas tentativas de reforma de seus tratados e TBIs-modelo e de sua legislação de investimento, diversos Estados parecem estar se esforçando para delimitar o escopo da proteção aos investidores, excluindo, por exemplo, certas medidas estatais da proteção contra expropriação indireta, detalhando outros princípios substantivos e ampliando a transparência dos processos. Os países, porém, têm – ou parecem perceber ter – pouca governabilidade sobre a possibilidade de incluir mecanismos que os permitam recorrer de sentenças dos tribunais de arbitragem, já que isso é um tema que tem tradicionalmente sido tratado apenas no nível das regras de arbitragem do CIADI e da UNCITRAL. A inclusão dessa possibilidade no novo modelo de ISDS proposto pela UE e até mesmo nas propostas de reforma sendo discutidas na UNCITRAL, contudo, pode estimular países a incluírem essa possibilidade em seus tratados bilaterais.

Os esforços de reforma dos mecanismos de resolução de controvérsias existentes também parecem tocar ao menos em parte das características acima e incorporam tentativas de ampliar a transparência das controvérsias (UNCITRAL, CIADI, ICS/MIC) e de incluir mecanismos para que as partes possam recorrer das decisões do tribunal de arbitragem (UNCITRAL, ICS/MIC). Outra reforma proposta com a intenção de prevenir o uso de controvérsias como forma de pressão contra Estados tem sido a inclusão de cláusulas para evitar a abertura de “demandas frívolas”, determinando que investidores que iniciem controvérsias manifestamente sem mérito legal arquem com uma parte maior dos custos do processo (CIADI, ICS/MIC).

Quanto à participação de terceiros, a reforma das regras do CIADI mantém a possibilidade de participação de terceiros (como *amicus curiae*, por exemplo), a critério do tribunal, mas sugere que, caso um terceiro seja autorizado a participar, ganhe automaticamente o direito a acessar todos os materiais do processo (CIADI, 2020, p. 337). Pelas regras antigas, o tribunal poderia vetar o acesso a certas partes do processo. O Grupo de Trabalho III da UNCITRAL mencionou em uma de suas discussões a possibilidade de incluir o assunto no pacote de reformas, mas concluiu que as Regras de Transparência já definiam procedimentos para a participação de terceiros - permitindo a submissão de comunicações por escrito, a critério do tribunal e em consulta a ambas as partes (UNCITRAL, 2013, Art. 4) - e que o tema poderia ser encaixado nos debates sobre a reforma das Regras de Arbitragem no âmbito do tema da “inconsistência” das sentenças (UNCITRAL, 2019b, p. 7). Na mesma linha, as regras do ICS afirmam apenas de forma genérica que a participação de terceiros em controvérsias é regida pelas Regras de Transparência da UNCITRAL (Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro, 2017, cap. 5). Já a proposta do MIC contida no TTIP permitia a intervenção de quaisquer terceiros – pessoas ou organizações – que conseguissem demonstrar “interesse presente e direto” na controvérsia, incluindo a permissão para submeter comunicações por escrito e depoimentos orais, contanto que a intervenção consistisse no “apoio ou não ao pleito de uma das partes” e que o pedido de intervenção fosse registrado em até 90 dias após o início da demanda por arbitragem (European Commission, 2015c, Art. 23).

Mais um instrumento para inibir a abertura de demandas sem mérito é a oportunidade de o Estado iniciar contrademandas contra o investidor que o acionou. Como vimos no capítulo anterior, essa possibilidade existe formalmente, mas os tribunais são muito relutantes a concedê-la. A proposta de reforma das normas do CIADI torna esse mecanismo um pouco mais acessível aos Estados ao sugerir que o consentimento das partes às contrademandas passe a ser considerado implícito – ou seja, os tribunais de arbitragem estariam autorizados a admitir contrademandas a não ser que o investidor faça uma objeção (CIADI, 2020, p. 55). Quanto ao MIC, a comissária europeia para o Comércio, Cecilia Malmstrom, afirmou que os debates e negociações sobre o tribunal se atêm a questões procedimentais e que, sendo questão da admissibilidade de contrademandas uma questão substantiva, não diz respeito às regras do MIC e sim dos tratados entre os países que virão

a fazer parte da corte, e que, portanto, o tribunal admitirá contrademandas dos Estados se o tratado em questão assim o prever (União Europeia, 2017). O secretariado do Grupo de Trabalho III da UNCITRAL afirmou que “ao considerar as questões relacionadas a contrademandas abertas por Estados em ISDSs, o entendimento geral foi o de que o Grupo de Trabalho não deveria rejeitar de antemão a possibilidade de que demandas sejam iniciadas contra um investidor, onde houver possibilidade legal para fazê-lo”. O documento, que resume as propostas sobre o assunto enviadas pelos países e teoricamente serve como base para discussões do GT3, também registra a sugestão por alguns Estados de que obrigações do investidor relativas a direitos humanos, preservação ambiental e outras sejam incluídas nos tratados, mas afirma que outros países rejeitam a possibilidade de discutir o assunto por se tratar de mudança nos princípios substantivos dos tratados, o que estaria fora da alçada do GT (UNCITRAL, 2020, pp. 7-9). O assunto não foi debatido desde então e nem submetido à assembleia da UNCITRAL.

Notadamente, nenhum dos dois principais mecanismos de solução de controvérsias, a UNCITRAL e o CIADI, inclui em suas tentativas de reforma o aperfeiçoamento de princípios substantivos de proteção ao investidor.

A decisão da UNCITRAL de concentrar-se em aspectos procedimentais dos tratados foi alvo de críticas de diversos países. A Indonésia, por exemplo, afirmou que a dicotomia substância-procedimento adotada pela UNCITRAL impede a promoção de uma reforma significativa, já que “as provisões substantivas e procedimentais dos acordos são entrelaçadas por natureza” (UNCITRAL, 2019d). Já a África do Sul alegou que o foco em aspectos procedimentais evita uma reflexão sobre qual é o objetivo da adoção dos tratados de investimento – que, para o país, deveria ser o fomento ao desenvolvimento sustentável, e não apenas à livre mobilidade do capital (UNCITRAL, 2019d).

Diversos outros países e organizações governamentais também têm criticado o processo de reforma da UNCITRAL por não considerar possibilidades de mudanças que lidem com as principais questões de fundo dos ISDSs, como a assimetria de poder entre investidores e Estados propiciada pelo atual sistema e consequente erosão da soberania dos países para legislar, e nem mesmo aventar a possibilidade de eliminar os ISDSs e deixar, por exemplo, que as controvérsias sejam resolvidas sempre em tribunais nacionais do Estado receptor dos investimentos, como fez o Canadá no acordo que substituiu o NAFTA.

A questão do potencial “resfriador” dos ISDS e do caráter inerentemente assimétrico das controvérsias chegou a ser mencionada nos debates do Grupo de Trabalho III, sob o tema “Outras questões”, mas o grupo decidiu que o tema não seria discutido como uma questão separada, embora tenha afirmado que o impacto dos ISDSs sobre o espaço político dos Estados deva guiar os trabalhos de reforma do sistema (UNCITRAL, 2019b, p. 7).

Alguns observadores do processo de reforma das regras da UNCITRAL alegam que o debate está sendo dominado por dois blocos de países poderosos. Um deles, liderado pela União Europeia, quer direcionar os debates na direção do estabelecimento do tribunal permanente multilateral de arbitragem, o MIC. Do outro lado estariam países como os Estados Unidos e o Japão, que pressionam pela adoção de reformas pontuais nos ISDSs. Já as propostas de países com visões mais críticas do sistema de tratados de proteção ao investidor, segundo os observadores, nem mesmo aparecem nos relatórios das reuniões. (Mohamedieh, K., 2020)

Diante da recusa do Grupo de Trabalho III em lidar com aspectos substantivos dos ISDSs, um grupo de mais de 300 organizações da sociedade civil de 73 países publicou um manifesto pedindo aos governos dos países-membro da UNCITRAL que parassem de discutir pequenos ajustes procedimentais e debatessem os problemas estruturais dos mecanismos de solução de controvérsias e soluções coletivas para a anulação dos tratados com ISDSs. O grupo também rejeitou a proposta de adoção do tribunal multilateral permanente proposto pela Europa, afirmando que o MIC consolidaria o sistema de ISDS, corrigindo algumas falhas procedimentais sem lidar com seus principais problemas, que são a ausência de obrigações dos investidores, o fato de que apenas investidores podem iniciar controvérsias e que podem fazê-lo passando por cima dos sistemas judiciários dos Estados receptores (Public Services International, 2018).

As mesmas críticas foram feitas por uma aliança de organizações de proteção do consumidor europeias e norte-americanas (Consumers International, 2018) e também por um grupo de organizações da sociedade civil que “testou” se alguns dos casos mais controversos limitando o espaço político dos Estados - *Clayton/Bilcon vs. Canadá* (2008), *Philip Morris vs. Uruguay* (2010), *Vattenfall vs. Alemanha* (2012), *Lone Pine vs. Canadá* (2013), *Transcanada vs. Estados Unidos* (2016) – poderiam ter sido iniciados sob o ICS/MIC. O grupo utilizou como base para estudo o texto do capítulo sobre investimentos da proposta da UE para o TTIP e concluiu que sim. Além disso, criticou a proposta

européia por usar linguagem vaga ao definir princípios como o de tratamento justo e equitativo e do direito do Estado de legislar e, diferentemente da grande maioria dos tratados, introduzir o conceito de “expectativas legítimas” dos investidores no texto do acordo. “O ônus da prova continua recaindo sobre os governos, que têm de provar que as medidas que tomaram foram ‘necessárias’, ‘não-discriminatórias’ e que almejavam satisfazer objetivos ‘legítimos’”, afirma o relatório (Cingotti *et. al.*, 2016, p. 5).

3.7 - Conclusões

Como vimos acima, as reformas dos principais sistemas de solução de controvérsias investidor-Estado têm, de fato, tocado em parte das características procedimentais dos ISDSs que contribuem para a constrição do espaço político dos Estados para legislar em matéria de interesse público, e a proposta de tribunal permanente aventada pela União Europeia incorpora algumas dessas mudanças. Grande parte das novas sugestões, contudo, mantém decisões cruciais nas mãos dos tribunais – tais como a definição de se uma medida estatal foi ou não tomada no interesse público e a de se organizações da sociedade civil ou comunidades afetadas podem ser ouvidas durante os processos – ou contribuem apenas marginalmente para diminuir a assimetria entre investidores e Estados. É duvidoso se a possibilidade de “punir” investidores com o pagamento de uma parcela maior das custas do processo caso a controvérsia seja considerada manifestamente sem mérito, por exemplo, terá mesmo algum efeito inibidor, já que, como vimos, grande parte dos investidores que iniciam controvérsias são grandes empresas com muitos recursos à disposição – muitas vezes maiores do que alguns Estados – e os montantes outorgados como indenização, caso ganhem a controvérsia, são quase sempre dezenas de vezes maiores que as custas do processo.

Uma coalizão de organizações ambientais europeias fez algumas sugestões para tornar as reformas propostas pelo Grupo de Trabalho III mais robustas e efetivas. Além de garantir a possibilidade de Estados entrarem com contrademandas e da participação de terceiros como *amici curiae*, o grupo sugere que grupos ou comunidades diretamente afetadas pelo tema que deu origem à controvérsia possam entrar como interventores no processo, tal como sugeria a proposta europeia para o TTIP. A figura do interventor teria direitos de participação mais amplos que a de “amigo da corte”, tal como a possibilidade de levar ou interrogar testemunhas e peritos, receber indenizações e outros. O grupo

também propôs a retirada da possibilidade de investidores recorrerem a tribunais de arbitragem para contestar certos tipos de medida de interesse público. As iniciativas poderiam ser listadas especificamente – por exemplo, “medidas de combate ao tabagismo” – ou mais amplamente – como “medidas em conformidade com tratados ambientais, de direitos humanos ou sanitários ratificados pelo país”. Outra reforma sugerida pelo grupo é a de determinar a obrigatoriedade de investidores esgotarem os recursos legais internos do país receptor do investimento antes de poderem recorrer à arbitragem internacional. Adicionalmente, caso o tribunal local determine que a medida estatal sendo contestada foi tomada em cumprimento às obrigações internacionais do país em matéria ambiental, sanitária, de direitos humanos ou outras, o investidor não poderia recorrer aos ISDSs (Transport and Environment, CIEL, Client Earth and SOMO, s.d.).

Como têm afirmado os países e organizações da sociedade civil críticos ao sistema de ISDSs, contudo, um mecanismo pelo qual apenas um lado tem obrigações e apenas o outro lado pode iniciar controvérsias e ser recompensado financeiramente é inerentemente desequilibrado. A única forma de corrigir essa assimetria seria introduzir obrigações aos investidores e a possibilidade de recorrer ao tribunal também ao Estado. Mesmo isso, porém, não corrigiria o caráter antidemocrático dos ISDSs, pois colocaria Estados – grande parte dos quais governados por representantes democraticamente eleitos para promover e proteger os direitos de seus cidadãos – e empresas privadas estrangeiras em pé de igualdade.

Um número significativo de países já se deu conta dos perigos e da injustiça intrínseca aos ISDSs começou a cancelar tratados bilaterais com mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado. Diante dos indícios de que os TBIs tampouco são instrumentais para aumentar os fluxos de investimento direto⁴¹, cada vez mais Estados têm optado por se desligar do sistema, como demonstram os números da UNCTAD apresentados na seção anterior.

Conforme apontaram algumas das organizações da sociedade civil citadas acima, o grande perigo de investir em reformas dos ISDSs é acabar dando novo fôlego a um

⁴¹ Um estudo de 2018 sobre o fluxo de investimentos para Equador, África do Sul, Indonésia, Bolívia e Índia, por exemplo, concluiu que o cancelamento dos tratados não teve consequências negativas para os países e, na maioria dos casos, o investimento estrangeiro aumentou nos anos subsequentes ao cancelamento. (Public Citizen, 2018)

sistema que estava morrendo ou, caso a proposta de um tribunal permanente vá adiante, consolidando-o em uma estrutura muito mais estável.

Nesse sentido, talvez o modelo proposto pelo Brasil possa fornecer um caminho intermediário um pouco menos desequilibrado que o fornecido pelo sistema atual de constelação de tratados bilaterais apoiados nas regras de ISDS do CIADI e da UNCITRAL. Os ACFIs contemplam preocupações citadas por países no âmbito da reforma das regras da UNCITRAL e algumas das sugestões de organizações da sociedade civil citadas acima – tais como a retirada da cláusula de expropriação indireta e o detalhamento de alguns princípios substantivos – e, principalmente, não contém mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado.

O formato pode ser aperfeiçoado. Algumas organizações e pesquisadores afirmam que a manutenção da cláusula de tratamento de nação mais favorecida, por exemplo, impede que sejam realizados acordos regionais incluindo vantagens aos países-membros, e que os ACFIs não requerem que investidores esgotem os recursos judiciais internos antes de recorrer a tribunais internacionais (Picard, 2015, pp. 30-36). Outros apontam que sua cláusula de responsabilidade social empresarial é “inócua” porque lista apenas princípios voluntários, e não vinculantes (Borges, 2015, p. 47). Para Estados, porém, o modelo do ACFI parece ser preferível à alternativa de manter o atual modelo de ISDSs – na melhor das hipóteses, com alguns aperfeiçoamentos – porque reduz significativamente as chances de ser acionados por medidas tomadas em seu dever de defender o interesse público. E, para investidores, pode ser preferível à possibilidade de contar apenas com as proteções gerais do direito consuetudinário internacional – caso a tendência de cancelamento de TBIs se mantenha – já que oferece garantias e um sistema de mediação de controvérsias específicos, incluindo a possibilidade de recorrer à arbitragem em última instância.

4. Conclusão

O presente estudo teve como objetivo examinar se e de que forma controvérsias abertas por investidores contra Estados no âmbito de acordos internacionais de investimento com cláusulas de proteção ao investidor restringiram a capacidade ou disponibilidade de Estados para tomar medidas com o objetivo de salvaguardar direitos individuais ou coletivos. Para tanto, analisamos todos os casos conhecidos de controvérsias investidor-Estado que tramitaram em tribunais de arbitragem nos últimos 33 anos, buscando identificar padrões e tendências na abertura de processos.

Após resgatar brevemente as origens do sistema de proteção internacional dos investimentos de estrangeiros e apresentar os principais *standards* contidos hoje nos acordos internacionais de investimento, além dos mecanismos de resolução de controvérsia mais utilizados por investidores para iniciar controvérsias contra Estados, examinamos todos os 1.023 casos de controvérsias investidor-Estado transcorridos entre 1987 e 2019 elencados na base de dados da UNCTAD. Seleccionamos os casos nos quais empresas acionaram países por implementação de leis e normas relativas a tentativas do Estado de proteger direitos codificados em tratados internacionais: o direito à saúde, o direito à água, os direitos dos povos indígenas e o direito a um meio ambiente limpo.

A partir dos casos seleccionados, procuramos detectar tendências no que diz respeito aos tipos de ação estatal que ensejam processos, às alegações de violação de tratados feitas pelas empresas, aos montantes demandados e outorgados, e às decisões tomadas pelos tribunais, buscando identificar as características dos ISDSs e dos princípios de proteção ao investimento que contribuem para o constrangimento do espaço político dos Estados.

Concluimos que os investidores venceram o dobro de processos em tribunais de arbitragem do que os Estados; que as medidas que mais ensejam processos são tentativas de implementar leis ou normas já existentes, particularmente normas ambientais; que as alegações mais comuns e mais bem-sucedidas dos investidores são as de violação do princípio de tratamento justo e equitativo e a da proibição à expropriação direta ou indireta; e que há enorme variação entre os montantes demandados e também entre as indenizações determinadas pelos tribunais.

Analisando os 50 casos de controvérsias cujos tribunais já emitiram sentenças, concluimos ainda que, na maior parte das vezes, a controvérsia obrigou o Estado acionado

a ressarcir o investidor financeiramente por medidas tomadas no interesse público ou fez com que recuasse da implementação ou da proposição de leis ou normas para salvaguardar direitos. Constatamos que os litígios afetaram o espaço político dos países para legislar em matérias de interesse público – mais especificamente de defesa de direitos – de duas formas: (a) obstruindo a aplicação de leis e normas de interesse público já aprovadas no processo democrático; ou (b) dificultando a aprovação ou inibindo a proposição de novas leis e normas destinadas a salvaguardar a saúde, o direito à água e o meio ambiente de determinado país – o chamado “efeito resfriador”. Em alguns casos, esse efeito resfriador atingiu não apenas o país em questão, mas outros Estados.

Tentamos identificar, ademais, quais são as principais características dos processos de arbitragem que contribuem para esse efeito constrangedor sobre o espaço político dos Estados. Concluímos que, possivelmente, o maior efeito inibidor advenha da imprevisibilidade quanto aos desfechos dos processos, incerteza esta que decorre da ausência de critérios uniformes para definir no que consiste a expropriação indireta, assim como para calcular valores de indenização quando ela é constatada pelos tribunais. Essa imprevisibilidade é acirrada pelo fato de que não há jurisprudência no sistema de controvérsias investidor-Estado, nem mesmo em decisões concernentes a um mesmo tratado: cada tribunal decide cada caso conforme critérios próprios, sem necessidade de dialogar com decisões anteriores. Esse quadro de incerteza, aliado ao histórico de vitórias muito mais frequentes dos investidores, parece fazer com que a simples ameaça de abrir uma controvérsia investidor-Estado constranja países a voltar atrás em decisões já tomadas de implementar leis ou normas de interesse público, ou, em alguns casos, que a simples existência de tratados contendo cláusulas de proteção ao investidor refreie a proposição de novas leis ou normas que possam causar prejuízos a investidores estrangeiros.

Finalmente, analisamos as recentes tentativas de reformar os mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado, verificando se e em que medida endereçam os problemas identificados em nosso levantamento e, portanto, têm potencial de tornar os Estados menos vulneráveis ao chamado constrangimento regulatório.

Concluímos que as reformas dos principais sistemas de solução de controvérsias investidor-Estado têm, de fato, tocado em parte das características procedimentais dos IS-DSs que contribuem para a constrição do espaço político dos Estados para legislar em matéria de interesse público, e que a proposta de tribunal permanente aventada pela União

Europeia incorpora algumas dessas mudanças. Grande parte das novas sugestões, contudo, mantém decisões cruciais nas mãos dos tribunais – tais como a definição de se uma medida estatal foi ou não tomada no interesse público e a de se organizações da sociedade civil ou comunidades afetadas podem ser ouvidas durante os processos – ou contribuem apenas marginalmente para diminuir a assimetria entre investidores e Estados.

Como têm afirmado os países e organizações da sociedade civil críticos ao sistema de ISDSs, contudo, um mecanismo pelo qual apenas um lado tem obrigações e apenas o outro lado pode iniciar controvérsias e ser recompensado financeiramente é inerentemente desequilibrado. A única forma de corrigir essa assimetria seria introduzir obrigações aos investidores e a possibilidade de recorrer ao tribunal também ao Estado. Mesmo isso, porém, não corrigiria o caráter antidemocrático dos ISDSs, pois colocaria Estados – grande parte dos quais governados por representantes democraticamente eleitos para promover e proteger os direitos de seus cidadãos – e empresas privadas estrangeiras em pé de igualdade.

Um número significativo de países já se deu conta dos perigos e da injustiça intrínseca aos ISDSs começou a cancelar tratados bilaterais com mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado. Diante dos indícios de que os TBIs tampouco são instrumentais para aumentar os fluxos de investimento direto⁴², cada vez mais Estados têm optado por se desligar do sistema.

Conforme apontaram algumas das organizações da sociedade civil citadas no capítulo anterior, o grande perigo de investir em reformas dos ISDSs é acabar dando novo fôlego a um sistema que estava morrendo ou, caso a proposta de um tribunal permanente vá adiante, consolidando-o em uma estrutura muito mais estável.

Nesse sentido, propusemos que, talvez, o modelo proposto pelo Brasil, com alguns aperfeiçoamentos, possa fornecer um caminho intermediário um pouco menos desequilibrado que o fornecido pelo sistema atual de constelação de tratados bilaterais apoiados nas regras de ISDS do CIADI e da UNCITRAL.

⁴² Um estudo de 2018 sobre o fluxo de investimentos para Equador, África do Sul, Indonésia, Bolívia e Índia, por exemplo, concluiu que o cancelamento dos tratados não teve consequências negativas para os países e, na maioria dos casos, o investimento estrangeiro aumentou nos anos subsequentes ao cancelamento https://www.citizen.org/wp-content/uploads/pcgtw_fdi-inflows-from-bit-termination_1.pdf

Considerações finais

Quando comecei a escrever este projeto de pesquisa, em 2015, vários dos casos examinados neste estudo ainda estavam pendentes, a literatura sobre os ISDSs era bem menos vasta, e a percepção sobre os perigos do sistema para a soberania dos Estados para legislar no interesse público apenas começava a se disseminar mais amplamente.

Desde então, o potencial dos ISDSs para constranger o espaço político dos Estados ficou ainda mais evidente, e importantes passos foram dados para tentar reduzir a vulnerabilidade dos países ao constrangimento regulatório, tais como as iniciativas de reforma mencionadas no capítulo anterior e também as importantes mobilizações da sociedade civil e de governos de alguns países no sentido de denunciar os perigos do sistema de proteção aos investimentos e propor alternativas a esse modelo. Com essa pesquisa, espero ter contribuído para dar ainda mais embasamento empírico para a identificação de quais características dos ISDSs são particularmente danosas não apenas ao espaço político dos Estados para legislar, mas especificamente para tomar medidas com o objetivo de proteger direitos de seus cidadãos.

Nos próximos anos, será interessante acompanhar, por um lado, o desenvolvimento das reformas dos ISDSs, observando se as mudanças serão suficientes para manter a confiança dos Estados no sistema e, por outro, a aplicação prática dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos propostos pelo Brasil, para verificar se seus mecanismos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias serão eficazes e, em caso positivo, se ganharão aderência na esfera internacional.

Referências

- Accord entre le Royaume du Maroc et ... pour la Promotion et la Protection Réciproques des Investissements (s.d.), disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>
- Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia (2020), disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5913/download>
- Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile (2015), disponível em: [http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-\(002\).pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/Chile-Coop-e-Facilitacao-de-Investimentos-port-ass-(002).pdf)
- Acordo Económico e Comercial Global (CETA) entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro (2017), disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=PT#d1e32-272-1](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=PT#d1e32-272-1)
- Aisbett, E., Busse, M., & Nunnenkamp, P. (2016) Bilateral investment treaties do work: Until they don't, *Kiel Working Paper* (No. 2021).
- Armitage, J. (2014, 21 out.). “Big Tobacco puts countries on trial as concerns over TTPI deals mount”. *The Independent*, disponível em: <http://www.independent.co.uk/news/business/analysis-and-features/big-tobacco-puts-countries-on-trial-as-concerns-over-ttip-deals-mount-9807478.html>
- Behn, D., Malcolm Langford & Laura Létourneau-Tremblay (2010), Empirical Perspectives on Investment Arbitration: What do we know? Does it matter?, *Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/1*, 21 January 2020
- Borges, C. (2015). A responsabilidade das empresas pelos direitos humanos no novo modelo de acordos bilaterais de investimentos brasileiro in Rodriguez, G. (org.) *Os Acordos de Investimento à Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto Equit, disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/livro_investimentos-a-brasileira_web_1.pdf
- Born, G. & Stephanie Forrest (2019), *Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 34, Issue 3, Fall 2019, Pages 626–665, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz020>
- Brower, C. N., & Schill, S. W. (2008). Is arbitration a threat or a boom to the legitimacy of international investment law? *Chi. J. Int'l L.*, 9, 471

- Brown, C., Ortino, F & Arato, J. (2019) Lack of Consistency and Coherence in the Interpretation of Legal Issues, *EJIL Talk – Blog of the European Journal of International Law*, 5 abril 2019, disponível em: <https://www.ejiltalk.org/lack-of-consistency-and-coherence-in-the-interpretation-of-legal-issues/>
- Burke-White, W. W. (2008) The Argentine financial crisis: state liability under bits and the legitimacy of the ICSID system. *Asian J. WTO & Int'l Health L & Pol'y*, 3, 199
- CAMEX (s.d.), Ombudsman de Investimentos Diretos, disponível em: <http://www.camex.gov.br/investimentos/ombudsman-de-investimentos-diretos-oid>
- Caron, D. (1990). The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution. *The American Journal of International Law*, 84(1), 104-156. doi:10.2307/2203017
- Choudhury, B. (2008). Democratic Implications Arising from the Intersection of Investment Arbitration and Human Rights. *Alta. L. Rev.*, 46, 983.
- CIADI (2020). Proposals for Amendments of the ICSID Rules - Working Paper 4, Volume 1, February 2020, p. 55. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/WP_4_Vol_1_En.pdf
- Cingotti, N, Pia Eberhardt, Nelly Grotefendt, Cecilia Olivet & Scott Sinclair (2016), *Investment Court System Put to the Test*, Canadian Centre for Policy Alternatives, Corporate Europe Observatory, Friends of the Earth Europe, Forum Umwelt und Entwicklung and the Transnational Institute: Amsterdam/Brussels/Berlin/Ottawa, disponível em: https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/icstest_web.pdf, p. 5
- Consumers International (2018), Transatlantic Consumer Dialogue - Resolution on the EU's Multilateral Investment Court, disponível em: http://tacd.org/wp-content/uploads/2018/06/TACD-Resolution_MIC_June-2018_final.pdf
- Cooper, K., Bell-Pasht, K., Nadarajah, R., & McClenaghan, T. (Janeiro de 2014). Seeking a Regulatory Chill in Canada: The Dow Agrosociences NAFTA Chapter 11 Challenge to the Quebec Pesticides Management Code. *The Golden Gate University Environmental Law Journal*, 7(1). Acesso em 13 de 09 de 2020, disponível em <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1109&context=gguelj>
- Corporate Europe Observatory (2015, 14 jul.). TTIP: A Corporate Lobbying Paradise, disponível em: <http://corporateeurope.org/international-trade/2015/07/ttip-corporate-lobbying-paradise>

- Crosbie, E., & Thomson, G. (2018). Regulatory chills: tobacco industry legal threats and the politics of tobacco standardised packaging in New Zealand. *The New Zealand medical journal*, 131(1473), 25–41.
- Crow, K., & Escobar, L. L. (2018). International corporate obligations, human rights, and the urbaser standard: breaking new ground. *BU Int'l LJ*, 36, 87.
- Dahl, R. A. (1973). *Polyarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, R. A. e Lindblom, C. E. (1976). *Politics, economics and welfare*. Chicago: University of Chicago Press
- Dal Bó, E. (2006). Regulatory capture: A review. *Oxford Review of Economic Policy*, 22(2): 203–25.
- Davies, Wyre (2015, 7 abr.). “Michael Bloomberg fights Big Tobacco in Uruguay”. BBC News. Disponível em <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-32199250>
- Dietz, T., Dotzauer, M., & Cohen, E. S. (2019). The legitimacy crisis of investor-state arbitration and the new EU investment court system. *Review of International Political Economy*, 26(4), 749–772
- Dolzer, R. (1981). New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property. *The American Journal of International Law*, 75(3), 553–589. doi:10.2307/2200686
- _____, R. (2005). Fair and equitable treatment: key standard in investment treaties. *International Lawyer* (ABA), 39(1), 87–106.
- Drahos, P., Lokuge, B., Faunce, T., Goddard, M., Henry, D. (2004). Pharmaceuticals, Intellectual Property and Free Trade: The Case of the US–Australia Free Trade Agreement, *Prometheus* 22:3
- Dupuy, Francioni, Petersmann (2009) *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009;
- Eberhardt, P. e Olivet, C. (2012). Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Amsterdam: Transnational Institute
- Egger, P., & Pfaffermayr, M. (2004) The impact of bilateral investment treaties on foreign direct investment. *Journal of comparative economics*, 32(4), 788–804
- Energy Charter Secretariat (2018) Decision of the Energy Charter Conference on the Modernization of the Energy Charter Treaty, 27 nov 2018, Bruxelas, disponível

em: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2018/CCDEC201818_-_STR_Modernisation_of_the_Energy_Charter_Treaty.pdf

European Commission (2015) Transatlantic Trade and Investment Partnership – European Commission Draft Text, disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf Art. 23

European Commission (2015), Working Document on Online Public Consultation on Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP), At 2 (Jan. 13, 2015), disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf [https://perma.cc/htk2-q7h8]

European Commission (2015b), Concept Paper – Investment in TTIP and Beyond –The Path for Reform, disponível em http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF

European Commission (2016) Impact Assessment on the Establishment of a Multilateral Investment Court for investment dispute resolution https://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_trade_024_court_on_investment_en.pdf

European Commission (2017) Commission Staff Working Document - Impact Assessment of Multilateral Reform of Investment Dispute Resolution <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0302&from=EN>

European Commission (2017b), State of the Union – A Multilateral Investment Court, disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf

European Parliamentary Research Service (2020). Multilateral Investment Court - Overview of the reform proposals and prospects. European Parliament Briefing. PE 646.147 (January 2020), disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI\(2020\)646147_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646147/EPRS_BRI(2020)646147_EN.pdf)

European Union (s.d.) Legislative Train Schedule, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-multilateral-investment-court-\(mic\)](https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-multilateral-investment-court-(mic))

EU-Vietnam Trade and Investment Agreements (2018), disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>

- Farnsworth, K. (2007). Business, politics, policy and power In Hodgson, Susan M. e Irving, Zöe (org.). *Policy Reconsidered: Meanings, Politics and Practices*, Bristol: Policy Press
- Farnsworth, K. and Holden, C. (2006). “The Business-Social Policy Nexus” *Journal of Social Policy*, vol. 35, issue 3
- Fernandez, Rodrigo (2018) Dutch efforts to combat letterbox companies have no effect. SOMO, 20/3/2018, disponível em: <https://www.somo.nl/dutch-efforts-combat-letterbox-companies-no-effect/>
- Fernández-Armesto, Juan. (2011) Different Systems for the Annulment of Investment Awards, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 26, Issue 1, Spring 2011, Pages 128–146, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/26.1.128>
- Franck, S. D. (2004). The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions. *Fordham L. Rev.*, 73, 1521
- German Federal Ministry for the Environment, Nature Conservancy and Nuclear Safety (BMU) (2018), Federal Billions for Environmental Protection – 2018, disponível em: <https://www.bmu.de/en/ministry/tasks-and-structure/budget/>
- Gordon, K., & Pohl, J. (01 de 2011). Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey. *OECD Working Papers on International Investment 01/2011*. Paris: OECD Publishing. Acesso em 16/09/2020 de 2020 de 2020, disponível em https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2011_1.pdf
- Greider, W. (2001). “The Right and US Trade Law: Invalidating the 20th Century”, *The Nation*, 17 nov. 2001, disponível em: <https://www.thenation.com/article/archive/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century/>
- Gross, S. (2003) Inordinate Chill: Bits, Non-NAFTA MITs, and Host-State Regulatory Freedom - An Indonesian Case Study, 24 *MICH.J. INT'LL*. 893 (2003). Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol24/iss3/11>
- Grossman, M. (2014). *New Directions in Interest Group Politics*. New York, Oxon: Routledge
- Hall, R. B. e Biersteker, T. J. (2002). *The Emergence of Private Authority in Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press

- Hamby, C. (2016). “The Billion Dollar Ultimatum”, Buzzfeed News, 30 agosto 2016, disponível em: <https://www.buzzfeednews.com/article/chrishamby/the-billion-dollar-ultimatum>
- Held, D. e MacGrew, (2002). *Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*. London: Polity Press
- Hodgson, M. & Alastair Campbell (2017) Damages and costs in investment treaty arbitration revisited, *Global Arbitration Review*, 14 December 2017
- Hoen, E. (2009). *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power*. Diemen: AMB
- Holden, C. e Lee, K. (2009). Corporate Power and Social Policy: The Political Economy of the Transnational Tobacco Companies. *Global Social Policy*. 9: 3
- Hull, C. (1928). Communication of the Secretary of State to the Mexican Ambassador (Castillo Nájera), disponível em: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1938v05/d662>
- INTA Bulletin (2013, abril). New Zealand announces intention to introduce plain packaging. Disponível em <http://www.ajpark.com/ip-central/news-articles/2013/04/new-zealand-announces-intention-to-introduce-plain-packaging/>
- International Energy Charter (2020) Public communication on the second negotiation round on the modernisation of the ECT, disponível em <https://www.energycharter.org/media/news/article/public-communication-on-the-second-negotiation-round-on-the-modernisation-of-the-ect-public/>
- Johnson, L. & Oleksandr Volkov (2014) “State Liability for Regulatory Change: How International Investment Rules are Overriding Domestic Law”, Toronto: IISD disponível em: <https://cf.iisd.net/itn/2014/01/06/state-liability-for-regulatory-change-how-international-investment-rules-are-overriding-domestic-law/>.
- Johnson, O.T. & Jonathan Gimblett. (2011) From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law, *Yearbook on International Investment Law and Policy* (December 2011)
- King, G., Keohane, R. O., e Verba, S. (1994). *Designing social inquiry: Scientific inference in qualitative research*. Princeton: Princeton University Press.
- Koivusalo, M. (2010). Common Health Policy Interests and the Shaping of Global Pharmaceutical Policies. *Ethics & International Affairs* 24: 4

- _____ (2014) Policy space for health and trade and investment agreements. *Health Promotion International* 29:3
- _____ (2015a) Health Systems and Policy Space for Health in the Context of European Union Trade Policies. In: Krajewski, M. (ed) *Services of General Interest Beyond the Single Market External and International Law Dimensions*. Springer.
- _____ (2015b) Governance for Health – Global health policy and the politics of global health. *Public Health*
- Kopko, G. (2015, 9 set.). Países do Mercosul realizam compra conjunta de medicamentos. *Portal da Saúde*. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/19723-paises-do-mercossul-realizam-compra-conjunta-de-medicamentos>
- Labonte, R. (2003). Dying for Trade: Why Globalization Can Be Bad for our Health. Toronto: CSJ Foundation for Research and Education, disponível em <http://www.socialjustice.org/uploads/pubs/DyingforTrade.pdf>
- Lago, R. F. e Costa, N. R. (2010). Dilemas da política de distribuição de medicamentos antirretrovirais no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva* 15: 3
- Lemos, L. & Daniela Campello (2013) The Non-Ratification of Bilateral Investment Treaties in Brazil: A Story of Conflict in a Land of Cooperation (April 1, 2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2243120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2243120>
- Levashova, Y. (2020). The Right of Access to Water in the Context of Investment Disputes in Argentina: Urbaser and Beyond. *Utrecht Law Review*, 16(2).
- Lew, JDM, L. Mistelis & S. Kröll (2003). Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International in UNCTAD, 2014
- Lillich, R.B. (2011) *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (Charlottesville: University of Virginia Press, 1983) citado em O. Thomas Johnson and Jonathan Gimblett. From Gunboats to BITs: The Evolution of Modern International Investment Law, *Yearbook on International Investment Law and Policy* (December 2011)
- Lindblom, C. E. (1977). *Politics and Markets*. New York: Basic Books
- Martin, A. (2013, 22 ago.). Philip Morris Leads Plain Pack Battle in Global Trade Arena. *Bloomberg Business News*. Disponível em: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-08-22/philip-morris-leads-plain-packs-battle-in-global-trade-arena>

- Miles, K. (2013). Origins of international investment law. In *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, pp. 19-70). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139600279.005
- Miles, T. (2015, 3 Jun.) Ukraine drops WTO action against Australian tobacco-packaging laws. *Reuters*. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/2015/06/03/wto-tobacco-idUSL5N0YP3S420150603>
- Miliband, R. (1969). *The State in Capitalist Society*. London: Quartet Books
- Ministério da Economia (s.d.) Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos, disponível em <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>
- Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty (s.d.), disponível em: https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf
- Mohamadieh, K. (2019), "The Future of Investor-State Dispute Settlement Deliberated at UNCITRAL: Unveiling a Dichotomy between Reforming and Consolidating the Current Regime," South Centre Investment Policy Brief No. 16 (March 2019), p. 2
- Mohamedieh, K. (2020). What's Next for ISDS Reform ar UNCITRAL Working Group III?, Bilaterals.org, disponível em <http://isds.bilaterals.org/?what-next-for-isds-reform-at>
- Morosini, F. & Ely Caetano Xavier Jr. (2015) Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 427-429, disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3586/pdf>
- Morosini, F. & Michelle Ratton Sanchez Badin (2015), The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?, IISD, disponível em: https://www.iisd.org/itn/2015/08/04/the-brazilian-agreement-on-cooperation-and-facilitation-of-investments-acfi-a-new-formula-for-international-investment-agreements/#_edn2
- NAFTA (1992) North-American Free Trade Agreement. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>
- Neslen, A. (2015, 22 mai.). EU dropped pesticide laws due to US pressure over TTIP, documents reveal. *The Guardian*. Disponível em:

<http://www.theguardian.com/environment/2015/may/22/eu-dropped-pesticide-laws-due-to-us-pressure-over-ttip-documents-reveal>

- Neumayer, E., & Spess, L. (2005). Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?. *World development*, 33(10), 1567-1585
- Nouvel, Y. (2003). "Compensation for indirect expropriation." *Forum du droit international/International Law Forum*, Vol.5, n° 3, p. 199 in https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf
- Nussbaum, A. (1950) Arbitration Between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government, 36 *Cornell L.Rev.* 31 (1950) Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2>
- OECD (2004), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435> Disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf
- OECD (2004b), "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>, disponível em: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf
- Olivet, C. (2017), Why did Ecuador terminate all its investment treaties. Transnational Institute, 25/05/2017, disponível em <https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties#:~:text=Its%20purpose%20was%20to%20audit,cases%20filed%20against%20the%20country>
- Pattberg, P. (2004). The Institutionalisation of Private Governance: Conceptualising an Emerging Trend in Global Environmental Politics. Global Governance Working Paper No 9., *The Global Governance Project*. Disponível em <http://www.glo-gov.org>.
- Picard, R.A. (2015) Os recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinados pelo Brasil e as alternativas surgidas das redes e organizações sociais internacionais in Rodriguez, G. (org.) *Os Acordos de Investimento à Brasileira*, Rio de Janeiro: Instituto Equit, disponível em: https://br.boell.org/sites/default/files/livro_investimentos-a-brasileira_web_1.pdf
- Poulantzas, N. (1973). The problems of the capitalist state. In: J. Urry e J. Wakeford (eds.) *Power in Britain*. London: Heinemann Educational Books
- Przeworski, A. e Wallerstein, M. (1988). *Structural Dependence of the State on Capital*. *American Political Science Review* 82:1

- Public Citizen (2018), Termination of Bilateral Investment Treaties Has Not Negatively Affected Countries Foreign Direct Investment Inflows, Public Citizen Research Brief, abril de 2018 https://www.citizen.org/wp-content/uploads/pcgtw_fdi-in-flows-from-bit-termination_1.pdf
- Public Eye (2017). “Compulsory licensing in Colombia: Leaked documents show aggressive lobbying by Novartis”. Public Eye, 12 abr 2017, disponível em: <https://www.publiceye.ch/en/media-corner/press-releases/detail/compulsory-licensing-in-colombia-leaked-documents-show-aggressive-lobbying-by-novartis/>
- Public Services International (2018). Letter: More Than 300 Civil Society Organizations From 73 Countries Urge Fundamental Reform at UNCITRAL’s Investor-State Dispute Settlement Discussions, disponível em: <http://www.world-psi.org/en/node/11693>
- Ranald, P. (2019). “When Even Winning is Losing: The Surprising Cost of Defeating Philip Morris over Plain Packaging”, The Conversation, 26 mar 2019, disponível em: <https://theconversation.com/when-even-winning-is-losing-the-surprising-cost-of-defeating-philip-morris-over-plain-packaging-114279>
- Reiner, C., & Schreuer, C. (2009). Human rights and international investment arbitration. *Human rights in international investment law and arbitration*, 82, 106-7.
- Robinson, P.; Dybvad, K. e Bäckström, U. (2014, 10 mar.). The ‘I’ in TTIP will create a global gold standard. *Financial Times*
- Rosenau, J. (2000). *Governança sem Governo*. Brasília: Editora da UnB
- Shelton, D. (2002). Human Rights, Health & Environmental Protection: Linkages in Law & Practice. *Health and Human Rights Working Paper Series No 1*. Genebra, Suíça: Organização Mundial da Saúde.
- Simma, B. (2011) Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?, *Int. and Comparative Law Quarterly*
- Singh, K. e Ilge, B. (2016) (orgs.) *Rethinking Bilateral Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Amsterdam e Nova Délhi: Somo, Both Ends e Madhyam
- South Centre (2015). Investment Treaties: Views and Experiences from Developing Countries, Geneva: South Centre, disponível em <https://www.southcentre.int/book-by-the-south-centre-2015-2/>
- Stigler, G. (1971). The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring): 3-21.

- Strange, S. (1997). Territory, State, Authority and the Economy: A New Realist Ontology of Global Political Economy. In: Robert Cox (ed.) *The New Realisms: Perspectives in Multilateralism and World Order*. Tokyo: United Nations University Press
- Swedish Ministry of the Environment & Ministry of Enterprise and Innovation (2018), Clear environmental profile in budget for 2018, disponível em: <https://www.government.se/articles/2017/09/clear-environmental-profile-in-budget-for-2018/>
- Tavernise, S. (2013, 13 dez.). Tobacco Firms' Strategy Limits Poor Nations' Smoking Laws. *The New York Times*, disponível em http://www.nytimes.com/2013/12/13/health/tobacco-industry-tactics-limit-poorer-nations-smoking-laws.html?_r=0
- Temóteo, A. (2015, 15 out.) Mercosul vai acelerar acordo com União Europeia, afirma Armando Monteiro. *Correio Braziliense*. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/10/15/internas_economia,502594/mercossul-vai-acelerar-acordo-com-uniao-europeia-afirma-armando-monteiro.shtml
- The Australian (2014, 11 fev.). NZ waits on Australia on tobacco packaging. Disponível em <http://www.theaustralian.com.au/news/latest-news/nz-waits-on-australia-on-tobacco-packaging/story-fn3dxix6-1226823105574>
- The Constitution of the Republic of South Africa (1996), Section 25, disponível em: <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf>
- The Economist (2014, 9 out.). The arbitration game. Disponível em: <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>
- The Lancet Commissions (2014). The political origins of health inequities: prospects for change. *The Lancet*, 383: 9917
- Tienhaara, K. (2006). Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: Lessons from Ghana. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*. 6. 371-394. 10.1007/s10784-006-9010-6.
- _____. (2009). *The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy*, Cambridge: Cambridge University Press
- _____. (2011a). Once BITten, twice shy? The uncertain future of "shared sovereignty" in investment treaty arbitration, *Policy and Society*, vol. 30

_____(2011b). Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science In Brown, Chester and Miles, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press

Transport and Environment, CIEL, Client Earth and SOMO (s.d.), Reform Options for ISDS, disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral_recs_and_justification_final.pdf

Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles) (1919), disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>

Trevisan, C. e Monteiro, T. (2015, 28 jun.). Governo brasileiro defende acordo de livre comércio com os Estados Unidos. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,governo-brasileiro-defende-acordo-de-livre-comercio-com-os-estados-unidos,1715275>

UNCITRAL (2015), Settlement of commercial disputes: presentation of a research paper on the Mauritius Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration as a possible model for further reforms of investor-State dispute settlement - Note by the Secretariat, disponível em: <https://undocs.org/A/CN.9/890>

UNCITRAL (2017) Possible future work in the field of dispute settlement: Reforms of investor-State dispute settlement (ISDS) - Note by the Secretariat, disponível em: <https://undocs.org/A/CN.9/917>

UNCITRAL (2017b), Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth session (3-21 July 2017) General Assembly Official Records 72nd session Supplement No. 17, p. 46, disponível em: <https://undocs.org/en/A/72/17>

UNCITRAL (2019). Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) - Submission from the Government of Brazil to the Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), 38th Session - Vienna, 14–18 October 2019, A/CN.9/WG.III/WP.171, disponível em <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.171>

UNCITRAL (2019b), Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its 37th session (New York, 1–5 April 2019), disponível em <https://undocs.org/en/A/CN.9/970> Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e o Equador (2019), disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5888/download>

UNCITRAL (2019c), Remarks of the Chair of Working Group III at the 52nd Session of UNCITRAL (16 July 2019), disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/remarks_from_wg_iii_chair_at_the_52nd_session_of_uncitral.pdf

UNCITRAL (2019d) Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) - Submission by the Government of Indonesia. <https://un-docs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.156>

UNCITRAL (2019e) Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) – Submission by the Government of South <https://un-docs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.176>

UNCITRAL (2020) *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) - Multiple proceedings and counterclaims - Note by the Secretariat*. Working Group III, 39th Session, pp. 7-9. Disponível em: <https://un-docs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.193>

UNCTAD (1999) National Treatment. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, Nova York e Genebra: UNCTAD, disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd11v4.en.pdf>

_____ (2000) The Taking of Property. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, Nova York e Genebra: UNCTAD, disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/psiteiitd15.en.pdf> e

_____ (2012). Expropriation: A Sequel. *UNCTAD Series on International Investment Agreements II*. Nova York e Genebra: ONU. UNCTAD/DIAE/IA/2011/7. Disponível em: https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf

_____ (2014) Investor-State Dispute Settlement: a sequel. *UNCTAD Series on International Investment Agreements II*, New York and Geneva, disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf

_____ (2018) UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, New York and Geneva, disponível em: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/UNCTAD_Reform_Package_2018.pdf

_____ (2019) Taking Stock of IIA Reform: Recent Developments, *IIA Issues Notes*, Issue 3, Julho 2019

_____ (2020). Database of Investor-State Dispute Settlement. Disponível em <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

_____ (2020b). Database of International Investment Agreements. Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

_____ (2020c) The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments. *IIA Issues Notes*, Issue 4, Julho 2020

União Europeia (2017) *Negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes (MIC) (debate) – Fala de Cecilia Malmstrom*, Bruxelas, 29/11/2017.

United States-Mexico-Canada Agreement (2020), disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement>

Valencia, F.V. (2013) “Las Costosas Derrotas del Ecuador en Cortes Internacionales”, *Periodismo de Investigación*, 26 out 2013, disponível em: <https://periodismo-deinvestigacion.com/2013/10/26/las-costosas-derrotas-del-ecuador-en-cortes-internacionales/>

Van Harten, G. (2005) *Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection*. *Review of International Political Economy* 12

_____ (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford: Oxford University Press

_____ (2008). *Policy Impacts of Investment Agreements for Andean Community States*. York University, Osgood Law School. Disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1461097>

_____ (2013) *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*. Oxford: Oxford University Press

_____ (2015). *Sold Down the Yangtze: Canada's Lopsided Investment Deal with China*, Burlington: IIAPP

Van Harten, G. & Dayna Nadine Scott (2017). *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*. Toronto: International Institute for Sustainable Development, disponível em <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/investment-treaties-internal-vetting-regulatory-proposals-case-study-from-canada-gus-van-harten-dayna-nadine-scott/>

Van Harten, G. & Malysheuski, Pavel (2016) *Who Has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants* (January 11, 2016). *Osgoode Legal Studies Research Paper* No. 14/2016, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2713876> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2713876>

Vandeveld, K. (2010). *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*. Oxford University Press.

- Vandeveld, K. (2016). The liberal vision of the international law on foreign investment. In C. Lim (Ed.), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (pp. 43-68). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781316488317.003
- Ventura, D. F. L. (2011). Saúde Pública e Integração Regional: Tensões entre o direito à saúde e o comércio internacional. In Armin Von Bogdandy; Flávia Piovesan; Mariela Morales Antoniazzi. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Max Planck Institute/Lumen Juris/PUC-SP
- Verheecke, L., Pia Eberhardt, Cecilia Olivet e Sam Cossar-Gilbert (2019), Red Carpet Courts: 10 stories of how the rich and powerful hijacked justice, Transnational Institute, Amsterdam: 2019.
- Walls, H.; Smith, R. e Drahos, P. (2015). Improving regulatory capacity to manage risks associated with trade agreements. *Globalization and Health*, 11:14
- Yee, M. (2002). The Future of Environmental Regulation After Article 1110 of NAFTA: A Look at the Methanex and Metalclad Cases. *Hastings W.-Nw J. Env't'l L. & Pol'y*, 9, 85

Convenções, resoluções e declarações da ONU e outras organizações internacionais

- Assembleia Geral da ONU (2010). Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 64/292 - The human right to water and sanitation, A/RES/64/292
- Assembleia Geral da ONU (1991) Resolution adopted by the General Assembly on 24 January 1991 75/94 on the Need to ensure a healthy environment for the well-being of individuals, A/RES/45/94
- CIADI (2003), ICSID Convention Arbitration Rules, disponível em https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Conv%20Reg%20Rules_EN_2003.pdf
- CIADI (2006) ICSID Convention, Regulations and Rules, disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>.
- CIADI (2006b). ICSID Additional Facility Rules, disponível em: <http://icsid-files.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/facility-en.htm>
- Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (2002) Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant On Economic,

Social and Cultural Rights General Comment No. 15 (2002) The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Geneva, E/C.12/2002/11

Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (2002) Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 15 (2002) The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Geneva, E/C.12/2002/11

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf

Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972). Disponível em https://www.ipcc.ch/apps/njlite/srex/njlite_download.php?id=6471

Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972). Disponível em https://www.ipcc.ch/apps/njlite/srex/njlite_download.php?id=6471

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (1966) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm

UNCITRAL (2013) Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>

United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/english>

Casos e sentenças citados

[Abengoa v. México](#) (2009) Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/09/2), Award dated 18 April 2013 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf>

[Achmea v. Eslováquia \(I\)](#) (2008) Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I) (PCA Case No. 2008-13), Award on Jurisdiction, Arbitrability and

Suspension dated 26 October 2010 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0309.pdf>,
 Final Award dated 7 December 2012 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>

[Achmea v. Eslováquia \(II\)](#) (2013) Achmea B.V. v. The Slovak Republic (II) (PCA Case No. 2013-12), Award on Jurisdiction and Admissibility dated 20 May 2014 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3207.pdf>

[ADM v. México](#) (2004) Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/04/5), Award dated 21 November 2007 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf

[Agro EcoEnergy and others v. Tanzânia](#) (2017) Agro EcoEnergy Tanzania Limited, Bagamoyo EcoEnergy Limited, EcoDevelopment in Europe AB, EcoEnergy Africa AB v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/17/33), Data not available

[Aguas Cordobesas v. Argentina](#) (2003) Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/18), Data not available

[Aguas del Tunari v. Bolívia](#) (2002) Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3), Decision on Jurisdiction dated 21 October 2005 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf,
 Order taking note of the discontinuance issued by the Tribunal dated 28 March 2006, pursuant to ICSID Arbitration Rule 44

[Álvarez y Marín Corporación and others v. Panama](#) (2015) Álvarez y Marín Corporación S.A., Estudios Tributarios AP S.A., Stichting Administratiekantor Anbadi, Bartus van Noordenne and Cornelis Willem van Noordenne v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/15/14), Decision on Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) dated 27 January 2016 ,
 Reasoning of the decision on Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) dated 4 April 2016 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7216.pdf>,
 Award dated 12 October 2018 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.pdf>

[Aven and others v. Costa Rica](#) (2014) David R. Aven, Samuel D. Aven, Giacomo A. Buscemi and others v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. UNCT/15/3), Final Award dated 18 September 2018 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf

AWG v. Argentina (2003) AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, Decision on Liability dated 30 July 2010 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0055.pdf>,

Decision on Jurisdiction dated 3 August 2006 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0049.pdf>,

Award dated 9 April 2015 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6304.pdf>

Azurix v. Argentina (II) (2003) Azurix Corp. v. Argentine Republic (II) (ICSID Case No. ARB/03/30), Order for the discontinuance of the proceeding issued by the Tribunal dated 18 June 2012, pursuant to ICSID Administrative and Financial Regulation 14(3)(d)

Ballantine v. República Dominicanac (2014) Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic (PCA Case No. 2016-17),

Bear Creek Mining v. Peru (2014) Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/14/21), Award dated 30 November 2017 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>

Berkowitz v. Costa Rica (2013) Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz, Trevor B. Berkowitz v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. UNCT/13/2), Interim Award dated 25 October 2016 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7692_0.pdf,
Interim Award (Corrected) dated 30 May 2017 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8954.pdf>,
Procedural Order on Correction of the Interim Award and Termination of the Proceedings dated 30 May 2017 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8956.pdf>

Canadian Cattlemen v. EUA (2005) The Canadian Cattlemen for Fair Trade (formerly Consolidated Canadian Claims) v. United States of America, Award on Jurisdiction dated 28 January 2008 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0114.pdf>

Cargill v. México (2005) Cargill, Incorporated v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2), Award dated 18 September 2009 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf

Centurion v. Canada (2009) Melvin J. Howard, Centurion Health Corp. & Howard Family Trust v. The Government of Canada (PCA Case No. 2009-21), Order for the Termination of the Proceedings and Award on Costs dated 2 August 2010 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0409.pdf>

Chemtura v. Canada (2002) Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada, Award dated 2 August 2010 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf

Chevron and TexPet v. Ecuador (II) (2009) Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II) (PCA Case No. 2009-23), Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility dated 27 February 2012 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0175.pdf>, First Partial Award on Track I dated 17 September 2013 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1585.pdf>, Decision on Track 1B dated 12 March 2015 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4222.pdf>, Second Partial Award on Track II dated 30 August 2018 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>

Chorzów Factory Case (1928) (Germany v. Poland), September 13, 1928, Series A, No. 17, disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928>

Clayton/Bilcon v. Canadá (2008) Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada (PCA Case No. 2009-04), Award on Jurisdiction and Liability dated 17 March 2015 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>, Award on Damages dated 10 January 2019 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10377_0.pdf

Commerce Group v. El Salvador (2009) Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/17), Award dated 14 March 2011 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0202.pdf>

Copper Mesa v. Ecuador (2011) Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador (PCA No. 2012-2), Award dated 15 March 2016 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf>

Corcoesto v. Espanha (2016) Corcoesto, S.A. v. Kingdom of Spain (PCA Case No. 2016-26), Data not available

Corn Products v. México (2004) Corn Products International, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/04/1), Award dated 18 August 2009, Decision on Responsibility dated 15 January 2008 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0244.pdf>

Corona Materials v. República Dominicana (2014) Corona Materials, LLC v. Dominican Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3), Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-

CAFTA dated 31 May 2016 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7314.pdf>

Cortec Mining v. Quênia (2015) Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya (ICSID Case No. ARB/15/29), Award dated 22 October 2018 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf>

Cosigo Resources v. Colômbia (2016) Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc. v. Republic of Colombia,

Crystallex v. Venezuela (2011) Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2), Decision on the Respondent's request to address the objections to jurisdiction as a preliminary question dated 23 May 2012 , Award dated 4 April 2016 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf>

Díaz Gaspar v. Costa Rica (2019) Alejandro Diego Díaz Gaspar v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/19/13)

Dominion Minerals v. Panama (2016) Dominion Minerals Corp. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/16/13),

Dow AgroSciences v. Canadá (2009) Dow AgroSciences LLC v. Government of Canada,

Eco Oro v. Colômbia (2016) Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/16/41),

Eli Lilly v. Canadá (2013) Eli Lilly and Company v. Canada (ICSID Case No. UNCT/14/2), Final Award dated 16 March 2017 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8546.pdf>

Elitech and Razvoj v. Croácia (2017) Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia (ICSID Case No. ARB/17/32),

Ethyl v. Canadá (1997) Ethyl Corporation v. The Government of Canada, Award on Jurisdiction dated 24 June 1998 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300_0.pdf

EURAM Bank v. Eslováquia (2009) European American Investment Bank AG v. The Slovak Republic (PCA Case No. 2010-17), Award on Jurisdiction dated 22 October 2012 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4226.pdf>, Second Award on Jurisdiction dated 4 June 2014

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4227.pdf>,
Award on Costs dated 20 August 2014 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4244.pdf>

Gabriel Resources v. Romênia (2015) Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (ICSID Case No. ARB/15/31),

Galway Gold v. Colômbia (2018) Galway Gold Inc. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/13)

Global Gold Mining v. Armênia (2007) Global Gold Mining LLC v. Republic of Armenia (ICSID Case No. ARB/07/7), Order taking note of the discontinuance issued by the Acting Secretary-General dated 9 May 2008, pursuant to ICSID Arbitration Rule 43(1)

Gold Reserve v. Venezuela (2009) Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1), Award dated 22 September 2014 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4009.pdf>

Gran Colombia v. Colômbia (2018) Gran Colombia Gold Corp. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/23)

Impregilo v. Argentina (I) (2007) Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (I) (ICSID Case No. ARB/07/17), Award dated 21 June 2011 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>

Industria Nacional de Alimentos v. Peru (2003) Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (formerly Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/03/4), Award dated 7 February 2005 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0275.pdf>

Infinito Gold v. Costa Rica (2014) Infinito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/14/5), Decision on Jurisdiction dated 4 December 2017 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9384.pdf>

Kappes v. Guatemala (2018) Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala (ICSID Case No. ARB/18/43)

Kingsgate v. Tailândia (2017) Kingsgate Consolidated Ltd v. The Kingdom of Thailand,

Lee-Chin v. República Dominicana (2018) Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic (ICSID Case No. UNCT/18/3),

Lone Pine v. Canadá (2013) Lone Pine Resources Inc. v. Canada (ICSID Case No. UNCT/15/2),

Marion Unglaube v. Costa Rica (2008) Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/08/1), Award dated 16 May 2012
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf>

Metalclad v. México (1997) Metalclad Corporation v. The United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award dated 30 August 2000
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>

Methanex v. EUA (1999) Methanex Corporation v. United States of America, Partial Award dated 7 August 2002 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0518.pdf>,
 Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits dated 3 August 2005
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

Myers v. Canadá (1998) S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Final Award (concerning the apportionment of costs between the Disputing Parties) dated 30 December 2002 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0754.pdf>,
 Partial Award dated 13 November 2000 (Merits)
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>,
 Second Partial Award dated 2 December 2002 (Damages)
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>

Odyssey v. México (2019) Odyssey Marine Exploration, Inc. and Exploraciones Oceánicas S. de R.L. de C.V. v. United Mexican States,

Pac Rim v. El Salvador (2009) Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12), Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5 dated 2 August 2010
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0599.pdf>,
 Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections dated 1 June 2012
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf>

Philip Morris v. Austrália (2011) Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia (PCA Case No. 2012-12), Award on Jurisdiction and Admissibility dated 17 December 2015 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf,
 Final Award Regarding Costs dated 8 March 2017
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9212.pdf>

Philip Morris v. Uruguay (2010) Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), Decision on Jurisdiction dated 2 July 2013 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>,
 Award dated 8 July 2016 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case->

[documents/italaw7417.pdf](#),

Decision on Rectification dated 26 September 2016
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7585.pdf>

[RAKIA v. Índia](#) (2016) Ras-AI-Khaimah Investment Authority v. India,

[Rockhopper v. Itália y](#) (2017) Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/17/14), Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection dated 26 June 2019 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10646_0.pdf

[SAUR v. Argentina](#) (2004) SAUR International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/4), Decision on Objections to Jurisdiction dated 27 February 2006 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1017.pdf>, Decision on Jurisdiction and Liability dated 6 June 2012 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1015.pdf>, Award dated 22 May 2014 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3189.pdf>

[Servier v. Polônia d](#) (2009) Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland, Interim Award on Jurisdiction dated 3 December 2010 , Award dated 14 February 2012 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3005.pdf>

[South American Silver v. Bolívia](#) (2013) South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia (PCA Case No. 2013-15), Award dated 30 August 2018 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10361.pdf>

[Suez and Interagua v. Argentina](#) (2003) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17), Decision on Liability dated 30 July 2010 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0813.pdf>, Decision on Jurisdiction dated 16 May 2006 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0807.pdf>, Award dated 4 December 2015 , Rectification of the Award dated 20 May 2016

[Suez and Vivendi v. Argentina \(II\)](#) (2003) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II) (ICSID Case No. ARB/03/19), Decision on Liability dated 30 July 2010 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>, Decision on Jurisdiction dated 3 August 2006

<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0819.pdf>,
Award dated 9 April 2015 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6304.pdf>

Tecmed v. México (2000) Técnicas Medioambientales Tecmed v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award dated 29 May 2003
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

TransCanada v. EUA (2016) TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. United States of America (ICSID Case No. ARB/16/21), Order of the Secretary-General Taking Note of the Discontinuance of the Proceeding dated 24 March 2017 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8574.pdf>

Urbaser and CABB v. Argentina (2007) Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/26), Decision on Jurisdiction dated 19 December 2012
<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf>,
Award dated 8 December 2016 http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf

Vattenfall v. Alemanha (I) (2009) Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany (I) (ICSID Case No. ARB/09/6), Award embodying the parties' settlement agreement dated 11 March 2011 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0890.pdf>

Vattenfall v. Alemanha (II) (2012) Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II) (ICSID Case No. ARB/12/12), Decision on the Respondent's preliminary objections pursuant to ICSID Arbitration Rule 41(5) dated 2 July 2013 ,
Decision on the Achmea Issue dated 31 August 2018
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9916.pdf>

Westmoreland v. Canada (2018) Westmoreland Coal Company v. Canada,

Windstream Energy v. Canada (2013) Windstream Energy LLC v. The Government of Canada, Award dated 27 September 2016 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7875.pdf>

Anexo I – Tabela de casos selecionados

Empresa	País acionado	Ano	Assunto	Status	Indenização demandada (US\$)	Indenização outorgada (US\$)	Tipo de ação estatal
Ethyl	Canadá	1997	Saúde	Acordo	251.000.000	13.000.000	Nova lei
Metalclad	México	1997	Meio ambiente	Investidor	90.000.000	16.700.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Myers	Canadá	1998	Meio ambiente	Investidor	70.900.000	3.800.000	Nova lei
Methanex	Estados Unidos	1999	Saúde	Estado	900.000.000		Nova lei
Tecmed	México	2000	Saúde	Investidor	52.000.000	5.500.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Azurix	Argentina	2001	Direito à água	Investidor	685.000.000	165.200.000	Nova lei
Águas del Tunari	Bolívia	2002	Direito à água	Acordo			Anulação de contrato de fornecimento de água
Chemtura	Canadá	2002	Saúde	Estado	100.000.000		Nova lei
Aguas Cordobesas	Argentina	2003	Direito à água	Acordo	112.000.000		Nova lei
AWG	Argentina	2003	Direito à água	Investidor	34.100.000	21.000.000	Nova lei
Industria Nacional de Alimentos	Peru	2003	Meio ambiente	Estado			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Suez e Interagua	Argentina	2003	Direito à água	Investidor	257.700.000	225.700.000	Nova lei
Suez e Vivendi	Argentina	2003	Direito à água	Investidor	834.100.000	383.600.000	Nova lei
ADM	México	2004	Saúde	Investidor	100.000.000	33.500.000	Nova lei
Corn Products	México	2004	Saúde	Investidor	325.000.000	58.000.000	Nova lei

SAUR	Argentina	2004	Direito à água	Investidor	143.000.000	39.900.000	Interferência no preço da água
Canadian Cattlemen	Estados Unidos	2005	Saúde	Estado	235.000.000		Nova lei
Cargill	Mexico	2005	Saúde	Investidor	123.800.000	77.300.000	Nova lei
Global Gold Mining	Armenia	2007	Meio ambiente	Acordo			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Impregilo	Argentina	2007	Direito à água	Investidor	119.000.000	21.290.000	Nova lei
Urbaser	Argentina	2007	Direito à água	Investidor	211.200.000	0	Nova lei
Achmea (1)	Eslováquia	2008	Saúde	Investidor	84.700.000	28.800.000	Nova lei
Clayton/Bilcon	Canadá	2008	Saúde	Investidor	443.400.000	7.000.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Marion Unglabe	Costa Rica	2008	Meio ambiente	Investidor	4.400.000	4.000.000	Nova lei
Abengoa	México	2009	Meio ambiente	Investidor	70.000.000	40.300.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Centurion	Canadá	2009	Saúde	Suspenso por questões procedimentais	160.000.000		Aplicação de lei existente
Chevron	Equador	2009	Meio ambiente	Pendente			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Commerce	El Salvador	2009	Meio ambiente	Tribunal decidiu que não tinha jurisdição.	100.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)

Dow Agrosciences	Canadá	2009	Saúde	Acordo	2.000.000		Nova lei
EURAM Bank	Eslováquia	2009	Saúde	Estado	178.000.000		Nova lei
Gold Reserve	Venezuela	2009	Meio ambiente	Investidor	1.735.000.000	713.000.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Pacific Rim	El Salvador	2009	Meio ambiente	Estado	314.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Servier	Polônia	2009	Saúde	Investidor	300.000.000	5.000.000	Nova lei
Vattenfall (1)	Alemanha	2009	Meio ambiente	Acordo	1.400.000.000,00		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Philip Morris	Uruguai	2010	Saúde	Estado	22.300.000		Nova lei
Copper Mesa	Equador	2011	Meio ambiente	Investidor	70.000.000,00	19.400.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Crystallex	Venezuela	2011	Meio ambiente	Investidor	3.160.000.000	1.202.000.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Philip Morris	Austrália	2011	Saúde	Estado	não revelado		Nova lei
Vattenfall (2)	Alemanha	2012	Meio ambiente	Pendente	5.140.000.00,00		Nova lei
Achmea (2)	Eslováquia	2013	Saúde	Estado	93.000.000		Nova lei
Berkowitz	Costa Rica	2013	Meio ambiente	Suspenso por questões procedimentais	33.600.000		Nova lei
Eli Lilly	Canadá	2013	Saúde	Estado	483.400.000,00		Aplicação de lei existente
Lone Pine	Canadá	2013	Meio ambiente	Pendente	109.800.000,00		Nova lei

South American Silver	Bolívia	2013	Meio ambiente	Investidor	385.700.000	18.700.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Windstream Energy	Canadá	2013	Meio ambiente	Investidor	522.100.000	19.100.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Aven e outros	Costa Rica	2014	Meio ambiente	Estado	69.100.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Ballantine	República Dominicana	2014	Meio ambiente	Tribunal decidiu que não tinha jurisdição.			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Bear Creek	Peru	2014	Meio ambiente	Investidor	18.200.000,00	30.400.000	Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Corona Materials	República Dominicana	2014	Meio ambiente	Estado	100.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Infinito Gold	Costa Rica	2014	Meio ambiente	Pendente	93.800.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Álvarez y Marín	Canadá	2015	Direitos indígenas	Estado	100.000.000		Aplicação de lei existente
Cortec Mining	Quênia	2015	Meio ambiente	Estado	2.000.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Gabriel Resources	Romênia	2015	Meio ambiente	Pendente	5.700.000,00		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)

Corcoesto	Espanha	2016	Meio ambiente	Pendente			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Cosigo Resources e outros	Colômbia	2016	Direitos indígenas	Pendente	16.511.000.000		Nova lei
Dominion Minerals	Panamá	2016	Meio ambiente	Pendente	268.300.000		Nova lei
Eco Oro	Colômbia	2016	Meio ambiente	Pendente	736.000.000,00		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Rakia	Índia	2016	Meio ambiente	Pendente	44.710.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
TransCanada	Estados Unidos	2016	Meio ambiente	Acordo	15.000.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Gilead	Ucrânia	2016	Saúde	Acordo	800.000.000		Nova lei
Agro EcoEnergy	Tanzania	2017	Meio ambiente	Pendente			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Elitech	Croácia	2017	Meio ambiente	Pendente	500.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Kingsgate	Tailândia	2017	Meio ambiente	Pendente			Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Rockhopper	Itália	2017	Meio ambiente	Pendente	350.000.000		Nova lei
Galway Gold	Colômbia	2018	Meio ambiente	Pendente	196.000.000		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)

Gran Colombia	Colômbia	2018	Meio ambiente	Pendente	700.000.000,00		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Kappes	Guatemala	2018	Meio ambiente	Pendente	300.000.000,00		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Lee-Chin (Lajún)	República Dominicana	2018	Saúde	Pendente			Aplicação de lei existente
Díaz Gaspar (Ibérico)	Costa Rica	2019	Saúde	Pendente	100.000.000,00		Aplicação de lei existente
Odyssey	México	2019	Meio ambiente	Pendente	3.540.000.000,00		Aplicação de lei existente (não concessão/renovação de licença ambiental)
Westmoreland	Canadá	2018	Meio ambiente	Pendente	357.300.000		Nova lei
Aura Energy	Suécia	2019	Meio ambiente	Pendente	1.800.000.000		Nova lei