ISADORA POSTAL TELLI

**Investimento estrangeiro e meio ambiente: uma análise sobre o
tratamento das questões ambientais suscitadas
nos casos decididos pelo ICSID entre 2000-2013**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Associado Dr. Alberto do Amaral Junior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

ISADORA POSTAL TELLI

**Investimento estrangeiro e meio ambiente: uma análise sobre o
tratamento das questões ambientais suscitadas
nos casos decididos pelo ICSID entre 2000-2013**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Internacional, sob a orientação do Prof. Associado Dr. Alberto do Amaral Junior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2015

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

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Telli, Isadora Postal

Investimento estrangeiro e meio ambiente: uma análise sobre o tratamento das questões ambientais decididas nos casos julgados pelo ICSID entre 2000-2013 / Isadora Postal Telli ; orientador Alberto do Amaral Junior -- São Paulo, 2015.

188 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

1. Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. 2. Direito Internacional Ambiental. 3. ICSID. 4. Análise de casos. 5. Pesquisa empírica. I. Amaral Junior, Alberto do , orientador. II. Título.

Nome: Isadora Postal Telli

Título: Investimento estrangeiro e meio ambiente: uma análise sobre o tratamento das questões ambientais suscitadas nos casos julgados pelo ICSID entre 2000-2013

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca realizada em:

Resultado:

Banca Examinadora

Prof. Dr.:

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

Prof. Dr.:

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

Prof. Dr.:

Instituição:

Julgamento:

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, Professor Alberto do Amaral Junior, pela confiança depositada nesses últimos anos e, principalmente, pela oportunidade de poder estudar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O convite para assistir suas aulas como aluna especial em 2011 mudou a minha vida. Deixei o Rio Grande do Sul e vim tentar a sorte em São Paulo. Deu certo. Muito obrigada!

Em segundo lugar, agradeço ao escritório Lobo & de Rizzo pelo apoio na realização do mestrado. Conciliar vida acadêmica com advocacia sempre é um desafio e vocês me ajudaram a superá-lo. A Sérgio Varella Bruna, colega e chefe, agradeço pelos conselhos acadêmicos e profissionais. Nossas conversas sempre me motivaram a buscar o meu melhor em qualquer coisa que eu faça. Também agradeço pela compreensão de minhas ausências para dedicação ao mestrado e, em especial, por ter permitido que eu me afastasse dos compromissos do escritório quando as atividades do mestrado exigiam maior atenção.

Em terceiro lugar, agradeço aos meus amigos e amigas pelo apoio, incentivo e torcida. Também agradeço pelo suporte nos momentos de insegurança e angústia. Quando eu mesma não acreditava que haveria luz no fim do túnel, sempre pude contar com vocês. Agradeço, em especial, à Amanda Guazzelli, Gabriel Pinto, Guilherme Recena, Heloísa Ramos, Laura Patella, Martha Leão e Vanessa Dexheimer pelos exemplos de coragem e de determinação, tanto na vida acadêmica, quanto profissional.

Em quarto lugar, agradeço com todo o meu coração à minha família, Eugenio, Luciane, Denise e Manoela. Sem vocês eu não seria nada; sem vocês nada disso seria possível. Muito obrigada por acreditarem em mim e por sonharem comigo os meus sonhos. Por fim, meu agradecimento mais que especial ao Rodrigo Roso, meu companheiro, amigo, confidente e maior parceiro de aventura, por tudo.

RESUMO

O novo contexto do Direito Internacional tem buscado acomodar interesses econômicos às exigências de proteção ambiental, em linha com o desenvolvimento sustentável. Nesse particular, o investimento estrangeiro é elemento-chave e contribui para a aproximação entre Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e Direito Internacional Ambiental, tanto em relação à elaboração de normas substantivas quanto aos processos de adjudicação. Embora já existam diversos trabalhos voltados a demonstrar como os investimentos estrangeiros podem contribuir com a preservação ambiental, pouco se tem escrito sobre os aspectos mais práticos dessa interação. Durante muito tempo, o caráter vago e impreciso da redação dos tratados ambientais dificultava sua aplicação às operações dos investidores. Contudo, a crescente consciência de parcela significativa da população mundial sobre a proteção ao meio ambiente está dando vida a cláusulas com conteúdo ambiental até então “dormentes”. Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar empiricamente qual o tratamento concedido às questões ambientais suscitadas nos casos decididos pelos tribunais do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), o ICSID, no período entre 2000-2013. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três partes. A primeira parte é dedicada ao contexto histórico que permitiu a aproximação entre Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Ambiental Internacional. Na segunda parte o ICSID é apresentado, de modo a compreender sua organização e funcionamento e, principalmente, de que forma as questões ambientais podem ser suscitadas no âmbito das disputas de investimento. E, por fim, os resultados obtidos a partir da pesquisa empírica das decisões proferidas pelos tribunais do ICSID são apresentados, sistematizando os argumentos apresentados pelas partes, bem como aqueles utilizados pelos tribunais ao decidir os litígios de investimento compreendendo a matéria ambiental.

Palavras-chave: investimento estrangeiro, proteção ao meio ambiente, solução de controvérsias investidor-Estado, ICSID, lei aplicável, pesquisa empírica.

ABSTRACT

The new context of International Law pursues the accommodation of economic interests to the needs of environmental protection, in line with the sustainable development. To that particular, the foreign investment is a key element and contributes to a closer relation between the Foreign Investment International Law and the Environmental International Law, inasmuch as in relation to the enactment of substantive laws, as towards to enforcement procedures. Although there are several studies aiming at demonstrating how foreign investments may contribute to the environmental protection, few has been written about the most practical aspects of such interaction. For a long time, the vague and imprecise character of the provisions in environmental treaties turn harder their enforcement towards the investment transactions. However, the growth in conscience on environment protection of a substantial portion of the world population has given life to clauses with environmental content that were dormant until recently. In this context, the objective of this study is to make an empiric analysis on the treatment granted to environmental matters raised in cases decided by the tribunals of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, the ICSID, in the period between 2000 and 2013. For that, this research is divided in three parts. The first one is dedicated to the historical context that allowed the approximation between Foreign Investment International Law and Environmental International Law. In the second part the ICSID is presented, to allow a better comprehension of its organization and functioning and, mainly, the forms in which environmental matters can be raised within the scope of investment disputes. And, finally, the results obtained with the empiric research on the decisions enacted by the ICSID tribunals are presented, with a systematization of the arguments used by the involved parties, as well as the arguments adopted by the tribunals to decide the investment disputes comprising environmental matters.

Keywords: foreign investment, environment protection, investor-State dispute resolution, ICSID, applicable law, empiric research.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – Total de casos registrados no ICSID (até 30.6.2014)	86
GRÁFICO 2 – Distribuição dos casos selecionados por ano	114
GRÁFICO 3 – Número de casos por país demandante	115
GRÁFICO 4 – Número de casos por país demandado	115
GRÁFICO 5 – Distribuição dos casos selecionados por setor econômico	116

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Casos selecionados para análise	30
TABELA 2 – Número de BITs assinados	52
TABELA 3 – Determinação da lei aplicável	123
TABELA 4 – Distribuição dos casos por ações dos Estados	150
TABELA 5 – Resultado final dos casos selecionados para análise	166

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ASEAN	Associação de Nações do Sudeste Asiático (<i>Association of Southeast Asian Nations</i>)
BIT	Acordo Bilateral de Investimento (<i>Bilateral Investment Agreement</i>)
CAFTA	Acordo de Livre Comércio da América Central (<i>Central America Free Trade Agreement</i>)
CDSE	<i>Compañía del Desarrollo de Santa Elena</i>
COTERIN	<i>Confinamiento Técnico de Residuos Industriales</i>
ECOSOC	Conselho Econômico e Social (<i>Environmental and Social Council</i>)
ECT	Tratado da Carta de Energia (<i>Energy Charter Treaty</i>)
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
EAMSA	Emilio A. Maffezini S.A.
EUA	Estados Unidos da América
FAO	Organização para Agricultura e Alimentação (<i>Food and Agriculture Organization</i>)
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATS	Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (<i>General Agreement on Trade in Services</i>)
GATT	Acordo Geral sobre Comércio e Tarifas (<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>)
HDSA	Sul-africanos historicamente desfavorecidos (<i>historically disadvantaged South Africans</i>)
ICSID	Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>)
IISD	Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (<i>International Institute for Sustainable Development</i>)
IMO	Organização Marítima Internacional (<i>International Marine Organization</i>)
ISDS	Solução de Controvérsias Investidor-Estado (<i>Investor-State Dispute</i>)

	<i>Settlement)</i>
IUPN	União Internacional para a Proteção da Natureza (<i>International Union for the Protection of Nature</i>)
LGEEPA	Lei Geral de Equilíbrio Ecológico e de Proteção ao Meio Ambiente
MAI	Acordo Multilateral de Investimento (<i>Multilateral Agreement on Investment</i>)
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIGA	Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i>)
NAFTA	Acordo de Livre Comércio da América do Norte (<i>North-America Free Trade Agreement</i>)
OCDE /	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (<i>Organisation for</i>
OECD	<i>Economic Co-operation and Development</i>)
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PNUMA/	Programa das Nações Unidas para sobre o Meio Ambiente (<i>United</i>
UNEP	<i>Nations Environmental Program</i>)
SLP	San Luis Potosi, México
SODIGA	<i>Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia</i>
TRIMS	Acordo sobre Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio (<i>Agreement on Trade-Related Investment Measures</i>)
UNCCUR	Conferência das Nações Unidas sobre a Conservação e Utilização de Recursos (<i>United Nations Conference on the Conservation and Utilization of Resources</i>)
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>)
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>)

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	15
1. Escopo e objetivo do trabalho	15
2. Notas metodológicas	26
 PARTE I – A APROXIMAÇÃO ENTRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E MEIO AMBIENTE: NORMAS SUBSTANTIVAS E PROCESSOS DE ADJUDICAÇÃO	32
1. A aproximação via normas substantivas: a formação dos regimes jurídicos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro e ao meio ambiente	33
1.1. Investimento: da proteção diplomática à solução de controvérsias investidor-Estado	35
1.2. Meio Ambiente: a conscientização internacional para a tutela do meio ambiente como bem jurídico	58
1.2.1. Primeira fase	61
1.2.2. Segunda fase	64
1.2.3. Terceira fase	66
1.2.4. Quarta fase	71
1.3. Exemplos da aproximação de normas substantiva entre os regimes	75
2. A aproximação via procedimentos de adjudicação: como o meio ambiente alcançou os mecanismos internacionais de solução de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros	79
 PARTE II – O ICSID: ORIGEM, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO	83
1. Origem e organização do ICSID	83
2. Funcionamento dos tribunais do ICSID	85
2.1. Procedimentos ICSID: arbitragem e conciliação via Convenção ICSID e Mecanismo Adicional	87
2.2. Procedimentos não-ICSID	89

3. Competência	90
3.1.1. Consentimento	92
3.1.2. <i>Ratione personae</i>	93
3.1.3. <i>Ratione materiae</i>	95
4. Lei aplicável	98
5. Confidencialidade e transparência	108
5.1. Acesso à informação	109
5.2. Participação de terceiros – <i>amicus curiae</i>	110

PARTE III – O TRATAMENTO DAS QUESTÕES AMBIENTAIS PELOS TRIBUNAIS DO ICSID: ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS APRESENTADOS112

1. Análise quantitativa: balanço geral sobre os casos	113
1.1. Distribuição dos casos por ano	114
1.2. Países demandantes v. Países demandados	114
1.3. Setores econômicos envolvidos	116
2. Análise qualitativa: aspectos jurisdicionais e questões de mérito	117
2.1. Aspectos jurisdicionais dos casos analisados	118
2.1.1. Procedimentos ICSID: Convenção ICSID e Mecanismo Adicional	118
2.1.2. Base de jurisdição	119
2.1.3. A determinação da lei aplicável nos casos analisados	122
2.2. Questões de mérito	128
2.2.1. Ações dos Estados e reações dos investidores	129
2.2.1.1. Decisão de expropriação	129
2.2.1.2. Indeferimento e cancelamento de licenças	133
2.2.1.3. Alteração de lei nacional do Estado receptor	138
2.2.1.4. Cancelamento de contrato	142
2.2.1.5. Demais medidas	146
2.2.1.6. Considerações parciais sobre as ações dos Estados e as reações dos investidores	149
2.2.2. Principais argumentos utilizados pelos tribunais do ICSID para tratar das questões ambientais	151
2.2.2.1. Expropriação	152
2.2.2.2. Violação do tratamento justo e igualitário	156

2.2.2.3.	Tratamento discriminatório	159
2.2.2.4.	Valor de compensação e reparação de danos	162
2.2.2.5.	Considerações parciais sobre os argumentos utilizados pelos tribunais	165
CONSIDERAÇÕES FINAIS		169
REFERÊNCIAS		172

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Escopo e objetivo do trabalho

O presente trabalho tem como objetivo identificar de que forma os tribunais constituídos sob os auspícios do Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento, conhecido pela sua sigla em inglês ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*), têm enfrentado as questões ambientais submetidas à sua análise. A pesquisa se insere em um novo contexto do Direito Internacional, em que o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e o Direito Internacional Ambiental se expandem e se consolidam como ramos específicos do Direito Internacional, favorecendo uma maior aproximação e inter-relação entre eles. O novo contexto do Direito Internacional aqui considerado está relacionado à necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável, acomodando os interesses econômicos às exigências de proteção ambiental.

Com efeito, a doutrina¹ reconhece que o investimento estrangeiro direto é um componente-chave para a promoção do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, Viñuales² ressalta que “a relação entre Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e Direito Internacional Ambiental apenas recentemente começou a ser elucidada”. Daí a

¹ Veja-se, por exemplo: NEWCOMBE, Andrew. “Sustainable Development and Investment Treaty Law” in *Journal of World Investment & Trade*, volume 8, 2007, p. 357 [No original: “There is widespread consensus in the international community that foreign direct investment (FDI) is necessary for sustainable development(...)”]; ZARKSY, Lyuba; GALLAGHER, Kevin. “Searching for the Holy Grail? Making FDI work for Sustainable Development”. Analytical Paper. World Wide Fund for Nature. Disponível em: <http://ase.tufts.edu/gdae/publications/articles_reports/KG-LZ_FDI_report.pdf>. Acesso em: 27 nov 2014, p. 1 [No original: “The promise of FDI for sustainable development is precisely that it could be a useful tool in creating an enabling environment for ecologically sound economic and social development. The potential of FDI, in other words, is to help nurture local conditions and capacities—productive, social, regulatory and institutional”].]

² No original: “[t]he relationship between two thriving fields of international law – international investment law and international environmental law – has only recently started to be elucidated” (VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 1).

importância do estudo e reflexão sobre essa relação, para que se compreenda como a relação entre investimento estrangeiro e meio ambiente pode ocorrer.

A criação desses novos ramos do Direito Internacional está relacionada à mudança de paradigma pela qual este ramo do Direito passou nos últimos anos, especialmente a partir da segunda metade do século XX. Para explicar como se chegou até este momento, é fundamental uma breve digressão acerca do desenvolvimento histórico do Direito Internacional.

O Direito Internacional clássico corresponde ao conjunto de regras que disciplina o comportamento dos Estados, orientado pelos princípios da igualdade soberana, da integridade territorial, da autodeterminação e da não intervenção. Acima de tudo, essa visão clássica do Direito Internacional estava incumbida da função de reduzir a anarquia, estabelecendo relações ordenadas entre os Estados soberanos e satisfazendo as necessidades e os interesses dos membros da comunidade internacional³.

O século XX foi marcado por diversos eventos que provocaram mudanças significativas sobre as funções do Direito Internacional. Alguns deles podem ser aqui exemplificados, tais como: as revoluções socialistas, as guerras mundiais, o processo de descolonização das décadas de 50 e 60, o desmantelamento da União Soviética, a proliferação das organizações internacionais, a globalização, a poluição do meio ambiente e a inter-relação dos mercados.

A partir destes acontecimentos, os Estados passaram a interagir em uma dialética cada vez mais frequente de *cooperação* e *coexistência*. Nas palavras de Amaral Junior⁴, “a singularidade do presente manifesta-se na constatação de que a solução dos grandes problemas globais exige a cooperação dos Estados”.

Como consequência, surge uma fase de intensa cooperação entre os Estados, consubstanciada na negociação de diversos tratados multilaterais sobre os mais variados

³ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Lições de Direito*. Barueri: Manole, 2011, p. 65.

temas⁵. Como observado por Amerasinghe⁶, quando as relações bilaterais entre os Estados se mostraram inadequadas para atender situações mais complexas, decorrentes de problemas envolvendo mais de dois Estados, novos meios precisaram ser encontrados para representar em um mesmo fórum os interesses de todos os Estados envolvidos, e a alternativa encontrada foi a conferência internacional.

O Direito Internacional, de forma gradual e na medida da crescente complexidade e intensidade das relações internacionais, desenvolveu prodigiosos avanços, não apenas no que tange à expansão dos campos tradicionais, mas também na criação de novos ramos mais especializados⁷. A expansão e a diversificação do Direito Internacional possibilitaram a criação de regimes jurídicos específicos, como o Direito do Comércio Internacional, o Direito Internacional Ambiental, o Direito Humanitário, o Direito do Mar, os Direitos Humanos, o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro, entre outros.

Como apontado por Viñuales⁸, a possibilidade de interação entre o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e o Direito Internacional Ambiental cresceu na medida em que estes ramos se desenvolveram e ampliaram o alcance de seus instrumentos normativos. Nesse sentido, o autor destaca que as operações dos investidores em diversos setores, incluindo, por exemplo, indústrias extrativistas, geração de energia ou mesmo o tratamento de resíduos, poderão ser cada vez mais afetadas pela inter-relação entre a

⁵ Historicamente, essa fase tem início com o Congresso de Viena (1815), o Congresso de Berlim (1885) e a Liga das Nações (1919). Em seguida, os esforços para a regulamentação da cooperação internacional foram retomados com a criação da Organização das Nações Unidas (1945), que abriu espaço para o desenvolvimento de agências técnicas “especializadas” (a UNESCO, a OMS, a UNCTAD, entre outras). No campo econômico, a realização da Conferências de Bretton Woods (1944) e de Havana (1947) são reflexo direto desses esforços de cooperação entre os países rumo ao estabelecimento de uma nova regulamentação das relações comerciais e financeiras em âmbito mundial. Tudo isso resultou na criação do Banco Mundial, do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, do inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*), que posteriormente tornou-se a Organização Mundial do Comércio (OMC). Da mesma forma, diversos outros acordos foram celebrados sobre os mais variados temas, envolvendo, por exemplo, a proteção dos direitos humanos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a proteção do meio ambiente pela Declaração de Estocolmo (1972). Mesmo a organização do regime jurídico internacional, por meio das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), Relações Consulares (1963), Direito dos Tratados (1969) e Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais (1986) também é um desenvolvimento dessa fase de cooperação.

⁶ AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 1.

⁷ KALIDHASS, P. R. *Conflict of Norms in a Fragmented International Legal System: a Critical Analysis*. GRIN, 2010, p. 29.

⁸ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 1.

regulamentação do investimento estrangeiro e os instrumentos de proteção do meio ambiente.

Viñuales esclarece que, de um lado, a regulamentação ambiental poderá, em alguns casos, criar novos mercados, como ocorre com as tecnologias ditas “limpas”; e, de outro lado, a regulamentação ambiental poderá impactar negativamente as operações dos investidores estrangeiros, particularmente quando a existência de um tratado internacional de proteção do meio ambiente incentivar os Estados a adotar medidas específicas de proteção ambiental. O autor, portanto, reconhece tanto um aspecto positivo, quanto um aspecto negativo desta integração entre investimento e meio ambiente.

A despeito da importância da análise do aspecto negativo desta integração, a doutrina tem-se pautado pelo viés substantivo da relação entre a proteção do investimento estrangeiro e a proteção do meio ambiente, sem maiores aprofundamentos sobre os impactos práticos dessa relação. O problema da escassez de trabalhos sobre o assunto se torna ainda mais relevante diante do crescimento substancial do número de disputas submetidas a mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado que envolvem alguma “questão ambiental”.

De acordo com informações da UNCTAD⁹, “diversas arbitragens iniciadas em 2013 envolviam uma dimensão ambiental”. No mesmo sentido, dados da OCDE¹⁰ indicam que 8,2% dos acordos internacionais de proteção do investimento examinados pelo estudo (de um total de 1.623 acordos) contêm algum tipo de linguagem ambiental¹¹. A pesquisa

⁹ No original: “Several arbitrations launched in 2013 have an environmental dimension (...)” (UNCTAD. *IIA Issues Note - Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, número 1, abril de 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014, p. 6).

¹⁰ GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014.

¹¹ De acordo com o estudo, as referências ao meio ambiente identificadas nos tratados examinados pode ser classificada em sete categorias: (1) menção genérica ao tema ambiental no preâmbulo do tratado; (2) reserva de competência regulatória (*policy space*) para a regulamentação ambiental sobre todo o escopo do tratado; (3) reserva de competência regulatória (*policy space*) para a regulamentação ambiental sobre temas específicos (como, por exemplo, requisitos de performance e tratamento nacional); (4) defesa de que a regulamentação ambiental não pode servir de causa à expropriação indireta; (5) compromissos de não reduzir os níveis de proteção ambiental como forma de atrair investimentos; (6) assuntos ambientais nos mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado, permitindo aos tribunais arbitrais o acesso a especialistas em matéria ambiental; e (7) promoção geral do desenvolvimento da proteção e cooperação ambiental, por meio do estímulo ao fortalecimento da regulamentação ambiental. (GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on*

da OCDE destaca que a arbitragem internacional “fornece considerações preliminares sobre como a regulamentação ambiental interage com conceitos dispostos nos tratados de proteção de investimento, tais como tratamento nacional, expropriação indireta e tratamento justo e igualitário”¹², daí a importância de se examinar a questão ambiental sob a ótica dos investimentos estrangeiros.

Embora já existam diversos trabalhos voltados a demonstrar como os investimentos estrangeiros podem contribuir com o desenvolvimento sustentável e com a preservação do meio ambiente¹³, pouco se tem escrito sobre os aspectos mais práticos dessa interação. Diante do aumento significativo de casos sobre esta temática, cresce a necessidade de que os conflitos existentes entre investidor e Estado receptor envolvendo questões ambientais sejam enfrentados, especialmente com relação à forma como o tema é tratado pelos tribunais arbitrais.

A pouca atenção destinada ao tema poderia ser atribuída ao caráter vago e impreciso da redação dos tratados ambientais, que, até pouco tempo atrás, não pareciam

International Investment, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 5-8).

¹² No original: “*Investment arbitration provides preliminary considerations on how environmental regulation interacts with investment treaty concepts such as national treatment, indirect expropriation and fair and equitable treatment*”. (GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 7).

¹³ Apenas para citar alguns: NOWROT, Karsten. “How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law?”, in *The Journal of World Investment and Trade*, volume 15, 2014, p. 612-644; MANN, Howard. “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, in *Lewis & Clark Law Review*, volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>; DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. (ed.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: incentives and safeguards*. Nova York: Cambridge University Press, 2013; GEHRING, Markus W.; KENT, Avidan. “International Investment Agreements and the Emerging Green Economy: Rising up to the Challenge” in BAETENS, F. (ed.). *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Nova York: Cambridge University Press, 2012; VAN AAKEN, Anne; LEHMANN, Tobias A. “Sustainable Development and International Investment Law: an Harmonious View from Economics” in ECHANDI, Roberto; SAUVÉ, Pierre (eds.). *Prospects in International Investment Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 317-339. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1893692>>; ALSCHNER, Wolfgang; TUEK, Elisabeth. “The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development” in BAETENS, F., (ed.). *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives* (CUP 2013). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2295440>>; MILES, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Volume 21, 2010, p. 1-47. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/law/sites/default/files/Vol.21.1.pdf>>; NEWCOMBE, Andrew. “Sustainable Development and Investment Treaty Law” in *Journal of World Investment & Trade*, volume 8, 2007, p. 357-407.

aplicáveis às operações dos investidores. Contudo, a crescente consciência de parcela significativa da população mundial sobre o meio ambiente está dando vida a cláusulas com conteúdo ambiental até então “dormentes”¹⁴.

De maneira geral, os investimentos estrangeiros envolvem grandes projetos de infraestrutura, complexos e de longo prazo que vão desde a construção de uma rodovia até o financiamento e o desenvolvimento de uma planta de energia, à exploração de direitos de propriedade intelectual e tantas outras atividades comerciais¹⁵. A implementação e a operação de projetos desta magnitude depende da obtenção de licenças e de autorizações junto aos órgãos competentes do Estado receptor (uma vez que as atividades a serem desenvolvidas estão sujeitas ao cumprimento das normas ambientais locais). Por essa razão, esta situação se torna terreno fértil a potenciais conflitos entre investidores e Estados receptores e, conseqüentemente, entre proteção do investimento e meio ambiente¹⁶.

Nesse contexto, os conflitos entre investidores e Estados costumam surgir quando atos praticados pelo Estado receptor afetam negativamente o investimento estrangeiro. Isso pode envolver ações mais explícitas, como a nacionalização de um negócio sem o pagamento de compensação, ou mesmo alguma ação estatal mais sutil, como a revogação de uma licença bancária, a alteração de um entendimento jurisprudencial sobre uma matéria de Direito Tributário, *a adoção de uma norma ambiental que desencadeia um impacto financeiro adverso sobre os investidores*, entre outros¹⁷.

Por um lado, do ponto de vista do investidor, passa a ser cada vez mais importante avaliar os riscos decorrentes da adoção, por parte dos Estados receptores, de medidas ambientais, e conhecer os remédios jurídicos disponíveis para conter eventuais abusos. Por outro lado, do ponto de vista dos Estados, será fundamental determinar com segurança qual

¹⁴ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 1.

¹⁵ FRANCK, Susan D. “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration” in *North Carolina Law Review*, volume 86, 2007, p. 1-88. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=969257>>. Acesso em: 19 out 2014, p. 7.

¹⁶ De acordo com os dados publicados no Relatório Anual do ICSID 2014, os setores de óleo, gás e mineração representaram 35% dos casos novos registrados no ano fiscal de 2014. (ICSID. *Annual Report* 2014, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 24).

¹⁷ FRANCK, Susan D. “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration” in *North Carolina Law Review*, volume 86, 2007, p. 1-88. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=969257>>. Acesso em: 19 out 2014, p. 10.

o espaço regulatório que lhes cabe em matéria ambiental, assim como estabelecer a sua competência para regulamentar as questões ambientais em seu território¹⁸.

Diante desse cenário, a presente pesquisa se propõe a investigar de que forma os tribunais arbitrais constituídos sob os auspícios do ICSID têm tratado as questões ambientais suscitadas no âmbito das disputas de investimento submetidas a sua apreciação. A investigação aqui proposta parte da premissa de que a expansão e o aprimoramento do Direito Internacional têm favorecido a aproximação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Internacional Ambiental, tanto na elaboração de normas substantivas, quanto nos processos de adjudicação¹⁹.

A despeito da existência de diversos mecanismos de solução de controvérsias envolvendo disputa de investimentos, poucos deles contam com o nível de organização institucional, alcance e transparência do ICSID. Nesse sentido, dados da UNCTAD indicam que 62% das disputas relacionadas a um investimento foram submetidas à apreciação do ICSID (Convenção ICSID e Regras do Mecanismo Adicional)²⁰. O Centro foi criado em 1966 sobre os auspícios do Banco Mundial e, atualmente, mais de 159 Estados são signatários²¹ da *Convenção sobre a Solução de Disputas sobre Investimento entre Estados e Nacionais de outros Estados* (“Convenção de Washington” ou “Convenção

¹⁸ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 1.

¹⁹ No presente trabalho, a palavra “adjudicação” será tomada no sentido do termo em inglês “*adjudication*”, que se refere ao processo jurídico de resolver uma disputa ou mesmo o provimento de um julgamento ou decisão (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 6a ed. West Publishing, 1990, p. 42). Dessa forma, não se deve confundi-la com o significado tradicional do termo “adjudicação” em português (“Ato judicial que dá a alguém a posse e a propriedade de determinado bem”, HOUSSAIS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houssais de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 86). A escolha pelo anglicismo se deve ao fato de a doutrina internacional utilizar amplamente o termo “*adjudication*” para se referir ao processo de decidir juridicamente uma disputa. Deve-se notar que, em alguns casos a expressão “*adjudication*” é substituída por “*judicialization*”, tal como faz Viñuales (VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012). Contudo, essa opção não parece adequada, uma vez que “*judicialization*” está relacionada ao que é “*judicial*”, que pertence à função dos juízes, ao poder judicial (BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 6a ed. West Publishing, 1990, p. 846). A utilização de tal definição para descrever a decisão de disputas no plano internacional não parece ser adequada, pois não há que se falar em poder judicial internacional ou mesmo em uma autoridade judiciária internacional.

²⁰ UNCTAD. *IIA Issues Note - Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, número 1, abril de 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014, p. 9.

²¹ Informações obtidas junto ao site do ICSID. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home>. Acesso em: 10 nov 2014.

ICSID”) e 150 já depositaram os respectivos instrumentos de ratificação da Convenção²², tornando-se Estados-contratantes²³. O Centro também conta com o “Mecanismo Adicional”, que permite que uma disputa seja apreciada pelo ICSID, ainda que uma das partes não seja signatária da Convenção (seja o Estado receptor ou o Estado de nacionalidade do investidor), ampliando ainda mais o seu alcance.

Com quase 50 anos de existência, o ICSID já alcançou um nível de organização institucional considerável. O Centro dispõe de uma estrutura administrativa permanente, composta por um Conselho Administrativo e um Secretariado, para auxiliar a organização dos procedimentos submetidos à sua apreciação. O ICSID, inclusive, possui um painel próprio de árbitros e conciliadores. Desde sua criação, o ICSID já decidiu 293 casos e outros 199 ainda estão pendentes de análise²⁴.

A questão da confidencialidade é um ponto bastante sensível quando se busca realizar uma pesquisa sobre a jurisprudência de um tribunal arbitral. As próprias regras do ICSID, por exemplo, determinam que o Centro não publique nenhuma decisão sem o consentimento das partes (artigo 48(5) da Convenção ICSID²⁵ e artigo 53(3) das Regras do Mecanismo Complementar²⁶). Contudo, em razão da importância dos temas submetidos a sua análise, geralmente relacionadas a questões de interesse público, o ICSID tem incentivado a divulgação das decisões arbitrais²⁷ como forma de ampliar a compreensão

²²A lista completa dos Estados signatários e contratantes do ICSID, com informações sobre a data de assinatura de Convenção, do depósito da ratificação e entrada em vigor está disponível para consulta no link <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home>. Acesso em: 18out2014.

²³ Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram a Convenção ICSID em 3 de novembro de 2007, 7 de janeiro de 2010 e 25 de julho de 2012, respectivamente.

²⁴ ICSID. *Annual Report* 2014, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 21.

²⁵ O artigo 48(5) da Convenção ICSID determina que: “O Centro não publicará a decisão sem o consentimento das partes”. No original: “*The Centre shall not publish the award without the consent of the parties*”.

²⁶ De acordo com o artigo 53(3): “Exceto no que for necessário para registrar ou submeter uma decisão pelo Secretário-Geral nos termos do parágrafo (1) desse artigo, o Secretariado não publicará a decisão sem o consentimento das partes. O Secretariado, entretanto, prontamente incluirá nas publicações do Centro trechos dos argumentos jurídicos utilizados pelo tribunal”. No original: “*Except to the extent required for any registration or filing of the award by the Secretary-General under paragraph (1) of this Article, the Secretariat shall not publish the award without the consent of the parties. The Secretariat shall, however, promptly include in the publications of the Centre excerpts of the legal reasoning of the Tribunal*”.

²⁷ O ICSID criou a chamada “*Publication Initiative*”, com o objetivo de disponibilizar via internet informações sobre o andamento dos casos em análise, bem como e as decisões já proferidas pelos tribunais constituídos sob os auspícios do Centro. Caso as partes não concordem com a divulgação das informações e documentos sobre a disputa, o Centro publicará trechos dos fundamentos jurídicos considerados nas

das pessoas sobre o funcionamento do Centro e seus procedimentos, bem como sobre o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro em geral²⁸. Por essas razões, a escolha pelo ICSID se mostrou a mais adequada.

No mais, ao dispor sobre a lei aplicável para resolver as disputas submetidas a sua apreciação, tanto as regras da Convenção ICSID (artigo 42²⁹) quanto as regras do Mecanismo Adicional (artigo 54³⁰) preveem a possibilidade de que o tribunal decida uma disputa com base nas “regras de direito internacional aplicáveis”, bem como *ex aequo et bono*. Assim, teoricamente, a possibilidade de aplicação de “regras de direito internacional” poderia permitir a aplicação dos tratados ambientais internacionais, pavimentando o caminho para a aplicação das cláusulas ambientais então “despertadas”

decisões. (ICSID. *Annual Report 2014*, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 40).

²⁸ Na arbitragem *Piero Foresti, Laura De Carli e outros v. África do Sul* (Caso ICSID ARB(AF)/07/1), uma coalizão de organizações não-governamentais (*Centre for Applied Legal Studies*; *Center for International Environmental Law*; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights*; e *Legal Resources Centre* e, por meio de uma petição em separado, a Comissão Internacional de Juristas) obteve acesso a informações do caso, em razão da natureza sensível dos pedidos dos investidores, que envolvem direitos de propriedade sobre recursos minerais, os quais teriam sido expropriados com base em dispositivos da legislação sul-africana (Lei de Desenvolvimento de Recursos Minerais e Petrolíferos), aprovada com vistas a tratar, entre outros temas, das desigualdades econômicas decorrentes do regime do *apartheid* na África do Sul. (PONTES QUINZENAL, volume 4, número 19, 9 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/pontesquinzenal/pq4-19.pdf>>. Acesso em: 21 set 2014). Da mesma forma, o caso *Biwater Gauff v. Tanzânia* (Caso ICSID ARB/05/22) também foi marcado pela participação de terceiros interessados na disputa como *amicus curiae* (*Lawyers' Environmental Action Team* (LEAT); *Legal and Human Rights Centre* (LHRC); *Tanzania Gender Networking Programme* (TGNP); *Center for International Environmental Law* (CIEL); e *International Institute for Sustainable Development* (IISD)).

²⁹ O artigo 42 da Convenção ICSID assim dispõe: “Artigo 42 (1) O Tribunal deverá decidir a disputa de acordo com a lei acordada entre as partes. Na ausência de acordo, o Tribunal deverá aplicar as leis do Estado Contratante que seja parte na disputa (incluindo suas regras sobre o conflito de leis) e as normas de Direito Internacional conforme aplicáveis. (2) O Tribunal não poderá se abster de proferir decisão diante do silêncio ou da obscuridade da lei [*non liquet*]. (3) O disposto nos parágrafos (1) e (2) não restringe o poder do Tribunal de decidir uma disputa *ex aequo et bono*, se as partes assim acordem”. No texto original, em inglês: “Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.”

³⁰ O artigo 54 das Regras de Arbitragem do Mecanismo Adicional assim dispõe: “Artigo 54 (1) O Tribunal deverá aplicar a lei designada pelas partes conforme aplicáveis ao mérito da disputa. Inexistindo tal designação pelas partes, o Tribunal deverá aplicar (a) a lei determinada pelas regras de conflito de leis que o Tribunal entenda aplicável e (b) as normas de direito internacional que o Tribunal entenda aplicáveis. (2) O Tribunal pode decidir uma disputa *ex aequo et bono*, se as partes autorizarem expressamente e se a lei aplicável à arbitragem assim permitir”. No texto original, em inglês: “Article 54 (1) The Tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply (a) the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable and (b) such rules of international law as the Tribunal considers applicable. (2) The Tribunal may decide *ex aequo et bono* if the parties have expressly authorized it to do so and if the law applicable to the arbitration so permits.”

pelo aumento da conscientização da sociedade internacional sobre a proteção do meio ambiente, em especial sobre a noção de desenvolvimento sustentável.

Nesse particular, e aqui se chega à hipótese de trabalho, as decisões do ICSID, por serem emanadas de um tribunal voltado a solução de disputas de investimento, tenderiam a favorecer a aplicação das normas de proteção do investimento, em detrimento das normas internacionais de proteção ao meio ambiente.

Para testar a hipótese enunciada, o propósito dessa pesquisa é valer-se do estudo empírico, quantitativo e qualitativo, dos casos julgados pelo ICSID, bem como de esforço crítico de reflexão, para responder aos seguintes problemas: *como os tribunais do ICSID têm decidido as disputas de investimento que envolvam questões ambientais? Há espaço para a aplicação de normas ambientais às decisões, à luz dos artigos 42 da Convenção ICSID e 54 das Regras do Mecanismo Adicional?*

As questões ambientais aqui consideradas serão tomadas em seu sentido *lato*, ou seja, compreenderão os recursos naturais como ar, água, solo, fauna e flora, e, também, o patrimônio cultural. Tal definição está alinhada com os trabalhos de Sands³¹ e Monebhurrin³² sobre a litigância de temas ambientais no plano internacional.

A escolha pelo método empírico na condução da pesquisa está amparada pelo entendimento de Franck³³, de que as metodologias empíricas podem oportunizar a elaboração de políticas públicas mais bem informadas. Nesse sentido, parece haver sinergias naturais para o estudo empírico a respeito dos mecanismos de solução de

³¹ SANDS, Philippe. “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law”. *OECD Global Forum on International Investment* - 27 e 28 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>>. Acesso em: 7 abr 2014.

³² Conforme explicado pelo autor, a definição de “meio ambiente” adotada no artigo se assemelha à definição contida nos diversos tratados internacionais que compõem a extensa rede de proteção ao meio ambiente, como, por exemplo, a Convenção de Lugano sobre a Responsabilidade Civil por Danos resultantes de Atividades Perigosas ao Meio Ambiente, de 21 de junho de 1993. No texto original: “*Article 2 – Definitions, item 10: ‘Environment’ includes: (i) natural resources both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors; (ii) property which forms part of the cultural heritage; and (iii) the characteristic aspects of the landscape.*” (MONEBHURRUN, Nitish. “Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective”, in *Revista de Direito Internacional*, volume 10, n. 1, 2013, p. 195-206).

³³ FRANCK, Susan D. “Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution”, in *Virginia Journal of International Law*, volume 48, 2008, p. 767-815. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1127052>>. Acesso em: 10 jul 2014, p. 770.

controvérsias em matéria de investimento estrangeiro, dadas as implicações que a inter-relação entre os investimentos e o meio ambiente podem provocar. Dessa forma, como apontado pela autora³⁴, a alocação de recursos financeiros e a concentração de energia para a avaliação empírica do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro não é descabida, sendo, inclusive, necessária.

Em suma, o objetivo central do trabalho é identificar de que forma os tribunais constituídos sob os auspícios do ICSID têm enfrentado as questões ambientais submetidas à sua análise.

Os objetivos específicos, por sua vez, são: (i) estabelecer o contexto histórico que permitiu o desenvolvimento do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Ambiental Internacional como ramos específicos do Direito Internacional, de modo a identificar de que forma esses ramos do Direito Internacional se aproximam, tanto sob o aspecto substantivo quanto processual, especialmente no que se refere à adjudicação dessas questões no plano internacional; (ii) verificar, a partir da análise sobre a organização e o funcionamento do ICSID, de que forma as questões ambientais podem ser suscitadas no âmbito das disputas de investimento submetidas à sua apreciação; (iii) a partir das decisões selecionadas (conforme metodologia descrita no item a seguir) sistematizar os argumentos apresentados pelas partes, bem como aqueles utilizados pelos tribunais ao decidir os litígios de investimento relacionados à matéria ambiental. Cada um desses objetivos será tratado em partes específicas do trabalho.

Ao final, a pesquisa terá a intenção de apresentar dados fidedignos sobre o atual tratamento concedido às questões ambientais no âmbito do ICSID. Isso permitirá o desenvolvimento da matéria não apenas do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, mas também do ponto de vista político. O estabelecimento de melhores políticas públicas para aprimorar a proteção do investimento e do meio ambiente depende de análises como essa³⁵.

³⁴ FRANCK, Susan D. "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution", in *Virginia Journal of International Law*, volume 48, 2008, p. 767-815. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1127052>>. Acesso em: 10 jul 2014, p. 773-774.

³⁵ No original: "Empiricism offers a chance to obtain accurate information about investment disputes, correct misperceptions about existing dispute resolution processes, permits considered analysis of legal issues affecting the public, and facilitates informed decisions about the negotiation and revision of treaties". (FRANCK, Susan D. "Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute

2. Notas metodológicas

Para se realizar a pesquisa empírica proposta, foi necessário, primeiramente, selecionar os casos que, de alguma forma, abordavam questões ambientais. Inicialmente, a análise de casos no presente trabalho seria feita a partir da mera atualização da lista apresentada por Jorge E. Viñuales no livro *Foreign Investment and the Environment in International Law* de 2012, uma vez que o ICSID não possui uma ferramenta de consulta que permita selecionar os casos a partir da busca por termos específicos. Para Viñuales³⁶, os casos ambientais seriam aqueles que decorressem de operações dos investidores:

“(i) em mercados ambientais (por exemplo, disposição em aterros, tratamento de resíduos, coleta de lixo, pesticidas/produtos químicos, eficiência energética, redução de emissões, compensação de biodiversidade, etc) e/ou (ii) em outras atividades, onde o seu impacto no meio ambiente ou sob certas minorias é parte da disputa (por exemplo, turismo, indústrias extrativistas, pesticidas/produtos químicos, captação ou distribuição de água); e/ou (iii) onde a aplicação de normas ambientais internacionais ou domésticas estão em discussão”.

Contudo, tais critérios se mostraram difíceis de serem replicados. Ao testar a aplicação do primeiro critério (“mercados ambientais”) à lista de casos julgados pelo ICSID³⁷, o número de ocorrências foi excessivamente superior ao número de casos que haviam sido selecionados pelo autor e não havia qualquer outra orientação no livro que permitisse refinar essa seleção. Por esse motivo, um novo critério precisou ser aplicado para que fosse possível delimitar a amostra de casos a ser analisada.

Resolution”, in *Virginia Journal of International Law*, volume 48, 2008, p. 767-815. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1127052>>. Acesso em: 10 jul 2014, p. 774).

³⁶ No original: “By environmental ‘components’ I refer to disputes that arise from the operations of investor (i) in environmental markets (e.g. land-filling, waste treatment, garbage collection, pesticides/chemicals, energy efficiency, emissions reduction, biodiversity compensation, etc.) and/or (ii) in other activities, where their impact on the environment or on certain minorities is part of the dispute (e.g., tourism, extractive industries, pesticides/chemicals, water extraction or distribution); and/or (iii) where the application of domestic or international environmental law is at stake” (VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 17).

³⁷ A lista de casos já julgados pelo ICSID está disponível para consulta em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>.

Considerando que o objetivo da pesquisa é identificar como os tribunais do ICSID enfrentam as questões ambientais submetidas à sua apreciação, o ponto de partida foi o total de casos já julgados por esse Centro. Dessa forma, esse foi o primeiro filtro aplicado sobre o total de casos do ICSID, o número de casos já julgados, excluindo aqueles casos ainda pendentes de análise.

Desde a entrada em vigor da Convenção ICSID em 14.10.1966 até 31.6.2014, 473 casos haviam sido notificados sob as regras da Convenção ICSID e do Mecanismo Adicional³⁸. Do total de 473 casos já registrados, 287 já haviam sido julgados até 15.7.2014³⁹, data da realização do levantamento dos casos para a presente pesquisa.

Em seguida, buscou-se selecionar apenas os casos julgados após 2000 (segundo filtro). A aplicação do filtro temporal se deve a duas razões. Em primeiro lugar, porque, antes de 2000, o número de casos submetidos ao ICSID era bastante baixo (nunca mais que quatro casos registrados por ano). Conforme será mencionado no capítulo correspondente ao ICSID, apenas a partir do final da década de 1990, mais precisamente, de 1997, é que o número de casos submetidos ao ICSID passou a ser mais expressivo. Em segundo lugar, porque, embora o número de casos registrados já fosse minimamente expressivo a partir de 1997, foi após o ano de 2000 que a temática ambiental passou a integrar com mais frequência a regulamentação dos investimentos estrangeiros. De acordo com dados da OCDE, a inclusão de “linguagem ambiental” nos tratados internacionais de proteção dos investimentos apenas passou a ser considerável a partir de 2000⁴⁰. Com a aplicação do filtro temporal, 246 casos foram selecionados.

Sobre o total de casos julgados após 2000 (246 casos), o terceiro filtro foi aplicado, para selecionar apenas os casos em que o tribunal tivesse proferido um *award*. Durante a

³⁸ ICSID. *The ICSID Caseload – Statistics*, issue 2014-2. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English52>>. Acesso em: 15 jul 2014, p.7.

³⁹ Conforme informações obtidas por meio de consulta ao site do ICSID em 15 de julho de 2014 (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>).

⁴⁰ A pesquisa realizada demonstra que, a partir da primeira ocorrência em 1985 (BIT China – Cingapura), o uso da “linguagem ambiental” continuou bastante escasso até meados da década de 1990 quando, então, a proporção de novos acordos internacionais de proteção do investimento que incluíam a questão ambiental começou a crescer moderadamente. De 2002 em diante, o crescimento passou a ser muito expressivo, alcançando um pico em 2008, quando 89% dos novos acordos já continham referências a preocupações ambientais. (GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 8).

condução dos procedimentos, o ICSID pode proferir diferentes tipos de decisões, entre as quais, decisões de jurisdição, decisões de mérito (*awards*), decisões sobre indenização (*damages*), decisão sobre alocação de custos do procedimento e decisões “interlocutórias” (decisões sobre aplicação de medidas cautelares, sobre a participações de *amicus curiae*, sobre a solicitação de alteração do local da arbitragem, etc.)⁴¹. Considerando que a presente pesquisa se propõe a analisar a forma como o ICSID trata as questões ambientais submetidas a sua análise, entende-se que apenas nos *awards* (decisões de mérito) haveria a possibilidade de o tribunal enfrentá-las.

Pela aplicação desse filtro, foram selecionados somente os casos em que o tribunal proferiu uma decisão no mérito, ou seja, um *award*. Todos os casos que não foram concluídos por esse tipo de decisão foram desconsiderados. Isso representou excluir da amostra, por exemplo, as decisões de arquivamento e os acordos encerrados por acordo ou a pedido das partes. Como resultado da aplicação desse filtro, 153 casos foram selecionados.

Em seguida, o quarto filtro foi aplicado para identificar quais casos continham a íntegra das decisões disponíveis para consulta. Para tanto, foi realizada uma busca individual de cada caso junto ao site do ICSID e em fontes públicas⁴². O recurso às fontes públicas foi utilizado quando a informação não estava disponível no site do ICSID. Foram selecionados 135 casos.

Para refinar a seleção dos casos a apenas aqueles que tratassem das questões ambientais, foi realizada uma busca textual a partir de um conjunto de palavras-chave. A escolha das palavras-chave buscou abranger o conceito de “questão ambiental” de forma ampla, compreendendo não só a inclusão do termo “meio ambiente” e “ambiental”, mas também “recursos naturais”, “saúde”, “patrimônio cultural” e “patrimônio histórico”. Como os idiomas oficiais do ICSID são o inglês, o espanhol e o francês, os termos aplicados para a busca foram traduzidos conforme o idioma vigente no caso (para os casos em inglês, foram aplicados os seguintes termos: *environment*, *natural resources*, *health* e *heritage*; para os casos em espanhol, *medio ambiente*, *recursos naturales*, *salud* e

⁴¹ FRANCK, Susan D. “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration” in North Carolina Law Review, volume 86, 2007, p. 1-88. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=969257>>. Acesso em: 19 out 2014, p. 21.

⁴² Google (<https://www.google.com.br/>) e *International Treaty Arbitration* (<http://www.italaw.com/>).

patrimônio; e, para os casos em francês, *environnement*, *ressources naturelles*, *santé* e *patrimoine*).

Contudo, a aplicação de palavras-chave não foi suficiente para selecionar os casos que tratassem da questão ambiental, tendo sido necessário, em alguns casos, a leitura integral da decisão. Nesse sentido, importante registrar duas situações em que, embora a palavra-chave estivesse presente na decisão, ela não indicava, necessariamente, a existência de uma discussão ambiental ou mesmo que o tema ambiental estivesse sendo tratado no caso.

Em primeiro lugar, as situações em que o termo *environment* foi empregado com o sentido de “ambiente” em geral e não “meio ambiente”. Em alguns casos, notou-se que a expressão *environment*, ao invés de se referir a alguma questão ambiental, estava se referindo a “ambiente regulatório” ou a “ambiente favorável aos investimentos”. Esses casos, embora tenham confirmado a presença de uma palavra-chave, foram excluídos do conjunto de casos selecionados para a presente análise, pois não representavam qualquer discussão ambiental no sentido que se propõe o presente trabalho.

E, em segundo lugar, os casos em que a palavra-chave era confirmada, mas o termo encontrado apenas era mencionado em uma citação ou mesmo em uma nota de rodapé e não indicava que uma questão ambiental estivesse sendo discutida no caso. Os casos que se enquadraram nessas situações foram excluídos.

Dessa forma, reconhece-se que a seleção dos casos por meio da busca por palavras-chave pode estar sujeita a erros, omissões ou desvios, seja porque o texto das decisões foi elaborado sem mencionar os termos utilizados para a busca, ainda que o caso envolvesse questões ambientais, seja porque outros casos envolvendo questões ambientais não tinham sua decisão disponível para consulta.

A despeito dos eventuais desvios que os filtros e critérios adotados possam representar, foi possível selecionar dezesseis casos⁴³ para serem analisados, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 – Casos selecionados para análise

#	Caso ICSID No.	Demandante	Demandado
1	ARB/96/1	Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A.	Costa Rica
2	ARB(AF)/97/1	Metalclad Corporation	México
3	ARB/97/7	Emilio Agustín Maffezini	Espanha
4	ARB(AF)/00/2	Técnicas Medioambientales, S.A.	México
5	ARB/01/7	MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A.	Chile
6	ARB/03/4	Empresas Lucchetti e Lucchetti Perú	Peru
7	ARB/01/12	Azurix Corp.	Argentina
8	ARB(AF)/05/1	Bayview Irrigation District e outras	México
9	ARB/05/8	Parkerings-Compagniet	Lituânia
10	ARB/05/22	Biwater Gauff (Tanzania) Limited	Tanzânia
11	ARB/03/24	Plama Consortium Limited	Bulgária
12	ARB(AF)/07/1	Piero Foresti, Laura de Carli e outros	África do Sul
13	ARB/09/17	Commerce Group Corp. e San Sebastian Gold Mines, Inc.	El Salvador
14	ARB/08/1	Marion Unglaube	Costa Rica
15	ARB/09/20	Reinhard Hans Unglaube	Costa Rica
16	ARB(AF)/09/2	Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A.	México

Vale notar que os casos aqui selecionados são frequentemente mencionados na literatura especializada sobre o tema, indicando que, no geral, os critérios adotados foram adequados, ainda que sujeitos a erros, omissões ou desvios.

De forma a auxiliar a análise e a sistematização das decisões arbitrais, foi aplicado um questionário, composto dos seguintes quesitos: (i) número de registro no ICSID; (ii) demandante; (iii) demandado; (iv) data de registro do caso no ICSID; (v) data da decisão do tribunal; (vi) setor econômico envolvido; (vii) base legal para a jurisdição do ICSID; (viii) lei aplicável; (ix) questão ambiental suscitada; (x) posição do tribunal ao apreciar a questão ambiental.

A análise dos casos selecionados foi pautada, exclusivamente, pelo exame dos elementos relacionados ao tratamento concedido às questões ambientais. Dessa forma,

⁴³ Os casos Marion Unglaube v. Costa Rica (ARB/08/1) e Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica (ARB/09/20) foram julgados em conjunto. Por esse motivo, embora tecnicamente a lista contenha dezesseis casos, apenas quinze decisões serão analisadas no presente trabalho.

embora certos casos sejam reconhecidos por servirem de paradigma a outros temas do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro, esses pontos não serão apreciados por fugirem do escopo da pesquisa. Contudo, sempre que possível, serão fornecidas referências bibliográficas sobre trabalhos que aprofundam o estudo sobre esses assuntos.

PARTE I – A APROXIMAÇÃO ENTRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E MEIO AMBIENTE: NORMAS SUBSTANTIVAS E PROCESSOS DE ADJUDICAÇÃO

Inicia-se o trabalho pela apresentação do contexto que cerca a formação dos regimes jurídicos do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Internacional Ambiental, de modo a identificar a aproximação entre eles, tanto sob o aspecto substantivo quanto adjudicatório.

Isso porque o atual arcabouço jurídico desses dois ramos do Direito Internacional tem permitido que “questões ambientais” sejam levadas à apreciação de mecanismos de solução de controvérsias no plano internacional e, em especial, ao ICSID. A contextualização social, econômica e jurídica da formação desses regimes constitui importante dado para que se compreenda o alcance e a influência de um regime sobre o outro e, principalmente, para que se possa examinar como tal convergência tem sido tratada na prática.

A escolha pela abordagem histórica como ponto de partida para o presente trabalho está relacionada ao ensinamento de North⁴⁴: a “história importa”. E importa, não apenas porque é possível aprender com o passado, mas, principalmente, porque o presente e o futuro são conectados com o passado pela continuidade das instituições da sociedade. Assim, para que seja possível pensar e planejar mudanças sobre as instituições, é preciso conhecê-las em detalhe, compreender quais foram os fatos que provocaram mudanças no passado, para que o futuro possa planejado de modo a ser melhor que o presente.

Para tanto, será traçado um breve histórico sobre a formação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Internacional Ambiental, de modo a esclarecer a forma como ocorreu a aproximação entre esses ramos do Direito Internacional,

⁴⁴ NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press, 2011, vii.

especialmente em relação aos seus instrumentos substantivos. Ressalta-se que, a despeito da relevância do tema, não serão abordados os aspectos relacionados à solução de conflitos normativos em Direito Internacional.

Em seguida, a partir da identificação dessa aproximação sob o plano substantivo, serão examinados os processos de adjudicação de questões ambientais, em especial aqueles estabelecidos para solucionar controvérsias decorrentes de disputas relacionadas a investimentos, em linha com o que Viñuales⁴⁵ denominou como “judicialização”⁴⁶ das questões ambientais. O objetivo dessa análise será, primordialmente, exemplificativo, de modo a demonstrar a crescente presença da temática ambiental nas disputas de investimento e, particularmente, no ICSID.

A despeito da riqueza de fatos e eventos que fazem parte do processo de formação desses dois ramos do Direito Internacional, o presente trabalho se concentrará apenas naqueles eventos mais relevantes, de modo a fornecer os elementos essenciais para a compreensão das interações entre Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e Direito Internacional Ambiental.

1. A aproximação via normas substantivas: a formação dos regimes jurídicos internacionais de proteção ao investimento estrangeiro e ao meio ambiente

O processo de formação dos regimes jurídicos do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Internacional Ambiental, embora contenha diversas similaridades, é pautado por fenômenos distintos e cada um desses processos possui características próprias.

Conforme já mencionado na Introdução, as similaridades identificadas na formação desses regimes decorrem do próprio processo de especialização e expansão do Direito Internacional, ocorrido no século XX e marcado pelas ideias de cooperação e coexistência

⁴⁵ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

⁴⁶ Sobre as razões que fundamentam a escolha do termo “adjudicação” em detrimento do termo “judicialização” vide esclarecimentos prestados na Introdução do presente trabalho.

entre os Estados. Como referido, diversos eventos da época como as revoluções socialistas, as guerras mundiais, o processo de descolonização das décadas de 50 e 60, o desmantelamento da União Soviética, a proliferação das organizações internacionais, a globalização, a poluição do meio ambiente, e a inter-relação dos mercados, provocaram mudanças significativas no Direito Internacional.

Como consequência, o Direito Internacional clássico precisou se adaptar para atender a essas novas exigências; passou, portanto, de um mero instrumento destinado a disciplinar o comportamento dos Estados para reduzir a anarquia, para se tornar um instrumento capaz de coordenar a atuação de diferentes atores (não mais apenas dos Estados) para alcançar objetivos de impacto global. Bodanski⁴⁷ destaca que a expansão do Direito Internacional ocorreu em duas direções para incluir (i) como os Estados tratam seus cidadãos e (ii) como os Estados e outros atores internacionais cooperam para alcançar fins comuns, tais como o desenvolvimento econômico e o bem-estar social.

No que tange às diferenças, de um lado, a formação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro é marcada pela “positivação” de regras costumeiras que já orientavam a prática de investidores e Estados no âmbito internacional há muitos anos. De outro lado, a formação do Direito Internacional Ambiental somente foi possível a partir do momento em que o meio ambiente passou a ser considerado como um bem jurídico a ser tutelado, seja no âmbito nacional ou internacional.

A despeito das semelhanças e diferenças que cercam o processo de formação de cada um desses regimes, uma coisa é certa: atualmente os dois ramos gozam de uma posição completamente nova no ordenamento jurídico internacional. Como se verá a seguir, a multiplicação dos instrumentos que regulamentam esses ramos do Direito Internacional, aliada à expansão do alcance desses dispositivos, criou condições para que o investimento estrangeiro e o meio ambiente se aproximassem.

A partir dessa primeira parte se pretende estabelecer de que forma esses regimes interagem para que, posteriormente, seja possível identificar como os tribunais constituídos sob os auspícios do ICSID têm tratado as questões ambientais submetidas à sua análise e,

⁴⁷ BODANSKI, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Edição Kindle. Harvard University Press, 2010, posição 289.

então, testar a hipótese traçada para o presente trabalho, qual seja, verificar se as decisões do ICSID, por serem emanadas de um tribunal voltado a solução de disputas de investimento, tenderiam a favorecer a aplicação das normas de proteção do investimento, em detrimento das normas internacionais de proteção ao meio ambiente. Em outras palavras, pretende-se aqui identificar se há uma tendência do ICSID em favorecer a aplicação das normas de proteção do investimento, a despeito de as regras sobre lei aplicável do ICSID (artigo 42 da Convenção ICSID e artigo 54 das Regras do Mecanismo Adicional) possibilitarem a aplicação de outras normas, inclusive do Direito Internacional.

1.1. Investimento estrangeiro: da proteção diplomática à solução de controvérsias investidor-Estado

Durante muitos anos, a proteção ao investimento estrangeiro esteve limitada ao regime jurídico nacional dos Estados onde o investimento estivesse localizado. Na maior parte dos casos, como o nível de proteção oferecido era insuficiente, os investidores buscavam formas de fazer com que as eventuais disputas não fossem apreciadas pelas cortes locais.

Contudo, diferentemente do que ocorre atualmente, não havia qualquer previsão jurídica que contemplasse a possibilidade de um indivíduo demandar um Estado de forma direta. Nessa época, sequer existia um regime jurídico específico que disciplinasse o tema dos investimentos e a prática de investidores e Estados era pautada pelos costumes internacionais. O Direito Internacional do Investimento Estrangeiro, como hoje é conhecido, surgiu a partir da prática costumeira internacional de que qualquer afronta aos direitos de um investidor em outro Estado representava, ao mesmo tempo, uma afronta à soberania e aos interesses do seu Estado de nacionalidade⁴⁸.

Nesse contexto, era bastante comum que os investidores buscassem amparo pela via diplomática. De acordo com as noções clássicas de Direito Internacional, empresas e

⁴⁸ MANN, Howard. "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 522.

indivíduos não têm legitimidade para atuar no plano internacional, pois apenas os Estados são considerados sujeitos de Direito Internacional. Até meados do século XX, caso o nacional de um Estado sofresse algum dano, ou mesmo alguma forma de violência, em decorrência de atuação de outro Estado, a única alternativa disponível para alcançar esse Estado estrangeiro em busca de reparação seria por meio da proteção diplomática junto ao seu país de origem⁴⁹.

Não raro, a representação diplomática resultava na intervenção armada contra os Estados receptores como forma de pressão para que fossem atendidas as demandas do investidor. Essa estratégia ficou conhecida como “diplomacia das canhoelras” ou na expressão original em inglês “*gunboat diplomacy*”⁵⁰. Na América Latina, por exemplo, os abusos por meio da representação diplomática e, principalmente, a adoção da estratégia da “diplomacia das canhoelras” foram fortemente combatidos pela Doutrina Calvo⁵¹. De acordo com esse entendimento, nenhum estrangeiro poderia usufruir mais direitos do que aqueles previstos aos nacionais, portanto, os estrangeiros estariam subordinados à lei e à jurisdição do Estado receptor. Consequentemente, o país de origem do investidor estrangeiro não poderia intervir em favor de seu cidadão⁵².

O uso da força como forma de solução de controvérsias foi perdendo força até ser finalmente proibido com a realização da Conferência de Haia sobre a Solução Pacífica de Controvérsias (1907). Delaney e Magraw⁵³ observam que, a partir desse momento, a possibilidade de intervenção de Estados estrangeiros em nome de seus nacionais estava significativamente limitada à representação diplomática perante tribunais internacionais. A Conferência, portanto, foi responsável por abrir caminho para a celebração de acordos bilaterais entre os Estados que dispusessem sobre a solução pacífica de conflitos.

⁴⁹ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law, 2005, p. 1-2.

⁵⁰ VIÑUALES, Jorge E.; LANGER, Magnus Jesko. “Foreign Investment in Latin America: between love and hatred”, in AUROI, Claude (ed.). *Latin-America: Dreams and Legacy*. No prelo. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1652736>>. Acesso em: 25 jun 2013, p. 3.

⁵¹ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 21, 38, 141 e 142.

⁵² KLEINHEISTERKAMP, Jan. “O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros” in CHEREN, Monica Teresa Costa Sousa e DI SENA JUNIOR, Roberto (orgs.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento - uma Perspectiva Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1656801>>. Acesso em: 25 jun 2013, p. 157.

⁵³ DELANEY, Joachim; MAGRAW, Daniel Barstow. “Procedural Transparency”, in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 725.

Com o passar do tempo, a proteção diplomática foi se mostrando insuficiente para resolver os conflitos entre investidores e Estados. Nesse sentido, Dolzer e Schreuer⁵⁴ afirmam que a utilidade desse instituto era limitada, pois o investidor não tinha direito à proteção diplomática e dependia da discricionariedade política do seu governo, o qual poderia se recusar a endossar a demanda ou mesmo retirar a proteção diplomática a qualquer tempo. Em outras palavras, a proteção diplomática era considerada um direito do Estado e não do seu nacional, ou seja, o investidor não tinha direito à proteção diplomática e dependia da “boa vontade” do seu Estado em endossar seu pedido no plano internacional⁵⁵. Essa situação foi abrindo espaço para a elaboração de novas formas de assegurar proteção aos investidores e investimentos estrangeiros.

Já nos primeiros anos do século XX, novos acontecimentos reforçaram a necessidade de aprimoramento dos instrumentos de proteção do investimento estrangeiro. A Revolução Mexicana (1910) e a Revolução Russa (1917), ao desconsiderarem o costume vigente em Direito Internacional sobre o tratamento a ser concedido à propriedade privada⁵⁶, acabaram por impulsionar a busca por um nível de tratamento mínimo. Esse tratamento mínimo estava marcado, principalmente, pelo respeito à propriedade privada e, conseqüentemente, pelo combate à expropriação. Como destacado por Sornarajah⁵⁷, a definição de um padrão mínimo de tratamento era fundamental para assegurar que as eventuais interferências na propriedade estrangeira fossem aceitáveis do ponto de vista do Direito Internacional.

A busca por um padrão mínimo ganhou força a partir de meados da década de 40, impulsionada pela onda de cooperação internacional que marcou o período. Historicamente, essa fase de cooperação tem início com o Congresso de Viena (1815), o Congresso de Berlim (1885) e a Liga das Nações (1919), tendo sido interrompida pela

⁵⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 232.

⁵⁵ REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. “Methods of Dispute Resolution”, in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 713.

⁵⁶ LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2nd edition. New York: Oxford University Press, 2008, p. 470-473.

⁵⁷ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 22.

eclosão da Primeira Guerra Mundial⁵⁸. Com o final da Segunda Guerra, os esforços para a regulamentação da cooperação internacional foram retomados com a criação da ONU (1945), que abriu espaço para o desenvolvimento de agências técnicas “especializadas” (a UNESCO, a OMS, a UNCTAD, entre outras).

No campo econômico, a realização da Conferência de Bretton Woods (1944) e da Conferência de Havana (1947) são reflexos diretos desses esforços de cooperação entre os países rumo ao estabelecimento de uma nova regulamentação das relações comerciais e financeiras em âmbito mundial. A nova ordem econômica que surgia buscava estabelecer um regime que facilitasse a troca de bens, serviços e capitais para promover o desenvolvimento econômico abalado pelos efeitos das guerras⁵⁹. O Sistema Bretton Woods foi, então, o primeiro exemplo na história mundial de uma ordem monetária totalmente negociada, tendo como objetivo assegurar governança prévia nas relações entre nações independentes⁶⁰.

Embora o contexto político e econômico da época fosse favorável à negociação de acordos internacionais, os esforços de cooperação que marcaram o período não foram férteis no campo dos investimentos estrangeiros. Com efeito, houve iniciativas para a regulamentação multilateral do tema, mas nenhuma delas prosperou. Zerbini⁶¹ assinala que as três principais iniciativas de regulamentação dos investimentos estrangeiros no período foram: (i) a Carta de Havana (1948), especialmente o seu capítulo III, intitulado “Desenvolvimento Econômico e Reconstrução”; (ii) o projeto lançado pela Câmara de Comércio Internacional (1949), lançado sob o título “Tratamento Justo do Investimento Estrangeiro”; e (iii) o projeto Abs-Schawcross (1959) examinado no âmbito da OCDE, quando o órgão ainda denominava-se “Organização para a Cooperação Econômica Europeia”.

Mesmo diante dos insucessos das tentativas de regulamentação multilateral, Estados e investidores buscaram criar um regime jurídico que oferecesse o mínimo de

⁵⁸ KALIDHASS, P. R. *Conflict of Norms in a Fragmented International Legal System: a Critical Analysis*. GRIN, 2010, p. 32.

⁵⁹ JACKSON, John H. *The World Trading System: law and policy of international economic relations*. 2 ed.. Cambridge: The MIT Press, 1997, p. 12-14.

⁶⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100.

⁶¹ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. “Regras Multilaterais sobre o Investimento Internacional” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ, Michelle (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 126-127.

segurança às operações de investimento. Bishop, Crawford e Reisman⁶² exemplificam que, nesse período, as estratégias adotadas para tratar do tema variaram de país para país. Alguns países optaram por regulamentar e limitar o investimento estrangeiro e outros, em especial os países socialistas, baniram completamente os investimentos estrangeiros de seu território.

Contudo, como a ordem econômica estruturada a partir de Bretton Woods estava fundada em uma perspectiva mais liberal, baseada no estímulo às trocas comerciais entre os países como forma de promover o desenvolvimento das nações, fez-se necessária a criação de normas que tratassem sobre o processo de integração econômica. De maneira bastante simples, é possível definir o processo de integração econômica como o conjunto de medidas de caráter econômico e comercial que têm por objetivo promover a aproximação e, eventualmente, a união entre as economias de dois ou mais países⁶³.

Nesse contexto, uma das formas pelas quais o Estado pode alcançar seus objetivos de desenvolvimento é por meio da celebração de contratos com entidades estrangeiras privadas⁶⁴. Com efeito, o crescimento do fluxo de comércio após a Segunda Guerra Mundial havia aumentado a necessidade de níveis de proteção mais satisfatórios aos investimentos do que aqueles oferecidos pelos Estados com quem essas operações eram realizadas. Isso porque, tradicionalmente, a aplicação das regras sobre conflito de leis apontaria a competência das cortes nacionais para apreciar a disputa, uma vez que essas cortes teriam a conexão mais próxima com o investimento realizado.

Essa situação, contudo, envolvia duas particularidades. De um lado, muitos dos contratos de investimento celebrados pelos Estados (tais como a construção de obras de infraestrutura ou a exploração de recursos naturais) representavam um ato de império. Essa ideia decorre do fato de que esses contratos tinham por objetivo alcançar as obrigações institucionais do Estado de promover seu desenvolvimento. Isso levou à constatação de que talvez fosse inapropriado tratá-los como meros contratos comerciais e, portanto,

⁶² BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law, 2005, p. 4.

⁶³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100.

⁶⁴ DI PIETRO, Domenico. "Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia" in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 223.

sujeitos às regras tradicionais de Direito Internacional Privado. De outro lado, a aplicação dessas regras tradicionais indicaria a competência da jurisdição local e a necessidade de aplicação da lei nacional, as quais nem sempre eram favoráveis ao investidor, tanto pelo risco de parcialidade na decisão final, quanto pela própria legislação a ser aplicada no caso.

Diante desse contexto, começou a surgir a ideia de que a aplicação de normas internacionais poderia contribuir para assegurar maiores níveis de proteção ao investidor e ao seu investimento.

O principal argumento utilizado para justificar a aplicação de normas internacionais decorria da natureza peculiar dos contratos de investimento, relacionada a sua aproximação com a noção de ato de império. Dessa forma, esses contratos deveriam ser considerados como “contratos quase públicos” ou “contratos quase internacionais”, em razão da significativa presença de elementos de Direito Internacional Público.

Assim, a violação de um contrato de investimento pelo Estado contratante poderia ensejar a responsabilização internacional, com base no princípio do *pacta sunt servanda*, afastando o resultado tradicional da aplicação das regras de Direito Internacional Privado. Teoricamente, portanto, a apreciação dessa disputa poderia ser realizada pelas cortes internacionais e, eventualmente, por arbitragens estatais *ad hoc*⁶⁵.

Contudo, essa visão não era unânime e alguns autores comentavam que a aplicação de normas internacionais e, consequentemente, o acesso às cortes internacionais, apenas seria cabível na hipótese de negativa de acesso à justiça por parte do Estado receptor, que impedisse o investidor de obter a resolução do conflito envolvendo seu investimento na jurisdição local. Além disso, muito se discutia sobre o cabimento da aplicação de normas internacionais aos investidores privados, uma vez que eles não eram vistos como sujeitos de Direito Internacional.

Essa incerteza quanto ao *status* jurídico dos investimentos estrangeiros levou à adoção de dispositivos contratuais que oferecessem certo nível de “descolamento” das cortes e da legislação nacional do Estado receptor. Isso foi implementado por meio da

⁶⁵ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 7.

inclusão de uma cláusula arbitral para indicar a jurisdição de um tribunal arbitral internacional e de uma cláusula sobre a lei aplicável estabelecendo o Direito Internacional como lei do contrato.

Vale notar, como ressalta Di Pietro⁶⁶, que a manobra contratual para permitir a aplicação de normas internacionais aos investimentos estrangeiros foi recebida com oposição. Diversos autores argumentaram que a inclusão dessas cláusulas não alterava a natureza das partes contratantes ou mesmo a natureza do contrato. Se, por um lado, os novos dispositivos contratuais até poderiam representar um primeiro passo para garantir maior proteção aos investimentos, ao assegurar às partes a aplicação de um conjunto específico de regras; por outro lado, eles não poderiam transformar o contrato em uma relação entre dois sujeitos de Direito Internacional. Ou seja, o mero fato de as partes terem acordado que o contrato entre elas seria regido por um conjunto de regras que não seria normalmente aplicado a esse tipo de relação não é suficiente para modificar o *status* das partes, nem mesmo a natureza do contrato. Dessa forma, uma violação desse contrato ainda seria considerada como uma violação contratual privada e não como uma violação de Direito Internacional.

No mais, Di Pietro⁶⁷ complementa que, na ausência de cláusula sobre a lei aplicável, a presunção seria pela aplicação da lei nacional do Estado receptor. Aliás, nesses casos não só seria dada a preferência para a aplicação da lei local, como as regras tradicionais para a solução do conflito de normas seriam aplicadas. De fato, mesmo que as regras de conflito de normas indicassem a aplicação de Direito Internacional, isso não representaria o reconhecimento de que a lei nacional não seria aplicável.

O fervoroso debate acadêmico sobre o tema não ficou muito tempo longe das cortes internacionais, em especial dos tribunais arbitrais *ad hoc*, que gradativamente passaram a reconhecer a aplicação do Direito Internacional, em detrimento da legislação nacional. Dentre os casos que marcam esse período, podem ser mencionados: *Petroleum*

⁶⁶ DI PIETRO, Domenico. "Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia" in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 228.

⁶⁷ DI PIETRO, Domenico. "Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia" in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 228.

*Development Ltd. v. Sheikh de Abu Dhabi*⁶⁸, *Lena Goldfields v. União Soviética*⁶⁹, *Sapphire International Petroleum Ltd. v National Iranian Oil Company*⁷⁰ e *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company (Aramco)*⁷¹.

A despeito dos avanços no propósito de afastar a aplicação da lei nacional às disputas relacionadas a um investimento, ainda havia bastante insegurança quanto à identificação de quais as normas internacionais seriam aplicáveis nessas condições. Isso porque as referências feitas nas decisões arbitrais se limitavam à invocação de princípios, em especial os de boa-fé e *pacta sunt servanda*. Daí o esforço internacional em criar um

⁶⁸ A disputa travada no caso *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh de Abu Dhabi*, julgado em 1951 por um tribunal arbitral, se referiu ao âmbito geográfico de uma concessão petrolífera. Ao examinar a lei aplicável à concessão, o árbitro reconheceu que, em razão de o contrato ter sido celebrado em Abu Dhabi, seu cumprimento deveria ser realizado integralmente no país e, consequentemente, seguir a lei do local do seu cumprimento. Contudo, o árbitro pontou que, embora a lei nacional fosse aplicável, seus dispositivos eram insuficientes para tratar adequadamente do contrato de investimento em questão. Nesse sentido, o árbitro afirmou que o Sheikh administrava a justiça no país de forma discricionária e pautada exclusivamente por orientações religiosas fundadas no Alcorão. Após desqualificar a lei de Abu Dhabi para reger a concessão, o árbitro determinou que os princípios enraizados no bom senso e na prática comum das nações civilizadas deveriam ser aplicados, afastando a aplicação da lei nacional. (Decisão arbitral de Asquith of Bishopstone, *International and Comparative Law Quarterly*, volume 1, 1952, p. 247-261. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/iclqaj/1.Pt2.247>>. Acesso em: 29 nov 2014).

⁶⁹ O caso *Lena Goldfields v. União Soviética* envolveu a concessão de direitos minerários pela União Soviética a uma empresa britânica em 1925. Em 1929, entretanto, o governo soviético adotou medidas que inviabilizaram o exercício desses direitos, configurando uma expropriação. Diante da ausência de pagamento de compensação por parte da União Soviética, fundada no tratamento nacional, o investidor britânico invocou a cláusula arbitral prevista no contrato de concessão. No que tange à lei aplicável, as partes haviam acordado que sua relação seria regida pela interpretação razoável dos dispositivos previstos no contrato e nos princípios da boa vontade e boa fé. O tribunal arbitral observou que o governo soviético havia celebrado um contrato internacional com um investidor estrangeiro e, portanto, a lei soviética apenas poderia disciplinar aspectos específicos da disputa e todos os demais aspectos deveriam ser apreciados à luz dos princípios gerais de direito. Por esse motivo, determinou que a União Soviética pagasse indenização ao investidor com base no conceito de enriquecimento injusto, afastando a aplicação da lei nacional que autorizava o não-pagamento de indenização nos casos de expropriação. Para mais detalhes sobre o caso, vide: NUSSBAUM, Arthur “Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government” in *Cornell Law Review*, volume 36, 1950, p. 31-53. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2>>. Acesso em: 26 out 2014.

⁷⁰ No caso *Sapphire International Petroleum Ltd. v National Iranian Oil Company*, embora o contrato entre as partes não possuísse previsão expressa sobre a lei a ser aplicada, estabelecia que sua condução deveria ser pautada pelos princípios da boa-fé e da boa vontade. Nesse sentido, o tribunal arbitral, em decisão de 1963, reconheceu que as partes não tinham a intenção de que o contrato fosse regido por um sistema jurídico nacional específico, mas sim pelas regras de Direito comuns às nações civilizadas.

⁷¹ O caso *Governo da Arábia Saudita v. Arabian Standard Oil Company (“Aramco”)* trata da interpretação do contrato de concessão, no que tange à extensão dos direitos de exclusividade na exploração de petróleo concedidos à Aramco. Ao longo do caso o tribunal arbitral estabeleceu que, a despeito do contrato estar sujeito à lei religiosa Islâmica, sua interpretação não pode estar restrita à norma religiosa, mas deve também observar princípios de lógica e o senso comum. Mais ainda, o tribunal arbitral defendeu que a interpretação de instrumentos contratuais – diga-se, o cerne da disputa – deve ser feita de acordo com regras de interpretação geralmente aceitas, de forma a evitar caminhos que resultem em conclusões absurdas e desconexas com o senso comum. Nesse particular, reconheceu que os princípios Islâmicos de interpretação são os mesmos previstos em outras leis e no Direito Internacional. Por meio do uso de regras gerais de interpretação, o tribunal arbitral afastou o intentado pelo Governo Saudita, estabelecendo que o transporte, por ser atividade intrínseca à exploração de petróleo, poderia ser realizado pela Aramco.

instrumento específico para tratar dos investimentos em âmbito internacional, os BITs (sigla em inglês para *bilateral investment agreement*, ou, em português, acordos bilaterais de investimento).

Em linhas gerais, os BITs são acordos entre Estados com o fim precípua de estabelecer um regime jurídico para a proteção de investimentos privados em países estrangeiros. O foco primordial dos BITs celebrados nesse período era assegurar a proteção dos investimentos estrangeiros contra a ação dos governos dos Estados onde esses investimentos estivessem localizados⁷². Dessa forma, diante da ausência de um instrumento multilateral específico a disciplinar os investimentos estrangeiros, verifica-se a expansão dos BITs.

Nas palavras de Dolzer e Schreuer⁷³, surge, então, a “era dos tratados modernos de investimento”, inaugurada pela Alemanha e Paquistão em 1959 com a celebração do primeiro BIT, seguidos por Suíça e França. Apenas posteriormente é que a proteção garantida pelos BITs passou a permitir que o investidor recorresse ao Direito Internacional, com base no princípio do *pacta sunt servanda*, para solucionar suas disputas com o Estado receptor⁷⁴.

De acordo com uma pesquisa realizada pela OCDE, o primeiro tratado internacional de investimento a conter uma seção específica sobre a “solução de controvérsias investidor-Estado”, propondo a instauração de uma arbitragem internacional como um mecanismo de solução de controvérsias foi o BIT Bélgica/Luxemburgo-Indonésia de 1970, seguido pelos BITs celebrados pela Holanda em 1971 (BIT Malásia-Holanda e BIT Marrocos-Holanda), e pela França (BIT França-Tunísia) em 1972⁷⁵.

⁷² MANN, Howard. “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 524.

⁷³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 6.

⁷⁴ SCHNEUWLY, Anne Mirjam. *International Investment Law and its Instruments: Managing Risks to Investors and Host States* (2012). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2200347>>. Acesso em 21 jun 2013, p 28-29.

⁷⁵ POHL, Joachim; MASHIGO, Kekeletso; NOHEN, Alexis. “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”. *OECD Working Papers on International Investment* 2012/02, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>>. Acesso em: 27 nov 2014, p. 11, nota de rodapé número 6.

Dessa forma, um dos principais objetivos dos BITs passou a ser criar um regime jurídico próprio para a relação de investimento, tanto para libertar os investidores da necessidade de obter o apoio de seus Estados de nacionalidade para solucionar uma disputa, quanto para garantir a aplicação de um conjunto normativo adequado à proteção do investimento. Com efeito, a possibilidade de se resolver as controvérsias relacionadas ao investimento sem que fosse necessário acionar o sistema diplomático foi extremamente inovadora, pois, até então, as demandas internacionais estavam reservadas, na maior parte dos casos, aos Estados. Esse novo mecanismo também permitiu que as disputas relacionadas a um investimento fossem apreciadas pela ótica das normas internacionais sobre o tema, afastando a aplicação de normas nacionais que, eventualmente, não continham dispositivos de proteção adequados ou mesmo suficientes.

No começo da década de 60, a ONU, a OCDE e o Banco Mundial elaboram novas iniciativas em matéria de regulamentação do investimento estrangeiro. Em 1962, por exemplo, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 1803 (XVII), intitulada “Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais” (no original, “*Permanent Sovereign over Natural Resources*”). Essa Resolução reconhecia a autoridade dos governos para nacionalizar investimentos relacionados sobre seus recursos naturais, mediante o pagamento de “compensação apropriada” ao investidor cuja propriedade fosse tomada. A OCDE também iniciou a elaboração de uma Convenção sobre a Proteção de Propriedade Privada, mas o texto nunca entrou em vigor⁷⁶.

A dificuldade em se obter o consenso dos Estados sobre normas de direito material sobre a proteção do investimento (especialmente em relação aos níveis de tratamento e à extensão da soberania dos Estados) impulsionou o Banco Mundial a propor uma saída alternativa para esse impasse. A saída encontrada pelo Banco envolvia a criação de procedimentos para a solução imparcial das disputas, dispensando-se a discussão sobre o conteúdo das normas materiais a serem aplicadas.

À época, essa abordagem foi bastante questionada, pois não parecia lógico estabelecer um mecanismo para solução de controvérsias que não dispusesse de normas de direito material a serem aplicadas aos casos que fossem submetidos a sua análise. A noção

⁷⁶ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law, 2005, p. 5.

de “procedimento sobre o direito material” (no original “*procedure over substance*”) foi o primeiro passo para a criação do ICSID⁷⁷. Todavia, o Banco Mundial já vinha desenvolvendo esse tipo de trabalho. Como aponta Fontoura⁷⁸, o Banco Mundial havia atuado nos casos de nacionalização como o da Companhia de Petróleo Anglo-Iraniana em 1951 e 1952, e do Canal de Suez em 1956. Daí a sugestão da criação de um mecanismo procedimental imparcial para a solução de controvérsias⁷⁹. Como ressaltado por Broches⁸⁰, presidente do Banco Mundial à época e grande idealizador do ICSID:

“A Convenção surgiu como resultado de uma iniciativa do Banco Mundial. A princípio, pode parecer estranho que uma instituição de financiamento, ainda que uma agência especializada das Nações Unidas, apoie um acordo internacional voltado às disputas de investimento entre Estados e investidores estrangeiros privados, ou seja, aos litígios que, por definição, não teria interesse direto. A explicação é, no entanto, simples: enquanto a principal atividade do Banco Mundial é fornecer financiamento, ela o faz na sua missão como instituição de desenvolvimento. Como tal, o Banco esteve e está extremamente preocupado com as fluxos de capitais dos países desenvolvidos para os em desenvolvimento.”

A característica mais marcante do sistema de solução de controvérsias criado pelo ICSID é, sem sombra de dúvidas, a possibilidade de um particular demandar diretamente um Estado em um tribunal internacional independente. Isso permitiu aos investidores superarem as dificuldades características da proteção diplomática ou mesmo do tratamento nacional desse tipo de conflito. Essa inovação criou o conceito de “solução de controvérsias investidor-Estado” ou, simplesmente, “ISDS”, sigla em inglês para *investor-state dispute settlement*, reduzindo a dependência dos investidores aos seus Estados de

⁷⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 9.

⁷⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. São Paulo, 2008, p. 204.

⁷⁹ KLEINHEISTERKAMP, Jan. “O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros” in CHEREN, Monica Teresa Costa Sousa e DI SENA JUNIOR, Roberto (orgs.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento - uma Perspectiva Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1656801>>. Acesso em: 25 jun 2013, p. 158.

⁸⁰ No original: “*The Convention came about as the result of an initiative taken by the World Bank. At first it may seem strange that a financing institution, even though it is a specialized agency of the United Nations, would sponsor an international agreement concerned with investment disputes between States and private foreign investors, that is, disputes in which by definition it would have no direct interest. The explanation is nevertheless simple: while the World Bank’s principal activity is to provide finance, it does so in carrying out its task as a development institution. As such, the Bank was and is vitally concerned with capital flows from the developed to the developing countries*” (BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136, p. 331-410 (1972-II), p. 342).

nacionalidade ou mesmo às incertezas das cortes locais para resolverem seus litígios com os Estados receptores.

O papel principal do ICSID é essencialmente de apoio administrativo, pois, em si, o Centro não desempenha qualquer função de monitoramento ou mesmo de solução de controvérsias; suas atividades concentram-se em possibilitar o funcionamento dos tribunais arbitrais internacionais. A Convenção ICSID e as demais regras associadas ao sistema disciplinam a condução dos procedimentos de arbitragem e conciliação sob os auspícios do Centro. A Convenção também dispõe sobre a interposição de recursos às decisões tomadas pelos tribunais do ICSID e sobre o reconhecimento e a execução das decisões finais pelas cortes nacionais dos Estados-parte⁸¹.

O ICSID, além da importância que goza por ser o primeiro tribunal especializado sobre investimentos estrangeiros, usufrui de certa vantagem de “reconhecimento” sobre os demais tribunais arbitrais em razão de sua vinculação ao Banco Mundial, conforme destacam Bishop, Crawford e Reisman⁸². Ademais, o ICSID foi constituído por meio de um tratado internacional. Ou seja, o descumprimento dos dispositivos da Convenção ICSID é considerado uma violação de um tratado internacional e, consequentemente, uma violação de Direito Internacional.

Se na década de 60 foram observados substantivos avanços em prol da regulamentação (vide negociações da ONU, OCDE e Banco Mundial) e institucionalização (criação do ICSID) do regime jurídico aplicável ao investimento estrangeiro, a década seguinte foi marcada por situações em que esses avanços foram postos em teste⁸³.

A década de 70, por exemplo, foi marcada por diversos atos de expropriação, entre os quais: nacionalização da indústria do petróleo na Líbia e no Kuwait; nacionalização das minas de cobre no Chile; e expulsão das empresas estrangeiras de mineração de bauxita da Jamaica. Além disso, no mesmo período, ocorreu a Revolução Iraniana, que resultou na

⁸¹ LOWE, Vaughan. *Changing Dimension of International Investment Law*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 4/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970727>>. Acesso em: 12 abr 2014, p. 29-31.

⁸² BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law, 2005, p. 11.

⁸³ BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law, 2005, p. 5.

expulsão das empresas americanas do país. Em resposta a essa situação, foi criado o *Iran-United States Claims Tribunal*, apenas para lidar com esses casos.

Ainda durante a década de 70, em junho de 1976, os países membros da OCDE adotaram a Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais, a qual tem sido revisada desde então (1979, 1984, 1991, 2000 e 2011)⁸⁴.

O desenvolvimento do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro na década de 80 foi marcado pela crise do endividamento. Com a crise, o fluxo de investimentos a países em desenvolvimento profundamente endividados foi muito reduzido e, conseqüentemente, o investimento estrangeiro passou a ser a fonte de capital mais desejada. De modo a atrair mais investimentos, os países em desenvolvimento passaram a adotar políticas para atraí-los e retê-los. Para tanto, a estratégia adotada foi liberalizar as restrições sobre a entrada e a operação dos investimentos⁸⁵. Na prática, isso representou a integração econômica por meio da formação de blocos regionais, de forma a estimular o fluxo de trocas entre os países. Mann⁸⁶ destaca que o movimento da época foi o embrião para a formação dos regimes regionais na década seguinte.

Além disso, ainda na década de 80, a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA, sigla em inglês para *Multilateral Investment Guarantee Agency*) é criada. Assim como o ICSID, a MIGA também foi estabelecida pelo Banco Mundial com o objetivo de promover o investimento estrangeiro e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico internacional. As atividades da MIGA estão centradas na prestação de três serviços principais: (i) fornecer seguro contra riscos políticos, incluindo perdas decorrentes de guerras, expropriação, imposição de restrições à transferência de moeda e não pagamento de indenizações decorrentes de decisões contra o Estado receptor por quebra de contrato; (ii) fornecer assistência técnica a países em desenvolvimento para criar um ambiente favorável à atração de investimentos; e (iii) mediar disputas envolvendo

⁸⁴ Informações obtidas no site da OCDE. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm>>. Acesso em 28 dez 2014.

⁸⁵ WEISS, Friedl. "Trade and Investment" in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 185.

⁸⁶ MANN, Howard. "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 526-527.

investimentos nos casos em que forem concedidas garantias ao investidor⁸⁷. Os serviços da MIGA são particularmente relevantes àqueles investidores que não contam com apoio semelhante em seus países de origem⁸⁸.

Na década de 90, o avanço na regulamentação dos investimentos estrangeiros esteve relacionado ao desenvolvimento de negociações regionais, iniciadas na década de 80. No período, foram celebrados os seguintes acordos regionais: ASEAN (1990); NAFTA (1992); MERCOSUL (1994).

Entre os acordos regionais, a regulamentação do NAFTA sobre investimento estrangeiro merece destaque⁸⁹. O Capítulo 11 do referido Acordo, que trata especificamente sobre investimentos, contém dispositivos bastante semelhantes ao modelo de BIT dos Estados Unidos, criando um regime de livre circulação de investimentos entre os países que integram o bloco (Canadá, Estados Unidos e México) e oferecendo proteção extensiva e detalhada a esses investidores⁹⁰. Além disso, o NAFTA estabelece um sistema próprio de solução de controvérsias investidor-Estado, que assegura ao investidor o direito de iniciar unilateralmente uma arbitragem contra o Estado receptor.

Entretanto, não é somente a proximidade geográfica que estimulou a celebração de acordos que tratem da matéria de investimentos. O Tratado da Carta de Energia (ECT, sigla em inglês para *Energy Charter Treaty*)⁹¹ é um acordo setorial assinado em 1994 por 51 países, que também contém dispositivos sobre o tratamento dos investimentos e,

⁸⁷ LOWE, Vaughan. *Changing Dimension of International Investment Law*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 4/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970727>>. Acesso em: 12.4.2014, p. 31.

⁸⁸ ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillipe. "Investment insurance" in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 537.

⁸⁹ Para maiores informações sobre o tratamento dos investimentos no âmbito do NAFTA, vide: SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. "O Brasil e a Experiência do NAFTA" in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ, Michelle (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 177-198.

⁹⁰ LOWE, Vaughan. *Changing Dimension of International Investment Law*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 4/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970727>>. Acesso em: 12 abr 2014, p. 25.

⁹¹ Para maiores informações sobre o ECT, vide: <<http://www.encharter.org>>. Acesso em: 19 nov 2014.

inclusive, um mecanismo de solução de controvérsias para disputas que decorram do setor de energia⁹².

Especificamente em relação à aproximação entre investimento e meio ambiente, o NAFTA e o ECT são exemplos dessa tendência. Viñuales⁹³ observa que, em geral, a temática ambiental foi tratada nesses acordos por meio de três tipos de dispositivos: “a afirmação de um direito do Estado em adotar regulações ambientais (tipo i); a afirmação de que é inapropriado ao Estado reduzir a regulamentação ambiental para atrair investimentos estrangeiros (tipo ii); e certas exceções ambientais gerais ou específicas (em relação a algumas matérias de investimento, tais como aquelas referentes à expropriação ou aos requisitos de performance) (tipo iii)”.

O capítulo 11 do NAFTA, mais precisamente o artigo 1114⁹⁴, contém os três tipos de normas ambientais identificadas por Viñuales:

Artigo 1114: Medidas Ambientais

1. Nada neste Capítulo deverá ser interpretado de forma a impedir uma Parte de adotar, manter ou executar qualquer medida que seja consistente com este Capítulo e que ela considere apropriada para garantir que a atividade de investimento em seu território seja realizada de forma sensível a questões ambientais.
2. As Partes reconhecem como inapropriado encorajar investimento mediante a flexibilização de medidas nacionais de saúde, segurança e meio ambiente. Nesse sentido, uma Parte não deverá renunciar ou de outra forma derogar tais medidas como incentivo ao estabelecimento, aquisição, expansão ou retenção em seu território de um investimento de

⁹² LOWE, Vaughan. *Changing Dimension of International Investment Law*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 4/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970727>>. Acesso em: 12 abr 2014, p. 26-27.

⁹³ No original: “Such language mostly concerns the scope for domestic environment regulation in three main forms: the assertion of a right to adopt environmental regulations (type i); the statement that is inappropriate for State to lower environmental regulations to attract foreign investment (type ii); and certain environmental exceptions either general or specific (in connection with some investment disciplines, such as those on expropriation or on performance requirements) (type iii)”. (VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 283).

⁹⁴ No original: “Article 1114: Environmental Measures. 1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement”. (NAFTA. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org>>. Acesso em: 29 nov 2014).

um investidor. Caso uma Parte considere que outra Parte ofereceu tal incentivo, ela poderá solicitar iniciar uma consulta junto a outra de modo a evitar tal incentivo.

Os dispositivos acima transcritos circunscrevem os limites para a edição de regulamentação ambiental no âmbito dos investimentos estrangeiros.

No mesmo sentido, porém de forma ligeiramente diferente, o ECT também abordou a relação entre investimentos e meio ambiente. O artigo 19(1)⁹⁵ do ECT enfatiza que a proteção do meio ambiente não deve ser buscada por meio da adoção de medidas economicamente ineficientes. Veja-se:

“Artigo 19: Aspectos Ambientais

1. Na busca pelo desenvolvimento sustentável e levando em consideração as obrigações no âmbito dos acordos internacionais relativos ao meio ambiente aos quais seja parte, cada Parte Contratante deverá se empenhar para minimizar, de forma economicamente eficiente, os Impactos Ambientais danosos que ocorram dentro ou fora de sua Área e decorram das operações com o Ciclo de Energia dentro de sua Área, devendo se atentar a aspectos de segurança. Ao agir dessa forma, cada Parte Contratante deverá atuar com Custo-Benefício. Em suas políticas e ações, cada Parte Contratante deverá se empenhar para tomar medidas preventivas com o objetivo de evitar ou minimizar a degradação ambiental. (...)”

No plano multilateral, o período ainda contou com as negociações iniciadas pela OCDE para a criação do Acordo Multilateral de Investimento (MAI, sigla em inglês para *Multilateral Agreement on Investment*) e com os acordos negociados no âmbito da OMC. Contudo, ambas as iniciativas não alcançaram grande expressividade.

Em relação à MAI, Zerbini⁹⁶ observa que seu insucesso poderia ser imputado tanto à fecundidade das regras bilaterais, como à tendência à regionalização, evidenciada pelos acordos de livre comércio celebrados a partir da década de 90, os quais continham

⁹⁵ No original: “Article 19: Environmental Aspects. 1. In pursuit of sustainable development and taking into account its obligations under those international agreements concerning the environment to which it is party, each Contracting Party shall strive to minimize in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts occurring either within or outside its Area from all operations within the Energy Cycle in its Area, taking proper account of safety. In doing so each Contracting Party shall act in a Cost-Effective manner. In its policies and actions each Contracting Party shall strive to take precautionary measures to prevent or minimize environmental degradation”. (...)” (ECT. Disponível em: <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf>. Acesso em: 29 nov 2014).

⁹⁶ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. “Regras Multilaterais sobre o Investimento Internacional” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ, Michelle (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 126-125.

previsões específicas sobre investimentos. No que tange à OMC, embora algum nível de liberalização dos investimentos já tivesse sido previsto quando da negociação dos Acordos Constitutivos em 1994, especificamente no GATS (sigla em inglês para *General Agreement on Trade in Services*, o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços) e no TRIMS (sigla em inglês para *Agreement on Trade-Related Investment Measures*, o Acordo sobre Medidas Comerciais Relacionadas ao Investimento), a matéria de investimentos ainda era pouco tratada na OMC. Amarasinha e Kokott⁹⁷ esclarecem que, embora os dois acordos tratassem do investimento estrangeiro, o faziam de forma fragmentada.

O GATS, por exemplo, é um acordo comercial sobre serviços (e não especificamente sobre investimento). Dessa forma, a questão dos investimentos apenas é tratada nos casos que envolvam a “presença comercial” no país onde esses serviços serão prestados. Isso porque essa presença acaba por exigir o estabelecimento do prestador de serviço no local, o que representa a realização de um investimento no país receptor (locação ou aquisição de um imóvel, contratação de pessoal, etc.)⁹⁸. Ocorre que, ao contrário do tradicionalmente previsto nos BITs, o GATS não foca na proteção do investimento e do investidor, mas naquilo que é o foco principal da OMC: o acesso a mercado e a não discriminação. Já o TRIMS se limita a detalhar e esclarecer certos aspectos das disposições do GATT (sigla em inglês para *General Agreement on Tariffs and Trade*, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) relacionadas ao tratamento nacional e à proibição de restrições quantitativas. Ou seja, o TRIMS não adiciona nenhuma novidade às regras já existentes do GATT.

Além disso, a inclusão de dispositivos mais específicos sobre investimentos sofria forte oposição por parte dos países em desenvolvimento, o que fez com que a ampliação dos instrumentos de liberalização fosse buscada por meio de outros acordos, especialmente os acordos específicos de proteção dos investimentos, ainda que com menor alcance⁹⁹.

⁹⁷ AMARASINHA, Stefan D.; KOKOTT, Juliane. “Multilateral investment rules revisited” in MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p. 123-124.

⁹⁸ LOWE, Vaughan. *Changing Dimension of International Investment Law*. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 4/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970727>>. Acesso em: 12 abr 2014, p. 28.

⁹⁹ MANN, Howard. “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 529.

Diante da ausência de acordos multilaterais, o regime jurídico dos investimentos estrangeiros passou a ser estruturado primordialmente por meio de BITs. Isso resultou em uma nova era de grande expansão dos BITs, especialmente a partir de 2000. A tabela abaixo, elaborada a partir das informações apresentadas por Mann¹⁰⁰ e atualizada com base nos dados da UNCTAD¹⁰¹ é bastante ilustrativa dessa nova rodada de expansão:

Tabela 2 – Número de BIT assinados

Ano	BITs assinados
1959	1
1980	~150
1990	~450
2000	~2000
2010	~3100
2014	~3200

Fonte: Mann (2013) e UNCTAD (2014).

Como ressaltado por Alvarez¹⁰², o movimento de regulamentação ou positivação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro foi marcado por três aspectos: aumento das obrigações, maior precisão dos dispositivos aplicáveis e crescente delegação de poderes por partes dos Estados. Em primeiro lugar, com relação ao aumento das obrigações, o autor pontua que, mais do que nunca, o investimento estrangeiro está sujeito a uma ampla série de regras jurídicas obrigatórias, tais como leis nacionais e práticas administrativas locais, costume internacional, tratados, princípios gerais de direito e regulamentações editadas por instituições e órgãos reguladores. Segundo, no que tange à precisão dos dispositivos aplicáveis, Alvarez ressalta que, embora não haja coerência ou consistência no momento de sua elaboração, esses dispositivos são cada vez mais precisos, em razão do aprimoramento das técnicas de elaboração das normas e do trabalho interpretativo dos árbitros internacionais ao apreciar disputas do tipo investidor-Estado. E, terceiro, o autor destaca que o regime jurídico dos investimentos está entre aqueles em que

¹⁰⁰ MANN, Howard. "Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development", in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014.

¹⁰¹ UNCTAD. World Investment Report 2014 – Investing in the SDGS: an Action Plan. United Nations, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014, p. 114.

¹⁰² ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. The Pocket Books of the Hague Academy, 2011, p. 24.

os Estados, implicitamente, delegam sua autoridade para regulamentar o tema a terceiros. Esses terceiros incluiriam as instituições internacionais, os próprios investidores privados, que agora gozam do poder de levar suas reclamações diretamente aos árbitros, e também os árbitros, que passam a ser encarregados da interpretação dos dispositivos de proteção aos investimentos.

A despeito da proliferação de tratados internacionais a disciplinar a matéria, havia uma crescente insatisfação por parte da sociedade com a forma como as disputas eram conduzidas. Acreditava-se que a confidencialidade dos processos arbitrais prejudicava a participação da sociedade civil na decisão de questões com impactos significativos sobre as políticas públicas nacionais. Nesse particular, as discussões que cercaram a atuação do NAFTA estimularam o debate sobre a necessidade de maior transparência nas disputas arbitrais envolvendo investimentos estrangeiros. Puig¹⁰³ observa que, no início dos anos 2000, jornalistas e representantes de ONGs temiam que as arbitragens de investimento conduzidas no NAFTA colocariam em risco a democracia e a elaboração de verdadeiras políticas públicas. Na mesma linha, havia a preocupação que essa nova forma de solução de conflitos servisse apenas para empoderar ainda mais as grandes corporações transnacionais. Essas críticas desafiaram características fundamentais do funcionamento da arbitragem investidor-Estado (confidencialidade) e acabaram destacando a importância do aspecto público nessas disputas.¹⁰⁴

Assim, enquanto no começo do século XX a resolução de disputas relacionadas a investimentos estrangeiros dependia muito do apoio estatal, pois pautada pela proteção diplomática, chegando, inclusive, a envolver o uso da força, hoje, os mecanismos disponíveis para assegurar a proteção dos investidores estrangeiros e seus investimentos são pacíficos e de acesso bastante amplo. Veja-se, por exemplo, a possibilidade de indivíduos iniciarem procedimentos contra os Estados receptores de forma direta, sem o apoio do seu Estado de nacionalidade. A inovação criada pelo ICSID viabilizou a realização das arbitragens investidor-Estado e, além disso, contribuiu para expandir o rol “clássico” de sujeitos de Direito Internacional, incluindo também os particulares. Essa

¹⁰³ PUIG, Sergio. “Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration, and International Investment Law” in *Georgetown Journal of International Law*, volume 44, número 531, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2297219>>. Acesso em: 2 dez 2014, p. 28-29.

¹⁰⁴ PUIG, Sergio. “Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration, and International Investment Law” in *Georgetown Journal of International Law*, volume 44, número 531, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2297219>>. Acesso em: 2 dez 2014, p. 30.

mudança foi bastante importante para o reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional.

Além disso, a ausência de uma regulamentação multilateral sobre os investimentos estrangeiros impulsionou a criação de outros instrumentos que permitissem assegurar um mínimo de segurança jurídica a essas relações e, ao mesmo tempo, permitissem a livre circulação de capitais, de modo a contribuir com o desenvolvimento econômico. Os BITs representam o principal exemplo dessa situação. Com efeito, a proliferação dos BITs permitiu que novos temas fossem incorporados à composição tradicional dos acordos de proteção dos investimentos que estava voltada a assegurar tão-somente proteção mínima e livre acesso. A natureza bilateral dos acordos facilitava a negociação de temas que, no plano multilateral, eram objeto de divergências inconciliáveis.

Os novos instrumentos de proteção do investimento estrangeiro têm considerado cada vez mais estes temas, especialmente com relação à questão ambiental. A primeira ocorrência desse tipo de linguagem foi identificada em 1985, no BIT China-Cingapura, e somente 10 anos mais tarde é que essa temática passou efetivamente a fazer parte dos documentos assinados de forma representativa. Mais 10 anos foram necessários para que o percentual de acordos celebrados dessa natureza superasse 50% do total, o que ocorreu em 2005¹⁰⁵.

No mesmo ano, como resultado de mais de 8 anos de estudos e pesquisas, o *International Institute for Sustainable Development* (IISD) publicou o *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, sinalizando a importância da mudança de foco na condução das novas negociações sobre investimentos estrangeiros para incluir aspectos relacionados ao desenvolvimento sustentável¹⁰⁶.

¹⁰⁵ GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. "Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey". *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 5.

¹⁰⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, 2005. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf>. Acesso em: 21 nov 2014.

Já em 2011, por exemplo, um estudo realizado pela OCDE¹⁰⁷ indicou que 8,2% dos acordos internacionais de proteção do investimento celebrados até julho de 2010 (de um total de 1.623 acordos examinados) continham algum tipo linguagem ambiental. De acordo com dados mais recentes da UNCTAD¹⁰⁸, os novos tratados e acordos internacionais de investimento celebrados em 2013 indicam uma tendência crescente de elaborar esses instrumentos em linha com os objetivos de desenvolvimento sustentável. A revisão dos dezoito tratados concluídos em 2013, cujo texto está disponível para consulta (onze BITs e sete acordos de livre-comércio) demonstra que a maior deles contém características voltadas ao desenvolvimento sustentável, em linha com aquelas identificadas no *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (IPFSD) da UNCTAD e nos *World Investment Report* de 2012 e de 2013.

Na mesma linha, observa-se também que as políticas internacionais têm-se preocupado em conciliar a proteção do investimento com outros interesses. Nos últimos anos, a UNCTAD tem dado destaque à questão do desenvolvimento sustentável nos relatórios anuais sobre a situação dos investimentos internacionais, o *World Investment Report*¹⁰⁹. Em 2014, por exemplo, o *World Investment Report* destacou a importância de buscar alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável (*World Investment Report 2014 – Investing in the SDGs: An Action Plan*)¹¹⁰. De forma semelhante, os relatórios de 2013 (*World Investment Report 2013 – Global Value Chains: Investment and Trade for Development*)¹¹¹, de 2012 (*World Investment Report 2012 – Towards a New Generation of Investment Policies*)¹¹² e de 2010 (*World Investment Report 2010 – Investing in a low-carbon economy*)¹¹³ também foram pautados por esse objetivo.

¹⁰⁷ GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 5-8.

¹⁰⁸ UNCTAD. *World Investment Report 2014 – Investing in the SDGs: an Action Plan*. United Nations, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014, p. 116-118.

¹⁰⁹ Para uma lista completa dos *World Investment Report* publicados pela UNCTAD, vide: <<http://unctad.org/en/pages/diae/world%20investment%20report/wir-series.aspx>>. Acesso em: 18 nov 2014.

¹¹⁰ UNCTAD. *World Investment Report 2014 – Investing in the SDGs: an Action Plan*. United Nations, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014.

¹¹¹ UNCTAD. *World Investment Report 2013 - Global Value Chains: investment and trade for development*. United Nations, 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014.

¹¹² UNCTAD. *World Investment Report 2012 - Towards a New Generation of Investment Policies*. United Nations, 2012. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>. Acesso em: 14 nov 2014.

¹¹³ UNCTAD. *World Investment Report 2010 – Investing in a low-carbon economy*. United Nations, 2010. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/wir2010_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014.

A partir da revisão desses relatórios, percebe-se uma aproximação da regulamentação aplicável aos investimentos às questões relacionadas com o desenvolvimento sustentável e o meio ambiente. Não por acaso, a inclusão desses temas ocorre em um momento em que a regulamentação internacional sobre o meio ambiente adquire certa expressividade, conforme será detalhado adiante.

Nesse particular, é necessário fazer um breve sobre os resultados do *World Investment Forum* 2014, realizado pela UNCTAD em outubro de 2014. Nessa edição o foco das discussões foi eminentemente pautado pela importância de se investir nos objetivos de desenvolvimento sustentável (*Investing in the Sustainable Development Goals*). No discurso de abertura do evento, o Secretário-Geral da UNCTAD, Mukhisa Kituyi ressaltou os avanços alcançados rumo à promoção do desenvolvimento sustentável na regulamentação dos investimentos estrangeiros¹¹⁴:

“Mas estamos vendo movimentos encorajadores na direção certa. Estamos testemunhando um crescimento estável na regulação de investimentos que, ao menos parcialmente, tem sua origem em considerações sobre o desenvolvimento sustentável. Também notamos uma tendência de fortalecimento da dimensão do desenvolvimento sustentável nos acordos internacionais de investimento, preservando o espaço regulatório para políticas de desenvolvimento sustentável e colocando grande ênfase nas responsabilidades sociais e ambientais de investidores”.

Todavia, a percepção de que a regulamentação dos investimentos estrangeiros começa a se preocupar com outros elementos que não apenas aqueles relacionados à proteção dos investimentos não é unânime. Miles¹¹⁵ e Mann¹¹⁶ ressaltam que muitas das

¹¹⁴ No original: “But we are seeing some encouraging movements in the right direction. We are witnessing a steady increase in investment regulations that at least partially have their origin in sustainable development considerations. We also see a trend towards strengthening the sustainable development dimension of international investment agreements, preserving regulatory space for sustainable development policies and placing greater emphasis on the social and environmental responsibilities of investors”. (KITUYI, Mukhisa. Discurso durante o World Investment Forum 2014 - Investing in the Sustainable Development Goals. Genebra, 16 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/11/UNCTAD-SG-Statement.pdf>>. Acesso em: 21 nov 2014).

¹¹⁵ MILES, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Volume 21, 2010, p. 1-47. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/law/sites/default/files/Vol.21.1.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2014.

¹¹⁶ MANN, Howard. “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014.

políticas de investimento ainda permanecem orientadas apenas à promoção e liberalização do investimento, ao mesmo tempo, reduzem o espaço no qual os Estados possam exercer seus poderes regulatórios – inclusive em matéria ambiental. Os autores associam essa postura ao “contexto imperialista” que teria norteado a formação do regime jurídico internacional dos investimentos estrangeiros.

Nesse sentido, Miles¹¹⁷ aponta que a forma como atualmente os investidores estrangeiros oriundos de países exportadores de capital tratam o meio ambiente no território do Estado receptor é reflexo do período de colonização desses países, quando os recursos das nações colonizadas (Estados receptores) eram tomados exclusivamente para atender aos interesses dos colonizadores (investidores). Miles defende que essa abordagem se manifesta até hoje no fato de que as regulamentações aplicáveis aos investimentos estrangeiros se concentram mais na proteção do investimento do que na proteção do meio ambiente.

De todo modo, é inegável que a formação do regime jurídico aplicável aos investimentos estrangeiros tem integrado outros tópicos, além daqueles relacionados à liberalização e proteção dos investimentos, ainda que se discuta e se questione a forma como essa integração tem sido conduzida.

Contudo, é igualmente inegável que, durante a maior parte do tempo, o processo de formação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro esteve pautado pela preocupação em assegurar a proteção do investimento, sem que outros aspectos fossem considerados e, apenas recentemente, a temática ambiental começou a fazer parte das negociações de tratados de investimentos, especialmente em razão da necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável.

O IISD, ao apresentar seu modelo de acordo internacional sobre investimento estrangeiro em 2005, faz uma breve e interessante digressão a respeito da evolução do regime jurídico aplicável aos investimentos estrangeiros. O IISD ressaltou que o modelo atual de acordos de investimento foi desenvolvido no contexto político dos anos 1950 e

¹¹⁷ MILES, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Volume 21, 2010, p. 1-47. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/law/sites/default/files/Vol.21.1.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 45.

1960, quando as preocupações com a propagação do comunismo e com os impactos da descolonização em países recém-independentes eram dominantes.

Diante dessa origem, os primeiros acordos de proteção do investimento estrangeiro estavam focados em apenas um dos aspectos que envolve o processo de investimento: a proteção do capital estrangeiro e dos investimentos. Contudo, esse modelo desenvolvido há mais de 50 anos não mais atende às necessidades da economia global do século XXI. Por esse motivo, o atual sistema precisa ser revisitado, de modo a acomodar não só os interesses econômicos, mas também aqueles relacionados à realização do desenvolvimento sustentável.

Conforme será demonstrado a seguir, a aproximação entre investimento estrangeiro e meio ambiente apenas foi possível graças à evolução do Direito Internacional Ambiental, responsável por introduzir no plano internacional a importância do desenvolvimento sustentável.

1.2. Meio Ambiente: a conscientização internacional para a tutela do meio ambiente como bem jurídico

Diferentemente do que ocorreu durante a formação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro, caracterizado pela busca da “positivação” e do aperfeiçoamento das regras costumeiras existentes, a formação do Direito Internacional Ambiental somente foi possível a partir do momento em que o meio ambiente passou a ser considerado como um bem jurídico a ser tutelado, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

O meio ambiente nem sempre foi objeto de proteção do Direito Internacional e, durante muito tempo, as preocupações ambientais estavam limitadas a questões locais e, quando muito, regionais. Contudo, na medida em que os efeitos dos danos causados ao meio ambiente tornaram-se cada vez maiores, “reações passaram a ser organizadas –

indivíduos formaram grupos, que formaram coalizões, que então viraram movimentos nacionais e, finalmente, iniciativas de âmbito internacional”¹¹⁸.

Como observado por Alberto do Amaral Junior, a governança do meio ambiente originou um grupo complexo e heterogêneo de instituições, que possuem natureza jurídica, competência e tarefas distintas. Apesar disso, as instituições existentes criam regras e tomam decisões que não se confinam aos limites do paradigma interestatal vigente desde meados do século XVII¹¹⁹.

O Direito Internacional Ambiental, tal como atualmente o conhecemos, desenvolveu-se, principalmente, na segunda metade do século XX. A conscientização a respeito do meio ambiente foi impulsionada por dois trabalhos publicados na década de 60, que estimularam a implementação de ações para a proteção do meio ambiente: *Silent Spring* (1962), de Rachel Carson, e *The Tragedy of the Commons* (1968), de Garrett Hardin. Nesse particular, Bodanski¹²⁰ observa que os maiores desenvolvimentos no Direito Internacional Ambiental tiveram sua origem na ciência.

Além dos aspectos científicos, vale destacar a observação de Lorenzetti¹²¹ sobre a introdução da noção de bem comum e escasso ao meio ambiente. Historicamente, a proteção jurídica era concedida aos bens públicos e aos bens privados. Não existia a noção de bem coletivo, sob a qual se enquadra o meio ambiente, e que está intrinsecamente relacionada com o seu caráter de uso comum. O uso comum, por sua vez, produz o que Garrett Hardin denominou em seu livro como a “tragédia dos comuns”. Esse conceito, nada mais é, do que a ausência de incentivos individuais para proteger os bens comuns e evitar a sua super-utilização.

Os riscos associados à super-utilização, por sua vez, foram fundamentais para o reconhecimento de que os recursos naturais são um bem escasso e, por isso merecem ser

¹¹⁸ MCCORMICK, John. *Reclaiming Paradise: The Global Environmental Movement*. Indiana University Press, 1991, p. 1.

¹¹⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

¹²⁰ BODANSKI, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Edição Kindle. Harvard University Press, 2010, posição 302.

¹²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20.

protegidos, impulsionando o desenvolvimento das normas de proteção ambiental. De fato, como destacado por Lorenzetti¹²²:

“Estamos acostumados a trabalhar com a escassez de bens tangíveis, como a terra ou a água, e outros intangíveis como a liberdade. Diante disso, a economia desenvolveu sua teoria da ação racional individual orientada para a maximização de benefícios, a qual permite explicar as opções que realiza um indivíduo quando se vê forçado a fazê-lo porque os bens não chegam a satisfazer as necessidades de todos aqueles que os desejam. Os conflitos entre pessoas que disputam bens individuais são os que as leis e os juízes resolvem habitualmente. A novidade é que a “natureza”, como totalidade, e não só suas partes, é o que agora aparece como escasso, o que apresenta um cenário conflituoso diferente do que conhecemos”

A questão sobre a escassez dos recursos ambientais tem ganhado destaque nos últimos anos em razão da constante elevação dos índices de poluição, acompanhada de prognósticos bastante negativos sobre a possibilidade de remediar tais danos¹²³. Para Alberto do Amaral Junior, o avassalador processo de degradação da natureza pode ser explicado pelas transformações engendradas pela Revolução Industrial, tendo avançado significativamente na segunda metade do século XX, caracterizando-se, portanto, como um fenômeno contemporâneo por excelência¹²⁴.

O processo evolutivo pelo qual o Direito Internacional Ambiental passou desde então foi esquematizado por Sands¹²⁵ em quatro fases. A primeira fase se inicia com os tratados bilaterais sobre a pesca no século XIX e se encerra em 1945, com o término da Segunda Guerra Mundial e a criação das organizações internacionais modernas. A segunda fase (1945-1972) é marcada pela criação das Nações Unidas e pela Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano de 1972, realizada em Estocolmo (“Conferência de Estocolmo”). A terceira fase abrange o período compreendido entre a Conferência de Estocolmo e a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

¹²² LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria Geral do Direito Ambiental. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17.

¹²³ Recentemente, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (*Intergovernment Panel on Climate Change* – IPCC) publicou o relatório “*Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*” e as projeções apresentadas não são nada otimistas. De acordo com os dados apurados, a expectativa de redução das emissões de gases geradores do efeito estufa até 2015 não será cumprida. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>>. Acesso em 20 nov 2014.

¹²⁴ AMARAL JUNIOR, Alberto do. Comércio Internacional e a Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

¹²⁵ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. New York: Manchester University Press, 2003, p. 25.

de 1992 (“Cúpula da Terra” ou a “Conferência do Rio”). E a quarta fase começa com a Conferência do Rio e segue até hoje.

Para Lorenzetti, a história do ambientalismo no Direito Internacional pode ser dividida em três períodos: retórico, analítico e paradigmático¹²⁶. Segundo o autor, a fase retórica introduziu o discurso “verde”, a fase analítica foi marcada pela criação de leis ambientais e a fase paradigma, fase que está atualmente em curso, servirá para que as condutas e a cultura da sociedade sejam alteradas, de modo a assegurar a proteção ambiental.

Contudo, para o presente trabalho, a apresentação da evolução histórica do Direito Internacional Ambiental seguirá o esquema proposto por Sands e também adotado por Fitzmaurice¹²⁷. A metodologia adotada pelo autor parece ser mais didática, uma vez que está pautada pelos principais tratados e acordos internacionais referentes à matéria ambiental, facilitando a apresentação dos marcos jurídicos relevantes.

1.2.1. Primeira fase

Os primeiros esforços para o desenvolvimento de regras internacionais ambientais concentraram-se na conservação da fauna, especialmente em relação a cardumes, pássaros e focas, e, em certa medida, na proteção dos rios e dos mares. Por ainda não existir, à época, uma noção mais desenvolvida de que o meio ambiente representa um bem coletivo a ser protegido por todos, a proteção ambiental era bastante utilitarista e antropocêntrica, ao invés de ser motivada por aspectos genuinamente ecológicos¹²⁸.

¹²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

¹²⁷ FITZMAURICE, Malgosia A. “International Protection of the Environment”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Volume 293 (2001).

¹²⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9-10.

Nessa primeira fase, a adoção de tratados costumava ser *ad hoc*, esporádica e de âmbito restrito¹²⁹. No mais das vezes, os tratados e acordos celebrados nesse período limitavam-se à tentativa de evitar a excessiva exploração de recursos naturais.

Como exemplos desse tipo de regulamentação para a proteção da fauna podem ser apontados: a Convenção Internacional para a Proteção de Pássaros Úteis à Agricultura de 1902 e o Tratado entre as Nações Unidas e a Grã-Bretanha referente a Preservação e Proteção das Peles de Foca de 1911, que, posteriormente, tornou-se a Conferência de Washington sobre o mesmo assunto, com o ingresso da Rússia e Japão¹³⁰. Vale também ressaltar a celebração do Tratado sobre Águas Fronteiriças de 1909 entre Estados Unidos e Canadá¹³¹. Esse tratado foi o primeiro a estabelecer, entre seus signatários, o compromisso de prevenir a poluição, ao estabelecer a proteção dos rios e dos mares¹³².

A primeira iniciativa internacional organizada para tratar sobre a proteção da natureza surgiu durante o Congresso Internacional para a Proteção da Natureza, realizado em Paris, França, em 1909, a partir da proposta de Paul Sarasin para a criação de uma organização internacional para a proteção da natureza. Como resultado de seus esforços, combinados com o apoio de mais de 17 países¹³³, foi assinado o Ato de Fundação da Comissão Consultiva para a Proteção Internacional da Natureza em Berna, Suíça, em 1913. A Comissão Consultiva tinha por objetivo coletar, classificar e publicar informações sobre a proteção da natureza, bem como divulgar e promover a causa ambiental. Os primeiros trabalhos da Comissão se concentraram em questões relacionadas à caça de baleias, comercialização internacional de peles e plumas e proteção de aves migratórias¹³⁴.

Além dos esforços de regulamentação, valem nota duas disputas ambientais que foram submetidas à arbitragem internacional durante essa fase: os casos *Pacific Fur Seal*

¹²⁹ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 26.

¹³⁰ FITZMAURICE, Malgosia A. "International Protection of the Environment", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Volume 293 (2001), p. 28.

¹³¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

¹³² SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 27-28.

¹³³ Alemanha, Áustria, Argentina, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Holanda, Hungria, Itália, Noruega, Portugal, Rússia, Suécia e Suíça.

¹³⁴ MCCORMICK, John. *Reclaiming Paradise: The Global Environmental Movement*. Indiana University Press, 1991, p. 22-23.

Arbitration (1893) e *Trail Smelter* (1941). As decisões proferidas nesses casos estabeleceram princípios que influenciaram o desenvolvimento de normas subsequentes em matéria de proteção do meio ambiente.

O caso *Pacific Fur Seal Arbitration* envolveu uma disputa iniciada pelos Estados Unidos contra o Reino Unido em razão da suposta super-exploração de peles de foca por parte do Reino Unido em áreas fora de sua jurisdição nacional. A decisão arbitral rejeitou o argumento de que os Estados Unidos teriam poderes sobre os recursos naturais fora de sua jurisdição, ainda que para fins de assegurar sua conservação, e estabeleceu regras para a proteção e a preservação das focas fora dos limites jurisdicionais dos Estados. Essas orientações serviram de base para os acordos internacionais posteriores sobre o tema¹³⁵.

Já o caso *Trail Smelter* envolveu uma disputa iniciada pelos Estados Unidos contra o Canadá sobre a emissão de fumaça de uma fundição localizada no Canadá há menos de 15 km da fronteira dos Estados Unidos. O principal trecho da decisão estabelece que “nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de tal maneira a causar prejuízo pela fumaça no ou ao território de outro ou as propriedades e pessoas nele localizados, quando o caso provoca graves consequências e o prejuízo é demonstrado por evidências claras e convincentes”¹³⁶.

Contudo, com o início da Primeira Guerra Mundial a questão ambiental foi deixada em segundo plano e a evolução do tema ficou bastante prejudicada, ante a gravidade dos assuntos relacionados ao conflito. A despeito da desaceleração observada nos anos de guerra, essa primeira fase foi bastante importante ao marcar o despertar da comunidade internacional para o fato que a exploração dos recursos naturais não poderia ser feita de maneira ilimitada, que a industrialização e o desenvolvimento tecnológico trariam consigo o aumento da poluição e que, para tratar desses assuntos, seriam necessárias medidas internacionais¹³⁷.

¹³⁵ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 28-29.

¹³⁶ BODANSKI, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Edição Kindle. Harvard University Press, 2010, posição 3649-3657. No trecho original da decisão: “no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence”.

¹³⁷ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 27-29.

1.2.2. Segunda fase

A segunda fase do desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental se inicia em 1945, com a criação da ONU e das agências especializadas que dela fazem parte, e vai até a Conferência de Estocolmo, em 1972.

Apesar dos esforços de alguns indivíduos para incluir o tema da conservação ambiental na agenda internacional de assuntos a serem discutidos pelos países com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Carta das Nações Unidas não incluiu dispositivos sobre proteção ambiental ou sobre a conservação dos recursos naturais. De fato, nem a ONU nem qualquer uma de suas agências especializadas tratava diretamente de questões de proteção ambiental.

Contudo, os instrumentos constitutivos de alguns desses órgãos continham previsões que, de certa forma, poderiam ser consideradas como de ordem ambiental, como, por exemplo, o acordo constitutivo da Organização para Agricultura e Alimentação¹³⁸ (FAO, sigla em inglês para *Food and Agriculture Organization*) e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura¹³⁹ (UNESCO, sigla em inglês para *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*).

De fato, o começo foi bastante modesto. Em 1947, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC, sigla em inglês para *Environmental and Social Council*) determinou a convocação de uma conferência científica para discutir questões relacionadas à

¹³⁸ “Article I (Functions of the Organization). (...) 2. The Organization shall promote and, where appropriate, shall recommend national and international action with respect to (...) (c) the conservation of natural resources and the adoption of improved methods of agricultural production;” (FAO, Relatório da Conferência da FAO, primeira sessão, Anexo III, item D “Constitution of the Food and Agriculture Organization of the United Nations”. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/x5584e/x5584e0i.htm>>. Acesso em: 17 nov 2014).

¹³⁹ “Article I (Purposes and functions) (...) 2. To realize this purpose the Organization will: (...) (c) Maintain, increase and diffuse knowledge: By assuring the conservation and protection of the world’s inheritance of books, works of art and monuments of history and science, and recommending to the nations concerned the necessary international conventions;” (UNESCO Constitution. Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15244&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em: 17 nov 2014).

conservação e utilização de recursos¹⁴⁰. Os planos para a organização do evento avançaram e, em 1949, a Conferência das Nações Unidas sobre a Conservação e Utilização de Recursos (UNCCUR, sigla em inglês para *United Nations Conference on the Conservation and Utilization of Resources*) foi realizada¹⁴¹.

Tendo em vista que o objetivo da Conferência concentrava-se, principalmente, em como administrar os recursos naturais de modo a promover o desenvolvimento econômico e social, suas realizações em prol da proteção ambiental foram muito insignificantes. A Conferência limitou-se à troca de informações entre os participantes, não tendo sequer tido competência para adotar qualquer recomendação.

Paralelamente às iniciativas da ONU, mais precisamente, entre a decisão do ECOSOC de convocar uma conferência científica e a realização da UNCCUR, outras organizações com responsabilidade específicas em relação ao meio ambiente foram surgindo. A União Internacional para a Proteção da Natureza¹⁴² (IUPN, sigla em inglês para *International Union for the Protection of Nature*) foi fundada em outubro de 1948, em Fontainebleau, França. Dentre os objetivos da IUPN está o desenvolvimento de tratados para a proteção da vida selvagem e para a conservação dos recursos naturais.

Poucos anos depois, uma nova iniciativa da ONU para proteção do meio ambiente ganhou espaço. Em 1954, a Assembleia Geral convocou a realização de uma nova conferência para tratar sobre questões relacionadas à conservação dos recursos marinhos, sob os auspícios da Organização Marítima Internacional (IMO, sigla em inglês para *International Marine Organization*)¹⁴³. A poluição dos mares, provocada pelo crescimento do transporte e pela industrialização, e as consequências dos testes nucleares figuravam entre os perigos a reclamar pronto e imediato combate e motivaram a elaboração de

¹⁴⁰ A revista *Nature* publicou uma nota em abril de 1948, na qual informava que “a preocupação principal de Conferência recaia muito mais sobre as possibilidades de aplicação prática da ciência para atender às necessidades humanas, do que para o refinamento da metodologia científica e de pesquisa”. De maneira mais específica, os assuntos propostos para discussão envolviam a minerais, combustíveis, energia, água, solos, lavouras, pecuária, florestas, peixes, e vida selvagem. Nesse sentido, atenção especial deveria se destinadas aos problemas dos países subdesenvolvidos. (Revista *Nature*, n. 161, p. 617, 17.4.1948. Disponível em: <<http://www.nature.com/nature/journal/v161/n4094/abs/161617a0.html>>. Acesso em: 18 maio 2014).

¹⁴¹ O evento ocorreu em Lake Success, Nova York, entre os dias 17 de agosto a 6 de setembro de 1949.

¹⁴² Para maiores informações sobre a IUCN vide: <<http://www.iucn.org/>>. Acesso em 17 maio 2014.

¹⁴³ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 31-32.

diversos acordos sobre o tema. Nesse sentido, Stephens¹⁴⁴ observa que as normas de proteção ambiental, produzidas a partir da década de 60, trataram de assuntos ambientais específicos. A poluição foi desses assuntos, pois ganhou destaque após graves acidentes ambientais na época.

Em linhas gerais, pode-se apontar que o período foi marcado por três características: (i) as organizações internacionais começaram a tratar efetivamente de assuntos ambientais em nível regional e global; (ii) o alcance das preocupações ambientais tratadas pela atividade regulatória internacional foi ampliado para incluir os casos de poluição resultantes de atividades ultra poluidoras; e (iii) o reconhecimento limitado da relação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental¹⁴⁵.

O fato de que esses assuntos estavam sendo discutidos e que resoluções vinham sendo adotadas, sinalizou uma mudança de ênfase, passando da proteção da flora e da fauna, para a necessidade de ações internacional para lidar com produtos e processos associados com as atividades industriais e militares. Durante este período, tornou-se evidente que os recursos naturais não poderiam ser administrados como se fossem inesgotáveis e a sua preservação, juntamente com a preservação da biodiversidade de espécies em geral, tinha de ser tratada como prioridade. Como resultado, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução da Assembleia Geral da ONU 2398 (XXIII) de 1968, determinou a convocação da Conferência de Estocolmo.

1.2.3. Terceira fase

A Conferência de Estocolmo, realizada entre 5 a 17 de junho de 1972, inaugura a terceira fase da proteção internacional do meio ambiente. Como destacado por Fitzmaurice¹⁴⁶, a Conferência representou um marco no desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental moderno e também na consolidação de novas atitudes em relação

¹⁴⁴ STEPHENS, Timothy. *International courts and environmental protection*. Cambridge studies in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 3.

¹⁴⁵ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 29-30.

¹⁴⁶ FITZMAURICE, Malgosia A. "International Protection of the Environment", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Volume 293 (2001), p. 33

ao meio ambiente, ao estabelecer uma importante conexão entre a proteção do meio ambiente, os direitos humanos e o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a Conferência foi pioneira, pois introduziu uma nova maneira de pensar sobre a proteção do meio ambiente, enfatizando uma ligação inexorável entre o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, principalmente no que tange à percepção de que os recursos naturais são esgotáveis.

Com efeito, a discussão sobre esses tópicos não foi isenta de embates, marcados por uma grande divergência entre países desenvolvidos e em desenvolvimento acerca das causas da degradação ambiental. Como registra Teles da Silva¹⁴⁷:

“Os primeiros consideravam que o desenvolvimento era a causa dos problemas ambientais e eles enfatizavam que os problemas da poluição eram ocasionados pela industrialização. Já os segundos, os países, em desenvolvimento, afirmavam que o desenvolvimento era justamente a solução para a correção dos desequilíbrios ambientais e sociais e apontavam para a necessidade de considerar os custos de medidas ambientais para os países em desenvolvimento”.

Não obstante os embates, a Conferência resultou na adoção de três principais instrumentos¹⁴⁸: (i) a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Declaração de Estocolmo), composta de 26 princípios; (ii) o Plano de Ação, destinado à criação de mecanismos de coordenação entre as instituições existentes; e (iii) a Resolução sobre Aspectos Financeiros e Organizacionais no âmbito da ONU, origem do Programa das Nações Unidas para sobre o Meio Ambiente (PNUMA ou UNEP, sigla em inglês para *United Nations Environmental Program*). Frise-se, ainda, que o PNUMA tornou-se órgão permanente da ONU, com sede em Nairóbi, no Quênia, e tem por objetivo negociar acordos multilaterais para a proteção ambiental, centralizando, portanto, as ações da organização neste campo, a fim de resolver o problema de falta de coordenação até então existente.

A Declaração de Estocolmo enfatizou a necessidade de os Estados protegerem o

¹⁴⁷ SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 29.

¹⁴⁸ Para maiores informações sobre a Conferência de Estocolmo, vide publicação da ONU (A/CONF.48/14/Rev.1), referente ao relatório do evento, com a descrição detalhadas das atividades desenvolvidas, incluindo informações sobre os bastidores das negociações, bem como o texto final dos documentos criados. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2014.

meio ambiente para o seu próprio bem e para o benefício das futuras gerações. Além disso, encorajou os Estados a adotarem uma abordagem do meio ambiente de forma integrada e coordenada. Ao fazer essas recomendações, a Declaração se provou como um importante catalizador para futuros esforços de expansão do Direito Internacional Ambiental. Contudo, a despeito dos significativos progressos alcançados em Estocolmo, uma abordagem mais abrangente passava a ser exigida para atender a proteção do meio ambiente em escala global. Isso porque temas como os efeitos do aquecimento global, a degradação da camada de ozônio e as perdas de biodiversidade em grande escala não haviam sido tratadas pela Conferência de Estocolmo¹⁴⁹.

Dessa forma, após a Conferência de Estocolmo, houve um aumento significativo da consciência internacional sobre as questões ambientais e, ao mesmo tempo, o foco do ativismo ambiental internacional passava a ser ampliado para uma regulação mais específica¹⁵⁰. Nesse período, o Direito Internacional assistiu à celebração de novos tratados¹⁵¹, que introduziram obrigações antes desconhecidas e técnicas para assegurar a eficácia dos compromissos assumidos, como a verificação do impacto ao meio ambiente e o acesso à informação¹⁵².

¹⁴⁹ No original: “the main challenge for international environmental law in the twenty-first century is implementing an impressive body of law already in existence” (STEPHENS, Timothy. *International courts and environmental protection*. Cambridge studies in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 1).

¹⁵⁰ HANDL, Günther. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf>. Acesso em: 11.5.2014, p. 1.

¹⁵¹ Veja-se, por exemplo, alguns dos tratados celebrados durante a terceira fase: Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias ou Convenção de Londres, de 13 de novembro de 1972; Convenção Internacional sobre a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL, sigla em inglês para *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*, de 2 de novembro de 1973); Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e da Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção (CITES, sigla em inglês para *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*) de 3 de março de 1973; Convenção sobre a Conservação das Espécies Migradoras pertencentes à Fauna Selvagem (Convenção de Bonn) de 24 de junho de 1979; Convenção sobre a Vida Selvagem e os *Habitats* Naturais (Convenção de Berna) de 19 de setembro de 1979; Convenção sobre a Poluição Atmosférica de Longo Alcance (CLRTAP, sigla em inglês para *Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution*) de 13 de novembro de 1979; e Convenção sobre a Conservação dos Recursos Marinhos da Antártica (CCAMLR, sigla em inglês para *Convention on Conservation of Antarctic Marine Living Resources*), de 1º de agosto de 1980; Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS, sigla em inglês para *United Nations Convention on the Law of the Sea*, de 10 de dezembro de 1982); Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio de 1985; Convenção sobre a Regulação das Fontes Minerais Antárticas (CRAMRA, sigla em inglês para *Regulation of Antarctic Mineral Resources Activities*) de 2 de junho de 1988; Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 22 de março de 1989.

¹⁵² AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12-13.

Não obstante a intensa atividade regulamentar por partes dos Estados, o período também foi marcado pela ação de organizações internacionais, cujos efeitos começavam a ser sentidos¹⁵³. Muitas dessas organizações já tinham poderes para adotar decisões vinculativas e não-vinculativas, resoluções, recomendações e outros tantos atos. Ademais, essas organizações serviam como fóruns nos quais novas regras ambientais internacionais podiam ser propostas, adotadas e implementadas. Diversos atos não vinculativos foram adotados sob os auspícios de organizações governamentais e não-governamentais, como, por exemplo, a criação da Carta Mundial para a Natureza (*World Charter for Nature*) (1982).

A Carta Mundial para a Natureza foi adotada pelos membros da ONU em 28 de outubro de 1982¹⁵⁴. De modo geral, a Carta estabeleceu cinco “princípios de conservação pelos quais toda conduta humana capaz de afetar a natureza deverá ser guiada”¹⁵⁵. Segundo Sands¹⁵⁶, a Carta apresenta uma importante inovação: enquanto os outros instrumentos normativos adotados até então eram eminentemente antropocêntricos e focados na proteção da natureza em benefício do homem, esta enfatiza a proteção da natureza como um fim em si mesmo.

No mesmo sentido, Amaral Junior¹⁵⁷ complementa que a Carta Mundial para a Natureza afastava-se da Declaração de Estocolmo por não regulamentar a proteção do meio ambiente apenas sob o propósito exclusivo de satisfazer as necessidades humanas. Essa

¹⁵³ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 39.

¹⁵⁴ A adoção da Carta contou com 111 a favor, 1 voto contra e 18 abstenções. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>. Acesso em: 11.5.2014.

¹⁵⁵ Os cinco princípios previstos pela Carta são: (1) a natureza deve ser respeitada e seus processos essenciais não devem ser prejudicados; (2) a viabilidade genética da Terra não deve ser comprometida; os níveis populacionais de todas as formas de vida, selvagem e doméstica, devem ser suficientes à sua sobrevivência, e para tanto, seus habitats devem ser protegidos; (3) todas as áreas da Terra estarão sujeitos a estes princípios de conservação; proteção especial deve ser garantida a áreas únicas, com amostras representativas de diferentes tipos de ecossistemas e de habitats de espécies raras ou ameaçadas; (4) Ecossistemas e organismos, bem como os recursos terrestres, marinhos e atmosféricos que são utilizados pelo homem, devem ser administrados para alcançar e manter uma produtividade sustentável, mas não de forma a colocar em risco a integridade de outros ecossistemas ou espécies com qual coexistem; (5) A natureza deve ser protegida contra a degradação causada pela guerra ou por outras atividades hostis.

¹⁵⁶ No original: “Whereas the earlier instruments were anthropocentric and focused on the protection of nature for the benefit of mankind, the Charter emphasizes the protection of nature as an end in itself” (SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 45)

¹⁵⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

nova perspectiva alinhava-se com os valores que então se cristalizavam no cenário internacional, concebendo a natureza como bem digno de tutela específica. O autor, então, completa que “do ponto de vista axiológico, começava a delinear-se um quadro de referências tão poderoso que viria a impregnar a própria finalidade da regulação jurídica ambiental”.

Nesse contexto, a Assembleia Geral da ONU estabeleceu a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1983 e nomeou como sua presidente Gro Harlem Brundtland. A Comissão atuou em diversas frentes, apontando a necessidade de mudanças estruturais no campo das políticas e da legislação, tanto no plano nacional quanto no internacional, a fim de alterar o padrão desenvolvimentista que vigorava até então. Após anos de estudo, os trabalhos da Comissão foram concluídos, resultando na publicação do relatório “*Our Common Future*” em 1987, o qual foi adotado pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 42/187. Frequentemente esse Relatório é denominado “Relatório Brundtland”, em homenagem à presidente da Comissão na época.

Como Amaral Junior¹⁵⁸ sintetiza, o Relatório Brundtland foi marcado por seu espírito inovador e teve importância fundamental para a proteção do meio ambiente ao propor e divulgar a noção de desenvolvimento sustentável, especialmente no que tange aos direitos das gerações futuras a um meio ambiente saudável.

Fitzmaurice¹⁵⁹ ressalta que o Relatório Brundtland identificou que a implementação de mudanças legais e institucionais estava fundada em seis pontos principais: (i) apoio, por parte de governos, organizações regionais e organismos internacionais, do desenvolvimento ambientalmente sustentável; (ii) reforço da aplicação das normas ambientais; (iii) aumento da capacidade da comunidade internacional para avaliar os riscos ambientais e os danos ambientais irreversíveis; (iv) promoção da transparência no processo de tomada de decisão e participação dos indivíduos; (v) reconhecimento de direitos das gerações futuras, por meio de leis nacional e internacionais; e (vi) ajuda financeira para alcançar a proteção do ambiente.

¹⁵⁸ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

¹⁵⁹ FITZMAURICE, Malgosia A. “International Protection of the Environment”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Volume 293 (2001), p. 37.

Paralelamente, a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento agendada para 1992 começava a ser organizada. Diante desse contexto, e, especialmente, a partir de 1990, começava-se a desenhar o surgimento do Direito Internacional Ambiental como um ramo específico do Direito Internacional. Na prática, isso representou, pela primeira vez, a existência de normas que passaram a limitar a atuação dos Estados na condução de atividades que pudessem prejudicar o meio ambiente.

Como ensina Sands¹⁶⁰, o meio ambiente não estava mais focado apenas na proteção da vida selvagem, pois, paulatinamente, a proteção ambiental passava a ser planejada no contexto de questões econômicas, tais como o comércio e o desenvolvimento. Além disso, novos atores (em especial, as organizações não-governamentais) passavam a contribuir com a implementação e a fiscalização dessas novas obrigações ambientais.

1.2.4. Quarta fase

A quarta fase do desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental começa em 1992, com a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Conferência do Rio) e segue até hoje.

A Conferência do Rio contou com a participação de 172 Estados (108 deles representados por seus Chefes de Estado) e milhares de representantes de organizações não governamentais¹⁶¹. Como resultado da Conferência, foram adotados três instrumentos não vinculativos: (i) a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, (ii) a Agenda 21 e (iii) a Declaração de Princípios sobre Florestas. Na oportunidade, também foram abertos à assinatura a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção Quadro sobre Mudanças Climáticas. De todos esses instrumentos, os mais expressivos foram a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e a Agenda 21, conforme detalhados a seguir.

¹⁶⁰ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 48.

¹⁶¹ Informações obtidas junto à base de dados da ONU sobre o evento. Disponível em: <<http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html>>. Acesso em 17 nov 2014.

A Declaração do Rio¹⁶² dispõe sobre uma série de compromissos assumidos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, com o objetivo de equilibrar proteção ao meio ambiente e desenvolvimento econômico. Com efeito, a Declaração exprime o consenso alcançado entre vários Estados em torno dos princípios que o Relatório Brundtland já havia focalizado em benefício das gerações presentes e futuras, independentemente de prioridade temporal. De forma prática, a Declaração instituiu princípios a nortear a regulamentação ambiental no plano internacional, tais como o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, o princípio da precaução e o princípio do poluidor-pagador¹⁶³.

A Agenda 21, por sua vez, representa um Plano de Ação com vistas à melhoria da qualidade do meio ambiente em geral, por meio da cooperação de diferentes atores internacionais (Estados, organizações internacionais e o próprio indivíduo)¹⁶⁴. Trata-se de um documento bastante extenso que compreende 40 capítulos e centenas de áreas de concentração para a implementação de seus programas, entre os quais: cooperação internacional, padrões de consumo, saúde humana, conservação e gestão de recursos, proteção da atmosfera, desmatamento, desertificação, etc.¹⁶⁵. Dentre as contribuições trazidas pela Agenda 21, estava a recomendação para a criação de uma Comissão sobre Desenvolvimento Sustentável, a qual foi seguida pela ONU.

Em 2002, a ONU promoveu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável para comemorar os 10 anos da Conferência do Rio em Joahnesburgo, na África do Sul. O encontro, como salienta Teles da Silva¹⁶⁶, contou com a participação de 191 países, dos quais 107 foram representados pelos chefes de Estado ou de governo, além de 9.000 delegados governamentais. O seu principal objetivo redefinir as medidas segundo as quais os documentos adotados na Conferência pretérita deveriam ser implementados, renovando

¹⁶² A versão integral do texto da Declaração do Rio está disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>>. Acesso em 17 nov 2014.

¹⁶³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15-16.

¹⁶⁴ SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003, p. 52-58.

¹⁶⁵ A versão integral dos textos que integram a Agenda 21 está disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=52>>. Acesso em 17 nov 2014.

¹⁶⁶ SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 40.

o compromisso global com o desenvolvimento sustentável assumido no Rio de Janeiro em 1992.

Em 2012, vinte anos após a realização da Conferência do Rio, uma nova Conferência foi realizada para (a) assegurar renovado compromisso político para o desenvolvimento sustentável; (b) elaborar um documento político sobre a temática; (c) avaliar o cumprimento dos compromissos para o desenvolvimento sustentável fixados na Agenda 21 e no Plano de Implementação de Johannesburgo; e (d) tratar da temática do desenvolvimento sustentável a partir da perspectiva de que este demanda a integração de elementos interdependentes e mutuamente complementares: o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental.

A Conferência Rio + 20, como ficou conhecida, foi, até hoje, o maior evento já realizado pelas Nações Unidas¹⁶⁷. A Conferência contou com a presença de chefes de estado de cento e noventa países, que propuseram mudanças sobre os modos de utilização dos recursos naturais do planeta, bem como expuseram suas preocupações com questões sociais, como a falta de moradia e a extrema pobreza. Na prática, os resultados da Conferência não culminaram com a elaboração de um documento juridicamente vinculante aos Estados, mas sim de uma agenda de futuras negociações denominada “O Futuro que Queremos”¹⁶⁸.

A partir da revisão das quatro fases que explicam a formação do Direito Internacional Ambiental, é possível constatar uma mudança na forma como a proteção do meio ambiente tem sido endereçada ao longo dos anos. Durante a primeira fase, por exemplo, os instrumentos de proteção ambiental estavam voltados a evitar a excessiva exploração de recursos naturais, orientados por uma filosofia utilitarista e antropocêntrica, em detrimento de razões genuinamente ecológicos.

Em seguida, a atenção dos Estados passou para a questão da exploração dos recursos naturais como meio de promover o desenvolvimento econômico. Ou seja, o foco

¹⁶⁷ Informação fornecida pela porta-voz da conferência, Pragati Pascale, ao Jornal do Brasil. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/ambiental/noticias/2012/06/22/rio20-e-o-maior-evento-ja-realizado-pela-onu-diz-porta-voz/>>. Acesso em: 19 nov 2014.

¹⁶⁸ Documento disponível em: <<http://www.uncsd2012.org/thefuturewewant.html>>.

de regulamentação não era exatamente a preservação em si, mas sim prolongar a vida útil desses recursos.

Apenas a partir da Convenção de Estocolmo se estabeleceu uma conexão entre proteção do meio ambiente, direitos humanos e desenvolvimento econômico. Essa visão é ressaltada com a publicação do Relatório Brundtland, que introduz o conceito de desenvolvimento sustentável nas discussões sobre proteção do meio ambiente e que até hoje dita a tônica das iniciativas de regulamentação internacional sobre o tema. Com efeito, a consolidação do Direito Internacional Ambiental representou a consolidação de um conjunto de princípios e de práticas que passaram a orientar a conduta dos Estados no tema.

Como a noção de desenvolvimento sustentável envolve não só aspectos ambientais, mas também aspectos econômicos e sociais, a sua aplicação não ficou restrita ao Direito Internacional Ambiental, alcançando, inclusive, o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro. Mann¹⁶⁹ afirma que “o paradigma geral para compreender a direção futura dos tratados de investimento é a relação entre investimento e desenvolvimento sustentável”. Na mesma linha, Reinisch¹⁷⁰ reconhece que os próximos passos da União Europeia no desenvolvimento de acordos internacionais de proteção dos investimentos estarão voltados ao encontro do equilíbrio adequado entre os interesses relacionados aos investimentos e os interesses não relacionados aos investimentos, como, por exemplo, aspectos de Direitos Humanos e meio ambiente.

Nesse sentido, é interessante a observação de Stephens¹⁷¹ de que o principal desafio ao Direito Internacional Ambiental no século XXI será a implementação do impressionante corpo normativo já existente.

¹⁶⁹ No original: “*the overarching paradigm for understanding the future direction of investment treaties is the linkage between investment and sustainable development*”. (MANN, Howard. “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, in *Lewis & Clark Law Review*, volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 523).

¹⁷⁰ No original: “*finding the proper balance between investment and non-investment interests will be one of the core issues for future EU IAs*”. (REINISCH, August. “The Future Shape of EU Investment Agreements” in *ICSID Review*, volume 28, 2013, p. 179-196, p. 195).

¹⁷¹ No original: “*the main challenge for international environmental law in the twenty-first century is implementing an impressive body of law already in existence*” (STEPHENS, Timothy. *International courts*

1.3. Exemplos da aproximação de normas substantiva entre os regimes

A importância alcançada pelo desenvolvimento sustentável acabou por aproximar a regulamentação dos investimentos estrangeiros da temática ambiental. Conforme já mencionado, a proliferação dos BITs contribuiu para a incorporação de outros assuntos aos novos acordos de investimento, além daqueles relacionados à proteção do investimento estrangeiro.

Os dados da OCDE¹⁷² corroboram esse fenômeno, ainda que sua manifestação seja incipiente. Conforme já referido, a partir de um estudo realizado sobre 1.623 acordos de investimento, 8,2% do total examinado continha algum tipo linguagem ambiental. As referências ao meio ambiente identificadas pelo referido estudo foram classificadas em sete categorias: (i) menção genérica ao tema ambiental no preâmbulo do tratado; (ii) reserva de competência regulatória (*policy space*) para a regulamentação ambiental sobre todo o escopo do tratado; (iii) reserva de competência regulatória (*policy space*) para a regulamentação ambiental sobre temas específicos (como, por exemplo, requisitos de performance e tratamento nacional); (iv) defesa de que a regulamentação ambiental não pode servir de causa à expropriação indireta; (v) compromissos de não reduzir os níveis de proteção ambiental como forma de atrair investimentos; (vi) assuntos ambientais nos mecanismos de solução de controvérsia investidor-Estado, permitindo aos tribunais arbitrais o acesso a especialistas em matéria ambiental; e (vii) promoção geral do desenvolvimento da proteção e cooperação ambiental, por meio do estímulo ao fortalecimento da regulamentação ambiental.

and environmental protection. Cambridge studies in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 1).

¹⁷² GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. "Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey". *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 5-8.

No mesmo sentido, dados da UNCTAD¹⁷³ demonstram que os novos tratados concluídos em 2013 contêm elementos que indicam a busca pelos objetivos de desenvolvimento sustentável. Percebe-se, portanto, que de forma bastante semelhante às referências identificadas pelo estudo da OCDE, os dados da UNCTAD também indicam que os elementos “ambientais” desses acordos abrangem dispositivos referentes a: (i) exceções gerais (por exemplo, a proteção da vida e da saúde humana, animal ou vegetal, ou a conservação dos recursos naturais exauríveis); (ii) menção expressa em seus preâmbulos sobre a proteção da saúde, direitos dos trabalhadores, meio ambiente ou desenvolvimento sustentável; e (iii) cláusulas que explicitamente reconhecem que as partes no acordo não devem flexibilizar os padrões de proteção da saúde, segurança ou meio ambiente de modo a atrair investimentos.

Além dos BITs indicados pelos estudos da OCDE e da UNCTAD, a linguagem ambiental, voltada ao desenvolvimento sustentável, também pode ser encontrada na política de investimentos europeia, conforme ensina Nowrot¹⁷⁴. De acordo com o autor, desde 2009 essa política tem buscado conciliar a proteção do investimento com a do meio ambiente. Nesse sentido, Nowrot destaca a comunicação da Comissão Europeia denominada “*Towards a Comprehensive European International Investment Policy*”, publicada em 7 de julho de 2010:

“acordos de investimento devem ser consistentes com as demais políticas da União e de seus Estados Membros, incluindo as políticas sobre proteção do meio ambiente, trabalho decente, saúde e segurança do trabalho, proteção ao consumidor, diversidade cultural, desenvolvimento e concorrência. A política de investimento deverá permitir que a União e os Estados Membro adotem e imponham medidas necessárias a perseguir os objetivos de suas políticas públicas”¹⁷⁵.

¹⁷³ UNCTAD. World Investment Report 2014 – Investing in the SDGS: an Action Plan. United Nations, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014, p. 116-118.

¹⁷⁴ NOWROT, Karsten. “How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law?”, in *The Journal of World Investment and Trade*, volume 15, 2014, p. 614.

¹⁷⁵ No original: “[i]nvestment agreements should be consistent with the other policies of the Union and its Member States, including policies on the protection of the environment, decent work, health and safety at work, consumer protection, cultural diversity, development policy and competition policy. Investment policy will continue to allow the Union, and the Member States to adopt and enforce measures necessary to pursue public policy objectives” (NOWROT, Karsten. “How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law?”, in *The Journal of World Investment and Trade*, volume 15, 2014, p. 614).

O autor também aponta o documento do Conselho da União Europeia “*Conclusions on a Comprehensive European International Investment Policy*” de 25 de outubro de 2010, que reconhece a importância das dimensões social e ambiental do investimento estrangeiro no campo da responsabilidade social das empresas¹⁷⁶. Para finalizar o exemplo europeu, Nowrot apresenta a resolução do Parlamento Europeu de 6 de abril de 2011, na qual o autor afirma estar clara a posição europeia de que a proteção dos investidores deve permanecer como prioridade dos acordos de investimento. Nesse diapasão, os futuros acordos deverão ser caracterizados por explicitamente assegurarem o direito dos Estados receptores em regular seu interesse público e por ativamente promoverem investimentos sustentáveis com base nas cláusulas de responsabilidade social das empresas e nas cláusulas sociais e ambientais específicas a serem incluídas em todo capítulo de investimento dos tratados de livre comércio e nos tratados de investimentos.

Em sentido contrário, Miles¹⁷⁷ considera que a relação investimento e meio ambiente nem sempre resulta em uma situação que favoreça efetivamente o desenvolvimento sustentável ou mesmo contribua com a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, a autora menciona que uma das manifestações mais insidiosas da relação entre investidores estrangeiros e meio ambiente é a recente classificação da regulamentação ambiental editada pelos Estados receptores como hipótese de expropriação ou de violação às normas de tratamento justo e igualitário. Na opinião da autora, esse tipo de estratégia é reflexo de tradição imperialista de países exportadores de capital que não respeitam o espaço regulatório próprio do Estado soberano, receptor do investimento.

Com efeito, essa afirmação de Miles é confirmada pelo *World Investment Report 2014 – Investing in the SDGs: An Action Plan*)¹⁷⁸:

¹⁷⁶ NOWROT, Karsten. “How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law?”, in *The Journal of World Investment and Trade*, volume 15, 2014, p. 615.

¹⁷⁷ MILES, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Volume 21, 2010, p. 1-47. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/law/sites/default/files/Vol.21.1.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 40.

¹⁷⁸ No original: “Most investment policy measures remain geared towards investment promotion and liberalization. At the same time, the share of regulatory or restrictive investment policies increased, reaching 27 per cent in 2013. Some host countries have sought to prevent divestments by established foreign investors. Some home countries promote reshoring of their TNCs’ [Transnational Corporations] overseas investments. Investment incentives mostly focus on economic performance objectives, less on sustainable development. Incentives are widely used by governments as a policy instrument for attracting investment, despite persistent criticism that they are economically inefficient and lead to misallocations of public funds. To address these concerns, investment incentives schemes could be more closely aligned with the SDGs [Sustainable

“A maior parte das medidas em políticas de investimento continua direcionada à promoção e à liberalização do investimento. Ao mesmo tempo, a parcela de políticas de investimento restritivas ou reguladas aumentou, alcançando 27 por cento em 2013.

Alguns Estados receptores procuraram evitar desinvestimentos por parte de investidores estrangeiros já estabelecidos. Alguns Estados de origem promoveram o repatriamento de investimentos externos de suas Companhias Transnacionais. Incentivos a investimentos são normalmente focados em objetivos de desempenho econômico, e menos em desenvolvimento sustentável. Os incentivos são amplamente utilizados pelos governos como instrumento para atrair investimento, a despeito da crítica persistente de que eles são economicamente ineficientes e levam a alocação inadequada de receitas públicas. Para atender a tais preocupações, esquemas de incentivos a investimentos poderiam ser alinhados de forma mais próxima dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.”

Stephens¹⁷⁹ também reconhece essa dicotomia. De um lado, há autores que têm depositado grande confiança nos tribunais internacionais para proteger o meio ambiente. De outro lado, outros autores têm sido altamente céticos em relação aos benefícios que a adjudicação pode trazer aos problemas de gestão ambiental, em que a cooperação se mostra muito mais necessária do que a confrontação.

A partir das divergências quanto ao verdadeiro impacto que as interações entre esses dois ramos podem causar, é fundamental que se aprofunde o estudo sobre os casos que envolvam investimento e meio ambiente, de modo a identificar como essa situação tem sido tratada na prática. Com efeito, a inclusão cada vez mais frequente de dispositivos ambientais nos acordos de investimento faz com que seja necessário examinar o impacto que esses novos dispositivos têm provocado, de modo a verificar se, efetivamente, a questão ambiental tem ganhado espaço junto aos tribunais constituídos pelo ICSID.

A busca pelo desenvolvimento sustentável não depende apenas da aproximação entre estes dois ramos do Direito Internacional no plano normativo, mas também da sua implementação nos procedimentos de adjudicação. Em outras palavras, a promoção do

Development Goals]”. (UNCTAD. World Investment Report 2014 – Investing in the SDGS: an Action Plan. United Nations, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014, p. x).

¹⁷⁹ STEPHENS, Timothy. *International courts and environmental protection*. Cambridge studies in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 2.

desenvolvimento sustentável também depende da aproximação desses ramos no plano jurisprudencial.

2. A aproximação via procedimentos de adjudicação: como o meio ambiente alcançou os mecanismos internacionais de solução de controvérsias envolvendo investimentos estrangeiros

Historicamente, a adjudicação de questões ambientais começou a ser realizada no âmbito da Corte Internacional de Justiça e dos tribunais arbitrais, tal como ocorreu nos casos *Bering Fur Seals* (1893), *Trail Smelter* (1941). Embora esses casos não tenham envolvido expressamente a discussão sobre a aplicação de normas ambientais, eles foram os precursores da adjudicação de assuntos ambientais no plano internacional. Nesse sentido, colaboraram para a formação do próprio Direito Internacional Ambiental, sinalizando à comunidade internacional a relevância e a importância do tema e abrindo espaço para a litigância sobre esses assuntos além das fronteiras dos Estados nacionais.

Contudo, a adjudicação de questões ambientais não é um tema fácil. A própria natureza das normas ambientais e o tipo de obrigações que estabelecem dificultam sua aplicação na prática. Com frequência, as normas ambientais internacionais servem como um parâmetro a orientar a conduta dos Estados na elaboração de normas domésticas para aplicação local e carecem de aplicabilidade imediata no plano internacional. Como identifica Viñuales¹⁸⁰, a dificuldade de se levar as questões ambientais à adjudicação internacional está relacionada às características específicas das normas ambientais e das demandas ambientais em si, as quais podem influenciar a possibilidade de um caso ambiental ser apreciado nos diversos fóruns internacionais.

Ao contrário do que ocorre em relação a outros ramos do Direito Internacional, o Direito Internacional Ambiental não conta com um sistema próprio para a solução de controvérsias. Veja-se, por exemplo, que os Direitos Humanos podem ser demandados nas diversas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de

¹⁸⁰ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 86.

Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos; o Direito do Comércio Internacional pode se valer do mecanismo de solução de controvérsias da OMC; e o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros conta com uma complexa rede de tribunais arbitrais especializados nas disputas de investimentos, tais como o ICSID, os tribunais do NAFTA, as regras da UNCITRAL, entre outros.

Dessa forma, as questões ambientais acabam sendo apreciadas de forma complementar a outra disputa principal, uma vez que é difícil que as disputas ambientais sejam autônomas e independentes. De fato, é bastante raro que o cerne do conflito seja uma violação ambiental isolada, sem que estejam presentes outros argumentos jurídicos de naturezas diversas.

Não é de se surpreender, portanto, que as disputas ditas “ambientais” acabem sendo apreciadas no âmbito dos casos envolvendo outras matérias, cuja natureza tenha atraído a competência específica de um tribunal. Nesse sentido, Douglas¹⁸¹ observa que:

“na ausência de uma rede de tratados que criem mecanismos adjudicativos internacionais obrigatórios para as disputas ambientais, a efetividade do Direito Ambiental Internacional depende, em certa medida, da sua capacidade de criar abrigo nas instituições criadas para outros ramos do direito internacional”.

Logo, não é incomum que as disputas ambientais surjam no âmbito dos tribunais específicos de outros temas. Não por acaso, Sands¹⁸² ressalta que os Estados permanecem hesitantes sobre como endereçar questões ditas ambientais à adjudicação internacional. A despeito dessas dificuldades, Stephens¹⁸³ nota que “houve um aumento substancial nos

¹⁸¹ No original: “*In the absence of comparable network of treaties creating compulsory international adjudicative mechanisms for environmental disputes, the effectiveness of international environmental law is to some extent contingent upon its ability to set up lodgings in the institutions created for other branches of international law*”. (DOUGLAS, Zachary. “The Enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration” in DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. (ed.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: incentives and safeguards*. New York: Cambridge University Press, p. 413-444, 2013, p. 417).

¹⁸² SANDS, Philippe. “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law”. *OECD Global Forum on International Investment* - 27 e 28 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>>. Acesso em: 7 abr 2014, p. 4.

¹⁸³ No original: “*There has been a substantial increase in international litigation on environmental questions in courts of general jurisdiction, in courts and tribunals having a specialization in non-environmental issue areas and in environmental-focused bodies*”. (STEPHENS, Timothy. *International courts and environmental protection*. Cambridge studies in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 9).

litígios internacionais que envolvem questões ambientais nos tribunais em geral, em cortes e tribunais especializados em áreas não-ambientais e em órgãos ambientais”.

De todo modo, é preciso reconhecer que a falta de um tribunal específico a examinar as questões ambientais pode resultar no favorecimento da aplicação da legislação do tribunal em detrimento das normas ambientais, já que a questão ambiental ingressa na disputa de forma complementar.

Em suma, conforme mencionado anteriormente, a aproximação normativa entre meio ambiente e investimento tem provocado reações opostas. De um lado, há aqueles que acreditam que a inclusão progressiva de linguagem ambiental nos acordos de proteção do investimento tem contribuído para o desenvolvimento sustentável. De outro lado, há aqueles que defendem que essa aproximação nem sempre resulta em uma situação que favoreça efetivamente o desenvolvimento sustentável ou mesmo contribua com a proteção do meio ambiente. Isso porque tem sido frequente a alegação por parte dos investidores de que a regulamentação ambiental editada pelos Estados receptores configura uma expropriação ao seu investimento ou mesmo uma violação às normas de tratamento justo e igualitário.

Nesse sentido, uma das maiores preocupações decorrentes da aproximação das preocupações relacionadas ao meio ambiente e investimento estrangeiro é o mau uso das proteções concedidas ao investidor. Embora o uso tradicional desses mecanismos de proteção sirva, na prática, como um “escudo” contra ações governamentais arbitrárias, o uso recente desses mesmos mecanismos tem permitido que os investidores ataquem a regulamentação do Estado receptor voltado à promoção do bem estar de sua população. As implicações práticas desse desvirtuamento dos mecanismos de proteção dos investimentos resultaria na restrição e limitação do desenvolvimento de políticas públicas do Estado receptor¹⁸⁴.

Ou seja, a aproximação normativa tem efetivamente contribuído para a proteção do meio ambiente e a realização do desenvolvimento sustentável, ou, pelo contrário, essa

¹⁸⁴ MILES, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Volume 21, 2010, p. 1-47. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/law/sites/default/files/Vol.21.1.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2014, p. 41.

aproximação em nada contribui para o melhoramento das condições ambientais? A dualidade de visões quanto ao verdadeiro impacto que a aproximação entre esses dois ramos do Direito Internacional tem alcançado na prática é reflexo da carência de dados sobre essa relação. Nesse particular, vale retomar a hipótese que se busca testar com a presente pesquisa, qual seja, a de que as decisões do ICSID, por serem emanadas de um tribunal voltado a solução de disputas de investimento, tenderiam a favorecer a aplicação das normas de proteção do investimento, em detrimento das normas internacionais de proteção ao meio ambiente.

Dessa forma, o presente trabalho busca suprir uma lacuna no que tange à identificação da forma como o ICSID tem tratado as questões ambientais submetidas a sua análise. Para tanto, faz-se necessário compreender o funcionamento desse sistema e os fundamentos que permitem que essas questões sejam levadas a sua apreciação, conforme apresentado na etapa a seguir.

Ressalta-se a posição dos pesquisadores da OCDE ao destacar que a arbitragem internacional “fornece considerações preliminares sobre como a regulamentação ambiental interage com conceitos dispostos nos tratados de proteção de investimento, tais como tratamento nacional, expropriação indireta e tratamento justo e igualitário”¹⁸⁵. Daí a importância de se examinar a questão ambiental sob a ótica dos tribunais internacionais para a solução de controvérsias envolvendo os investimentos estrangeiros.

¹⁸⁵ GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014, p. 7 [“Investment arbitration provides preliminary considerations on how environmental regulation interacts with investment treaty concepts such as national treatment, indirect expropriation and fair and equitable treatment”]

PARTE II – O ICSID: ORIGEM, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

A segunda parte desse trabalho está voltada ao ICSID e, principalmente, à maneira como conduz os mecanismos de solução de controvérsias que oferece. O objetivo dessa análise é verificar de que forma as questões ambientais podem ser suscitadas no âmbito das disputas submetidas à apreciação do Centro, especialmente para determinar se as regras e os regulamentos do ICSID permitem a aplicação de normas ambientais na apreciação dos casos.

Para tanto, dois pontos principais serão examinados: (i) os mecanismos de solução de controvérsias disponibilizados pelo Centro e (ii) como tais mecanismos funcionam na prática, identificando quais os requisitos necessários para que uma disputa possa ser apreciada e quais as regras para a determinação da lei aplicável na solução dos casos submetidos ao Centro.

1. Origem e organização do ICSID

O ICSID foi criado pela *Convenção sobre a Solução de Disputas sobre Investimento entre Estados e Nacionais de outros Estados*, assinada em Washington em 18 de março de 1965 (“Convenção de Washington” ou “Convenção ICSID”). Em 14 de outubro de 1966, o número mínimo de assinaturas foi alcançado e a Convenção entrou em vigor. Atualmente, 159 Estados são signatários da Convenção ICSID e 150 já depositaram os respectivos instrumentos de ratificação¹⁸⁶, tornando-se Estados-contratantes¹⁸⁷.

¹⁸⁶A lista completa dos Estados signatários e contratantes do ICSID, com informações sobre a data de assinatura de Convenção, do depósito da ratificação e entrada em vigor está disponível para consulta no link <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home>. Acesso em: 18 out 2014.

¹⁸⁷Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram a Convenção ICSID em 3 de novembro de 2007, 7 de janeiro de 2010 e 25 de julho de 2012, respectivamente.

A estrutura do Centro é bastante simples, composta por um Conselho Administrativo e um Secretariado. O Conselho Administrativo, órgão executivo do ICSID, é formado por um representante de cada um dos Estados contratantes, mais um presidente. Todos os membros do Conselho Administrativo têm poderes de voto iguais, com exceção do presidente, que não tem direito a voto. O presidente do Banco Mundial é, *ex officio*, o Presidente do Conselho Administrativo do ICSID.

Dentre as principais funções do Conselho Administrativo estão: a eleição do Secretário Geral (para ser eleito, o candidato deve receber, pelo menos, 2/3 dos votos do Conselho Administrativo), a adoção de regras e regulamentos relacionadas à instauração dos procedimentos do ICSID, bem como a aprovação do orçamento e do relatório anual do ICSID.

No que tange à adoção de regras e regulamentos, o Conselho Administrativo do ICSID aprovou diversos instrumentos que regulamentam os dispositivos da Convenção ICSID. O conjunto dessas normas compõe as “Regras e Regulamentos do ICSID”, abrangendo: as Regulamentações Administrativas e Financeiras do ICSID, que disciplinam o funcionamento do Conselho Administrativo e regulam a condução dos procedimentos de conciliação e arbitragem; (ii) as Regras de Instauração, que definem os procedimentos para a instauração de conciliações e de arbitragens iniciadas via Convenção ICSID; (iii) as Regras de Arbitragem, que estabelecem os procedimentos para a condução dos processos de arbitragem, incluindo a constituição do tribunal arbitral, a apresentação do caso pelas partes e a preparação da decisão arbitral; e (iv) Regras de Conciliação, as quais estabelecem os procedimentos para a condução dos casos de conciliação¹⁸⁸.

Além das Regras e Regulamentos do ICSID, o Conselho Administrativo também adotou as Regras do Mecanismo Adicional, as quais incluem: (i) as Regras do Mecanismo Adicional em geral, que estabelecem as condições de acesso ao Mecanismo Adicional; (ii) as Regulamentações Administrativas e Financeiras do Mecanismo Adicional, que correspondem a uma versão reduzida das Regulamentações Administrativas e Financeiras

¹⁸⁸ PARRA, Antonio R. “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” in *ICSID Review*, volume 22, 2007, p. 55-68. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223869085220/article_on_icsid_regs_rules.pdf>. Acesso em: 7 nov 2014, p. 56.

do ICSID; (iii) as Regras de Conciliação do Mecanismo Adicional, equivalentes às regras da Convenção ICSID sobre o procedimento de conciliação; (iv) as Regras de Arbitragem do Mecanismo Adicional, equivalentes às regras da Convenção ICSID sobre o procedimento de arbitragem; e (v) as Regras de *Fact-Finding* do Mecanismo Adicional.¹⁸⁹

O Secretariado, por sua vez, é comandado pelo Secretário-Geral, que é o representante legal do ICSID e o responsável pelo recebimento e registros dos processos. As funções do Secretariado incluem: o suporte institucional para a condução dos processos, a assistência para a constituição de comissões de conciliação, tribunais arbitrais e comissões *ad hoc*, bem como o apoio ao seu funcionamento e operação, inclusive no que se refere às finanças de cada caso. Com efeito, é o Secretariado que organiza o painel de conciliadores e árbitros que poderão atuar na resolução de disputas envolvendo investimentos sob o sistema ICSID¹⁹⁰. Esses painéis são elaborados a partir de indicações dos Estados contratantes, que podem indicar quatro pessoas, e do Presidente do Conselho Administrativo, que pode designar 10 pessoas¹⁹¹. De acordo com dados do ICSID, 590 pessoas estão registradas nos painéis do ICSID¹⁹².

2. Funcionamento do ICSID

O ICSID teve um começo lento e, de fato, o seu reconhecimento como mecanismo efetivo para a solução de controvérsias demorou certo tempo para se consolidar¹⁹³. A

¹⁸⁹ PARRA, Antonio R. “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” in *ICSID Review*, volume 22, 2007, p. 55-68. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223869085220/article_on_icsid_regs_rules.pdf>. Acesso em: 7 nov 2014, p. 56-57.

¹⁹⁰ DIAS, Bernadete de Figueiredo. “Casos do Centro Internacional Resolução de Disputas sobre Investimento do Banco Mundial” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ (coords.), Michelle. *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 399.

¹⁹¹ A lista completa dos árbitros e conciliadores do ICSID pode ser encontrada em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDataRH&reqFrom=Main&actionVal=PanelStates&range=A~B~C~D~E>>. Acesso em: 13 nov 2014.

¹⁹² ICSID. *Annual Report 2014*, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 15.

¹⁹³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 239.

Convenção ICSID entrou em vigor em 1966 e o primeiro caso apenas foi submetido em 1972¹⁹⁴.

Durante as três primeiras décadas de funcionamento do ICSID, o número de casos registrados foi bastante baixo. Veja-se, por exemplo, que, de 1972 até 1997, o número de novos casos registrados por ano não excedeu a quatro (1974, 1984 e 1987), conforme demonstra o gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Total de casos registrados no ICSID (até 30.6.2014)

Fonte: The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2014-2).

Contudo, a partir de 1997, a situação mudou e o número de casos registrados por ano aumentou significativamente, alcançando o recorde de 50 novos casos em 2012. Em 2014, até a publicação do *The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2014-2)*, catorze novos casos já haviam sido registrados. Atualmente, 191 casos ainda estão pendentes de análise no ICSID¹⁹⁵.

O propósito da Convenção ICSID é promover o desenvolvimento econômico por meio da criação de um ambiente favorável aos investimentos, conforme expresso em seu Preâmbulo: “Considerando a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e o papel do investimento privado internacional nesse

¹⁹⁴ Holiday Inns S.A. e outros v. Morocco (ICSID No. ARB/72/1), registrado no ICSID em 13 de janeiro de 1972.

¹⁹⁵ A lista com as informações sobre os casos pendentes de análise no ICSID pode ser obtida no site do ICSID (<https://icsid.worldbank.org>) em *Cases > List of cases > Pending cases* ou diretamente no link <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>. Acesso em 18 out 2014.

sentido”¹⁹⁶. Para tanto, o ICSID fornece um sistema completo de solução de controvérsias, específico para disputas entre investidores e Estados.

A despeito da multiplicidade de opções disponíveis no ICSID para a solução de controvérsias entre investidor e Estado, o presente trabalho tem como escopo a análise dos casos resolvidos pela via arbitral. Isso porque essa forma de solução de controvérsias é predominante e as demais possibilidades são raramente utilizadas. Como reconhecido pelo próprio ICSID, a maioria dos procedimentos submetidos ao Centro segue a arbitragem¹⁹⁷.

2.1. Procedimentos ICSID: arbitragem e conciliação via Convenção ICSID e Mecanismo Adicional

As arbitragens e conciliações organizadas pelo ICSID podem ser iniciadas a partir da própria Convenção ICSID ou por meio das Regras do Mecanismo Adicional (“Procedimentos ICSID”). De acordo com os dados divulgados pelo Relatório Anual do ICSID¹⁹⁸, 40 novos casos foram registrados em 2014; desses, 8 foram iniciados com base na Convenção ICSID e dois sob as Regras do Mecanismo Adicional.

De maneira geral, a diferenciação entre conciliação e arbitragem é que conciliadores podem recomendar e árbitros devem decidir¹⁹⁹. Os procedimentos de conciliação e arbitragem conduzidos pelo ICSID podem seguir tanto as regras da Convenção ICSID²⁰⁰, quanto as Regras do Mecanismo Adicional²⁰¹.

¹⁹⁶ No original: “*Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein*”.

¹⁹⁷ No original: “*While the majority of cases before the Centre are arbitrations administered under the ICSID Convention, there has also been an increase in the use of ICSID conciliation services in recent years*”. (ICSID. *Annual Report 2014*, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 19).

¹⁹⁸ ICSID. *Annual Report 2014*, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 21.

¹⁹⁹ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136, p. 331-410 (1972-II), p. 337.

²⁰⁰ O texto integral da Convenção ICSID está disponível para consulta em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 18 nov 2014.

As regras da Convenção ICSID (para a conciliação, os artigos 28-35, e, para a arbitragem, os artigos 36-55) serão aplicadas quando o caso envolver uma disputa jurídica sobre um investimento entre um Estado signatário da Convenção e um nacional de outro Estado signatário. As Regras do Mecanismo Adicional, por sua vez, serão aplicadas às disputas jurídicas relacionadas a um investimento quando uma das partes na disputa não for signatária da Convenção ICSID, seja o Estado receptor, seja o Estado de nacionalidade do investidor.

A criação do Mecanismo Adicional foi planejada, inicialmente, como forma de atrair mais casos ao ICSID. Durante os primeiros anos de funcionamento do Centro poucos países tinham aderido à Convenção ICSID e, conseqüentemente, poucos casos haviam sido registrados no Centro. Diante desse cenário, o Conselho Administrativo do ICSID adotou o Mecanismo Adicional durante sua reunião anual de 1978. Atualmente, 30 casos já foram apreciados pelo ICSID pelas Regras do Mecanismo Adicional²⁰².

Como conta Parra²⁰³, o Mecanismo Adicional foi introduzido no ICSID de forma cautelosa, pois o Conselho Administrativo optou por implementar essas regras por prazo determinado. A decisão do Conselho que determinou a implementação do Mecanismo Adicional limitou sua vigência há cinco anos (de 1978 até 1983) e, após essa data, sua manutenção seria revista. Quando o prazo inicialmente fixado se aproximava do fim, o Conselho Administrativo decidiu prorrogar a decisão sobre a manutenção do Mecanismo Adicional para a próxima reunião do Conselho em 1984. Nessa reunião, o Conselho decidiu pela manutenção do Mecanismo Adicional, em linha com a recomendação do Secretariado.

²⁰¹ As Regras do Mecanismo Adicional abrangem, além de seu conteúdo geral, três anexos (A, B e C) que tratam do procedimento para a produção de provas, a conciliação e a arbitragem, respectivamente. O texto integral dessas Regras está disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf>. Acesso em: 18 nov 2014.

²⁰² As informações sobre o número de casos apreciados pelo ICSID via Mecanismo Adicional foram obtidas em pesquisa junto ao site do (<https://icsid.worldbank.org/>), por meio de consulta ao termo “(AF)” (Cases > Search cases > Concluded cases) em 10 de novembro de 2012. Os casos submetidos via Mecanismo Adicional são registrados com o código “(AF)” junto ao seu número, por exemplo, Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1).

²⁰³ PARRA, Antonio R. “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” in *ICSID Review*, volume 22, 2007, p. 55-68. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223869085220/article_on_icsid_regs_rules.pdf>. Acesso em: 7 nov 2014, p. 61.

A criação do Mecanismo Adicional alcançou os objetivos a que se propôs, permitindo o incremento do número de casos arbitrais iniciados junto ao ICSID. De fato, a grande inovação trazida pelo Mecanismo Adicional é a ampliação do escopo de atuação do ICSID, ao estender a jurisdição do Centro às situações em que apenas uma das partes na disputa é um Estado-parte da Convenção ICSID ou um nacional de um Estado parte da Convenção ICSID. Ou seja, o Mecanismo Adicional passou a permitir que uma arbitragem fosse conduzida pelo Centro, ainda que uma das partes não fosse signatária da Convenção ICSID (seja o Estado receptor ou o Estado de nacionalidade do investidor)²⁰⁴. Na prática, portanto, os casos submetidos ao ICSID via Mecanismo Adicional não estão subordinados à Convenção ICSID e serão apreciados, exclusivamente, com base nas regras específicas do Mecanismo Adicional, em detrimento às regras previstas pela Convenção, conforme dispõe o artigo 3º das Regras do Mecanismo Adicional²⁰⁵.

De todo modo, cabe esclarecer que pelo menos uma das partes deve ser um Estado Contratante ou um nacional de um Estado Contratante. Isso significa que o ICSID não pode decidir sobre controvérsias entre um nacional de um Estado não-membro contra outro Estado não-membro. Nesse sentido, Dolzer e Schreuer²⁰⁶ ressaltam que o Mecanismo Adicional foi particularmente relevante em relação aos casos cuja base de jurisdição é o NAFTA, pois entre os países membros do referido bloco regional, apenas os Estados Unidos é signatário da Convenção ICSID.

2.2. Procedimentos não-ICSID

Os procedimentos denominados “não-ICSID” são aqueles decorrentes de instrumentos diferentes da Convenção ICSID e das Regras do Mecanismo Adicional. Esses

²⁰⁴ COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. “Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?” in *Revista Direito GV*, volume 3, número 2, jul-dez 2007, p. 59-76.

²⁰⁵ No original: “Article 3 Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein”. (ICSID. *Additional Facility Rules*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf>. Acesso em: 18 nov 2014).

²⁰⁶ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 240.

procedimentos geralmente envolvem arbitragens da UNCITRAL e disputas iniciadas no âmbito de acordos de livre comércio.

Os serviços fornecidos em procedimentos não-ICSID são, muitas vezes, similares aos procedimentos previstos pelas regras e regulamentos do ICSID. Nesses casos, o Centro pode atuar tanto na administração de aspectos específicos de um caso (incluindo o auxílio para a nomeação de membros para um tribunal específico de um tratado ou mesmo para decidir sobre a objeção de uma das partes ao árbitro ou conciliador indicado pela outra parte) quanto no fornecimento de serviços administrativos completos na condução desse tipo de procedimento.

No ano fiscal de 2014, o Centro foi indicado como autoridade competente para nomear árbitros em seis casos e administrar oito arbitragens investidor-Estados sob as regras da UNCITRAL, duplicando o número de procedimentos não-ICSID administrados pelo Centro em comparação com o ano fiscal de 2013²⁰⁷.

3. Competência

Como regra geral, a competência do ICSID é determinada pela aplicação do artigo 25 da Convenção ICSID²⁰⁸. De acordo com o referido artigo, para que uma disputa possa

²⁰⁷ ICSID. *Annual Report 2014*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 18.

²⁰⁸ No original: “Article 25. (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (2) “National of another Contracting State” means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required. (4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of

ser apreciada pelo Centro, é necessário: (i) o *consentimento* das partes; (ii) que a disputa envolva um *Estado* signatário e um *investidor* que seja nacional de outro Estado signatário; e (iii) que a disputa envolva um *questão jurídica* decorrente diretamente de um *investimento*. Ou seja, os três requisitos devem ser cumpridos para que a jurisdição do Centre seja confirmada: *consentimento*, *ratione personae* e *ratione materiae*.

Na hipótese de algum desses requisitos não ser verificado, a disputa será rejeitada, pois o ICSID não será competente para apreciá-la. Contudo, como já mencionado anteriormente, as Regras do Mecanismo Adicional permitem que uma arbitragem seja conduzida pelo Centro, ainda que certos elementos necessários à configuração da competência não estejam presentes ou não sejam cumpridos.

A principal hipótese dessa flexibilização se refere a possibilidade de o Centro apreciar uma disputa em que uma das partes não seja signatária da Convenção ICSID (seja o Estado receptor ou o Estado de nacionalidade do investidor) ou ainda quando a disputa não decorre diretamente de um investimento, mas uma das partes é signatária (seja o Estado receptor ou o Estado de nacionalidade do investidor), nos termos do artigo 2 das Regras do Mecanismo Adicional²⁰⁹.

A confirmação da jurisdição de um tribunal é fundamental para assegurar a autoridade e o poder judicante dos árbitros. Nesse sentido, vale notar que as decisões arbitrais proferidas sem jurisdição não têm legitimidade. Portanto, a falta de jurisdição é uma das poucas razões reconhecidas para uma Corte recusar o reconhecimento ou a

the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1)''.

²⁰⁹ No original: “Article 2 - Additional Facility. The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a Additional Facility Rules State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories: (a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State; (b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State; and (c) fact-finding proceedings. The administration of proceedings authorized by these Rules is \hereinafter referred to as the Additional Facility’”.

execução de uma decisão arbitral²¹⁰. Diante da importância do tema, cada um dos requisitos para a confirmação da jurisdição do ICSID é examinado em detalhe, a seguir.

3.1. Consentimento

Nenhum procedimento pode ser instalado sob os auspícios do Centro a menos que ambas as partes da disputa tenham dado seu consentimento expresso para o início dos procedimentos. O consentimento, uma vez dado, não pode ser retirado unilateralmente pelas partes, tornando-se irrevogável.

A Convenção não prevê nenhuma forma particular para o consentimento, salvo que seja feito por escrito. De acordo com a Convenção ICSID, são aceitas como fontes de consentimento, conforme aplicável: o contrato celebrado entre as partes, as leis nacionais sobre investimento, os tratados bilaterais de investimento e os acordos multilaterais. Na prática, portanto, o Estado pode manifestar seu consentimento por meio das seguintes alternativas: (1) em face da controvérsia, por compromisso arbitral; (2) no contrato de que seja parte, por cláusula compromissória; (3) nos termos de lei nacional do Estado receptor sobre investimentos estrangeiros; ou (4) em acordo internacional de investimento²¹¹.

A participação em tratados desempenha um importante papel para a determinação da jurisdição dos tribunais, mas é incapaz de, sozinha, estabelecer a jurisdição ao caso²¹². Quando a lei nacional ou o acordo internacional sobre investimento dispuser sobre a necessidade de submissão de eventuais controvérsias decorrentes desses instrumentos ao ICSID, a autorização escrita para que o investidor inicie o procedimento arbitral contra o Estado é dada sem que se tenha em vista um conflito concreto e, portanto, o âmbito de competência do tribunal arbitral será determinado automaticamente em razão da mera existência desses instrumentos.

²¹⁰ WILLIAMS QC, David AR. “Jurisdiction and Admissibility” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 869.

²¹¹ SCHREUER, Christoph. “Consent to arbitration” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 831.

²¹² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 254.

O consentimento pode ser dado tanto antes quanto depois de instalada a disputa. Entretanto, ambas as partes devem ter dado o seu consentimento no momento em que o requerimento para a instalação da conciliação ou da arbitragem é submetido ao Secretário-Geral do Centro²¹³.

A despeito da importância do consentimento, conforme descrito acima, ele é condição necessária para a formação da jurisdição do ICSID, mas não suficiente. Ainda que haja consentimento das partes, é preciso que os requisitos *ratione personae* e *ratione materiae* sejam atendidos, pois eles constituem a natureza da própria disputa e, nesse sentido, não podem ser dispensados²¹⁴.

3.2. *Ratione personae*

A arbitragem de investimento tem uma característica bastante peculiar se comparada com as demais formas de arbitragem, pois envolve, de um lado, um Estado soberano (Estado receptor de investimento) e, de outro, um investidor estrangeiro privado. Em outras palavras, esse tipo de arbitragem permite que um indivíduo demande diretamente um Estado em foro internacional por condutas que ele tenha praticado contra o investidor em seu próprio território.

Com efeito, o poder dado ao investidor, para demandar diretamente outro Estado em casos que envolvam a matéria de investimentos, depende, e muito, do conjunto de acordos existentes entre o Estado receptor e o Estado de nacionalidade do investidor. Schneuwly²¹⁵, ao tratar sobre a proteção concedida aos investimentos privados por meio de BITs, explica que a implementação de um investimento estrangeiro cria um conjunto

²¹³ BROCHES, Aron. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136, p. 331-410 (1972-II), p. 353.

²¹⁴ WILLIAMS QC, David AR. "Jurisdiction and Admissibility" in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 871.

²¹⁵ SCHNEUWLY, Anne Mirjam. *International Investment Law and its Instruments: Managing Risks to Investors and Host States*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2200347>>. Acesso em 21 jun 2013, p. 29.

complexo de relações entre Estado receptor, investidor e Estado de nacionalidade do investidor, criando-se uma estrutura triangular.

No esquema apresentado pela autora, os “vértices” do triângulo são ocupados pelo Estado receptor, pelo investidor e pelo Estado de nacionalidade do investidor e as “linhas” que ligam esses vértices representam as relações que se formam entre esses sujeitos quando um investimento é realizado. Assim, uma primeira linha entre o investidor e o Estado receptor vai representar o investimento; uma segunda linha entre o Estado receptor e o Estado de nacionalidade do investidor vai representar o instrumento que fundamenta esse investimento (BIT ou tratado de livre-comércio, por exemplo); e uma terceira linha entre o Estado de nacionalidade do investidor e o próprio investidor vai simbolizar a possibilidade de proteção diplomática entre eles. A partir desse esquema é possível identificar quais são os sujeitos envolvidos na implementação do investimento, de modo a esclarecer a extensão do requisito *ratione personae*.

É preciso destacar que a jurisdição do Centro não abrange nem as disputas eminentemente públicas nem as eminentemente privadas. Dessa forma, as disputas entre Estados (incluindo suas subdivisões e agências), para as quais existem métodos tradicionais de solução de disputas no Direito Internacional, não serão apreciadas pelo ICSID. Da mesma forma, as disputas entre partes privadas, as quais podem ser solucionadas tanto pelas cortes e tribunais locais, quanto pela arbitragem comercial tradicional, também não poderão ser submetidas ao ICSID.

Dessa forma, o requisito *ratione personae* está relacionado a uma limitação da jurisdição do Centro com base nas características das partes. De acordo com esse requisito, para que uma disputa possa ser apreciada pelo ICSID uma das partes envolvidas deve ser um Estado-signatário da Convenção ICSID, e a outra parte deverá ser um nacional de outro Estado-signatário. Como destaca Schlemmer²¹⁶, a noção de “Estado-signatário” ou “Estado-contratante” deve ser entendida de modo a abranger não apenas o próprio Estado, mas também suas subdivisões e/ou agências que atuam com sua aprovação.

²¹⁶ SCHLEMMER, Engela C. “Investment, investor, nationality, and shareholders” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 49-88.

No mais, a Convenção exige que a parte não-estatal seja “nacional de outro Estado-contratante”. O “nacional de outro Estado-contratante”, de acordo com o artigo 25(2) da Convenção ICSID, é a pessoa natural ou jurídica que possui a “nacionalidade de um Estado-contratante que não seja a Estado parte na disputa”.

Conforme explica Broches²¹⁷, a exigência quanto à nacionalidade das partes em disputa é composta de dois elementos: um negativo e outro positivo. O elemento negativo é que as partes envolvidas no litígio não tenham a mesma nacionalidade. O elemento positivo é que a nacionalidade de cada uma delas deve ser de um Estado que seja parte na Convenção ICSID.

Na prática, a verificação do requisito *ratione personae* pode representar um grande desafio, tanto em relação à determinação da nacionalidade das partes envolvidas (especialmente empresas cujo controle é compartilhado por sócios ou acionistas de mais de um Estado), quando à confirmação de que os atos praticados pela Administração indireta dos Estados correspondem a atos praticados pelo Estado²¹⁸. Contudo, a despeito da importância de tais questões, elas não serão aqui aprofundadas por fugirem ao escopo do trabalho.

3.3. *Ratione materiae*

A jurisdição *ratione materiae* é determinada por dois critérios, quais sejam, a disputa deve se referir a uma controvérsia *jurídica* e deve decorrer diretamente de um *investimento*. Embora fundamentais para a determinação da competência do Centro, não há definição expressa desses termos na Convenção. Broches²¹⁹ explica que, durante os trabalhos preparatórios da Convenção ICSID, inúmeras propostas de definição para esses

²¹⁷ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136, p. 331-410 (1972-II), p. 355.

²¹⁸ SCHLEMMER, Engela C. “Investment, investor, nationality, and shareholders” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50 e 70-86.

²¹⁹ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136, p. 331-410 (1972-II), p. 361-362.

termos foram apresentadas, porém, nenhuma delas foi considerada satisfatória, a despeito de existirem diversas definições para “investimento” e “disputa jurídica” na doutrina econômica e nas leis nacionais. O autor defende que cada uma das definições já existentes para esses termos se provou inadequada do ponto de vista técnico ou, pior, inaceitável a um ou outro país, pois essas definições não coincidiam com as visões sobre o tipo de transação para a qual esses países estariam, de fato, se dispondo a se sujeitar em favor do Centro.

Por essas razões é que não há um conceito expresso na Convenção a permitir uma avaliação de critérios exclusivamente objetivos para determinar a existência de uma *disputa jurídica* decorrente diretamente de um *investimento*. Daí a relevância do consentimento para dar início ao procedimento, pois, sempre que as partes acreditarem estar diante de “*disputa jurídica* decorrente diretamente de um *investimento*” a discricionariedade das partes já servirá como primeiro filtro a indicar se esses elementos estão presentes ou não. Isso porque, do contrário, não haveria consentimento entre elas para submeter o caso à apreciação do ICSID.

Mortenson²²⁰ afirma que, na prática, os tribunais simplesmente examinam a definição de investimento prevista no instrumento de consentimento entre as partes, avaliam se essa definição abrange o ativo ou a empresa em questão e adotam esse resultado como elemento determinante da competência do ICSID. Quando o consentimento é dado via BIT, os tribunais simplesmente adotam a definição de investimento do referido BIT. Nos casos em que o consentimento for dado via contrato, por meio de uma cláusula arbitral, os tribunais verificam se o contrato invoca expressamente a jurisdição do ICSID ou se contém uma definição própria sobre investimento. Se a definição de investimento contida no documento de consentimento (explícita ou implícita) estende-se ao objeto da disputa, o ICSID tem competência para apreciar o caso.

Nesse sentido, Schlemmer²²¹ pontua que as definições de investimentos, para fins de aplicação do Direito do Investimento Estrangeiro, dividem-se em três concepções sobre

²²⁰ MORTENSON, Julian Davis. “The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law”, in *Harvard International Law Journal*, volume 51, 2010, p. 270.

²²¹ SCHLEMMER, Engela C. “Investment, investor, nationality, and shareholders” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 52.

o que pode ser considerado um “investimento”: ativos, transações e empresas. A primeira delas considera como investimento os “ativos” detidos pelo investidor compreendidos de forma ampla, e que são protegidos pela legislação ou pelo acordo em questão. O segundo modelo, das “transações”, protege como investimento a transferência de capital em si, não se limitando aos ativos detidos ou controlados pelo investidor. O terceiro modelo considera o investimento de forma mais ampla ainda, considerando como tal a organização dos negócios em geral e, conseqüentemente, as empresas a ele relacionadas.

A complexidade do debate sobre o que pode ser considerado como “investimento”, para fins de cumprimento do requisito jurisdicional do ICSID, está associada, em grande medida, à indefinição do conceito na própria Convenção ICSID. De fato, o termo já foi objeto de discussão em diversos casos e, até hoje, seu conceito é discutido pela doutrina e jurisprudência. Como observado por Dolzer e Schreuer²²², o caso *Fedex v. Venezuela*²²³ foi pioneiro ao estabelecer critérios para auxiliar a identificação de um investimento em determinada disputa. Posteriormente esses critérios foram aprimorados no caso *Salini v. Marrocos*²²⁴, tendo sido conhecido a partir de então como “teste Salini”, o que considera que a configuração de um investimento depende de: (i) comprometimento substancial; (ii) certa duração de tempo; (iii) assunção de risco; e (iv) certa contribuição para o desenvolvimento do Estado receptor.

A despeito da indeterminação quanto às definições sobre investimento, faz-se necessária uma rápida explanação sobre a limitação da jurisdição do tribunal às disputas ditas *jurídicas*. Tal delimitação busca distinguir “disputas jurídicas” de “disputas de caráter político, econômico, ou puramente comercial”²²⁵. Com a prática dos tribunais, viu-se que mesmo disputas de caráter político, econômico, ou puramente comercial poderiam conter uma disputa jurídica e, portanto, paulatinamente, foi-se construindo uma definição jurisprudencial mais abrangente para a noção de “disputa jurídica”.

²²² DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 65.

²²³ *Fedax N.V. v. Venezuela* (Caso ICSID No. ARB/96/3). Decisão sobre jurisdição em 11 de julho de 1997; decisão arbitral em 9 de março de 1998.

²²⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Marrocos* (Caso ICSID No. ARB/00/4). Decisão sobre jurisdição em 31 de julho de 2001.

²²⁵ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136, p. 331-410 (1972-II), p. 362.

4. Lei aplicável

Em linhas gerais, a escolha da lei aplicável a uma disputa arbitral segue as regras específicas do tribunal a que for submetida. Em relação aos casos submetidos ao ICSID, não é diferente. Depois de confirmada a competência do ICSID para apreciar determinada disputa, conforme descrito acima, a escolha de lei aplicável seguirá as regras do Centro. Nesse particular, dois dispositivos são relevantes: o artigo 42 da Convenção ICSID e o artigo 54 das Regras do Mecanismo Adicional.

O artigo 42 da Convenção ICSID²²⁶ disciplina a forma de determinação da lei aplicável aos casos que forem submetidos ao Centro pelo sistema da Convenção:

“Artigo 42

(2) O Tribunal deverá decidir a disputa de acordo com a lei acordada entre as partes. Na ausência de acordo, o Tribunal deverá aplicar as leis do Estado Contratante que seja parte na disputa (incluindo suas regras sobre o conflito de leis) e as normas de Direito Internacional conforme aplicáveis. (2) O Tribunal não poderá se abster de proferir decisão diante do silêncio ou da obscuridade da lei [*non liquet*]. (3) O disposto nos parágrafos (1) e (2) não restringe o poder do Tribunal de decidir uma disputa *ex aequo et bono*, se as partes assim acordem”.

No mesmo sentido, o artigo 54 das Regras do Mecanismo Adicional²²⁷ estabelece qual a lei a ser aplicada às disputas submetidas via Mecanismo Adicional:

“Artigo 54

²²⁶ No original: “Article 42. (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.” (Regras e Regulamentos da Convenção ICSID. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em: 29 nov 2014).

²²⁷ No original: “Article 54 - Applicable Law. (1) The Tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply (a) the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable and (b) such rules of international law as the Tribunal considers applicable. (2) The Tribunal may decide *ex aequo et bono* if the parties have expressly authorized it to do so and if the law applicable to the arbitration so permits”. (Regras e Regulamentos do Mecanismo Adicional. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp>>. Acesso em: 29 nov 2014).

(1) O Tribunal deverá aplicar a lei designada pelas partes conforme aplicáveis ao mérito da disputa. Inexistindo tal designação pelas partes, o Tribunal deverá aplicar:

(a) a lei determinada pelas regras de conflito de leis que o Tribunal entenda aplicável e

(b) as normas de direito internacional que o Tribunal entenda aplicáveis.

(2) O Tribunal pode decidir uma disputa *ex aequo et bono*, se as partes autorizarem expressamente e se a lei aplicável à arbitragem assim permitir.

Pela leitura dos dispositivos, percebe-se que as partes possuem ampla discricionariedade quanto à lei a ser aplicada à disputa, seja via procedimentos submetidos pela Convenção ICSID ou pelo Mecanismo Adicional. Tal conclusão é extraída do trecho do artigo que dispõe que o tribunal “aplicará as regras de Direito”, sem qualquer limitação ao fato de essas regras serem nacionais ou internacionais. As partes, portanto, podem decidir tanto pela aplicação de lei nacional ou à parte dela, ou mesmo pela aplicação de regras gerais de Direito e regras de Convenções Internacionais.

Nesse sentido, Di Pietro²²⁸ chega a afirmar que a aplicação de regras de Convenções Internacionais seria possível ainda que essas Convenções não estivessem em vigor nos Estados envolvidos na disputa. O autor também reconhece que a linguagem permissiva do dispositivo autorizaria a adoção de cláusulas mais complexas sobre a lei aplicável, construídas pela aplicação de técnicas de *depeçage* e *trunc commune*²²⁹.

Na prática, contudo, a escolha da lei aplicável é menos complexa, abrangendo uma combinação entre a lei nacional do Estado receptor e as normas e princípios de Direito Internacional. A escolha de lei aplicável pautada exclusivamente na lei nacional ou exclusivamente no Direito Internacional é rara. Também é rara a escolha pela aplicação de lei do Estado de nacionalidade do investidor.

²²⁸ DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 238.

²²⁹ A técnica de *depeçage* é bastante conhecida no Direito Internacional e consiste em subordinar o contrato a certos dispositivos de leis nacionais diferentes. O *trunc commune* foi originalmente idealizado para identificar a lei aplicável na ausência de acordo sobre a lei aplicável por meio da aplicação de princípios comuns previstos nos sistemas jurídicos de ambas as partes. Posteriormente, o *trunc commune* se transformou em uma técnica para possibilitar de princípios de Direito comuns a mais de um sistema jurídico nacional. (DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 238).

Conforme já mencionado no presente trabalho, o desenvolvimento do Direito Internacional em matéria de disputas de investimento envolvendo um Estado receptor e um investidor estrangeiro foi marcado por duas visões antagônicas, a dos países importadores e a dos países exportadores de capital. Dessa forma, o mecanismo criado para escolha de lei aplicável às disputas apreciadas pelo ICSID buscou acomodar os interesses de países exportadores e importadores da capital, favorecendo a aplicação da lei nacional e, ao mesmo tempo, permitindo a aplicação do Direito Internacional.

Nesse sentido, a própria criação do ICSID é resultado dos esforços internacionais em conciliar essas visões. A estratégia adotada pelo Banco Mundial com a criação do ICSID buscou oferecer um mecanismo imparcial para a solução de controvérsias, a despeito da ausência de consenso internacional sobre o conteúdo das normas substantivo aplicáveis aos investimentos. Isso permitiu que os Estados concordassem com a criação do Centro, sem a necessidade de se comprometer com determinado conjunto de normas.

Di Pietro²³⁰ ensina que, de um lado, há o entendimento de que o Direito Internacional deve ser aplicado aos contratos de investimento e que tais contratos devem receber o *status* de “tratados quase internacionais” – ainda que uma das partes desse contrato não usufrua da condição de sujeito de Direito Internacional. A aplicação do Direito Internacional, de acordo com esse entendimento, fornece um conjunto abrangente de regras capaz de evitar resultados decorrentes da aplicação da lei do Estado receptor, potencialmente desfavoráveis aos investidores. De outro lado, há o entendimento de que a lei do Estado receptor deve ser aplicada sempre. Em primeiro lugar, porque essa será a lei que as regras sobre conflito normativo indicarão como lei aplicável ao contrato de investimento. Em segundo lugar, porque o Estado receptor é responsável pelo controle e fiscalização das atividades econômicas desenvolvidas em seu território e, conseqüentemente, não deverá subordinar-se ao quadro normativo criado e imposto pelos países exportadores de capital.

²³⁰ DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 277-278.

A partir dessas breves observações, não é difícil constatar que a internacionalização da lei aplicável em relação às disputas de investimento surgiu para assegurar aos investidores níveis de proteção superiores àqueles garantidos pelos Estados onde os investimentos estivessem localizados. A discussão sobre o cabimento da aplicação de normas internacionais às relações de investimento é antiga e remete aos esforços para a definição de um padrão mínimo de proteção aos investimentos no plano internacional, conforme visto na primeira parte desse trabalho.

A possibilidade de combinação da lei nacional como as normas e princípios de Direito Internacional na determinação da lei aplicável aos investimentos pode ser atribuída aos BITs. O contexto que cerca a criação dos BITs foi marcado pela necessidade de se afastar as disputas relacionadas a um investimento da jurisdição nacional. Dessa forma, esses instrumentos buscaram criar um regime jurídico mais internacionalizado aos investimentos, daí a inclusão de cláusulas sobre lei aplicável que combinam lei nacional com normas e princípios de Direito Internacional.

Alguns indícios apontam que a escolha pela lei internacional tende a aumentar em um futuro próximo. Em primeiro lugar, pela própria expansão do número de BITs, como já discutido no primeiro capítulo. E, em segundo lugar, pela crescente incorporação de normas internacionais aos ordenamentos jurídicos nacionais. Isso porque, quando normas nacionais e internacionais se equivalem, não há diferença substancial na aplicação de uma ou outra e, ao fim e ao cabo, a norma internacional estará sendo aplicada.

A possibilidade de aplicação de normas de Direito Internacional não suscita dúvidas, quando as partes assim acordaram. Contudo, é frequente que os tribunais do ICSID se deparem com discussões sobre a possibilidade, ou não, de aplicação da lei internacional quando o acordo das partes sobre a lei aplicável não abrangeu expressamente as normas de Direito Internacional. Como nota Viñuales, a discussão sobre a lei aplicável carrega certa controvérsia no que tange às relações específicas entre lei nacional e internacional²³¹.

²³¹ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 287.

De um lado, há aqueles que defendem que o Direito Internacional não deve ser aplicado, pois essa possibilidade apenas é permitida no caso de não haver acordo entre as partes, conforme dispõe a segunda parte do artigo 42(1) (“(...) *Na ausência de acordo, o Tribunal deverá aplicar as leis do Estado Contratante que seja parte na disputa (incluindo suas regras sobre o conflito de leis) e as normas de Direito Internacional conforme aplicáveis.*”) e a segunda parte do artigo 54 (1) (“*Inexistindo tal designação pelas partes, o Tribunal deverá aplicar: (a) a lei determinada pelas regras de conflito de leis que o Tribunal entenda aplicável e (b) as normas de direito internacional que o Tribunal entenda aplicáveis.*”). Tal interpretação estaria fundada no brocado *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit*²³², em razão de a referência específica ao Direito Internacional estar relacionada apenas à hipótese de não haver acordo. Ou seja, nos casos em que a Convenção permite a aplicação do Direito Internacional, há previsão expressa; em qualquer outra circunstância, a aplicação das normas internacionais não deveria ser permitida. Além disso, a aplicação de normas internacionais, sem que as partes tivessem previsto tal possibilidade, configuraria, inclusive, uma afronta a sua autonomia da vontade. Por consequência, qualquer argumentação quanto à existência de uma intenção implícita para a aplicação de normas de Direito Internacional teria que ser desconsiderada²³³.

De outro lado, em resposta a essa interpretação, há argumentos que defendem que a intenção da Convenção seria a de permitir a aplicação do Direito Internacional em qualquer hipótese e que a omissões à expressão “Direito Internacional” na primeira parte dos artigos 42 e 54 seria uma mera técnica de redação. A análise mais detalhada sobre esses trechos demonstra que a referência é feita às “regras de Direito”, sem qualquer limitação às regras nacionais ou internacionais. Dessa forma, como as “regras de Direito” mencionadas no artigo podem ser tanto nacionais quanto internacionais, uma segunda referência ao Direito Internacional nesse trecho seria redundante.

A jurisprudência de alguns tribunais do ICSID e a doutrina parecem corroborar o argumento de que o Direito Internacional deve ser levado em conta, ainda que o acordo

²³² “Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 198).

²³³ DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonésia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 241.

entre as partes sobre a lei aplicável não disponha especificamente sobre sua aplicação²³⁴. Nesse sentido, Schreuer²³⁵ comenta:

“A completa exclusão de padrões de Direito Internacional como consequência da escolha de lei acordada entre as partes, que indicasse um sistema jurídico doméstico levaria, de fato, a consequências extraordinárias. Isso significaria que um Tribunal do ICSID teria que apoiar ações discriminatórias e arbitrárias de um Estado receptor, violações praticadas pelas empresas de sua nacionalidade, que são, evidentemente, de má-fé ou representam uma denegação de justiça, enquanto tais medidas estivessem em conformidade com a lei doméstica aplicável, a qual provavelmente será aquela do Estado receptor. Isso significaria dizer que um investidor externo por simplesmente assentir com uma lei aplicável estaria renunciando aos padrões mínimos de proteção ao estrangeiro e sua propriedade, desenvolvidos pelo direito costumeiro. Tal solução dificilmente estaria de acordo com os objetivos da Convenção, particularmente, o de ‘promover um ambiente de confiança mútua’.”

Portanto, de acordo com essa interpretação mais favorável à internacionalização, é necessário assegurar que os padrões internacionais de proteção ao investimento estrangeiro serão aplicados, ainda que a cláusula de lei aplicável disponha sobre a aplicação da lei nacional do Estado receptor. Nesse particular, argumenta-se que seria inerente à própria jurisdição dos tribunais do ICSID considerar a aplicação do Direito Internacional, mesmo diante da ausência de previsão específica na cláusula de lei aplicável.

Além disso, seria incomum pensar que o afastamento da proteção diplomática, tal como previsto pelo artigo 27 da Convenção ICSID²³⁶, desse lugar a um procedimento que

²³⁴ DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 242.

²³⁵ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. 2nd edition. Cambridge University Press, 2013. Disponível por meio do GoogleBooks em: <books.google.com.br/books?isbn=0521885590>. Acesso em: 30 nov 2014, p. 585.

²³⁶ O artigo 27 da Convenção ICSID estabelece que: “(1) Nenhum dos Estados Contratantes deverá conferir proteção diplomática, ou apresentar pleito internacional, relativamente a disputa em que um de seus nacionais e outro Estado Contratante consentiram em submeter ou submeteram à arbitragem nos termos desta Convenção, salvo se o referido outro Estado Contratante falhou em se submeter e cumprir com a decisão final conferida na disputa. (2) Proteção diplomática, para os fins do parágrafo (1), não inclui os entendimentos diplomáticos informais com o propósito exclusivo de facilitar a solução da disputa por meio de acordo.” [No original: “Article 27 (1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute”].

ignore os padrões mínimos de tratamento internacionalmente reconhecidos em prejuízo das partes. Com efeito, a busca pelo padrão mínimo foi motivada para assegurar maior proteção aos investidores. Dessa forma, não faria sentido supor que as mesmas partes a quem se destinam essas proteções, as dispensem completamente na hipótese de a cláusula de lei aplicável não fazer referência expressa à aplicação do Direito Internacional.

Muito embora não haja uma posição final sobre essas discussões, é possível notar que a jurisprudência do ICSID tem-se mostrado favorável à aplicação do Direito Internacional, ainda que não haja previsão expressa na cláusula de lei aplicável acordada pelas partes.

A forma como as partes celebram o “acordo” sobre a lei aplicável é igualmente digna de nota. Há certa discussão na doutrina sobre quais tipos “acordo” podem ser reconhecidos como indicativos da escolha da lei aplicável à disputa, se apenas os acordos explícitos ou também aqueles implícitos. Não há dúvida de que os acordos sobre a lei aplicável expressamente previstos serão considerados. Contudo, considerando que a Convenção não exige que o acordo entre as partes sobre a lei aplicável seja expresso, resta esclarecer se os acordos ditos “implícitos” têm o condão de representar a vontade das partes sobre a lei que desejam ver aplicada no caso. Nesse sentido, Parra²³⁷ nota que durante as seções de negociação da Convenção, comentava-se que os tribunais poderiam aplicar normas extraídas dos fatos e circunstâncias que cercassem a relação entre as partes.

A doutrina costuma tratar duas situações em que essa discussão pode surgir: pela referência a dispositivos específicos da lei nacional e pela conduta das partes. Em relação à primeira situação, entende-se que a mera referência a dispositivos da lei nacional no contrato de investimento não é suficiente a indicar a intenção das partes para que eventuais disputas fossem apreciadas pela lei nacional. A intenção das partes poderia ser a de aplicar a lei nacional a apenas às situações específicas em que a menção a lei nacional foi feita e não ao contrato como um todo ou mesmo para a solução de eventuais controvérsias. No que tange à conduta das partes, essa situação encontra mais chance de efetivamente indicar a lei aplicável, especialmente quando as ambas as partes fazem referência aos mesmos

²³⁷ PARRA, Antonio R. “Applicable Law in Investor-State Arbitration” in ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2008, p. 3-12. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor-state_arbitration.doc>. Acesso em: 30 nov 2014.

dispositivos nas manifestações que apresentam aos tribunais do ICISD. Isso denota que entre elas há consenso sobre quais as normas a serem consideradas na disputa, mesmo que não haja um acordo expresso nesse sentido.

Na ausência de acordo entre as partes sobre qual a lei ser aplicada na disputa, os tribunais do ICSID deverão recorrer à segunda parte do artigo 42(1) da Convenção ICSID e do artigo 54 das Regras do Mecanismo Adicional, os quais fazem referência “às normas para solução de conflitos de leis” e “às regras de Direito Internacional aplicáveis”.

Para explicar essa redação, Di Pietro²³⁸ rememora as discussões que ocorreram durante a negociação da Convenção ICSID. Na época, os países importadores de capital se opuseram à redação do artigo 42(1), a qual estabelecia que, na ausência de acordo sobre a lei aplicável, o tribunal deveria decidir a disputa conforme as leis nacionais e internacionais que entendesse aplicáveis. Esse dispositivo, tal como inicialmente redigido, suscitava preocupações sobre os poderes atribuídos ao tribunal para aplicar a lei nacional de outro Estado, que não o Estado receptor.

Os especialistas chamados a se pronunciar sobre esse ponto confirmaram que essa interpretação era plausível. Os países exportadores de capital, por sua vez, apoiavam a redação inicial do artigo 42(1), pois ela permitiria que os tribunais do ICSID levassem em consideração a lei nacional do Estado de nacionalidade do investidor.

Como mencionado anteriormente, a atual redação do artigo 42(1) é fruto do compromisso do ICSID em equilibrar esses dois pontos de vista divergentes. Broches²³⁹ explica que a solução encontrada estabeleceu que, na ausência de acordo entre as partes, o tribunal deverá, primeiramente, recorrer à lei nacional do Estado receptor do investimento para solucionar o mérito da disputa e, em seguida, o resultado dessa aplicação deverá ser contraposto ao Direito Internacional. Nesse processo não se busca confirmar ou negar a validade da lei nacional, mas é possível afastar sua aplicação, caso se identifique que a

²³⁸ DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 249-250.

²³⁹ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136 (1972-II), p. 391-392.

aplicação da lei nacional viola o Direito Internacional. Na prática, portanto, os tribunais do ICSID consideram que a relação entre Estado receptor e investidor é regida, primordialmente, pela lei nacional desse Estado. Assim, o Direito Internacional apenas seria aplicado nas situações em que a lei nacional fosse a ele contrária. Consequentemente, os tribunais do ICSID deveriam aplicar, primeiramente, a lei nacional.

Nesse particular, Parra²⁴⁰ ressalta que o resultado dessa aplicação deveria, então, ser testado para verificar se estaria em desacordo com o Direito Internacional. Embora esse exercício não envolvesse qualquer julgamento sobre a validade da lei nacional, poderia, eventualmente, resultar na recusa do tribunal do ICSID em aplicar a norma nacional.

Vale notar que o Relatório dos Diretores Executivos²⁴¹ expressamente dispôs que a expressão “Direito Internacional”, quando utilizada para a determinação da lei aplicável a uma disputa sob apreciação de um tribunal do ICSID, deveria ser tomada no sentido disposto no artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça²⁴²:

“Artigo 38.

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

²⁴⁰ PARRA, Antonio R. “Applicable Law in Investor-State Arbitration” in ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2008, p. 3-12. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor-state_arbitration.doc>. Acesso em: 30 nov 2014.

²⁴¹ No original: “The term ‘international law’ is used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes”. (INTERNATIONAL BANK FOR THE RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 1965. Disponível por meio do GoogleBooks em: <http://books.google.com/books?id=5xRUamtcY-IC&source=gbs_navlinks_s>. Acesso em: 30 nov 2014, p. 31).

²⁴² Tradução conforme Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual o Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz parte integrante. No original: “Article 38 - 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”.

d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

Como nota Di Pietro²⁴³, o aspecto interessante na referência ao artigo 38 do Estatuto da CIJ é que ele busca assegurar aos tribunais do ICSID uma ampla gama de fontes para a identificação de regras internacionais adequadas a ser aplicadas para resolver as disputas submetidas à sua análise.

Sornarajah²⁴⁴ observa que, embora a Convenção ICSID tenha buscado estabelecer um sistema que permanecesse neutro e equilibrado entre os interesses do investidor estrangeiro e do Estado receptor, há certa ênfase para que a escolha da lei aplicável seja pautada, inicialmente, pelas leis domésticas do Estado receptor. O autor associa essa estratégia ao interesse do ICSID em assegurar a participação de países importadores de capital ao sistema e, ao mesmo tempo, incentivar o desenvolvimento da internacionalização das normas aplicáveis às disputas de investimento.

Os dispositivos finais do artigo 42, itens (2) e (3) tratam da proibição do *non liquet* e dos poderes do tribunal em decidir uma disputa *ex aequo et bono*, respectivamente. O artigo 42(2) determina que os tribunais do ICSID não podem se abster de decidir uma disputa diante do silêncio ou a obscuridade das normas a serem aplicadas. Nesse particular, Broches²⁴⁵ ensina que a inclusão da proibição do *non liquet* ao texto da Convenção ICSID seguiu o Modelo de Regras sobre Procedimento Arbitral adotado pela Comissão de Direito Internacional da ONU. A ideia geral por trás dessa previsão é deixar claro que o Direito Internacional oferece aos juízes e árbitros internacionais elementos suficientes para que qualquer decisão seja proferida, em posição ao à teoria positivista de que a ordem jurídica internacional é incompleta²⁴⁶.

²⁴³ DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 256.

²⁴⁴ SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 430.

²⁴⁵ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136 (1972-II), p. 387.

²⁴⁶ BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136 (1972-II), p. 388.

Além disso, o dispositivo em questão é reforçado pelo artigo 48(3) da Convenção ICSID, que estabelece que a decisão deverá abordar toda e qualquer questão submetida à apreciação do tribunal. Nesse contexto, entende-se que o conjunto de leis e normas que puder ser identificado por meio da aplicação do artigo 42(1) é suficientemente completo para assegurar uma resposta a cada questão suscitada pelas partes. Com efeito, a referência ao artigo 38(1) do Estatuto da CIJ no Relatório dos Diretores Executivos, conforme mencionado anteriormente, reduz a possibilidade de haver qualquer tipo de situação que justificasse uma posição *non liquet*.

O artigo 42(3), por sua vez, dispõe que o tribunal está autorizado a decidir uma disputa *ex aequo et bono*, se as partes assim autorizarem. A opção das partes por esse tipo de decisão confere ao tribunal liberdade para decidir o caso com base na equidade e nas suas considerações próprias de justiça. Para tanto, ele pode, inclusive, afastar a aplicação de uma norma que incida sobre o caso, se assim entender ser mais adequado.

Percebe-se que a aplicação de determinada lei pode depender não só da escolha das partes, mas também das concepções de justiça e equidade do tribunal designado para resolver a questão. Contudo, isso não significa os tribunais possam se pronunciar sobre matérias que não tenham sido suscitadas pelas partes em conflito, ou mesmo possam conceder remédios que não tenham sido solicitados no caso. Com efeito, a decisão que conceder remédios não solicitados, inclusive, caracteriza-se como *ultra petitia* (além do pedido) e, como tal, pode ser causa para que as partes solicitem sua anulação.

5. Confidencialidade e transparência

A confidencialidade é tradicionalmente considerada como um dos mais importantes atributos da arbitragem comercial internacional entre partes privadas²⁴⁷. Contudo, na arbitragem internacional de investimento, a presença cada vez mais frequente de assuntos

²⁴⁷ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 287.

de interesse público tem exigido maior abertura e transparência aos procedimentos. Puig²⁴⁸ comenta que a transparência, não a confidencialidade, deve ser a regra, e não a exceção, o que, contudo, ainda não é visto na prática.

A implementação de maior transparência exigirá mudanças na forma de condução da arbitragem investidor-Estado. Nesse sentido, dois pontos são fundamentais: acesso à informação e participação de terceiros interessados²⁴⁹, os quais já começam a ser vistos com cada vez mais frequência nos casos.

5.1. Acesso à informação

As regras do ICSID (artigos 22 e 23 das Regulamentações Administrativas e Financeiras do ICSID) determinam que a Secretaria-Geral do Centro é obrigada a publicar informações sobre a existência e o progresso dos casos em andamento. Na maior parte das vezes, isso é feito por meio do site do ICSID. Todavia, as decisões não são disponibilizadas ao público automaticamente e apenas serão publicadas se ambas as partes assim consentirem. As regras do ICSID determinam que o Centro não publicará nenhuma decisão sem o consentimento das partes (artigo 48(5) da Convenção ICSID e artigo 53(3) das Regras do Mecanismo Complementar).

Vale notar que, mesmo nos casos em as partes não consentem com a divulgação integral da decisão arbitral, o ICSID pode publicar os trechos dos fundamentos jurídicos adotados como razão de decidir em cada caso. Conforme informações do Relatório Anual do ICSID 2014, o Centro criou a chamada “*Publication Initiative*”, por meio da qual são publicados no site do ICSID informações sobre o andamento dos procedimentos em análise e as decisões proferidas no caso. Sempre que as partes não consentirem com a divulgação integral das informações e documentos do caso, o Centro publicará trechos dos fundamentos jurídicos considerados nas decisões.

²⁴⁸ PUIG, Sergio. “Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration, and International Investment Law” in *Georgetown Journal of International Law*, volume 44, número 531, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2297219>>. Acesso em: 2 dez 2014, p. 31.

²⁴⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 286.

Durante o ano fiscal de 2014, o ICSID publicou diversas decisões de casos encerrados em 2012, 2013 e início de 2014. Mesmo após a conclusão dos trabalhos, o Centro mantém contato com as partes envolvidas de modo a obter sua autorização para publicar os documentos relevantes do caso. O site do ICSID tem funcionado como o principal instrumento para aumentar a transparência de suas atividades, permitindo a divulgação das informações sobre o andamento dos casos, bem como para disponibilizar o acesso aos documentos relevantes de cada julgamento²⁵⁰. De todo modo, mesmo que algumas decisões do ICSID não sejam divulgadas, o Centro ainda detém posição de destaque no quesito transparência. Veja-se, por exemplo, que decisões de outros tribunais são publicadas apenas esporadicamente e é quase impossível saber quantas arbitragens fora do ICSID são iniciadas, uma vez que não há um registro unificado desses procedimentos²⁵¹.

Ainda que o nível de acesso atualmente disponível não seja o ideal, é inegável que o ICSID tem evoluído significativamente nesse quesito. Diversos casos recentes tem contado com a participação de *amicus curiae*²⁵², algo bastante improvável há pouco tempo atrás, conforme exposto a seguir.

5.2. Participação de terceiros – *amicus curiae*

Em relação à participação de terceiros, o entendimento do Centro alterou-se nos últimos anos. Tradicionalmente, as audiências para a oitiva de testemunhas são fechadas ao

²⁵⁰ ICSID. *Annual Report 2014*, Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014, p. 40.

²⁵¹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012, p. 287.

²⁵² Vide, por exemplo, o caso “Piero Foresti, Laura De Carli e outro v. África do Sul” (Caso ICSID No. ARB(AF)/07/1), em que uma coalizão de organizações não-governamentais (*Centre for Applied Legal Studies*; *Center for International Environmental Law*; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights*; e *Legal Resources Centre* e, por meio de uma petição em separado, a Comissão Internacional de Juristas) obteve acesso a informações do caso, em razão da natureza sensível dos pedidos dos investidores, os quais teriam sido expropriados com base em dispositivos da legislação sul-africana (Lei de Desenvolvimento de Recursos Minerais e Petrolíferos), aprovada com vistas a tratar, entre outros temas, das desigualdades econômicas decorrentes do regime do *apartheid* na África do Sul. (PONTES QUINZENAL, volume 4, número 19, 9 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/downloads/pontesquinzenal/pq4-19.pdf>>. Acesso em: 21 set 2014).

público em geral e somente os membros do tribunal, as partes e seus advogados são autorizados a participar. As testemunhas que serão ouvidas na audiência participam apenas durante seu depoimento e não acompanham a audiência inteira. Desde 2006, contudo, o tribunal pode autorizar a participação de outras pessoas que não estejam diretamente relacionadas ao procedimento. Alguns tratados de investimento, inclusive, já preveem que as audiências referentes às arbitragens investidor-Estado deverão ser abertas ao público.

Com cada vez mais frequência os tribunais do ICSID têm autorizado a participação de *amicus curiae* nos casos submetidos à sua apreciação. Essa mudança de paradigma está relacionada às críticas que o Centro sofreu sobre a manutenção de confidencialidade em casos que impactavam a implementação de serviços de interesse público²⁵³, como geração de energia, sistema de fornecimento de água, tratamento de esgotos, descarte de resíduos etc.

De fato, essa mudança representa uma importante evolução na forma de conduzir os casos, pois permite que os tribunais tenham acesso a outros pontos de vista sobre os impactos decorrentes do resultado da solução da disputa em questão, que não só aqueles trazidos pelas partes. Nos casos aqui analisados, a participação de *amicus curiae* esteve presente nos casos Biwater Gauff v. Tanzânia²⁵⁴ e Piero Foresti, Laura de Carli e outros v. África do Sul²⁵⁵. Para os tribunais que apreciaram esses casos, a presença de questões sensíveis do ponto de vista do interesse público, justificavam a participação de terceiros.

²⁵³ LEVINE Eugenia. “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation” in *Berkeley Journal of International Law*, volume 29, 2011, p. 200-224. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>>. Acesso em: 21 out 2014.

²⁵⁴ Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia (Caso ICSID ARB/05/22). Decisão arbitral de 24 de julho de 2008.

²⁵⁵ Piero Foresti, Laura de Carli e outros v. África do Sul (Caso ICSID ARB(AF)/07/1). Decisão arbitral de 4 de agosto de 2010.

PARTE III – O TRATAMENTO DAS QUESTÕES AMBIENTAIS PELOS TRIBUNAIS DO ICSID: ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS

O ferramental teórico apresentado nas duas primeiras partes do trabalho presta-se a dar suporte ao seu objetivo central, que é identificar de que forma os tribunais constituídos sob os auspícios do ICSID têm enfrentado as questões ambientais submetidas à sua análise. Como visto, a aproximação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e do Direito Internacional Ambiental tem ocorrido tanto no plano substantivo (edição de normas que aliam a proteção dos investimentos com preocupações ambientais), quanto no plano adjudicatório (aumento do número de disputas internacionais que envolvem aspectos ambientais). Contudo, pouco ainda se sabe sobre como essa aproximação ocorre no ICSID.

Nesse particular, a presente pesquisa pretende responder *como os tribunais do ICSID têm decidido as disputas de investimento que envolvam questões ambientais* e *se há espaço para a aplicação de normas ambientais às decisões, à luz dos artigos 42 da Convenção ICSID e 54 das Regras do Mecanismo Adicional*, de modo a testar se há uma tendência do ICSID em favorecer a aplicação das normas de proteção do investimento em detrimento das normas internacionais de proteção ao meio ambiente eventualmente aplicáveis.

A tentativa de responder a essas questões dar-se-á mediante a apresentação dos resultados obtidos a partir da pesquisa empírica de coleta e sistematização das decisões proferidas pelos tribunais do ICSID sobre as disputas de investimentos que envolveram questões ambientais²⁵⁶. A escolha pela pesquisa empírica, pautada pela análise das decisões dos tribunais do ICSID, está fundamentada na necessidade de se obter dados seguros e fidedignos sobre o impacto que a atual regulamentação do meio ambiente exerce no âmbito dos investimentos estrangeiros. A realização do desenvolvimento sustentável e,

²⁵⁶ As 15 decisões analisadas foram selecionadas a partir da metodologia descrita na Introdução do presente trabalho e estão limitadas ao período compreendido entre 1º de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2013.

em especial, a proteção ao meio ambiente, dependem de políticas públicas efetivas, cuja implementação seja verificada na prática. Daí a importância de se conhecer como os tribunais do ICSID decidem essas questões, pois isso indica a efetividade das normas editadas com vistas a se conciliar a proteção do meio ambiente com a proteção do investimento para que, ao fim, seja possível alcançar o desenvolvimento sustentável.

Como já notado anteriormente, para que uma disputa seja apreciada pelos tribunais do ICSID é preciso, primeiramente, que a competência do tribunal seja confirmada, pois, do contrário, nenhum pronunciamento de mérito será realizado. Dessa forma, não basta que as partes levem ao conhecimento do tribunal questões ambientais, mas, principalmente, que isso seja feito de modo a atender os requisitos formais exigidos pelas normas do Centro. Após confirmada a competência do Centro, a determinação da lei aplicável à disputa pode permitir, ou não, a aplicação do Direito Internacional e, conseqüentemente, do Direito Internacional Ambiental.

Diante desse contexto, a análise aqui desenvolvida foi dividida em duas partes, uma quantitativa e outra qualitativa. Na primeira parte, a análise o aspecto quantitativo das informações obtidas é tratado, de modo a apresentar um balanço geral sobre os casos, demonstrando a representatividade dos principais quesitos considerados no questionário aplicado. Na segunda parte, a análise dos casos segue de forma qualitativa, explorando os aspectos jurisdicionais e as questões de mérito.

1. Análise quantitativa: balanço geral sobre os casos

A análise quantitativa aqui desenvolvida busca apresentar um balanço geral sobre os casos, contemplando informações sobre o número de casos envolvendo questões ambientais julgados por ano; os países que mais vezes figuraram como demandantes e demandados; e os setores econômicos envolvidos nessas disputas. A ideia é demonstrar o atual estágio de desenvolvimento da questão ambiental no ICSID, a partir dos dados coletados.

1.1. Distribuição dos casos por ano

Os casos que envolveram questões ambientais representam pouco mais de 6,5% do total de casos julgados pelo ICSID no período considerado para análise (de 1º de janeiro de 2000 a 31 de dezembro de 2013).

A incidência de questões ambientais foi bastante uniforme durante o período abrangido pela amostra selecionada: pelo menos um caso foi julgado por ano, com exceção de 2001, 2002 e 2009, em que nenhum caso foi julgado; em 2000, três casos foram julgados e em 2007, 2008 e 2012, dois casos foram apreciados em cada ano.

Gráfico 2 – Distribuição dos casos selecionados por ano

O número de casos decididos em cada ano não permite estabelecer nenhuma correlação com o processo evolutivo dos regimes jurídicos analisados no primeiro capítulo. Ou seja, a criação de novos instrumentos normativos, sejam ambientais ou de investimento estrangeiro, não parece influenciar o número de casos submetidos ao ICSID compreendendo questões ambientais²⁵⁷.

1.2. Países demandantes v. Países demandados

Os dezesseis casos analisados foram iniciados por investidores. Os demandantes têm origem em onze países distintos (Estados Unidos, Alemanha, Espanha, Argentina,

²⁵⁷ Nesse particular, a despeito de a metodologia adotada para o presente estudo ter limitado a análise aos casos decididos após 2000, talvez seja interessante, em um próximo estudo, expandir o período investigado até o início do funcionamento do ICSID para verificar a evolução da incidência das questões ambientais a partir de uma amostra maior de casos. A seleção ora analisada é pequena em relação ao total de casos já decididos pelo ICSID.

Chile, Chipre, Itália, Luxemburgo, Malásia, Noruega e Reino Unido), enquanto os demandados são de outros onze países (México, Costa Rica, África do Sul, Argentina, Bulgária, Chile, El Salvador, Espanha, Lituânia, Peru e Tanzânia), distribuídos conforme gráficos 3 e 4, abaixo.

Gráfico 3 – Número de casos por países demandantes

Gráfico 4 – Número de casos por países demandados

Sob o ponto de vista dos países demandantes, os investidores estadunidenses foram aqueles que mais iniciaram disputas envolvendo questões ambientais, totalizando cinco casos. Alemanha e Espanha iniciaram dois casos cada e os demais países iniciaram um caso cada. Os investidores de Itália e Luxemburgo iniciaram um caso em conjunto. Já sob o ponto de vista dos países demandados, a maioria dos casos envolveu países da América Latina (dez casos), sendo o México o país que mais vezes figurou como demandado. Em apenas cinco casos foram demandados países fora dessa região: três deles na Europa (Bulgária, Espanha e Lituânia) e dois na África (África do Sul e Tanzânia).

A participação bastante variada de países nas disputas apreciadas pelo ICSID, tanto na posição de demandante como de demandado, não permite que se extraia algum padrão ou tendência a respeito das disputas de investimento que envolvam questões ambientais.

Veja-se, por exemplo, Estados Unidos e México, países que mais vezes figuraram como demandante e demandado, respectivamente, na amostra selecionada. Em um primeiro momento poderia se pensar que esses resultados seriam reflexo da participação desses países no NAFTA, porém nada indica que isso explique os resultados apurados. Dos cinco casos iniciados por investidores estadunidenses, apenas dois foram contra o México, um contra a Costa Rica, um contra a Argentina e um contra El Salvador. Da mesma forma, os quatro casos em que o México figurou como demandado foram iniciados por Estados Unidos e Espanha, com dois casos cada. Ou seja, não parece haver qualquer correspondência entre o país mais demandante e o mais demandado, apenas de que, justamente, não há indícios de que um país seja mais suscetível que outro a iniciar ou responder demandas dessa natureza no ICSID.

1.3. Setores econômicos envolvidos

Em relação aos setores econômicos envolvidos nas disputas ambientais identificadas, os casos ficaram distribuídos da seguinte forma:

Gráfico 5 – Distribuição dos casos selecionados por setor econômico

Chama atenção o fato de que setores como estacionamento e indústria alimentar tenham envolvido discussões ambientais. Isso demonstra que o critério proposto por Viñuales²⁵⁸ é demasiadamente estreito, pois considerava apenas os setores que envolviam

²⁵⁸ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 17.

atividades relacionadas à disposição em aterros, tratamento de resíduos, coleta de lixo, pesticidas / produtos químicos, eficiência energética, redução de emissões, e compensação de biodiversidade.

Dessa forma, é importante que investigações futuras sobre “casos ambientais” considerem de forma mais ampla os setores econômicos potencialmente afetados por medidas ambientais, não se restringindo apenas àqueles setores notoriamente conhecidos como potencialmente poluidores (indústria química e de petróleo) ou que envolvam atividades com significativo impacto ambiental (mineração e indústrias extrativistas).

Também é importante notar que a questão ambiental pode estar relacionada à implementação da atividade, e não apenas ao seu exercício. Em diversos casos, a medida de caráter ambiental questionada pelos investidores foi adotada antes mesmo que as atividades operacionais do investimento tivessem iniciado, sendo a mera instalação do negócio o fator que deu origem ao questionamento do Estado.

Diante dessa constatação, é possível que se questione se os Estados estão realizando de maneira eficaz a avaliação sobre a recepção dos investimentos estrangeiros em seu território. Em vários casos, os tribunais reconheceram a pertinência da medida ambiental adotada pelo Estado, mas, ao mesmo tempo, entenderam que, antes disso, o Estado havia dado sinais de que a conduta dos investidores era adequada. De forma semelhante, houve casos em que a medida ambiental contrariava os acertos anteriores feitos quando da atração do investimento, frustrando as expectativas legítimas do investidor ou mesmo violando a obrigação de transparência por parte do Estado. Esse tipo de prática foi frequentemente considerada pelos tribunais como violações à obrigação de tratamento justo e igualitário, a ser explorada em mais detalhe nos itens a seguir.

2. Análise qualitativa: aspectos jurisdicionais e questões de mérito

A análise qualitativa está dividida em duas partes: aspectos jurisdicionais e questões de mérito. No primeiro tópico foram examinados os tipos de procedimentos utilizados na amostra selecionada, a base de jurisdição adotada para submeter as disputas

ao ICSID e a lei aplicável escolhida para resolvê-las. Já na segunda parte, serão analisadas as questões de mérito, as quais, por sua vez, estão subdivididas em um item sobre as ações dos Estados e as respectivas reações dos investidores a essas medidas e outro sobre os argumentos utilizados pelos tribunais para tratar dessas questões.

2.1. Aspectos jurisdicionais dos casos analisados

O exame dos aspectos jurisdicionais buscou identificar quais dos casos selecionados foram efetivamente apreciados pelos tribunais do ICSID para que, posteriormente, fosse possível se aprofundar sobre a forma como o mérito das questões ambientais foi tratado.

Inicialmente, os procedimentos ICSID adotados em cada caso (seja via Convenção ICSID ou Mecanismo Adicional) foram identificados, de modo a verificar em qual deles as questões ambientais são mais frequentes. Em seguida, os casos foram examinados para filtrar quais foram apreciados no mérito e quais foram arquivados sem julgamento de mérito em razão de não terem cumpridos os requisitos necessários para configurar a competência do tribunal. Por fim, foi realizado um levantamento específico sobre a escolha da lei aplicável em cada caso, detalhando qual o trecho relevante de decisão em que o assunto foi abordado.

2.1.1. Procedimentos ICSID: Convenção ICSID e Mecanismo adicional

Dos dezesseis casos selecionados, cinco deles foram apresentados ao ICSID por meio do Mecanismo Adicional e os demais seguiram as regras da Convenção ICSID. Dos casos apreciados via Mecanismo Adicional, quatro deles envolveram o México (Metalclad, Tecmed, Bayview e Abengoa) e um caso envolveu a África do Sul (Piero Foresti) como países demandados.

A participação expressiva do México nas disputas analisadas como “demandado”, a despeito de o país não ser signatário da Convenção ICSID, poderia ser atribuída à sua participação no NAFTA. Conforme mencionado na segunda parte do trabalho, o Mecanismo Adicional permite que uma disputa seja submetida ao ICSID quando apenas uma das partes é signatária da Convenção ICSID. Esse instrumento foi particularmente relevante para a resolução de controvérsias decorrentes do NAFTA em matéria de investimentos, uma vez que dos três países que compõem o bloco, apenas Estados Unidos é signatário; Canadá e México não são.

Contudo, nesses quatro casos em que o México figurou como Demandado, dois envolveram os Estados Unidos (Metalclad e Bayview) e dois a Espanha (Tecmed e Abengoa). Dessa forma, seria equivocado afirmar que o Mecanismo Adicional tem servido apenas para atender aos interesses dos Estados Unidos no âmbito do NAFTA, pois a participação da Espanha afasta essa conclusão. Percebe-se, portanto, ao menos em relação aos casos que envolvam questões ambientais, que o referido Mecanismo tem contribuído para assegurar o acesso de disputas além daquelas decorrentes do NAFTA.

2.1.2. Base de jurisdição

Os BITs foram a principal base de jurisdição identificada. Dos dezesseis casos examinados, onze foram submetidos ao ICISD com fundamento em BITs, dois no NAFTA, um no CAFTA, um no ECT, e um em uma carta do governo do Estado receptor reconhecendo a jurisdição do Centro. Em três casos, os tribunais declararam não possuir jurisdição para apreciar a disputa, uma vez que não estavam presentes os requisitos necessários para a configuração de sua competência (Lucchetti²⁵⁹, Bayview²⁶⁰ e Commerce/Gold Mines²⁶¹).

²⁵⁹ Empresas Lucchetti S.A. e Lucchetti Perú v. Peru (Caso ICSID ARB/03/4). Decisão arbitral de 7 de fevereiro de 2005.

²⁶⁰ Bayview Irrigation District e outros v. México (Caso ICSID ARB(AF)/05/1). Decisão arbitral de 19 de junho de 2007.

²⁶¹ Commerce Group Corp. e San Sebastian Gold Mines, Inc, v. El Salvador (Caso ICSID ARB/09/17). Decisão arbitral de 14 de março de 2011.

No caso *Lucchetti*, o BIT que servia de base para a jurisdição do ICSID entrou em vigor após os fatos discutidos na disputa. Com efeito, os BITs só protegem os acontecimentos posteriores ao início de sua vigência. No caso *Bayview*, a competência do ICSID foi afastada em razão do não cumprimento do requisito *ratione materiae*. Ou seja, o “investimento” em relação ao qual se buscava proteção não se enquadrava no conceito de investimento previsto pelo artigo 1139 do NAFTA. Já no caso *Commerce/Gold Mines*, os investidores falharam em atender a “Waiver Provision” exigida pelo CAFTA para que a disputa pudesse ser levada ao ICSID. O tribunal, portanto, reconheceu que não tinha competência para apreciar a disputa e rejeitou todas as demandas formuladas pelos investidores. De acordo com as regras do CAFTA, o início de uma arbitragem relacionada a um investimento exige a desistência de todos os procedimentos judiciais em curso que digam respeito à matéria que se pretende levar à apreciação do tribunal arbitral, o que não ficou demonstrado e, portanto, o tribunal se absteve de decidir o caso.

A base de jurisdição é importante não só porque permite que o caso seja apreciado pelo tribunal, mas também porque, como tratado na segunda parte do trabalho, influencia diretamente a determinação da lei aplicável à disputa, o que justifica o exame desse elemento. Geralmente, os casos cuja base de jurisdição decorre de um BIT são regidos pelo Direito Internacional, além dos dispositivos do próprio BIT. A natureza internacional do BIT sinaliza aos árbitros a intenção das partes em internacionalizar a solução da disputa.

Veja-se, por exemplo, o caso *MTD v. Chile*²⁶², em que as partes discutem os efeitos decorrentes do fato de a disputa ter sido submetida ao ICSID via BIT. De um lado, os investidores argumentam que a suposta violação discutida no caso deve ser examinada à luz do Direito Internacional, porque o artigo 3(1) do BIT Chile-Dinamarca, aplicável ao caso, tem o efeito de internacionalizar as obrigações do Chile previstas nos contratos de investimento estrangeiro. De outro lado, o Chile nega que o referido artigo tenha tal efeito e afirma que a lei chilena deve ser aplicada com base no disposto no artigo 42(1) da Convenção ICSID²⁶³. Após apreciar os argumentos apresentados pelas partes, o tribunal

²⁶² *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (Caso ICSID ARB/01/7). Decisão arbitral de 25 de maio de 2005.

²⁶³ No original: “(...) *The claimants argue that the alleged failure of the Respondent has to be considered under international law because Article 3(1) [of Chile/Denmark BIT] has the effect of internationalizing the obligations of the Respondent under the Foreign Investment Contracts. The Respondent denies that Article 3(1) of the Denmark BIT had such effect and maintains that Chilean law applies on the basis of Article 42(1) of the Convention. The Respondent affirms that, in the absence of agreement between the parties, ‘The*

concluiu que, de acordo com os propósitos do Artigo 42(1) da Convenção ICSID, as partes concordaram que a arbitragem seria regida pelo BIT e, sendo esse instrumento um tratado internacional, exige que o tribunal aplique o Direito Internacional²⁶⁴.

A questão da internacionalização da lei aplicável também pode decorrer da determinação da base de jurisdição do tribunal como ocorreu, por exemplo, no conflito entre a *Compañia del Desarrollo Santa Elena* (CDSE) e o governo da Costa Rica. A disputa teve início com a edição de um decreto de desapropriação de 1978 e apenas foi levada ao ICSID em 1996. A razão para essa demora pode ser explicada por duas razões: o impasse da resolução do caso nas cortes nacionais e o fato de que a Costa Rica não ser signatária da Convenção ICSID e, portanto, não reconhecer a jurisdição do Centro.

A viabilização da solução arbitral ao caso tem início nos Estados Unidos, Estado de origem dos investidores prejudicados, com a edição da “Emenda Helms” (*Helms Amendment*) em 1994. Essa Emenda permite que a concessão de ajuda externa dos Estados Unidos seja bloqueada aos países que tenham expropriado, em pelo menos 50%, a propriedade de um cidadão ou empresa norte-americana e nos casos em que o país em questão não tenha:

“(A) devolvido a propriedade, (B) fornecido uma compensação adequada e eficaz (...) tal como exigido pelo direito internacional, (C) oferecido um procedimento nacional que forneça uma compensação rápida, adequada e eficaz, em conformidade com o direito internacional, ou (D) submetido a disputa à arbitragem sob as regras da [Convenção ICSID] ou outro procedimento de arbitragem internacional vinculativo mutuamente aceitável”²⁶⁵.

A Emenda Helms condiciona, inclusive, a forma como o presidente dos Estados Unidos pode votar os pedidos de concessão de financiamentos por instituições financeiras

applicable law in regard to the foreign investment contracts is Chilean domestic legislation, according to the provisions of the Washington Convention” (MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile (Caso ICSID ARB/01/7). Decisão arbitral de 25 de maio de 2005. Parágrafo 86).

²⁶⁴ No original: “(...) for the purposes of Article 42(1) of the Convention, the parties have agreed to this arbitration under the BIT. This instrument being a treaty, the agreement to arbitrate under the BIT requires the Tribunal to apply international law (...)” (MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile (Caso ICSID ARB/01/7). Decisão arbitral de 25 de maio de 2005. Parágrafo 87).

²⁶⁵ No original: “(A) returned the property, (B) provided adequate and effective compensation (...) as required by international law, (C) offered a domestic procedure providing prompt, adequate and effective compensation in accordance with international law, or (D) submitted the dispute to arbitration under the rules of the [ICSID Convention] or other mutually agreeable binding international arbitration procedure.” (Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica (Caso ICSID ARB/96/1). Decisão arbitral de 17 de fevereiro de 2000. Parágrafos 24-26).

internacionais. Na prática, portanto, a aplicação da Emenda pode impactar a liberação de empréstimos que são concedidos, por exemplo, pelo Banco Mundial e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento.

Para os investidores, a aplicação da Emenda representava uma boa estratégia para pressionar o governo da Costa Rica a reconhecer a jurisdição do ICSID e, consequentemente acelerar a solução definitiva da disputa. Com efeito, os Estados Unidos bloquearam a liberação de um empréstimo concedido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento à Costa Rica até que o país concordasse em submeter o caso à arbitragem internacional²⁶⁶. A estratégia funcionou e a Costa Rica apresentou o seu consentimento unilateral à constituição da arbitragem no ICSID. Como o próprio consentimento sobre a jurisdição do Centro foi, de certa forma, “circunstancial”, as partes não haviam acordado sobre a lei aplicável à disputa. Diante desse contexto, a escolha da lei a ser aplicada seguiu a orientação prevista no artigo 42(1) da Convenção ICSID e, assim, o caso foi apreciado à luz da lei nacional da Costa Rica e do Direito Internacional.

Constata-se que a própria estrutura de organização e funcionamento do ICSID favorece a aplicação de normas de Direito Internacional. Nesse sentido, seria possível presumir que a aplicação de normas internacionais ambientais não enfrentaria maiores problemas para ser aplicada nas disputas de investimento apreciadas pelos tribunais do ICSID.

2.1.3. A determinação da lei aplicável nos casos analisados

No que tange à escolha da lei aplicável, a análise dos casos selecionados indica uma forte tendência à internacionalização da lei aplicável, Confirmando uma tendência apontada pela doutrina. A tabela abaixo sintetiza os trechos que indicam a lei aplicável a cada um dos casos selecionados para análise.

²⁶⁶ BROWER, Charles N.; WONG, Jarrod. “General Valuation Principles: The Case of Santa Elena” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 751-752.

Nos casos em que os requisitos de jurisdição não foram preenchidos (Lucchetti, Bayview e Commerce/Gold Mines), não houve discussão sobre lei aplicável, uma vez que o tribunal não era competente para apreciar o mérito da disputa em questão.

Tabela 3 – Determinação da lei aplicável aos casos selecionados

Caso ICSID	Base de jurisdição	Lei aplicável (trechos relevantes das decisões arbitrais)
CDSE	Carta do Governo da Costa Rica (influência dos EUA)	Sem acordo das partes. Aplicação do artigo 42(1) - Lei nacional e Direito Internacional. <i>“65. The parties’ apparently divergent positions lead, in substance, to the same conclusion, namely, that, in the end, international law is controlling. The Tribunal is satisfied that, under the second sentence of Article 42(1), the arbitration is governed by international law.</i> <i>66. This conclusion is reinforced by the history of the dispute, in particular the circumstances in which the dispute was submitted to arbitration and in which the parties’ consent was given, as well as the language of the Helms Amendment itself, which refers to compensation “...as required by international law” and “...in accordance with international law”.</i>
Metalclad	NAFTA	NAFTA e Direito Internacional. <i>“70. A Tribunal established pursuant to NAFTA Chapter Eleven, Section B must decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. (NAFTA Article 1131(1)).”</i>
Maffezini	BIT Argentina-Espanha	A decisão não tratou especificamente da lei aplicável. Contudo, ao longo da decisão há diversas menções ao BIT.
Tecmed	BIT Espanha-México	BIT e Direito Internacional (com referências ao artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça).
MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A.	BIT Chile-Malásia	BIT e Direito Internacional. <i>“86. Article 42(1) of the Convention is the relevant provision for determining the law applicable to the merits of the dispute between the parties. This article requires the Tribunal to “decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties”. This being a dispute under the BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute be decided in accordance with international law. Applicable law has not been a matter of controversy between the parties (...)”</i>
Lucchetti	BIT Peru-Chile	O tribunal não se pronunciou sobre a lei aplicável, pois reconheceu não ter competência para apreciar o caso.
Azurix	BIT Argentina-Estados Unidos	BIT Argentina-Estados Unidos, Direito Internacional e lei nacional. <i>“67. Azurix’s claim has been advanced under the BIT and, as stated by the Annulment Committee in Vivendi II,</i>

		<i>the Tribunal's inquiry is governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law."</i>
Bayview	NAFTA	O tribunal não se pronunciou sobre a lei aplicável, pois reconheceu não ter competência para apreciar o caso.
Parkerings	BIT Lituânia-Noruega e ICSID	BIT, contrato e lei nacional. "234. <i>The Tribunal's jurisdiction over the claims of the Claimant will be examined in light of the requirement of the ICSID Convention and the BIT.</i> "
Biwater Gauff	BIT Reino Unido e Tanzania	A decisão não tratou especificamente da lei aplicável. Contudo, ao longo da decisão há diversas menções ao Direito Internacional.
Plama	ETC e BIT Chipre-Bulgária	A decisão não tratou especificamente da lei aplicável. Contudo, ao longo da decisão há diversas menções ao ECT, lei nacional e Direito Internacional. Por exemplo: "140. <i>The Tribunal finds that the investment in this case violates not only Bulgarian law, as noted above, but also 'applicable rules and principles of international law', in conformity with Article 26(6) of the ECT which states that '[a] tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law'</i> "
Piero Foresti	BIT Itália-África do Sul e BIT Luxemburgo-África do Sul	Solicitação de arquivamento da disputa pelas partes antes da apreciação de mérito pelo tribunal.
Commerce Gold Mines	CAFTA	O tribunal não se pronunciou sobre a lei aplicável, pois reconheceu não ter competência para apreciar o caso.
Marion Unglaube e Reinhard Hans Unglaube	BIT Alemanha-Costa Rica	Lei nacional e Direito Internacional. "30. <i>Article 10 of the Germany-Costa Rica BIT establishes procedures for submitting disputes involving investments in one nation by nationals of the other to arbitration under the ICSID Convention. Specifically, Article 10(3) provides that: "The arbitration tribunal shall decide a dispute in accordance with this Treaty and such other agreements as may be applicable between the Contracting Parties and the national laws of the Contracting Party in whose territory the investment is situated, including rules of private international law, and the general principles of international law.</i> (...) 32. <i>Therefore, while any given issue may require the application of particular provisions of Costa Rican law or, alternatively, may involve application of terms of the Treaty (which have also been incorporated into the law of each of the signatory parties), this dispute shall be governed by Costa Rican law and international law</i> ".

Abengoa	BIT México-Espanha (2006)	<p>BIT e Direito Internacional.</p> <p><i>“563. No hay controversia sobre el hecho de que la presente disputa deba resolverse de conformidad con el APPRI 2006.</i></p> <p><i>564. Tampoco hay disputa sobre el hecho de que, conforme con el artículo XV de dicho tratado, la controversia se deberá resolver de conformidad con sus disposiciones y con las reglas y principios aplicables del derecho internacional”.</i></p>
---------	---------------------------	---

A presença dos BITs foi a grande responsável pela “internacionalização” da lei aplicável aos casos examinados, conforme visto anteriormente no item sobre a base de jurisdição. A despeito da presença frequente do Direito Internacional como lei aplicável, em nenhuma das decisões se identificou a aplicação do Direito Internacional Ambiental. De fato, em apenas dois casos (Maffezini²⁶⁷ e Bayview²⁶⁸) normas internacionais ambientais foram suscitadas pelas partes, ainda que o tribunal não tenha apreciado o mérito do caso por razões jurisdicionais.

No caso Maffezini, a menção à norma ambiental internacional foi feita pelo próprio tribunal ao tratar sobre a exigência de estudo de impacto ambiental (EIA) para a implementação de determinados projetos. O demandante argumentou que, em razão de pressão sofrida por parte do governo da Espanha, foi obrigado a realizar o investimento antes da conclusão do EIA e, como as recomendações apresentadas no EIA envolviam custos adicionais ao projeto, sua implementação causou sérios prejuízos financeiros ao investimento, os quais deveriam ser reparados pela Espanha.

Ao apreciar a questão, o tribunal reconheceu que o EIA é o “instrumento básico para a proteção adequada do meio ambiente e para a aplicação das medidas preventivas apropriadas” e, como tal, é exigido não apenas pela legislação espanhola e da Comunidade Europeia, mas também, e com cada vez mais frequência, pelas normas de Direito Internacional²⁶⁹.

²⁶⁷ Emilio Agustin Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2011.

²⁶⁸ Bayview Irrigation District e outros v. México (Caso ICSID ARB(AF)/05/1). Decisão arbitral de 19 de junho de 2007.

²⁶⁹ No texto original: “*The Tribunal has carefully examined these contentions, since the Environmental Impact Assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EEC law, but also increasingly so under international law.*” (Emilio Agustin Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2011. Parágrafo 67).

Nesse particular, o tribunal mencionou a Convenção sobre o Estudo de Impacto Ambiental no Contexto Transfronteiriço de 1991 (*Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*) como exemplo do reconhecimento que o EIA recebeu da comunidade internacional. O tribunal, portanto, decidiu que a Espanha “não tinha feito mais que sua obrigação” ao exigir o cumprimento das leis comunitárias e nacionais aplicáveis à indústria química e, dessa forma, não poderia ser considerada responsável pela decisão tomada pelo próprio investidor em relação à realização do investimento, ainda que, posteriormente, o resultado do EIA tenha provocado custos adicionais. No mais, o comportamento da Espanha estaria perfeitamente de acordo com o BIT Argentina-Espanha, que dispõe sobre a proteção do investimento em cumprimento com a legislação nacional²⁷⁰.

No caso Bayview, os investidores estadunidenses argumentaram que o desvio de águas do Rio Grande pelo México representaria uma violação do capítulo 11 do NAFTA, uma vez que o direito de acesso a água detido pelos investidores no território dos Estados Unidos, com base no Tratado entre Estados Unidos e México sobre a Utilização de Água de 1944 (*United States-Mexico Treaty relation to the Utilization of Water*), constituiria um investimento protegido pelo NAFTA. O tribunal, contudo, qualificou essa interpretação como “imaginativa” e rejeitou o pedido dos investidores²⁷¹. Para o tribunal, os demandantes falharam em demonstrar que a disputa em questão envolvia um investimento a ser protegido²⁷².

²⁷⁰ No texto original: “*The Kingdom of Spain and SODIGA have done no more in this respect than insist on the strict observance of the EEC and Spanish law applicable to the industry in question. It follows that Spain cannot be held responsible for the decisions taken by the Claimant with regard to the EIA. Furthermore, the Kingdom of Spain’s action is fully consistent with Article 2(1) of the Argentine-Spain Bilateral Investment Treaty, which calls for the promotion of investment in compliance with national legislation. The Tribunal accordingly also dismisses this contention by the Claimant.*” (Emilio Agustín Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2011. Parágrafo 71).

²⁷¹ No original: “*The Tribunal can find no evidence in the 1944 Treaty to suggest that this imaginative interpretation of the Treaty, whose legal coherence and practical operability are open to considerable doubt, was intended by the Parties. The ordinary reading of the Treaty is that it is an agreement to apportion such waters as arrive in the international watercourse - the Rio Bravo / Rio Grande between Mexico and the United States; and the Tribunal sees no reason whatever to doubt the correctness of that reading.*” (Bayview Irrigation District e outros v. México (Caso ICSID ARB(AF)/05/1). Decisão arbitral de 19 de junho de 2007. Parágrafo 120).

²⁷² No original: “*In the view of the Tribunal it has not been demonstrated that any of the Claimants seeks to make, is making or has made an investment in Mexico. That being the case, the Tribunal does not have the jurisdiction to hear any of these claims against Mexico because the Claimants have not demonstrated that their claims fall within the scope and coverage of NAFTA Chapter Eleven, as defined by NAFTA Article 1101.*” (Bayview Irrigation District e outros v. México (Caso ICSID ARB(AF)/05/1). Decisão arbitral de 19 de junho de 2007. Parágrafo 122).

Percebe-se que, independentemente do Direito Internacional ter sido considerado como lei aplicável em diversos casos aqui analisados, em apenas dois deles normas ambientais internacionais foram mencionadas nas decisões examinadas. Nos demais casos, as normas ambientais apreciadas restringiram-se àquelas editadas pelos próprios Estados demandados e, como tais, não receberam qualquer tratamento especial. Ou seja, a norma ambiental nacional foi tratada como qualquer outra norma nacional, sem que fossem feitas distinções em razão de sua natureza ambiental.

No caso Bayview, único caso em que as próprias partes levaram à apreciação do tribunal do ICSID uma norma ambiental internacional (Tratado entre Estados Unidos e México sobre a Utilização de Água de 1944 (*United States-Mexico Treaty relation to the Utilization of Water*)), a aplicação do tratado indicado pelos demandantes não foi apreciada pelo tribunal, que entendeu não ter jurisdição para apreciar o caso. Na decisão, o tribunal ressaltou que qualquer desvio do rio em violação ao tratado de 1944 seria um assunto a ser resolvido entre os dois Estados-parte. Assim, os nacionais dos Estados Unidos que eventualmente sentissem-se prejudicados por quaisquer ações consideradas como violação do tratado de 1944 deveriam buscar reparação por meio dos mecanismos de solução de controvérsias previstos especificamente pelo referido tratado.

Nesse particular, vale observar que o papel das partes é fundamental. Embora não se tenha acesso à íntegra das petições encaminhadas por demandantes e demandados, é possível extrair dos relatórios contidos nas decisões uma descrição bastante detalhada dos argumentos apresentados por cada parte na disputa. O exame desses relatórios contidos nas decisões sugere que as próprias partes não fundamentaram as questões ambientais presentes no caso em normas internacionais ambientais e a fundamentação utilizada para tanto limitava-se às normas nacionais. Dito isso, talvez seja possível pensar que a baixa presença de normas ambientais nas decisões dos tribunais do ICSID está relacionada muito mais significativa à forma como essas questões são levadas ao tribunal pelas partes do que efetivamente uma impossibilidade dos tribunais do ICSID aplicarem essas normas.

Como visto, os dispositivos sobre lei aplicável não deixam dúvidas quanto à possibilidade de lei aplicável às disputas apreciadas pelo ICSID. Mais que isso, a própria escolha do Direito Internacional como lei aplicável foi bastante frequente na amostra

analisada, o que indica que essa opção é factível para os casos que envolvam a discussão de questões ambientais.

2.2. Questões de mérito

Em linhas gerais, os conflitos entre investidores e Estados costumam surgir quando os atos praticados pelo Estado receptor afetam negativamente o investimento estrangeiro. Esses atos podem envolver medidas explícitas, como a nacionalização de um negócio sem o pagamento de compensação, ou mesmo algo mais sutil, como a revogação de uma licença ou a alteração de uma lei²⁷³.

De modo a facilitar a revisão dos casos, a análise sobre as questões de mérito foi dividida em duas partes. Em primeiro lugar, as ações dos Estados relacionadas às questões ambientais foram descritas, acompanhadas da correspondente reação dos investidores. Em segundo lugar, a partir dos principais argumentos apresentados pelos investidores em reação às questões ambientais, as razões utilizadas pelos tribunais do ICSID para lidar com esses argumentos foram examinadas.

A escolha por essa forma de abordagem se justifica pelo fato de que, em grande medida, os argumentos utilizados pelos tribunais do ICSID para tratar determinadas questões se pautam, justamente, pelos argumentos trazidos pelas partes. Da mesma forma, as questões ambientais aqui analisadas são apreciadas pelos tribunais a partir do enquadramento jurídico dado pelas partes a essas questões.

Por isso, a opção de apresentar as ações dos Estados e as reações dos investidores e, em seguida, os argumentos utilizados pelos tribunais do ICSID. Com essas informações, será possível responder à pergunta sobre como os tribunais do ICSID têm tratado as questões ambientais, objeto do presente trabalho.

²⁷³ Da amostra selecionada, o caso *Bayview Irrigation District e outras v. México* (Caso ICSID ARB(AF)/05/1) é exceção, pois a questão ambiental envolve a própria caracterização do investimento em relação ao qual se busca proteção.

2.2.1. Ações dos Estados e reações dos investidores

No presente item, as ações dos Estados, identificadas a partir da revisão da amostra de casos selecionada para análise, foram agrupadas em cinco categorias: (i) decisão de expropriação; (ii) indeferimento e cancelamento de licenças; (iii) alteração de lei nacional; (iv) cancelamento de contrato; (v) demais medidas.

A partir dessas categorias, observou-se que os investidores tiveram diferentes reações. Muitas vezes, inclusive, uma mesma medida representou uma violação do tratamento justo e igualitário e, ao mesmo tempo, uma expropriação indireta. A forma como as partes apresentam os fatos da disputa ao tribunal, acaba por balizar a manifestação. Conforme se constata a partir do exame dos casos, os tribunais balizam sua atuação aos pontos apresentados pelas partes em disputa. Por isso, a importância de descrevê-los aqui, para, posteriormente, consolidar os tratamentos concedidos a cada um deles pelos tribunais do ICSID.

Nota-se que a decisão final dos casos que não foram apreciados no mérito (seja em razão da falta de jurisdição do tribunal, seja em razão do pedido de arquivamento das partes) e, portanto, não envolvem a discussão de questões ambientais, já foram aqui apresentadas.

2.2.1.1. Decisão de expropriação

Nos casos CDSE²⁷⁴, Marion e Reinhard Hans Unglaube²⁷⁵, Metalclad²⁷⁶ e Lucchetti²⁷⁷ também envolveram decisões de expropriação de investimentos estrangeiros,

²⁷⁴ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica (Caso ICSID ARB/96/1). Decisão arbitral de 17 de fevereiro de 2000.

²⁷⁵ Marion Unglaube v. Costa Rica (Caso ICSID ARB/08/1) e Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica (Caso ICSID ARB/09/20). Decisão arbitral de 16 de maio de 2012.

²⁷⁶ Metalclad Corporation v. México (Caso ICSID ARB(AF)/97/1). Decisão arbitral de 30 de agosto de 2000.

²⁷⁷ Empresas Lucchetti e Lucchetti Perú v. Peru (Caso ICSID ARB/03/4). Decisão arbitral de 7 de fevereiro de 2005.

as quais foram motivadas por questões ambientais. Nesses casos, o Estado determinou a expropriação, por meio de instrumentos que expressamente tratavam da proteção ao meio ambiente.

No primeiro caso, o governo da Costa Rica editou um decreto em 1978, determinando a expropriação da propriedade dos investidores para a ampliação do Parque Nacional de Santa Rosa, uma vez que suas dimensões se mostravam insuficientes para acomodar as espécies de pumas e jaguares que habitavam a região. O preâmbulo do Decreto expressamente dispôs sobre as preocupações de proteção ambiental que motivaram a expropriação do imóvel do investidor por parte do governo da Costa Rica:

“Considerando que:

1 A atual área do Parque Nacional de Santa Rosa é insuficiente para manter estáveis as populações de espécies de grandes felinos, tais como pumas e jaguares, e que uma área substancial precisa ser adicionada ao Parque para que seja possível levar a cabo seus objetivos conservacionistas.

2. As terras situadas a norte do Parque Nacional de Santa Rosa contêm flora e fauna de grande valor científico, recreativo, educacional e turístico, bem como as praias que são especialmente importantes como local de desova para as tartarugas marinhas.

3 Para atingir esses objetivos, o Governo da República requer a propriedade que pertence à Companhia de Desarrollo Santa Elena S.A.(...)”²⁷⁸

A reação dos investidores à medida de expropriação se limitou ao questionamento do valor da compensação proposto pelo governo da Costa Rica e não o ato de expropriação em si. Os investidores aceitavam a decisão da Costa Rica em expropriar o terreno do projeto para a ampliação do Parque Nacional, porém não concordavam com o valor de indenização proposto, nem mesmo com a forma de avaliação aplicada para determinar o valor do terreno em questão. Dessa forma, coube ao tribunal arbitral determinar o valor a ser pago a título de compensação e qual a taxa de juros e de correção monetária deveriam ser aplicadas no cálculo.

²⁷⁸ No original: “Whereas: 1. The current area of the Santa Rosa National Park is insufficient to maintain stable populations of large feline species such as pumas and jaguars, and that a substantial area needs to be added to it if it is to carry out its conservationist objectives. 2. The lands situated to the north of the Santa Rosa National Park contain flora and fauna of great scientific, recreational, educational, and tourism value, as well as beaches that are especially important as spawning grounds for sea turtles. 3. To meet these objectives, the Government of the Republic requires the property that belongs to the *Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A.* (...)” (*Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/96/1). Decisão arbitral de 17 de fevereiro de 2000. Parágrafo 18).

No segundo caso, Marion e Reinhard Hans Unglaube²⁷⁹ v. Costa Rica, o governo local também editou um conjunto de medidas que resultaram na expropriação da propriedade dos investidores para a criação de um parque nacional, o Parque Nacional Marinho de Las Baulas de Guanaste. A decisão do tribunal do ICSID menciona expressamente que a expropriação destinava-se à proteção ambiental, com o objetivo de preservar o berçário natural de tartarugas gigantes, ali localizado. Ao mesmo tempo em que as partes reconheciam o valor e a importância da proteção das tartarugas gigantes, divergiam quanto ao nível de proteção cabível aos investidores à luz do BIT e quanto à extensão dos direitos do governo da Costa Rica em expropriar propriedades privadas e regular seu uso em determinadas circunstâncias.

Percebe-se que nos casos *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* e *Marion e Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica*, a pertinência da adoção de medidas motivadas por preocupações ambientais não foi questionada pelas partes. Em ambos os casos, os investidores reconheceram a competência do Estado para realizar a expropriação por razões ambientais, mas não acreditavam que essa razão pudesse justificar uma expropriação sem o pagamento da devida compensação. Dessa forma, o principal ponto em disputa era se o fator ambiental teria alguma influência no cálculo do valor de compensação a ser pago pelo Estado.

No caso *Metalclad*, terceiro caso, o México editou um Decreto Ecológico após o início da arbitragem, para determinar a criação de área de proteção a uma espécie rara de cacto. Contudo, embora o tribunal tenha aceitado sua apresentação, a questão ambiental em si não foi apreciada. A análise realizada pelo tribunal sobre o documento ficou restrita a questões formais, relacionadas à competência do tribunal para examinar o Decreto. Nenhuma discussão sobre o conteúdo ou impacto ambiental decorrente do Decreto foi desenvolvida e, ainda que tivesse sido, o tribunal deixou que claro que isso não seria relevante. Veja-se:

“69. O Tribunal reconhece que, embora o Decreto Ecológico tenha sido editado posteriormente ao pedido da *Metalclad* para a constituição da arbitragem, questões a ele relacionadas foram apresentadas pela *Metalclad* em tempo hábil e de forma consistente com os princípios de equidade e clareza. O México teve ampla oportunidade para se responder

²⁷⁹ *Marion Unglaube v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/08/1) e *Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/09/20). Decisão arbitral de 16 de maio de 2012.

e não sofreu nenhum prejuízo com isso. Portanto, **o Tribunal decide que a apreciação do Decreto Ecológica é da sua competência, porém, como se verá a seguir, isso não lhe assegura importância**”.²⁸⁰

A impressão que se tem pela leitura da decisão é que o aspecto ambiental do Decreto é o que menos importa. A posição do México em buscar caracterizar a incompetência do tribunal para a apreciação do Decreto, resultando, conseqüentemente, na sua não apreciação, indica que a questão ambiental em si não servia para ajudar o México a justificar sua conduta. A edição do Decreto é vista (e tratada) pelas partes muito mais como uma evidência de tratamento discriminatório do que como uma medida ambiental legítima.

De fato, as circunstâncias que cercam a edição do referido Decreto colocam em cheque a veracidade dos interesses ambientais que, ao menos em teoria, justificariam a edição de um Decreto Ecológico. Ora, se o Decreto Ecológico tivesse sido verdadeiramente elaborado com o objetivo de proteger o meio ambiente, sua apreciação pelo tribunal poderia efetivamente encerrar qualquer esperança de manter a fábrica ativa e, portanto, não haveria razão a justificar o esforço da Metalclad em vê-lo nos autos. Ao mesmo tempo, se o caráter ambiental da expropriação era legítimo, não haveria razão a justificar a conduta do México em afastar o Decreto da apreciação pelo tribunal, se seu objetivo era justamente encerrar as atividades do aterro (o México argumentava que o tribunal não tinha competência para apreciar o Decreto, uma vez que ele havia sido editado após o início da arbitragem).

Já no caso Lucchetti, foram levadas à apreciação do tribunal os *Acuerdos de Consejo* 258 e 259. O *Acuerdo* 258 dispôs sobre a necessidade de criação de uma Reserva Ecológica na área do investimento e o *Acuerdo* 259 revogou a licença operacional da Lucchetti, determinando o fechamento de empresa em razão da necessidade de preservação e proteção da referida Reserva Ecológica. Contudo, tais medidas não foram apreciadas pelo tribunal por faltar-lhe competência para tanto, conforme já discutido no item 2.1.2.

²⁸⁰ No original: “The Tribunal thus finds that, although the Ecological Decree was issued subsequent to Metalclad’s submission of its claim, issues relating to it were presented by Metalclad in a timely manner and consistently with the principles of fairness and clarity. Mexico has had ample opportunity to respond and has suffered no prejudice. The Tribunal therefore holds that consideration of the Ecological Decree is within its jurisdiction but, as will be seen, does not attach to it controlling importance.” (Metalclad Corporation v. México (Caso ICSID ARB(AF)/97/1). Decisão arbitral de 30 de agosto de 2000. Parágrafo 69).

No geral, embora as decisões de expropriação nos casos aqui descritos tenham sido motivadas por razões ambientais, o caráter ambiental não foi capaz de influenciar a posição final do tribunal. Nos casos CDSE e Marion e Reinhard Hans Unglaube, as preocupações com a preservação do meio ambiente não foram suficientes para reduzir o valor da indenização a ser paga aos investidores pela expropriação, embora não houvesse qualquer questionamento por parte dos investidores sobre a competência do Estado em decidir pela expropriação de áreas de seu território com o objetivo de assegurar a proteção ambiental. No caso Metalclad, o tribunal entendeu que, independentemente da edição do Decreto Ecológico, a conduta do México em indeferir as licenças de operação do aterro para a disposição de resíduos já era equivalente à expropriação, conforme será detalhado a seguir. Já no caso Lucchetti, as discussões jurisdicionais afastaram do tribunal o exame das questões ambientais por trás das medidas de expropriação adotadas pelo Estado.

2.2.1.2. Indeferimento e cancelamento de licenças

O indeferimento ou cancelamento de licenças por razões ambientais foi a razão a justificar o início da arbitragem nos casos Metalclad²⁸¹, Tecmed²⁸², Lucchetti²⁸³, Commerce Group Corp./San Sebastian Gold Mines²⁸⁴ e Abengoa²⁸⁵.

O primeiro caso, Metalclad, teve início a partir do indeferimento das licenças requeridas pela companhia para permitir a operação de um aterro para a disposição de resíduos em La Pedrera, municipalidade de Guadalcázar, no Estado de San Luis Potosí (SLP), no México. Para facilitar seu ingresso no país, a Metalclad havia adquirido a *Confinamiento Técnico de Residuos Industriales* (COTERIN), de modo a transferir as licenças federais necessárias para a operação do aterro já detidas pela companhia mexicana. Logo após a aquisição, o governo de SLP teria iniciado uma campanha para

²⁸¹ Metalclad Corporation v. México (Caso ICSID ARB(AF)/97/1). Decisão arbitral de 30 de agosto de 2000.

²⁸² Técnicas Medioambientales, S.A. v. México (Caso ICSID ARB(AF)/00/2). Decisão arbitral de 29 de maio de 2003.

²⁸³ Empresas Lucchetti e Lucchetti Perú v. Peru (Caso ICSID ARB/03/4). Decisão arbitral de 7 de fevereiro de 2005.

²⁸⁴ Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. México (Caso ICSID ARB(AF)/09/2). Decisão arbitral de 18 de abril de 2013.

²⁸⁵ Commerce Group Corp. e San Sebastian Gold Mines, Inc. V. El Salvador (Caso ICSID ARB/09/17). Decisão arbitral de 14 de março de 2011.

inviabilizar a operação do aterro, criando artifícios para prejudicar o andamento das obras para sua construção. Apesar dos atrasos, as obras foram finalizadas, porém o aterro não pode ser inaugurado. A Metalclad, então, celebrou um acordo com o governo federal do México para viabilizar a operação do aterro.

Enquanto para o governo federal a situação da Metalclad era regular, as autoridades locais não tinham a mesma opinião e indeferiram o pedido de licença municipal para a planta. Para a Metalclad, o indeferimento não tinha razão de ser, uma vez que os órgãos competentes do governo federal estavam apoiando o projeto. Além disso, não havia qualquer evidência que indicasse o descumprimento de normas ou obrigações legais na condução das obras por parte da Metalclad e a regularidade da operação da planta já havia sido comprovada por diversos estudos ambientais e laudos técnicos. Diante da impossibilidade de resolver suas diferenças com o Estado de SLP de forma negocial, a Metalclad iniciou a arbitragem no ICSID, com fundamento no capítulo 11 do NAFTA. Após a arbitragem já ter sido iniciada, o governo de SLP editou o Decreto Ecológico, já referido no item 2.2.1.1 Decisão de expropriação, para delimitar uma área de proteção ambiental para uma espécie rara de cacto. Coincidentemente, a área a ser demarcada como de proteção ambiental compreendia a área do aterro.

Para a Metalclad a edição do Decreto Ecológico apenas confirmou a expropriação, iniciada pelo indeferimento dos pedidos de concessão e renovação de licenças para a operação do aterro. Nesse sentido, a Metalclad alegou que o México, por meio dos governos locais de SLP e Guadalupe, interferiu no desenvolvimento e operação do seu projeto, em violação às disposições do capítulo 11 do NAFTA, em especial dos artigos 1105, sobre tratamento justo e igualitário e proteção total e segurança, e 1110, sobre vedação à expropriação.

O segundo caso, Tecmed²⁸⁶, o investidor estrangeiro iniciou uma arbitragem contra o México a respeito da operação de um aterro sanitário para resíduos industriais perigosos,

²⁸⁶ Para mais informações sobre o caso Tecmed, vide: COE JR., Jack J.; RUBINS, Noah. "Regulatory Expropriation and the *Tecmed* case: context and contributions" in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 597-667; WEILER, Todd. "Good Faith and Regulatory Transparency: the Story of *Metalclad v. Mexico*" in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 701-745.

localizado na Municipalidade de Hermosillo, Estado de Sonora, México. O aterro em questão havia sido construído em 1988 quando, então, recebeu uma licença federal de operação, com prazo de 5 anos. Tempos depois, a propriedade do aterro foi transferida para uma agência municipal e uma nova licença foi concedida por prazo indeterminado. Posteriormente, esse mesmo aterro foi adquirido pela Tecmed, que planejava aproveitar as licenças já detidas pelo aterro para acelerar o início de suas atividades no país.

Ao adquirir o aterro, a Tecmed solicitou a transferência das licenças. Contudo, ao invés da realização de transferência de titularidade, uma nova licença foi emitida com validade de apenas um ano. Com a aproximação da data de vencimento da licença, a Tecmed solicitou sua renovação, a qual foi deferida sem maiores complicações. Ocorre que, quando a segunda renovação foi solicitada, o pedido foi indeferido. Ato contínuo, o órgão governamental responsável solicitou à Tecmed que apresentasse um plano para o fechamento do aterro.

De acordo com o órgão governamental responsável pela regularização do aterro, o indeferimento da licença e a recomendação para o fechamento estavam fundamentados em vários fatores, incluindo os seguintes: (1) o nível de resíduos armazenado no aterro excedia os limites autorizados pela licença; (2) o aterro operava também como um centro de transferência, embora não tivesse autorização para tanto; (3) o aterro recebia resíduos líquidos e biológicos a despeito de não possuir permissão para armazenar esse tipo de resíduo; (4) a Tecmed havia concordado em realocar o aterro para longe do centro da cidade, mas não tinha cumprido com o compromisso (parágrafo 99 da decisão arbitral).

Para a Tecmed, a decisão das autoridades mexicanas em não renovar a licença de operação do aterro sanitário foi tomada de forma arbitrária, pois (i) mesmo diante da violação de certas condições impostas pela licença de operação, o fechamento da planta não poderia ser a primeira sanção a ser adotada, cabendo antes a aplicação de penas menos graves, como, por exemplo, multas; (ii) a realocação da planta já havia sido negociada e aguardava apenas a escolha do novo local por parte das autoridades mexicanas. Nesse sentido, apontou que a substituição da licença por prazo indeterminado, que no passado havia sido concedida ao aterro quando controlado pela agência municipal, por uma licença por prazo determinado, representou a violação das obrigações de não expropriar e de tratamento justo e igualitário, previstas no BIT Espanha-Estados Unidos.

No terceiro caso, a Empresas Lucchetti S.A. apresentou uma reclamação contra as medidas editadas pelo Peru que anularam as licenças concedidas à empresa para a construção de uma fábrica de massas, resultando no fechamento da fábrica. As referidas medidas foram implementadas por meio da promulgação dos *Acuerdos de Consejo* 258 e 259, já mencionado anteriormente. O *Acuerdo* 258 dispôs sobre a necessidade de que o Conselho da Municipalidade de Lima encaminhe ao Congresso peruano uma solicitação para declarar a Reserva Ecológica do Pantanos de Villa como área de preservação e proteção ambiental. O *Acuerdo* 259, por sua vez, revogou a licença operacional da Lucchetti e determinou o fechamento de empresa em razão da necessidade de preservação e proteção da Reserva Ecológica do Pantanos de Villa. As autoridades argumentaram que a anulação teria sido motivada por problemas ambientais e supostas deficiências relacionadas ao processo de obtenção dessas licenças.

Para os investidores, a anulação das licenças e o posterior fechamento da fábrica representaram violações a diferentes dispositivos do BIT Peru-Chile, em especial a violação da obrigação de tratamento justo e igualitário e proibição de expropriação sem a devida compensação. Contudo, ao examinar os fatos que cercam a disputa, o tribunal entendeu não possuir competência para apreciar o caso e, por consequência, as questões ambientais suscitadas²⁸⁷.

O quarto caso envolveu as empresas Commerce Group Corp. e San Sebastian Gold Mines, Inc, que haviam iniciado suas atividades de mineração de metais preciosos em El Salvador em 1968. Entre 1987 e o começo de 2006, os investidores expandiram suas atividades de mineração, regulamentadas por autorizações de exploração e licenças ambientais emitidas pelo governo de El Salvador. Diante do suposto descumprimento das condicionantes ambientais estabelecidas nas licenças já detidas pelos investidores, o governo de El Salvador não aceitou renová-las e revogou a autorização anteriormente concedida para a exploração de recursos minerais no país.

De acordo com os investidores, essas medidas violariam as obrigações previstas no Tratado de Livre Comércio entre Estados Unidos, América Central e República

²⁸⁷ Sobre as razões para a falta de competência do ICSID para apreciar o caso Lucchetti, vide item “2.1.2 Base de jurisdição”, acima.

Dominicana (CAFTA, sigla em inglês para *Central America Free Trade Agreement and Dominican Republic*). Contudo, como a disputa não cumpriu com os requisitos de jurisdição exigidos pelo CAFTA, conforme detalhado no item “2.1.2 Base de jurisdição”, as questões ambientais, que foram, justamente, a razão para o início do procedimento arbitral, não foram apreciadas pelo tribunal.

Por fim, o quinto caso envolveu uma disputa entre as empresas Abengoa S.A. e COFIDES contra o México em razão da construção de um centro para o tratamento de resíduos industriais na cidade de Zimapán, Estado de Hidalgo, México. Inicialmente, o projeto foi bem recebido pelas autoridades locais e as formalidades necessárias para sua implementação foram prontamente atendidas (celebração de acordos de cooperação entre investidores e governo local, realização de estudos técnicos sobre risco ambiental, celebração do contrato de arrendamento sobre a área do centro, concessão das licenças necessárias para sua operação etc.). Contudo, nos meses que se seguiram ao início das obras de construção iniciativas populares foram organizadas para tentar barrar o desenvolvimento do projeto (“Unidos por Zimapan” (UPZ), “Todos Somos Zimapan” (TSZ) e “El Barzon Popular”).

As iniciativas pretendiam que a construção da planta fosse suspensa e diversos protestos foram organizados com esse objetivo. Em vários deles, servidores do governo estadual e funcionários dos investidores foram agredidos, intimidados e ameaçados pelos manifestantes. Diante desse cenário, as autoridades locais decidiram revogar as licenças concedidas ao centro, ainda que autoridades estaduais e federais estivessem apoiando o projeto, com base sua responsabilidade em assegurar à população o direito de usufruir de um meio ambiente adequado, prevista na Constituição mexicana.

Os investidores, diante da privação completa e definitiva do uso e gozo de seus investimentos, solicitaram a realização de um procedimento arbitral junto ao ICSID. Como fundamento, argumentaram que as ações e omissões do México violaram as obrigações de tratamento justo e igualitário e de não-expropriação previstas no BIT entre EUA e México de 2006.

2.2.1.3. Alteração de Lei Nacional do Estado receptor

As medidas relacionadas à alteração de lei nacional por razões ambientais estiveram presentes nos casos MTD²⁸⁸, Plama²⁸⁹ e Piero Foresti²⁹⁰.

O primeiro caso, MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. v. Chile, teve início a partir da impossibilidade de se desenvolver um projeto imobiliário na cidade da Santiago, em razão da não alteração da lei de zoneamento por parte do governo chileno. O terreno inicialmente planejado para a construção estava localizado em uma área considerada como zona rural e, para que pudesse servir ao propósito pretendido pela MTD, necessitava que a lei de zoneamento municipal fosse alterada.

Os investidores malaaios argumentaram que o Chile teria violado seus compromissos de proteção do investimento estrangeiro, especialmente no que tange à obrigação de tratamento justo e igualitário, ao criar e encorajar fortes expectativas quanto à viabilidade da realização do projeto, quando, na realidade, tal projeto jamais poderia ser realizado em razão de políticas ambientais e urbanísticas chilenas. Nesse sentido, os investidores destacaram a inconsistência das ações do governo chileno que, de um lado, indicavam o interesse do país na realização do investimento por meio da celebração do contrato de investimento (via agência de fomento de investimento) e, de outro lado, não tinham qualquer interesse em alterar sua política ambiental e de urbanismo de modo a acomodar o projeto (via órgãos especializados em meio ambiente e urbanismo do governo chileno).

Em sua defesa, o Chile argumentou ter alertado a MTD sobre os riscos envolvidos no projeto em diversas oportunidades e, por isso, os investidores não poderiam alegar ter sofrido qualquer forma de frustração de expectativas. Nesse sentido, ressaltou a falta de cuidados por parte da MTD ao decidir assumir os riscos relacionados ao desenvolvimento

²⁸⁸ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile (Caso ICSID ARB/01/7). Decisão arbitral de 25 de maio de 2004.

²⁸⁹ Plama Consortium Limited v. Bulgária (Caso ICSID ARB/03/24). Decisão arbitral de 27 de agosto de 2008.

²⁹⁰ Piero Foresti, Laura de Carli e outros v. África do Sul (Caso ICSID ARB(AF)/07/1). Decisão arbitral de 4 de agosto de 2010.

de um projeto imobiliário em uma área inapropriada para tanto, contando com a alteração de políticas sobre uso do solo em seu favor.

No segundo caso, *Plama v. Bulgária*, os investidores estrangeiros argumentaram que as diversas ações praticadas pelo governo da Bulgária inviabilizaram as chances de sucesso da empresa “Nova Plama” após sua privatização, dentre as quais: modificação de lei sobre a alocação de responsabilidade por danos ambientais; privatização do porto da Vrana; não alteração da lei sobre imposto de renda etc. Para o presente trabalho, importa examinar apenas as ações relacionadas às questões ambientais, ou seja, a modificação da lei sobre responsabilidade ambiental.

Essa modificação legal excluiu a responsabilidade do Estado sobre os danos ambientais eventualmente causados pela Nova Plama no passado e a transferiu aos novos proprietários da empresa após a privatização. Como resultado dessa medida, os investidores passaram a arcar com custos adicionais relacionados à necessidade de reparação ambiental, os quais não eram conhecidos à época da aquisição da companhia. Nesse particular, os investidores argumentaram que a responsabilização pelos danos ambientais passados os tornou financeiramente incapazes de obter os financiamentos necessários para operar a refinaria.

Nesse particular, os investidores questionaram a compatibilidade da alteração da lei ambiental de Bulgária, à luz das obrigações de proteção do investimento previstas nos artigos 10(1) e 13 do ECT (conjunto de obrigações relacionadas, respectivamente, ao dever de tratamento justo e igualitário, vedação de tratamento discriminatório e criação de ambiente transparente e favorável aos investimentos; e proibição de expropriação). Isso porque, de acordo com os investidores, o tratamento justo e igualitário englobava também a preservação de expectativas legítimas e a estabilidade do quadro normativo nacional e, portanto, a alteração legislativa em questão representaria uma violação do referido tratamento, protegido pelo ECT. No mais, os investidores afirmaram que essa mesma alteração não teria sido aplicada a outras empresas privatizadas no período, o que também configuraria tratamento discriminatório por parte da Bulgária em relação à Nova Plama.

O governo da Bulgária argumentou que as ações praticadas em relação à responsabilização dos investidores pelos danos ambientais passados não tiveram por

objetivo onerá-los, mas sim assegurar que a refinaria passaria a operar de acordo com as leis ambientais vigentes.

O terceiro caso, *Piero Foresti, Laura de Carli e outros v. África do Sul*, foi iniciado a partir da reclamação de oito investidores (entre eles cinco italianos integrantes da família Forresti, dois italianos integrantes da família Conti e a empresa Finstone, sediada em Luxemburgo) contra alterações legislativas promovidas pelo governo da África do Sul no que tange ao regime de exploração mineral no país, adotadas com o objetivo de tratar das desigualdades econômicas decorrentes do regime do *apartheid*.

Os investidores alegaram que os seus direitos minerários foram expropriados por força da edição da Lei de Desenvolvimento de Recursos Minerais e Petrolíferos (MPRDA, sigla em inglês para *Mineral and Petroleum Resources Development Act*) de maio de 2004, e da Carta de Mineração de agosto de 2004. Nos termos da nova legislação, os direitos minerários já detidos por investidores estrangeiros seriam convertidos em novas modalidades de exploração mineral, as quais ofereceriam menos prerrogativas do que as anteriores, falhando em servir como compensação adequada à expropriação sofrida.

Além disso, os investidores alegaram que a edição do MPRDA, combinada com a Carta de Mineração, também representou uma forma de expropriação de seus investimentos ao obrigar medidas de desinvestimento às empresas mineradoras, que deveriam vender 26% de suas ações aos sul-africanos historicamente desfavorecidos (em inglês, a expressão é tratada por HDSA, sigla para *historically disadvantaged South Africans*). Os investidores também alegaram violação das obrigações de tratamento justo e igualitário, uma vez que tais medidas privilegiaram investidores sul-africanos em detrimento dos investidores estrangeiros.

Em sua defesa, a África do Sul argumentou que, de acordo com os tratados de proteção de investimentos estrangeiros em vigor entre as partes, a expropriação é autorizada e, portanto, pode ser realizada desde que presentes o interesse público, a compensação imediata, total ou adequada, e efetiva, a não discriminação e o devido processo legal. No mais, informou que a alegada diferença de tratamento entre nacionais e estrangeiros seria respaldada pela teoria da margem de apreciação, de modo a determinar quais medidas são razoáveis e justificáveis na promoção dos interesses públicos essenciais.

Para a África do Sul, a expropriação de antigos direitos minerários foi realizada em atendimento a diversos e importantes propósitos públicos, como, por exemplo, (i) a necessidade de simplificação e modernização do complexo sistema legal do país; (ii) a melhoria das condições dos HDSA e de outros efeitos sociais negativos causados pelo *apartheid* e, particularmente pela Lei de Direitos Minerários de 1991; (iii) a redução da concentração econômica de direitos minerários e promoção da exploração ótima dos recursos minerais; e (iv) a proteção do meio ambiente e das comunidades vizinhas às operações de mineração.

Nota-se, portanto, que a questão ambiental foi suscitada pelo governo da África do Sul como razão a justificar a adoção das medidas que reformaram o regime de exploração mineral do país. Nesse sentido, observa-se que, no curso da arbitragem uma coalização de organizações não governamentais foi autorizada pelo tribunal a apresentar observações escritas na condição de terceiros interessados²⁹¹.

Antes que o tribunal pudesse se pronunciar sobre as questões de mérito suscitadas pelas partes, os investidores solicitaram o arquivamento da disputa, pois haviam celebrado um acordo com o Departamento de Recursos Minerais (DMR, sigla em inglês para *Department of Mineral Resources*) da África do Sul. Nesse sentido, os investidores afirmaram que, embora não tivessem recebido a totalidade dos valores solicitados a título de compensação pelos danos sofridos, o acordo permitia que suas empresas usufríssem de novos direitos minerários e que estariam dispensados da exigência de desinvestimento. Diante do pedido de arquivamento, restou ao tribunal apenas determinar as custas devidas à cada parte. O tribunal decidiu, então, que os investidores deveriam pagar € 400.000,00 à África do Sul a título de compensação pelos custos incorridos com o processo e, ao final, determinou o arquivamento da demanda, com fundamento no artigo 44(1) das Regras de Arbitragem do ICSID.

²⁹¹ De acordo com o International Centre for Trade and Sustainable Development, essa coalizão era composta pelo *Centre for Applied Legal Studies*, *Center for International Environmental Law*, *International Centre for the Legal Protection of Human Rights e Legal Resources Centre*. “ONGs obtêm acesso a solução de disputa sobre investimentos”. Disponível em: <<http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/ongs-obt%C3%AAm-acesso-a-solu%C3%A7%C3%A3o-de-disputa-sobre-investimentos>>. Acesso em: 21set2014.

A disputa em questão também foi marcada pela participação de uma coalizão de organizações não governamentais (*Centre for Applied Legal Studies*; *Center for International Environmental Law*; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights*; e *Legal Resources Centre* e, por meio de uma petição em separado, a Comissão Internacional de Juristas) que obteve acesso a informações do caso, em razão da natureza sensível dos pedidos dos investidores.

2.2.1.4. Cancelamento de contratos

O cancelamento de contratos com investidores estrangeiros, como resultado de preocupações ambientais, foi identificado nos casos *Parkerings*²⁹² e *Biwater*²⁹³. Nesses casos, o cancelamento envolveu, respectivamente, um contrato de concessão para a construção e a operação de estacionamento, por preocupações relacionadas à preservação do patrimônio histórico e um contrato de concessão de serviços de tratamento e fornecimento de água, em razão do descumprimento das obrigações de fornecimento de água com qualidade.

O caso *Parkerings-Compagniet* tem início com a celebração do contrato entre a Prefeitura de Vilnius, capital da Lituânia, e o Consórcio Egapris para a construção e operação de um “sistema moderno e integrado de estacionamento”. O referido contrato exigia que o Consórcio fosse responsável não apenas pela operação dos prédios de estacionamento (denominado em inglês *multiple multi-storey car parks*), mas também por seu planejamento, construção e obtenção das aprovações necessárias junto às autoridades competentes. Quando as obras fossem finalizadas, o Consórcio também seria responsável pela cobrança das tarifas e multas de estacionamento, repassando parcela desses valores à Prefeitura. Em contrapartida, o contrato obrigava a Prefeitura de Vilnius a, entre outras obrigações, assegurar ao Consórcio o direito de realizar essas cobranças, além de fornecer as informações necessárias para a elaboração do projeto.

²⁹² *Parkerings-Compagniet v. Lituânia* (Caso ICSID ARB/05/8). Decisão arbitral de 11 de setembro de 2007.

²⁹³ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia* (Caso ICSID ARB/05/22). Decisão arbitral de 24 de julho de 2008.

Após a celebração do contrato, diversos aspectos jurídicos foram questionados, tais como, a legalidade da cobrança de tarifas por empresas privadas, restrição imposta por meio de um decreto editado pelo governo nacional que proibiu as municipalidades de recolher multas relacionadas a violações de normas de estacionamento, as limitações dos poderes das municipalidades em contratar com entidades privadas, conforme legislação aprovada pelo Parlamento e a viabilidade de realização das obras para a construção de prédios de estacionamentos diante dos riscos à preservação do patrimônio histórico da cidade.

Especialmente em relação a esse último ponto, diversas agências governamentais se opuseram ao projeto apresentado pelo Consórcio, pois a área escolhida para a construção dos prédios de estacionamentos (centro histórico da cidade) é considerada Patrimônio Mundial da UNESCO. Nesse sentido, a Comissão Nacional de Proteção a Monumentos da Lituânia assim se manifestou:

“Projetos dessa natureza e escala, tal como o projeto para a construção de garagens subterrâneas na Cidade Histórica de Vilnius, devem ser desenvolvidos considerando-se, simultaneamente, os possíveis impactos ambientais diretos e indiretos das obras e também os impactos sobre os bens culturais. Na opinião da Comissão Nacional de Proteção a Monumentos, as garagens subterrâneas [...] alterariam as características da Cidade Histórica e destruiriam grandes áreas culturais ainda inexploradas. Além disso, a intensidade do tráfego e a poluição do ar na Cidade Histórica tendem a aumentar. A Cidade Histórica tenderia a se tornar uma opção de turismo menos atraente para moradores e visitantes, representando uma grande perda.”²⁹⁴

Diante dos diversos questionamentos sobre a legalidade do contrato, as partes buscaram renegociá-lo. Contudo, as negociações não prosperaram e a Prefeitura decidiu encerrar o contrato com o Consórcio. Como fundamento para o cancelamento do contrato, a Prefeitura argumentou que o Consórcio havia descumprido o prazo concedido para a

²⁹⁴ No original: “(...) Projects of such type and scale like the project of the construction of planned underground garages in the Old Town of Vilnius should be developed concurrently taking into consideration the possible direct and indirect environmental impact of planned works and also the impact on cultural properties. In the opinion of the State Monumental Protection Commission, the planned garages [...] would change the character of the Old Town of global value; destroy large areas of unexplored cultural layer. Also, the intensity of traffic and air pollution in the Old Town is likely to increase. The Old Town might become less attractive in terms of tourism and to the residents and visitor, and this would be a great loss” (Parkerings-Compagniet v. Lituânia (Caso ICSID ARB/05/8). Decisão arbitral de 11 de setembro de 2007. Parágrafo 142).

reapresentação do projeto de estacionamento, bem como faltado com o pagamento dos valores devidos à Prefeitura de Vilnius conforme previsto no contrato.

De acordo com o investidor, as restrições ambientais relacionadas à preservação do patrimônio histórico da cidade, aplicadas ao seu projeto, não foram aplicadas a outro investidor. Dessa forma, a Lituânia teria praticado atos injustos e discriminatórios ao cancelar o contrato com o Consórcio para a construção de garagens subterrâneas e, ao mesmo tempo, ter autorizado a mesma construção a outra empresa. Diante desse contexto, a questão ambiental acabou sendo tratada quando do exame sobre a ocorrência de tratamento discriminatório ou injusto por parte da Lituânia e sobre a violação de obrigação de proteção do investimento de forma não menos favorável do que aquela concedida aos investidores de um terceiro Estado.

Como mencionado acima, alguns órgãos do governo da Lituânia expressaram seu descontentamento com a forma como a construção do estacionamento seria conduzida, especialmente, as garagens subterrâneas, a qual, por exigir a escavação de áreas do Centro Histórico de Vilnius, poderia por em risco o patrimônio histórico da cidade. Assim, embora a Prefeitura de Vilnius não tenha fundamentado o cancelamento do contrato com o Consórcio diretamente em razão dos riscos a escavação (o argumento apresentado foi o descumprimento do prazo para a apresentação de um novo projeto), esse foi justamente o ponto que deu início ao conflito entre as partes.

Para o Consórcio, o encerramento representou uma violação dos dispositivos do Acordo entre o Governo da República da Lituânia e o Governo do Reino da Noruega para a Promoção e Proteção Mútua de Investimentos, de 1992 (BIT Lituânia-Noruega), especialmente em relação às obrigações de tratamento justo e razoável; de proteção do investimento de forma não menos favorável do que aquela concedida aos investidores de um terceiro Estado; e de não expropriar sem compensação. Por esses motivos, o Consórcio protocolou junto ao ICSID uma solicitação de arbitragem com base no BIT Lituânia-Noruega em março de 2005.

Já o caso Biwater envolveu o cancelamento de um contrato de concessão para o tratamento e distribuição de água por parte do governo da Tanzânia, diante do descumprimento de alguns de seus dispositivos por parte dos investidores estrangeiros,

especialmente no que se refere à qualidade dos serviços de fornecimento de água prestados à população local. Com efeito, de modo a não deixar a população desassistida, o governo local reassumiu as funções anteriormente concedidas ao investidor estrangeiro, cancelando o contrato, ocupando a sede da empresa de água e destituindo seus diretores, o que eventualmente culminou na decisão de deportar esses executivos.

Diferentemente do que ocorreu nos demais casos selecionados, o caso Biwater foi marcado pelo reconhecimento, por parte do tribunal do ICSID, da pertinência quanto à participação de terceiros interessados na disputa como *amicus curiae* (*Lawyers' Environmental Action Team* (LEAT); *Legal and Human Rights Centre* (LHRC); *Tanzania Gender Networking Programme* (TGNP); *Center for International Environmental Law* (CIEL); e *International Institute for Sustainable Development* (IISD)). Ao autorizar a participação de *amici curiae* o tribunal assim se manifestou²⁹⁵:

“358. (...) O Tribunal Arbitral (...) também reconhece que essa arbitragem envolve diversos assuntos que dizem respeito a comunidade de Tanzânia de forma ampla. Por isso não foi inapropriado que o processo arbitral permitiu a participação de terceiros interessados na disputa. Também foi importante que o Tribunal Arbitral recebeu informações e manifestações sobre os assuntos em disputa de todos os pontos de vista relevantes. (...)”

359. Os cinco Peticionários abrangem ONGs especializadas e com experiência em direitos humanos, meio ambiente e boa governança na Tanzânia. Eles abordaram os assuntos discutidos no caso com interesses, conhecimento e perspectivas que não haviam sido demonstrados, de maneira materialmente diversa daquela apresentada pelas duas partes em disputa, e por isso, propiciaram uma útil contribuição ao caso.”

As principais reivindicações apresentadas pelos *amici* estavam fundadas no fato de que os Direitos Humanos e o desenvolvimento sustentável são fatores que condicionam a natureza e a extensão das responsabilidades atribuídas ao investidor, bem como o equilíbrio entre os direitos e obrigações estabelecidos entre investidor e Estado receptor. Dessa forma, as empresas estrangeiras engajadas em projetos intimamente relacionados

²⁹⁵ No original: “358. (...) *The Arbitral Tribunal (...) also recognised that this arbitration raises a number of issues of concern to the wider community in Tanzania. It was therefore not inappropriate that the arbitral process permit some participation of interested non-disputing parties. It was also important that the Arbitral Tribunal be provided with information and submissions on the issues in dispute from all relevant standpoints. (...) 359. The five Petitioners comprise NGOs with specialised interests and expertise in human rights, environmental and good governance issues locally in Tanzania. They approach the issues in this case with interests, expertise and perspectives that have been demonstrated to materially differ from those of the two contending parties, and as such have provided a useful contribution to these proceedings*”. (Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia (Caso ICSID ARB/05/22). Decisão arbitral de 24 de julho de 2008. Parágrafos 358 e 359).

com Direitos Humanos e com a capacidade de se alcançar o desenvolvimento sustentável (tal como o projeto Biwater) têm o nível mais alto de responsabilidade em alcançar seus deveres e obrigações como investidores estrangeiros, antes de buscar a proteção do Direito Internacional.

Ao final, o tribunal reconheceu que os investidores haviam criado uma ameaça real à saúde pública e ao bem-estar da população local. Por essa razão, entendeu que as ações do governo da Tanzânia em libertar o sistema de fornecimento de água da cidade do controle dos investidores estrangeiros foram adequadas e enquadraram-se nos limites aceitos sob a teoria de margem de apreciação do Direito Internacional²⁹⁶.

No mais, o caso Biwater representou uma importante evolução do ICSID no sentido de assegurar transparência aos seus trabalhos, por meio da autorização da participação de terceiros interessados. Durante muitos anos, o ICSID foi criticado por tratar questões de interesse público de forma sigilosa, sem que as partes diretamente afetadas pudessem se manifestar. Contudo, vale ressaltar que a participação dos terceiros foi limitada à apresentação escrita, pois nenhum dos *amici curiae* foi autorizado a participar das audiências²⁹⁷.

2.2.1.5. Demais medidas

Sob a categoria “Demais medidas” foram classificados os casos Maffezini²⁹⁸, Azurix²⁹⁹ e Bayview³⁰⁰. Nesses casos as medidas ambientais tiveram origens variadas, as

²⁹⁶ No original: “*In short, City Water had created a real threat to public health and welfare. DAWASA and the Government judged quite reasonably that the system had to be freed of City Water’s control. Considering the importance of the issue at hand, the fact that City Water was entitled to remain in control for three weeks at most, and City Water’s own responsibility for creating the crisis, the Government acted well within the Republic’s margin of appreciation under international law*”. Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia (Caso ICSID ARB/05/22). Decisão arbitral de 24 de julho de 2008. Parágrafo 436).

²⁹⁷ No original: “*Attendance at Hearing: It may be noted further that the Petitioners did not attend any of the oral hearings in this arbitration*”. (Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia (Caso ICSID ARB/05/22). Decisão arbitral de 24 de julho de 2008. Parágrafo 369).

²⁹⁸ Emilio Agustín Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2000.

²⁹⁹ Azurix Corp. v. Argentina (Caso ICSID ARB/01/12). Decisão arbitral de 14 de julho de 2006.

³⁰⁰ Bayview Irrigation District e outras v. México (Caso ICSID ARB(AF)/05/1). Decisão arbitral de 19 de junho de 2007.

quais envolveram: discussões sobre a realização de Estudo de Impacto Ambiental (Maffezini), passando por impactos decorrentes de campanhas da autoridade local para que os serviços prestados por investidores estrangeiros não fossem pagos (Azurix) e direito de acesso à água como investimento protegido pelo NAFTA (Bayview).

No caso Maffezini, Emilio Agustín Maffezini, um investidor argentino e a *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (SODIGA), uma empresa pública espanhola, constituíram a Emilio A. Maffezini S.A. (EAMSA), uma *joint venture* para viabilizar a construção de uma fábrica destinada à produção de diversos produtos químicos.

Durante os primeiros anos do projeto, seu avanço ocorria de maneira satisfatória, graças aos subsídios do governo espanhol e aos empréstimos feitos pela SODIGA. A EAMSA havia adquirido um terreno para a construção da planta e já havia iniciado as obras necessárias. Contudo, em razão da elevação dos custos do projeto e, consequentemente, da crise financeira enfrentada pela companhia em razão disso, a construção da planta da EAMSA teve que ser interrompida e os empregados dispensados³⁰¹.

A pedido do Sr. Maffezini, foi iniciada arbitragem no ICSID contra a Espanha em julho de 1997, diante da incapacidade da EAMSA em quitar seus débitos com a SODIGA. Como fundamento de seu pedido, o Sr. Maffezini invocou os dispositivos do “Acordo para a Promoção Recíproca e Proteção dos Investimentos entre o Reino da Espanha e a República Argentina” (BIT Argentina-Espanha) e do “Tratado Bilateral República do Chile e Espanha” (BIT Chile-Espanha).

³⁰¹ Ainda sobre o caso Maffezini: CARREGARO, Ana Carolina Costa. *Análise da arbitragem internacional de investimento estrangeiro: Emilio Agustín Maffezini v. Reino da Espanha e os Acordos para a Promoção e Proteção do Investimento Estrangeiro na Argentina*, 117f. Dissertação (Mestrado em Integração na América Latina) – Programa de Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009; SMUTNY, Abby Cohen. “State Responsibility and Attribution: when is a State responsible for the acts of State Enterprises” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 17-45 (sobre a responsabilidade do Estado relacionada aos atos praticados por suas agências); KURTZ, Jürgen. “The Delicate Extension of MFN Treatment to Foreign Investors: *Maffezini v. Kingdom of Spain*” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 523-555.

Em seu pedido, o Sr. Maffezini apresentou quatro pontos: (i) em razão da condição da SODIGA como entidade pública, suas ações seriam atribuíveis à Espanha; (ii) o projeto de implementação da fábrica de produtos químicos falhou em virtude do aconselhamento equivocado da SODIGA a respeito dos custos envolvidos no projeto, os quais se mostraram significativamente mais elevados que o originalmente estimado; (iii) a SODIGA deveria ser responsável pelos custos adicionais resultantes do EIA, uma vez que a EAMSA havia sido pressionada a realizar o investimento antes que o EIA tivesse sido finalizado e antes que seus resultados fossem conhecidos; (iv) a transferência de 30 milhões de Pesetas espanholas de sua conta pessoal como um empréstimo à EAMSA havia sido irregularmente realizada.

A questão ambiental suscitada no caso se referiu aos custos adicionais decorrentes do resultado do EIA, que o Sr. Maffezini entender ser atribuíveis à Espanha, uma vez que teria sido pressionado a realizar o investimento antes de saber o resultado do EIA. Dessa forma, argumenta que apenas realizou o investimento porque desconhecia todos os riscos envolvidos. O investidor, portanto, pleiteou da Espanha, entre outros, a reparação pelos custos adicionais que incorreu em razão dos resultados apontados pelo EIA.

No caso Azurix, após vencer uma licitação organizada pelo governo da Argentina para a prestação de serviços de fornecimento de água potável e tratamento de esgoto, a empresa passou a sofrer com a instabilidade política do país, que resultou na interferência do Estado sobre seus serviços. Dentre as interferências praticadas pelo governo argentino, ressalta-se a proibição de reajustes nas tarifas e a não conclusão de obras essenciais de infraestrutura.

As falhas na conclusão das obras de infraestrutura desencadearam uma proliferação excessiva de algas nos reservatórios de água e causaram uma severa crise junto à população local que frequentemente reclamava que a água fornecida pela Azurix era turva e com odor e sabor forte de terra. Essas reclamações foram usadas pelos políticos e pela imprensa local para difamar a imagem da Azurix entre a população. Em determinado momento, as autoridades locais chegaram a incitar os consumidores a não pagar as contas de água o que, posteriormente, foi transformado em ordem oficial à Azurix, para que suspendesse a cobrança das faturas de água até que a qualidade da água fosse reestabelecida. Além disso, a Azurix recebeu uma multa pelo incidente das algas.

Diante desse cenário, a Azurix considerou que as ações da Argentina constituíram múltiplas violações do *Treaty with Argentina Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment* (BIT Argentina-EUA), especialmente no que se refere ao descumprimento da obrigação de tratamento justo e igualitário, não-discriminação e proteção total e segurança, bem como a obrigação de vedação à expropriação. Decidiu, então, submeter o caso à apreciação do ICSID, com fundamento no referido BIT.

No caso Bayview, conforme mencionado anteriormente, o cerne da disputa é o desvio de águas do Rio Grande. Os investidores estadunidenses argumentaram que o direito de acesso a água seria equivalente a um investimento protegido pelo NAFTA e, portanto, afirmavam que o México havia expropriado seu direito a determinado volume de água, conforme previsto no Tratado entre Estados Unidos e México sobre a Utilização de Água de 1944. Dessa forma, o México deveria ser responsabilizado pelos prejuízos causados.

Como o tribunal entendeu não ter competência para apreciar a disputa, a questão ambiental suscitada pelos investidores não foi apreciada. Nesse particular, o próprio governo dos Estados Unidos manifestou-se de maneira contrária aos investidores e o tribunal do ICSID considerou que a questão do uso da água, nessas circunstâncias, não poderia ser apreciada por um tribunal arbitral, uma vez que se tratava de uma questão de Direito Internacional Público.

2.2.1.6. Considerações parciais sobre as ações dos Estados e as reações dos investidores

Conforme se extrai dos casos analisados, as ações dos Estados envolveram as seguintes medidas: (i) decisão de expropriação; (ii) indeferimento e cancelamento de licença; (iii) alteração da lei nacional do Estado receptor; (iv) cancelamento de contrato; e (v) demais medidas. A tabela abaixo apresenta a distribuição dos casos de acordo com a medida estatal discutida:

Tabela 4 – Distribuição dos casos por ações dos Estados

Decisão de expropriação
Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica
Marion Unglaube v. Costa Rica
Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica
Indeferimento e cancelamento de licenças
Metalclad Corporation v. México
Técnicas Medioambientales, S.A. v. México
Empresas Lucchetti e Lucchetti Perú v. Peru
Commerce Group Corp. e San Sebastian Gold Mines, Inc. v. El Salvador
Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. México
Alteração de lei nacional do Estado receptor
MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile
Plama Consortium Limited v. Bulgária
Piero Foresti, Laura de Carli e outros v. África do Sul
Cancelamento de contrato
Parkerings-Compagniet v. Lituânia
Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. Tanzânia
Demais medidas
Emilio Agustín Maffezini v. Espanha
Azurix Corp. v. Argentina
Bayview Irrigation District e outros v. México

Essas medidas, por sua vez, foram tratadas pelos investidores como: (i) expropriação direta/indireta; (ii) violação de tratamento justo e igualitário; (iii) tratamento discriminatório; (iv) valor da compensação/reparação de dano.

Observa-se que as classificações aqui propostas servem meramente para facilitar a compreensão dos casos e não representam uma correspondência específica entre determinada ação do Estado e as reações dos investidores. Isso porque, em muitos casos, uma mesma medida resulta, aos olhos do investidor, mais de uma violação.

Veja-se, por exemplo, os casos de indeferimento ou cancelamento de licenças. Essas situações foram consideradas pelos investidores tanto como atos equivalentes à expropriação quanto violações ao tratamento justo e igualitário ou mesmo atos discriminatórios. Da mesma forma, não foi raro a utilização de tais argumentos de forma genérica, sem que, necessariamente, o caso se enquadrasse na hipótese de proteção cuja violação o investidor argumentava ter ocorrido.

2.2.2. Principais argumentos utilizados pelos tribunais do ICSID para tratar das questões ambientais

Como já exposto, os argumentos utilizados pelos tribunais do ICSID para tratar das questões ambientais partiram do enquadramento jurídico dado pelas partes a elas. Dessa forma, a resposta à pergunta sobre como os tribunais do ICSID têm tratado as questões ambientais deve considerar, primeiramente, a forma como as partes levaram o assunto ao tribunal.

Inicialmente, contudo, é preciso selecionar apenas aqueles casos em que houve, efetivamente, a apreciação da questão ambiental pelos tribunais do ICSID. Assim, a despeito da presença de questões ambientais nos casos *Lucchetti*, *Bayview* e *Commerce Group*, os tribunais do ICSID não se pronunciaram sobre o mérito, uma vez que esses casos não cumpriram com os requisitos de competência do tribunal. Além disso, cumpre notar que as questões ambientais suscitadas no caso *Piero Foresti* também não tiveram o seu mérito apreciado pelo tribunal, pois o caso foi arquivado a pedido das partes, antes que o tribunal se pronunciasse sobre os elementos ambientais presentes na disputa em questão.

Dessa forma, do total de dezesseis casos selecionados, quatro deles não foram apreciados no mérito (três por razões de falta de jurisdição e um em razão do pedido de arquivamento da disputa pelas partes), reduzindo o número de manifestações dos tribunais do ICSID sobre as questões ambientais. Vale notar que os casos *Marion Unglaube v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/08/1) e *Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/09/20) foram decididos em conjunto, reduzindo ainda mais o número de manifestações do tribunal sobre o tema. Portanto, os tribunais do ICSID efetivamente se pronunciaram sobre questões ambientais em onze decisões.

A análise sobre os principais argumentos utilizados pelos tribunais para tratar das questões ambientais seguiu as principais reações dos investidores, descritas no item 2.2.1 *Ações dos Estados e reações dos investidores*, acima. Como visto, essas medidas ambientais adotadas pelos Estados, de alguma forma, afetaram negativamente os investimentos estrangeiros e, portanto, ensejaram o início da arbitragem por parte dos investidores.

2.2.2.1. Expropriação

Pela análise desenvolvida a partir dos casos selecionados, percebe-se que, na maioria deles, as medidas adotadas pelos Estados com fundamento em questões ambientais foram interpretadas pelos investidores como atos de expropriação, ou equivalentes à expropriação. Isso ocorreu tanto em relação às medidas estatais que envolveram uma decisão expressa de expropriação³⁰² (“expropriação direta”), quanto em relação aos casos em que o Estado indeferiu ou cancelou as licenças necessárias às atividades desenvolvidas pelos investidores³⁰³, alterou a lei nacional³⁰⁴, ou, ainda, quando o Estado cancelou contratos com os investidores estrangeiro³⁰⁵ – esses últimos, considerados como equivalentes à expropriação (“expropriação indireta”).

A análise dos casos também demonstrou que, dificilmente, uma medida estatal é considerada pelo investidor como uma única violação às obrigações de proteção ao investimento estrangeiro. Com frequência, as alegações de expropriação confirmavam-se a partir da identificação de violações de tratamento justo e igualitário ou de tratamento discriminatório, conforme detalhado nos itens a seguir sobre expropriação direta e indireta..

Expropriação direta

No que se refere aos casos de expropriação direta, tal como ocorreu no caso CDSE, por exemplo, a despeito dos esforços da Costa Rica em fazer com que os argumentos ambientais fossem considerados quando da determinação do valor a ser pago a título de indenização pela expropriação, o tribunal foi taxativo ao afastá-los:

³⁰² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/96/1) e *Marion Unglaube v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/08/1) e *Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/09/20).

³⁰³ *Metalclad Corporation v. México* (Caso ICSID ARB(AF)/97/1), *Técnicas Medioambientales, S.A. v. México* (Caso ICSID ARB(AF)/00/2) e *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. México* (Caso ICSID ARB(AF)/09/2).

³⁰⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (Caso ICSID ARB/01/7) e *Plama Consortium Limited v. Bulgária* (Caso ICSID ARB/03/24).

³⁰⁵ *Parkerings v. Lituânia* (Caso ICSID ARB/05/8) e *Biwater Gauff v. Tanzânia* (Caso ICSID ARB/05/22).

“71. Ao abordar a questão da compensação para o imóvel Santa Elena, o Tribunal teve em mente as seguintes considerações:

— O direito internacional permite que o Governo da Costa Rica exproprie a propriedade estrangeira em seu território por razões de interesse público e mediante o pagamento imediato de uma compensação adequada e eficaz. Não há controvérsia entre as partes sobre esse ponto.

— Enquanto uma expropriação por razões ambientais pode ser classificada como uma desapropriação motivada pelo interesse público, e, por isso, ser considerada legítima, o fato de que a propriedade foi tomada por essa razão não afeta a natureza da medida, nem mesmo a necessidade de que se pague compensação pelo ato expropriatório. Ou seja, o propósito de proteger o meio ambiente, motivo pelo qual a propriedade foi expropriada, não altera a natureza jurídica da expropriação para a qual a compensação adequada deve ser paga. A fonte internacional da obrigação de proteger o meio ambiente, não faz diferença.

72. Medidas ambientais expropriatórias – não importando o quão louváveis e benéficas sejam para a sociedade – são similares a qualquer outra medida de expropriação que um Estado possa adotar a fim de implementar as suas políticas: quando a propriedade é expropriada, mesmo que por razões ambientais, sejam nacionais ou internacionais, a obrigação do Estado a pagar uma indenização permanece³⁰⁶.

Para o tribunal, o aspecto ambiental não justificaria nenhuma diferença de tratamento ao investidor, que tem direito de ser indenizado pela expropriação sofrida, qualquer que tenha sido a causa a motivá-la. No mesmo sentido, o tribunal constituído para apreciar os casos *Marion e Reinhard Hans Unglaube v. Costa Rica* reconheceu que os atos praticados pelo Estado, embora motivados pelo intuito de proteger as tartarugas gigantes, foram equivalentes à expropriação e, portanto, deveriam ser indenizados, em linha com o decidido no caso CDSE.

³⁰⁶ No original em inglês: “71. In approaching the question of compensation for the Santa Elena Property, the Tribunal has borne in mind the following considerations:

— International law permits the Government of Costa Rica to expropriate foreign-owned property within its territory for a public purpose and against the prompt payment of adequate and effective compensation. This is not in dispute between the parties.

— While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.

72. Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains”. (*Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica* (Caso ICSID ARB/96/1). Decisão arbitral de 17 de fevereiro de 2000. Parágrafos 71 e 72).

Nesses dois casos de expropriação direta, é preciso ter certo cuidado, pois, embora o aspecto ambiental não tenha servido para afastar ou mesmo reduzir o valor da indenização, a competência estatal em proteger o meio ambiente não foi questionada. De fato, a criação das áreas de proteção ambiental vislumbradas nos dois casos foram mantidas e o cabimento e a pertinência das medidas foram reconhecidos pelos tribunais que apreciaram os casos.

Expropriação indireta

A expropriação indireta foi suscitada pelos investidores como resultado de violações de tratamento justo e igualitário (Metalclad, Tecmed, MTD, Azurix e Abengoa) e tratamento discriminatório (Parkerings e Plama). Todavia, nem todas elas foram confirmadas pelos tribunais como casos de expropriação, ainda que indireta.

No caso Metalclad, por exemplo, o tribunal reconheceu que a não renovação da licença de um projeto aprovado e apoiado pelo governo federal representaria uma violação do tratamento justo e igualitário e, portanto, configuraria um ato equivalente à expropriação (*tantamount to expropriation*) a ser indenizado. Ao final, o tribunal determinou que o México pagasse US\$ 16,7 milhões à Metalclad. Apesar do reconhecimento da expropriação, sua configuração dependeu da confirmação de que o indeferimento das licenças foi resultado de medidas injustas, pois em contradição com outros atos do ato do Estado receptor, conforme exposto no item específico sobre tratamento justo e igualitário adiante.

Da mesma forma, no caso Tecmed, o tribunal reconheceu que a não renovação da licença configurou uma expropriação indireta por parte do governo mexicano, ainda que o indeferimento da licença e o fechamento do aterro fossem legítimos do ponto de vista da lei nacional, a qual, por sua vez, estava amparada nos interesses de proteção ambiental. Isso porque, para o tribunal, as autoridades mexicanas não respeitaram uma proporcionalidade razoável entre a proteção do meio ambiente e a proteção dos direitos dos investidores³⁰⁷. Em primeiro lugar, porque, embora a Tecmed tivesse violado algumas

³⁰⁷ No texto original: “After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as

regulamentações ambientais durante a operação do aterro, isso não teria representado a verdadeira causa do indeferimento da licença, mas sim as circunstâncias políticas e sociais que cercaram o caso, as quais acabaram pressionando as autoridades locais para remover o aterro da cidade (parágrafos 129-144). E, em segundo lugar, o fato de as autoridades mexicanas estarem negociando com a Tecmed a transferência do local do aterro indicava que a prestação desses serviços era adequada e não apresentava riscos ao meio ambiente (tanto que as próprias autoridades mexicanas buscam um novo local para instalar o aterro e a Tecmed já havia concordado com a referida transferência) (parágrafos 145-150).

Diante desse contexto, o tribunal reconheceu que as medidas expropriatórias, ainda que adotadas em caráter ambiental, foram injustas e privaram o investidor de seu investimento e, portanto, seriam equiparáveis a qualquer outro ato expropriatório, devendo ser indenizadas. O tribunal fixou multa em favor da Tecmed no valor de US\$ 5.5 milhões e determinou a transferência da propriedade do aterro ao governo mexicano (parágrafos 183-200).

Já no caso Abengoa, o tribunal, ao apreciar as condutas praticadas pelo México, reconheceu que tais atos representaram a expropriação indireta do investimento realizado pela Abengoa e COFIDES, uma vez que as autoridades locais privaram, total e definitivamente, os investidores do uso e gozo do seu investimento³⁰⁸. Nesse particular, o tribunal ressaltou que os investidores haviam realizado o investimento baseando-se na expectativa legítima que o centro para o tratamento de resíduos industriais se adequava a todos os requisitos administrativos e jurídicos necessários (parágrafo 646), em especial, os ambientais, conforme fazia crer o governo mexicano com a concessão das licenças ambientais correspondentes.

expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality.” [citações omitidas do original] (Técnicas Medioambientales, S.A. v. México (Caso ICSID ARB(AF)/00/2). Decisão arbitral de 29 de maio de 2003. Parágrafo 122).

³⁰⁸ No original: “*En síntesis, el Tribunal Arbitral estima que la expropiación indirecta queda establecida por el hecho de que el Ayuntamiento ha privado total y definitivamente al inversor del uso y goce de su inversión, y de que la Demandada no puede exonerarse de su responsabilidad internacional basándose en argumentos de derecho interno, en particular tomando en cuenta que sus actuaciones crearon para el inversor la expectativa legítima de que la situación de la Planta era totalmente regular*”. (Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. v. México (Caso ICSID ARB(AF)/09/2). Decisão arbitral de 18 de abril de 2013. Parágrafo 624).

Nos casos MTD, Parkerings e Plama, a expropriação indireta foi examinada à luz da ocorrência de tratamento discriminatório por parte do Estado receptor. Como se verá adiante, os tribunais desses casos afastaram a expropriação indireta justamente por não ter sido confirmado o tratamento discriminatório alegado pelos investidores.

De maneira geral, nos casos de expropriação direta, as preocupações ambientais não permitiram qualquer redução do valor de compensação a ser pago aos investidores. Para os tribunais do ICSID, uma expropriação é uma expropriação, independentemente das razões que a tenham motivado e, portanto, deve ser indenizada como tal. Já nos casos de expropriação indireta sua configuração ocorreu como reflexo de outra violação. Portanto, nos casos em que houve o reconhecimento de expropriação indireta, esta foi resultado da ocorrência de outra violação, aí sim relacionada à questão ambiental suscitadas no caso.

No mais, vale notar que, a aplicação do teste de proporcionalidade no caso Tecmed, embora não tenha favorecido o aspecto ambiental, já dá sinais de que os aspectos ambientais foram, ao menos, considerados. A existência de um precedente nesse sentido pode estimular aqueles interessados em adotar medidas ambientais a levar esse teste ao tribunal, provocando o exame de proporcionalidade entre os diferentes interesses protegidos. Também vale notar que o reconhecimento da participação de *amicus curiae* nos casos, contribuiu para que aspectos ambientais fossem apreciados pelos tribunais, por meio das petições apresentadas por organizações especializadas.

2.2.2.2. Violação de tratamento justo e igualitário

As alegações de violação de tratamento justo e igualitário como reação às ações praticadas pelos Estados receptores estiveram presentes em praticamente todos os casos examinados, em maior ou menor grau. Pela leitura dos casos, percebeu-se que, muitas vezes, embora o mérito da disputa não comportasse exatamente uma situação de violação de tratamento justo e igualitário, os investidores se aproveitavam do caráter amplo dessa forma de proteção para obter alguma forma de reparação do Estado. Vale notar que, ao presente trabalho, não importa discutir no detalhe a definição e o alcance de tal proteção,

mas sim, de que forma as ações estatais motivadas por questões ambientais foram consideradas uma afronta às obrigações de tratamento justo e igualitário.

Nesse particular, as medidas relacionadas ao indeferimento e cancelamento de licenças foram aquelas em que o reconhecimento pelo tribunal da violação de tratamento justo e igualitário foi mais frequente. Veja-se, por exemplo, os casos Metalclad e Tecmed.

Na decisão arbitral sobre o caso Metalclad, a verificação da ocorrência de violação ao tratamento justo e igualitário dependia da confirmação sobre a competência para conceder as licenças necessárias para a operação do aterro. De um lado, a instalação do empreendimento contava com o apoio do governo federal e, de outro lado, sofria com a oposição das autoridades locais. Diante desse contexto, o tribunal fez uma revisão da legislação mexicana, em especial da Lei Geral de Equilíbrio Ecológico e de Proteção ao Meio Ambiente (LGEEPA)³⁰⁹, de modo a identificar as responsabilidades de cada órgão no processo de licenciamento e regularização do aterro.

A conclusão do tribunal foi de que a lei mexicana expressamente atribuía aos órgãos federais a competência para autorizar a construção e a operação de aterros para resíduos perigosos, limitando os poderes da municipalidade a assuntos relacionados apenas a resíduos não-perigosos. Assim, ainda que o fundamento adotado para o indeferimento das licenças (e o posterior fechamento do aterro) tenha sido o impacto ambiental às comunidades vizinhas, a negativa de concessão de licença foi realizada em desacordo com as competências das autoridades locais e sem qualquer evidência de dano ou má condução das atividades, mostrando-se inadequada. Para o tribunal, portanto, o México não tratou o investimento da Metalclad de maneira justa e igualitária. Dessa forma, como essas medidas privaram os investidores do uso e gozo de seu investimento, equipararam-se a uma expropriação e, como tal, deveriam ser indenizadas.

No caso Tecmed, a questão da violação de tratamento justo e igualitário foi suscitada em razão das autoridades locais não terem agido de maneira consistente, transparente e sem ambiguidade em relação à implementação do projeto. Nesse particular, o tribunal considerou que o México deveria (i) ter reportado, de forma clara e expressa, sua

³⁰⁹ A LGEEPA, em espanhol, a *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* foi aprovada em março de 1988 e estabelece a base normativa para toda a legislação ambiental mexicana.

posição em relação aos efeitos das violações praticadas pelos investidores sobre a renovação das licenças; (ii) ter dado claros sinais de sua intenção de indeferir o pedido de renovação (parágrafo 162).

Como ressaltado pelo tribunal, o investidor estrangeiro espera que o Estado receptor aja de maneira consistente, livre de ambiguidade e totalmente transparente. Essa postura permite que ele possa conhecer toda e qualquer lei e regulamento que venha ser aplicada ao seu investimento, bem como os objetivos das principais políticas públicas que norteiam a atuação desse Estado, de modo a planejar seu investimento para que ele se adeque às exigências estatais (parágrafo 154), o que não foi feito pelo governo mexicano. Diante dessas violações, o tribunal determinou ao México o pagamento de US\$ 5,5 milhões à Tecmed, com a correspondente obrigação da Tecmed em promover a transferência da propriedade ao governo mexicano após a realização do pagamento. Nota-se, portanto, que a razão ambiental em si não foi desconsiderada, mas a forma como o Estado conduziu a questão, ao deixar de se pronunciar de forma clara sobre os problemas que o projeto enfrentava e que, ao fim, serviram de causa ao indeferimento das licenças.

Já as medidas relacionadas à alteração de lei nacional do Estado receptor, ocorridas nos casos MTD e Plama, não foram consideradas pelos tribunais como em violação à obrigação de tratamento justo e igualitário.

No caso MTD, o tribunal entendeu que os investidores não poderiam esperar que o Estado alterasse sua política urbanística e ambiental apenas para acomodar os interesses dos investidores. Consequentemente, o tribunal afastou o argumento dos investidores de que a não-alteração da lei de zoneamento da capital chilena teria representado uma violação do tratamento justo e igualitário. Aqui, prevaleceu a medida ambiental, ainda que o tribunal tenha reconhecido que a falta de uniformidade no tratamento do investimento por parte das diferentes agências chilenas tenha sido a razão a justificar a condenação do Estado ao pagamento de 50% do valor investido pelos investidores estrangeiros.

No caso Plama, por sua vez, a alteração da lei ambiental da Bulgária que excluiu do Estado a responsabilidade pelos danos ambientais passados da empresa recém-privatizada também não foi considerada pelo tribunal como uma violação ao tratamento justo e igualitário. Para o tribunal, o ECT não protege os investidores contra toda e qualquer

alteração na legislação do Estado receptor. Nesse ponto, o tribunal destacou que sobre o tratamento justo e igualitário o investidor apenas é protegido se (ao menos) expectativas razoáveis e justificáveis foram criadas e, no caso, não há evidência de que o governo da Bulgária tenha feito qualquer promessa ou assumido qualquer compromisso para “congelar” sua legislação ambiental nacional em favor dos investidores (parágrafo 219). Ademais, notou o tribunal que, mesmo que a lei não tivesse sido alterada, o texto anterior não era claro quanto à exclusão da responsabilidade ambiental dos novos proprietários da refinaria após sua privatização.

Diante desse contexto, o tribunal afastou os argumentos dos investidores de que a Bulgária teria violado suas obrigações de tratamento justo e igualitário ao alterar sua lei ambiental. Como resultado, os investidores foram condenados a pagar os custos e honorários advocatícios incorridos pelo Estado na arbitragem.

2.2.2.3. Tratamento discriminatório

Nos casos MTD³¹⁰, Parkerings³¹¹ e Plama³¹² as questões ambientais foram apreciadas no âmbito da verificação da ocorrência de tratamento discriminatório, a qual depende da comprovação por parte do investidor de que, em circunstâncias semelhantes a outro investidor, recebeu tratamento diverso³¹³

No caso MTD, por exemplo, o tribunal ressaltou que o principal ponto a ser enfatizado no caso seria a inconsistência entre as ações de dois órgãos de um mesmo governo vis-à-vis o mesmo investidor, ainda mais quando o quadro legal do país prevê um mecanismo específico para coordenar os investimentos. Nesse sentido, o tribunal constatou que Chile tratou de forma injusta e desigual a MTD, autorizando um investimento que não poderia ocorrer, por razões de política pública urbana.

³¹⁰ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile (Caso ICSID ARB/01/7). Decisão arbitral de 25 de maio de 2004.

³¹¹ Parkerings-Compagniet v. Lituânia (Caso ICSID ARB/05/8). Decisão arbitral de 11 de setembro de 2007.

³¹² Plama Consortium Limited v. Bulgária (Caso ICSID ARB/03/24). Decisão arbitral de 27 de agosto de 2008.

³¹³ VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012, p. 330-331.

O tribunal destacou que há uma importante diferença entre as autorizações que são concedidas de acordo com as leis e regulamentos do país e as ações que requerem uma mudança de tais leis e regulamentos. De um lado, os compromissos assumidos pelo Chile no que tange à proteção do investimento estrangeiro exigem que, na medida em que o pedido de licença atender aos requisitos da lei, a autorização seja concedida ao investidor. De outro lado, esses compromissos não dão direito ao investidor a uma mudança do quadro normativo do país onde se investe e, portanto, o máximo que um investidor poderia esperar era que a lei fosse aplicada (e não que fosse ocorrer uma alteração para lhe favorecer). Ao final, o tribunal afastou a expropriação, ainda que a MTD tenha argumentado que o caso se enquadra no conceito de expropriação indireta, e ressaltou que os BITs não são um seguro contra os riscos do negócio e, portanto, caberia aos investidores arcar com as consequências de suas ações.

Já no caso *Parkerings*, a questão ambiental foi suscitada para verificar se duas empresas estavam em condições semelhantes e, conseqüentemente, determinar se houve tratamento discriminatório entre elas. Conforme demonstrado pelo tribunal a situação das empresas não era a mesma, tanto pelo fato de os projetos serem bastante diferentes quanto ao seu tamanho e localização, quanto por envolverem destinações diferentes junto à Prefeitura, no que se refere à propriedade final dos estacionamentos a serem construídos. No que se refere ao tamanho e localização dos projetos, principais elementos ambientais considerados para a verificação da discriminação, o tribunal reconheceu que a garagem subterrânea projetada pela *Parkerings* estava localizada totalmente dentro da área do centro histórico e era significativamente maior do que aquela planejada pela outra empresa. Por essa razão os projetos receberam tratamentos diferentes por parte da Comissão de Patrimônio Cultural, uma vez que o Centro Histórico da cidade de Vilnius constitui patrimônio cultural protegido pela UNESCO e, como tal, deve ser protegido. Dessa forma, o tribunal entendeu não ter se configurado discriminação por parte da Lituânia e, portanto, as reivindicações dos investidores deveriam ser totalmente rejeitadas.

No caso *Plama*, por fim, o tribunal não identificou qualquer evidência de que a alteração da lei ambiental da Bulgária tivesse sido promovida de modo a prejudicar diretamente o investidor ou seu investimento na companhia recém-privatizada. Ao analisar os argumentos apresentados pelos investidores, o tribunal reconheceu que, embora a

estabilidade do quadro normativo nacional integre a obrigação de tratamento justo e igualitário, isso não afastaria o poder dos Estados de editar normas (parágrafo 177). Além disso, o tribunal ressaltou que, ainda que a lei ambiental da Bulgária não tivesse sido modificada, mantendo a responsabilização do Estado pelos danos ambientais passados, isso não seria suficiente para assegurar a imunidade do investidor em relação a um eventual passivo ambiental³¹⁴. Consequentemente, a nova redação da lei não seria discriminatória, uma vez que mesmo antes de sua alteração já havia a possibilidade de responsabilização do novo adquirente. Como resultado, os investidores foram condenados a pagar os custos e honorários advocatícios incorridos pelo Estado na arbitragem. A decisão do tribunal do caso Plama, embora até tenha sido favorável ao Estado, preservando a alteração legislativa que atribuiu aos investidores privados a responsabilidade pelos danos ambientais passados e, consequentemente, os obrigando a adequar a operação da refinaria com as regulamentações ambientais vigentes, não representou um efetivo reconhecimento da importância da preservação do meio ambiente. Ao longo da decisão, o tribunal comentou que a responsabilização dos investidores pelo passivo ambiental da refinaria foi resultado de suas próprias ações, pois outras empresas haviam conseguido obter a isenção dessa responsabilidade em processos de privatização bastante semelhantes e que haviam sido realizados em datas próximas. Nesse sentido, o tribunal observou que os investidores teriam falhado não só na condução da auditoria para a aquisição da refinaria, como também na negociação como Estado das cláusulas do contrato de privatização.

Nenhuma das alegações de tratamento discriminatório suscitadas pelos investidores em resposta às ações dos Estados motivadas por razões ambientais foi reconhecida pelos tribunais. Com efeito, os tribunais buscaram preservar as ações ambientais praticadas pelos Estados, as quais estavam alinhadas com sua legislação nacional. Embora os tribunais não tenham aplicado normas internacionais ambientais, o caráter ambiental das medidas, quando pertinente, foi, em diversos casos, apreciado pelos tribunais via aplicação da lei nacional do Estado receptor envolvido na disputa.

³¹⁴ No original: “Moreover, Bulgaria’s environmental law, as it existed prior to PCL’s acquisition of Nova Plama (quoted earlier), could give no assurance to Claimant that Nova Plama would be exempt from liability for cleaning up past environmental damage. Claimant admits that the Bulgarian law, as it existed at the time of Nova Plama’s second privatization, was, at best, unclear as to liability for past environmental damages”. (Plama Consortium Limited v. Bulgária (Caso ICSID ARB/03/24). Decisão arbitral de 27 de agosto de 2008. Parágrafo 220).

2.2.2.4. Valor da compensação/reparação de dano

Nos casos Maffezini³¹⁵ e Azurix³¹⁶ os investidores solicitaram aos tribunais a reparação pelos danos sofridos em razão das medidas ambientais adotadas pelos Estados receptores.

No caso Maffezini, a solicitação de reparação em razão da elevação dos custos de implementação do projeto como resultado das exigências impostas pelo EIA foi indeferida. O tribunal reconheceu que a elaboração do EIA – nas palavras do tribunal um “*instrumento básico para a proteção do meio ambiente e aplicação das medidas preventivas apropriadas* – é exigida não apenas pela legislação espanhola, mas também, e com cada vez mais frequência, pelas normas de direito internacional”³¹⁷. Nesse sentido, o tribunal destacou que Constituição espanhola contém um dispositivo específico sobre a proteção do meio ambiente, que dispõe que as autoridades públicas, baseando-se a solidariedade pública, deverão assegurar que todos os recursos naturais sejam utilizados de forma racional, com vistas a preservar e melhorar a qualidade de vida, bem como proteger e recuperar o meio ambiente³¹⁸. Tal dispositivo se aplica não apenas à Administração Geral do Estado, mas também às comunidades autônomas e aos municípios, devendo, portanto, ser respeitado pelas autoridades locais.

O tribunal também destacou a extensa legislação existente sobre o EIA, a qual inclui normas comunitárias (Diretiva 85/337) e nacionais específicas. Com efeito, todos os projetos que possam causar impactos ambientais significativos apenas podem ser implementados após a realização de um EIA, tanto por força da legislação comunitária, quanto nacional. Caso o projeto inicie sua implementação antes de aprovado o EIA, a obra poderá ser suspensa.

³¹⁵ Emilio Agustín Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2000.

³¹⁶ Azurix Corp. v. Argentina (Caso ICSID ARB/01/12). Decisão arbitral de 14 de julho de 2006.

³¹⁷ No texto original: “*The Tribunal has carefully examined these contentions, since the Environmental Impact Assessment procedure is basic for the adequate protection of the environment and the application of appropriate preventive measures. This is true, not only under Spanish and EEC law, but also increasingly so under international law.*” (Emilio Agustín Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2000. Parágrafo 67).

³¹⁸ Artigo 45, parágrafo 2º, da Constituição Espanhola de 1978: “*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*”.

Diante desse contexto, nunca houve dúvidas de que as indústrias químicas estão obrigadas a realizar o EIA e que, nesse sentido, tanto o Sr. Maffezini quanto os seus funcionários estavam cientes sobre a necessidade de realização do EIA, conforme se depreende pelo exame dos registros de correspondência e outras comunicações sobre as exigências ambientais. Para o tribunal, o Sr. Maffezini teria tentado minimizar a exigência do EIA, a fim de evitar custos adicionais ou dificuldades técnicas decorrentes dos eventuais resultados do EIA. Além disso, o tribunal pontuou que o Sr. Maffezini não trouxe dados que justificassem ou mesmo demonstrassem os custos ou danos atribuíveis à manipulação do EIA pelas autoridades espanholas.

Nesse sentido, o tribunal destacou que a Espanha não tinha feito mais que sua obrigação ao exigir o cumprimento das leis comunitárias e nacionais aplicáveis à indústria química e, por isso, não poderia ser considerada responsável pela decisão tomada pelo próprio investidor em relação à condução do EIA. No mais, o comportamento da Espanha estaria perfeitamente de acordo com o BIT Argentina-Espanha que dispõe sobre a proteção do investimento em cumprimento com a legislação nacional³¹⁹.

No caso Azurix, a reparação de dano foi requerida devido à crise iniciada em razão da contaminação por algas dos reservatórios de água para fornecimento à população e a consequente obrigação para que a Azurix suspendesse as cobranças por esse fornecimento. Para a Azurix, como a crise de contaminação havia sido desencadeada pela omissão do governo argentino em realizar as obras acordadas no contrato de concessão, ele deveria arcar com os prejuízos causados pela falta de pagamento dos serviços prestados.

O tribunal considerou que as ações praticadas pelas autoridades argentinas no exercício de seus poderes públicos excederam seus direitos contratuais estabelecidos no contrato de concessão celebrado com a Azurix. Para o tribunal, os governos devem ser

³¹⁹ No texto original: “*The Kingdom of Spain and SODIGA have done no more in this respect than insist on the strict observance of the EEC and Spanish law applicable to the industry in question. It follows that Spain cannot be held responsible for the decisions taken by the Claimant with regard to the EIA. Furthermore, the Kingdom of Spain’s action is fully consistent with Article 2(1) of the Argentine-Spain Bilateral Investment Treaty, which calls for the promotion of investment in compliance with national legislation. The Tribunal accordingly also dismisses this contention by the Claimant.*” (Emilio Agustín Maffezini v. Espanha (Caso ICSID ARB/97/7). Decisão arbitral de 13 de novembro de 2000. Parágrafo 71).

vigilantes ao proteger a saúde pública de seus cidadãos, porém, no caso, as declarações e ações das autoridades locais contribuíram para a crise, ao invés de resolvê-la.

O tribunal esclareceu que a questão a ser tratada não é tanto se a medida é legítima e serve a um propósito público, mas se é uma medida que, mesmo sendo legítima e servindo a uma finalidade pública, justifica o pagamento de uma indenização. Isso porque, no exercício da função pública, os governos adotam todo o tipo de medida que é capaz de afetar o valor econômico do investimento sem que todas elas deem azo ao pagamento de compensação. O tribunal colacionou discussões sobre o tema realizadas no âmbito de outros casos (CDSE, S.D. Myers, Tecmed, entre outros), em especial, para identificar quais os elementos que caracterizam um ato como expropriatório e quais estão presentes quando a medida adotada representa, exclusivamente, um exercício do poder regulatório do Estado.

Nesse particular, reconheceu que, uma medida que priva uma pessoa de sua propriedade deve perseguir um objetivo legítimo “de interesse público” e respeitar “uma proporcionalidade razoável entre os meios empregados e o objetivo que se pretende realizar”. Ou seja, a medida estatal adotada deve ser apropriada para alcançar o seu objetivo e, ao mesmo tempo, não ser desproporcional.

Diante desse cenário, o tribunal considerou que as ações do governo argentino não constituíram medidas de expropriação, pois a Azurix não perdeu seus direitos de propriedade e, em todos os momentos, continuou a controlar a empresa. Sem dúvida, a gestão da Azurix foi afetada por ações da província, mas não o suficiente para o tribunal reconhecer que o investimento da Azurix foi expropriado.

Ao final, o tribunal entendeu que, embora as ações da Argentina não se qualificassem como expropriatórias, elas violaram a obrigação de assegurar tratamento justo e igualitário e proteção total e segurança ao investimento feito pela Azurix. Além disso, reconheceu que a Argentina adotou medidas arbitrárias que prejudicaram que a Azurix usufruísse do seu investimento. Dessa forma, em razão das violações constatadas, o tribunal determinou que a Argentina pagasse US\$ 165.240.753,00 a título de compensação pelos prejuízos sofridos.

2.2.2.5. Considerações parciais sobre os argumentos utilizados pelos tribunais

A posição dos tribunais do ICSID ao tratar as questões ambientais submetidas a sua apreciação foi pautada, em grande medida, pelos argumentos apresentados pelos investidores. Ou seja, o tratamento da questão ambiental de cada caso seguiu o enquadramento dado pelas partes. Os principais argumentos utilizados pelos tribunais para tratar das questões ambientais foram: (i) expropriação (direta e indireta); (ii) violação de tratamento justo e igualitário; (iii) tratamento discriminatório; e (iv) valor de compensação/reparação de danos.

Em linhas gerais, os tribunais estavam bastante voltados à aplicação objetiva das leis aplicáveis, sem que o caráter ambiental das medidas fosse capaz de influenciar na forma de aplicação dessas leis ao caso concreto. Em apenas um caso (Tecmed) o tribunal faz uso de um teste de proporcionalidade para verificar se as medidas adotadas pelo Estado para a proteção do meio ambiente haviam sido proporcionais em relação aos prejuízos causados ao investidor estrangeiros. Para o tribunal, nesse caso, as autoridades mexicanas não teriam respeitado uma proporcionalidade razoável entre a proteção do meio ambiente e a proteção dos direitos dos investidores.

É importante notar que não houve a aplicação de normas ambientais internacionais, embora o artigo 42 da Convenção ICSID e o artigo 54 das Regras do Mecanismo Adicional autorizem essa possibilidade. Como comentado no item 4, sobre a lei aplicável, acima, as partes, ao apresentarem suas razões para a adoção de medidas ambientais, não as fundamentaram em normas ambientais internacionais. Assim, embora tenha se constatado a significativa internacionalização das disputas submetidas à apreciação do ICSID, essa internacionalização ainda não alcançou a matéria ambiental e as medidas ambientais apreciadas estavam fundamentadas, essencialmente, em leis nacionais do Estado receptor.

Dessa forma, não é possível afirmar que haja uma tendência do ICSID em favorecer a aplicação das normas de proteção do investimento, em detrimento das normas ambientais, pois, embora as normas ambientais internacionais não tenham sido aplicadas,

as questões ambientais foram examinadas pelos tribunais do ICSID à luz da lei nacional do Estado receptor.

A partir da compilação das decisões finais dos casos apreciados, conforme tabela abaixo, fica fácil visualizar que não há evidências suficientes que permitam concluir que exista uma tendência a privilegiar o investimento em detrimento das normas ambientais eventualmente aplicáveis.

Tabela 5 – Resultado final dos casos selecionados para análise

#	Demandante	Demandado	Resultado favorável...
1	CDSE	Costa Rica	ao investidor, pois o Estado foi condenado a pagar US\$ 11,8 milhões a título de indenização pela expropriação direta via Decreto.
2	Metalclad	México	ao investidor, pois o Estado foi condenado a pagar US\$ 16,8 milhões a título de indenização pela expropriação indireta, causada pelo indeferimento do pedido de renovação das licenças ambientais necessárias.
3	Maffezini	Espanha	ao Estado, pois o pedido de reparação feito pelo investidor em razão dos custos adicionais do EIA foi rejeitado pelo tribunal.
4	Tecmed	México	ao investidor, pois o Estado foi condenado a pagar US\$ 5,5 milhões a título de indenização pela expropriação indireta, causada pelo indeferimento do pedido de renovação das licenças ambientais necessárias e posterior fechamento da planta. O tribunal notou que a expropriação havia se confirmado, ainda que tais medidas fossem legítimas e amparadas pela lei nacional, uma vez que as autoridades mexicanas não respeitaram uma proporcionalidade razoável entre a proteção do meio ambiente e a proteção dos direitos dos investidores.
5	MTD	Chile	a nenhuma das partes, pois o tribunal entendeu que tanto o investidor quanto o Estado receptor eram responsáveis pelo insucesso do investimento. Como resultado, o tribunal determinou que o valor da indenização a ser paga pelo Estado ao investidor fosse reduzido em 50%, passando a ser US\$ 5,8 milhões.
6	Lucchetti	Peru	a nenhuma das partes, pois, como não houve apreciação de mérito, cada parte arcou com os seus os custos na arbitragem.
7	Azurix	Argentina	ao investidor, pois o Estado foi condenado a pagar US\$ 165 milhões como compensação

			pelos prejuízos sofridos.
8	Bayview	México	a nenhuma das partes, pois, como não houve apreciação de mérito, cada parte arcou com os seus os custos na arbitragem.
9	Parkerings	Lituânia	ao Estado, pois o tribunal entendeu que não houve discriminação por parte da Lituânia ao cancelar o contrato com investidor, pois a implementação do seu projeto de estacionamento poderia afetar o centro histórico da cidade, o que não ocorreria com o projeto da outra empresa. Dessa forma, as reivindicações dos investidores foram totalmente rejeitadas.
10	Biwater	Tanzânia	Estado, pois o tribunal reconheceu que os investidores haviam criado uma ameaça real à saúde pública e ao bem-estar da população local ao prejudicar o fornecimentos de água à população local. Por essa razão, entendeu que as ações do governo da Tanzânia em libertar o sistema de fornecimento de água da cidade do controle dos investidores estrangeiros foram adequadas.
11	Plama	Bulgária	ao Estado, uma vez que o tribunal não reconheceu que a alteração de lei ambiental da Bulgária representou uma violação ao tratamento justo e igualitário ou mesmo um tratamento discriminatório. Ao final, os investidores foram condenados a pagar os custos e honorários advocatícios incorridos pela Bulgária na arbitragem.
12	Piero Foresti	África do Sul	ao Estado, pois o caso foi arquivado a pedido dos investidores e, embora não tenha havido apreciação de mérito, o tribunal determinou que eles pagassem € 400 mil ao governo da África do Sul pelos custos incorridos na disputa.
13	Commerce Group	El Salvador	a nenhuma das partes, pois, como não houve apreciação de mérito, cada parte arcou com os seus os custos na arbitragem.
14	Marion Unglaube	Costa Rica	aos investidores, pois o Estado foi condenado a pagar US\$ 4 milhões como compensação pela expropriação praticada pela Costa Rica.
15	Reinhard Hans Unglaube	Costa Rica	
16	Abengoa	México	ao investidor, uma vez que o Estado foi condenado a lhe pagar \$ 490 milhões de pesos mexicanos, em razão da expropriação indireta e da violação do tratamento justo e igualitário.

Com efeito, do total de dezesseis casos examinados, quatro não foram apreciados no mérito, seja por falta de jurisdição do tribunal do ICSID, seja em razão do pedido de

arquivamento dos investidores, restando doze casos. Desses casos, sete foram favoráveis aos investidores, quatro aos Estados e um caso foi tecnicamente um empate, já que tanto investidor quanto Estado foram considerados responsáveis pelos prejuízos sofridos.

Dessa forma, é possível identificar uma tendência de sucesso das demandas dos investidores em comparação com as defesas apresentadas pelos Estados a justificar a adoção das medidas de caráter ambiental. De qualquer forma, essa conclusão não pode ser lida como se o ICSID privilegiasse o investimento em detrimento das normas ambientais aplicáveis. Veja-se, por exemplo, que, nos casos de expropriação direta, embora o resultado final tenha sido pelo pagamento de indenização e, consequentemente, computando o resultado como favorável ao investidor, isso não significa que a proteção ambiental por trás da decisão de expropriação foi desconsiderada pelo tribunal. Pelo contrário. Nesses casos, o tribunal reconheceu a importância da medida de proteção do meio ambiente, mas não deixou de arbitrar a compensação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o começo, a pesquisa buscou identificar de que forma os tribunais constituídos sob os auspícios do ICSID têm tratado as questões ambientais submetidas à sua análise, à luz de um novo contexto do Direito Internacional, em que o Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e o Direito Internacional Ambiental se expandem e se consolidam como ramos específicos do Direito Internacional, favorecendo uma maior aproximação e inter-relação entre eles.

Na primeira parte do trabalho, a revisão sobre os processos de formação do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro e o Direito Internacional Ambiental indicou que, em grande medida, a aproximação entre esses ramos do Direito Internacional está relacionada à necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável, acomodando os interesses econômicos às exigências de proteção ambiental. Na segunda parte, por meio da investigação sobre a organização e o funcionamento do ICSID, demonstrou-se que a aplicação de normas internacionais (entre elas as normas internacionais ambientais) não encontra empecilho na Convenção ICSID e nas demais regras aplicáveis ao Centro. Por fim, na terceira parte, os resultados obtidos pela sistematização e análise dos casos selecionados foram apresentados, de modo a responder as perguntas apresentadas na introdução.

Em primeiro lugar, no que tange à *forma como os tribunais do ICSID têm tratado as questões ambientais suscitadas nas disputas de investimento submetidas a sua análise* foi possível identificar que o tratamento que o tribunal concede a determinado assunto depende da forma como as partes o apresentam. Em grande medida, a manifestação dos tribunais está condicionada aos fatos e pedidos trazidos pelas partes. Nesse particular, foram identificados quatro principais argumentos: (i) expropriação (direta e indireta); (ii) violação de tratamento justo e igualitário; (iii) tratamento discriminatório; e (iv) valor de compensação/reparação de danos.

Em segundo lugar, no que se refere ao questionamento sobre se *há espaço para a aplicação de normas ambientais às decisões, à luz dos artigos 42 da Convenção ICSID e 54 das Regras do Mecanismo Adicional*, constatou-se que a internacionalização da lei aplicável é um fato inequívoco. Todos os casos examinados previam a aplicação de Direito Internacional. Contudo, a internacionalização não se reflete na aplicação de normas ambientais internacionais, pois as medidas ambientais apreciadas envolveram apenas as leis nacionais do Estado receptor. Ou seja, as normas ambientais apreciadas pelos tribunais são apenas as nacionais, conforme apresentadas pelas partes.

Com efeito, a única situação em que uma norma ambiental internacional foi trazida à apreciação do tribunal (Bayview – Tratado entre Estados Unidos e México sobre a Utilização da Água de 1944), o caso não preencheu os requisitos necessários para configurar a competência do ICSID. No mais, a presença de normas ambientais internacionais também foi identificada no caso Maffezini, mas a norma em questão foi mencionada pelo próprio tribunal para enfatizar o reconhecimento internacional do EIA para a implementação de projetos que envolvem atividades que façam uso de produtos químicos.

Em terceiro lugar, a pesquisa buscou responder se *há nas decisões do ICSID, proferidas por um órgão reconhecidamente voltado à proteção dos investimentos, uma tendência a privilegiar o investimento em detrimento das normas ambientais eventualmente aplicáveis*. Nesse particular, os resultados descritos na terceira parte do trabalho não indicam haver qualquer inclinação dos tribunais do ICSID para decidir os casos de maneira favorável a investidores ou aos Estados receptores.

A compilação dos resultados finais dos casos não indica haver qualquer tendência a favorecer o investidor em detrimento do meio ambiente. De fato, os números até indicam um maior número de decisões favoráveis aos investidores, mas esse resultado precisa ser interpretado com atenção. Nos casos de expropriação direta, embora o resultado seja favorável ao investidor, com a condenação ao Estado para o pagamento de indenização, isso não significa que a medida ambiental tenha sido rejeitada. Pelo contrário. Nesses casos, tanto os investidores como os tribunais, reconheceram a competência dos Estados para editar esse tipo de medida, bem como sua pertinência em relação ao contexto em que

foram aplicadas, geralmente motivadas por preocupações de preservação de espécies e *habitat* ameaçados.

REFERÊNCIAS

A

ALVAREZ, José E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. The Pocket Books of the Hague Academy, 2011.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Lições de Direito*. Barueri: Manole, 2011.

AMARASINHA, Stefan D.; KOKOTT, Juliane. “Multilateral investment rules revisited” in MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p. 119-153.

AMERASINGHE, C. F. *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

B

BABBIE, Earl R. *The basics of social research*. 3 ed. Wadsworth Publishing, 2004.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BISHOP, R. Doak; CRAWFORD, James; REISMAN, W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. The Hague: Kluwer Law, 2005.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6a ed. West Publishing, 1990.

BODANSKI, Daniel. *The Art and Craft of International Environmental Law*. Edição Kindle. Harvard University Press, 2010.

BROCHES, Aron. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, volume 136 (1972-II), p. 331-410.

BROWER, Charles N.; WONG, Jarrod. “General Valuation Principles: The Case of Santa Elena” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 747-776.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

C

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “International law for humankind: Towards a New *Jus Gentium*”. General Course on Public International Law – Part I. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 316 (2005).

_____. “International law for humankind: Towards a New *Jus Gentium*”. General Course on Public International Law – Part II. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 317 (2005).

CELLI JUNIOR, Umberto. “O Impacto dos Acordos de Investimento sobre os Estados-Membros do Mercosul” in BASSO, Maristela (org.). *Mercosul – Mercosur: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 533-546.

CELLI JUNIOR, Umberto. “Investimentos internacionais e Mecanismos de Solução de Disputas entre os Estados” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ (coords.), Michelle. *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 355-371.

COMMISSION, Jeffery P. “Precedent in Investment Treaty Arbitration: a Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, in *Journal of International Arbitration*, volume 24, número 2, 2007, p. 129-158. Disponível em: <www.linklaters.com/pdfs/publications/us/JOIA_Article.pdf>. Acesso em: 9 jul 2014.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. São Paulo, 2008.

COSTA, José Augusto Fontoura da. “Modelos de Solução da Controvérsias Investidor-Estado: os Mecanismos Nacionais e Internacionais” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ (coords.), Michelle. *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 325-354.

COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. de. “Mecanismo Complementar do ICSID: uma alternativa para investidores brasileiros?” in *Revista Direito GV*, volume 3, número 2, jul-dez 2007, p. 59-76.

COSTA, José Augusto F. “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” in *Revista Brasileira de Política Internacional*, volume 49 (2), 2006, p. 60-77.

COURTIS, Christian (ed.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madri: Trotta, 2006.

D

D’AMANTO, Anthony. “The Need for a Theory of International Law”. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Northwestern University School of Law. Disponível em: <<http://anthonydamato.law.northwestern.edu/AdobeFiles/need%20for%20theory.pdf>>. Acesso em: 25.6.2014.

DELANEY, Joachim; MAGRAW, Daniel Barstow. “Procedural Transparency”, in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 721-788.

DELAUME, Georges R. “ICSID Arbitration in Practice”, in *Berkeley Journal of International Law*, volume 2, 1984, p. 58-78. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol2/iss1/3>>. Acesso em: 3 dez 2014.

DI PIETRO, Domenico. “Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention The Case of Amco V. Indonesia” in WEILER, Todd (ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Londres: Cameron May, 2005, p. 223-279.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. “Casos do Centro Internacional Resolução de Disputas sobre Investimento do Banco Mundial” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ (coords.), Michelle. *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 397-425.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. 2ª edição. Oxford: Oxford Press, 2012.

DOUGLAS, Zachary. “The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration”, in DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. (ed.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: incentives and safeguards*. Nova York: Cambridge University Press, 2013, p. 415-444.

E

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. “The rules of inference” in *The University of Chicago Law Review*, volume 69, número 1, 2002, p. 1-133.

F

FACH GÓMEZ, Katia. *ICSID Claim by Spanish Companies against Mexico over the Center for the Integral Management of Industrial Resources*, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1631835>>. Acesso em: 13 dez 2014.

FAUCHALD, Ole Kristian. “The Legal Reasoning of ICSID Tribunals: an Empirical Analysis”, in *The European Journal of International Law*, volume 19, número 2, 2008, p. 301-364. Disponível em: <www.ejil.org/pdfs/19/2/188.pdf>. Acesso em: 9jul2014.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011,

FITZMAURICE, Malgosia; ELIAS, Olufemi. *Contemporary issues in the law of the treaties*. Eleven Publishing, 2005.

FITZMAURICE, Malgosia. “International Protection of the Environment”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Volume 293 (2001), p. 9-488.

FLÔRES JUNIOR, Renato G. “Investimento Direto Estrangeiro no Mercosul: uma visão geral” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ (coords.), Michelle.

Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 199- 225.

FRIEDMAN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. Nova York: Columbia University Press, 1964.

FRANCK, Susan D. “The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards” in *Virginia Journal of International Law*, volume 51, número 4, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1842164>>. Acesso em: 18 nov 2014.

_____. “Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration”, in *Harvard International Law Journal*, volume 50, n. 2 (2009), p. 435-489. Disponível em: <http://www.harvardilj.org/site/wp-content/uploads/2010/07/HILJ_50-2_Franck.pdf>. Acesso em: 21 jun 2013.

_____. “Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution”, in *Virginia Journal of International Law*, volume 48, 2008, p. 767-815. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1127052>>. Acesso em: 10 jul 2014

_____. “Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration” in *North Carolina Law Review*, volume 86, 2007, p. 1-88. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=969257>>. Acesso em: 19 out 2014.

G

GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas. “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process” in *ICSID Review*, volume 18, 2003, p. 375-411. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12178520651780/the_meaning_of_and__article_42_1_eg.pdf>. Acesso em: 6 dez 2014.

GAILLARD, Emmanuel. “The Extent of Review of the Applicable Law in Investment Treaty Arbitration”, in IAI Series on International Arbitration No. 1, Annulment of ICSID Awards 223 (2004).

GAILLARD, Emmanuel. “The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law”, in *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration* (L.-W. Newman, R.D. Hill, Editors), Juris Publishing, 2004.

GAINES, Sanford E.. “Environmental Policy Implications of Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11” in *Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade*, 30 de novembro – 1º de dezembro de 2005. Research Paper. Disponível em: <<http://www3.cec.org/islandora/en/item/2229-environmental-policy-implications-investor-state-arbitration-under-nafta-chapter-11-en.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2014.

GAUKRODGER, David; GORDON, Kathryn. “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>>. Acesso em 27 nov 2014.

GEHRING, Markus; NEWCOMBE, Andrew. “An Introduction to Sustainable Development in World Investment Law” in SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus W.; NEWCOMBE, Andrew. *Sustainable Development in World Investment Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011, p. 3-11.

GEHRING, Markus W; SEGGER, Marie-Claire Cordonnier. *Sustainable Development in World Trade Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

GOLUB, Stephen S.; KAUFFMANN, Céline; YERES, Philip. “Defining and Measuring Green FDI: An Exploratory Review of Existing Work and Evidence”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/02, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg58j1cvcvk-en>>. Acesso em: 27 nov 2014.

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim; BOUCHARD, Marie. “Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2014/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvgx1zlt-en>>. Acesso em: 27 nov 2014.

GORDON, Kathryn; POHL, Joachim. “Environmental Concerns in International Investment Agreements: a Survey”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2011/01. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg9mq7schjh-en>>. Acesso em: 30 mar 2014.

H

HANDL, Günther. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf>. Acesso em: 11 maio 2014.

HEISE, Michael. “The Importance of Being Empirical” in *Pepperdine Law Review*, volume 26, 1999, Symposium on Reform of the Exclusionary Rule, p. 807-834. Disponível em: <<http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol26/iss4/3>>. Acesso em: 2 out 2014.

HOUSSAIS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houssais de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

I

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Annual Report 2014*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2014_Eng>. Acesso em 10 nov 2014.

ICSID. *The ICSID Caseload – Statistics*, issue 2014-2. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English52>>. Acesso em: 15 jul 2014.

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Annual Report 2013*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2013_Eng>. Acesso em:

ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Annual Report 2012*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports&year=2012_Eng>. Acesso em:

IISD, International Institute for Sustainable Development. *International Investment Law and Sustainable Development*: key cases from 2000-2010. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf>. Acesso em: 10 dez 2014.

INTERNATIONAL BANK FOR THE RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 1965. Disponível por meio do GoogleBooks em: <http://books.google.com/books?id=5xRUamtcY-IC&source=gbs_navlinks_s>. Acesso em: 30 nov 2014.

J

JACKSON, John H. *The World Trading System: law and policy of international economic relations*. 2 ed.. Cambridge: The MIT Press, 1997.

JENKS, C. Wilfred. "The Conflict of Law-Making Treaties", 30 *British Yearbook of International Law* 401 (1953), p. 401-453.

JO, Hee Moon. *O Investimento Estrangeiro e o Novo Papel do Direito Internacional: com referência especial à experiência da Coreia*. (Tese de Doutorado). São Paulo: FADUSP, 1991.

K

KALIDHASS, P. R. *Conflict of Norms in a Fragmented International Legal System: a Critical Analysis*. GRIN, 2010.

KENNEDY, David. "One, Two, Three Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream", *NYU Review of Law and Social Change* 3, 2007, p. 641-659. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/123.pdf>>. Acesso em: 21 jun 2014.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. "O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros" in CHEREN, Monica Teresa Costa Sousa e DI SENA JUNIOR, Roberto (orgs.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento - uma Perspectiva Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156-187. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1656801>>. Acesso em: 25 jun 2013.

L

LEVINE Eugenia. "Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation" in *Berkeley Journal of International Law*, volume 29, 2011, p. 200-224. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>>. Acesso em: 21out2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução de Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa (*et alii*). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOWE, Vaughan. “Changing Dimension of International Investment Law”, *University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*. Working Paper No. 4/2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=970727>>. Acesso em: 12 abr 2014.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. 2nd edition. New York: Oxford University Press, 2008.

M

MANN, Howard. “Reconceptualizing International Investment Law: Its Role in Sustainable Development”, in *Lewis & Clark Law Review*, Volume 17, número 2, 2013, p. 521-544. Disponível em: <http://www.iisd.org/sites/default/files/pdf/2013/reconceptualizing_investment_law.pdf>. Acesso em: 23 ago 2014.

MAYEDA, Graham. “Sustainable International Investment Agreements: Challenges and Solutions for Developing Countries” in SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus W.; NEWCOMBE, Andrew. *Sustainable Development in World Investment Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MCCORMICK, John. *Reclaiming Paradise: The Global Environmental Movement*. Indiana University Press, 1991.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILES, Kate. “International Investment Law: Origins, Imperialism and Conceptualizing the Environment”, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Volume 21, 2010, p. 1-47. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/law/sites/default/files/Vol.21.1.pdf>>. Acesso em: 23 ago 2014.

MONTEBHURUN, Nitish. “Is investment arbitration an appropriate venue for environmental issues? A Latin American perspective”, in *Revista de Direito Internacional*, volume 10, n. 1, 2013, p. 195-206.

MORAN, Theodore H.. “Foreign Direct Investment and Development: a Reassessment of the Evidence and Policy Implications”. *OECD Conference on the Role of International Investment in Development, Corporate Responsibilities and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (Paris, 20 a 21 de setembro de 1999). Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/mne/2089864.pdf>>. Acesso em: 25 mar 2013.

_____. *Harnessing Foreign Direct Investment for Development: policies for developed and developing countries*. Baltimore: Center for Global Development, 2006.

MORTENSON, Julian Davis. “The Meaning of ‘Investment’: ICSID’s *Travaux* and the Domain of International Investment Law”, in *Harvard International Law Journal*, volume 51, 2010, p. 257-318.

MUSCHLINSKI, Peter. “Holistic approach to development and international investment law: the role of international investment agreements” in FAUNDEZ, Julio; TAN, Celine. *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

N

NEWCORBE, Andrew. “Sustainable Development and Investment Treaty Law” in *Journal of World Investment & Trade*, volume 8, 2007, p. 357-407.

NOBRE, Marcos. “Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil” in *Cadernos Direito GV*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2779>>. Acesso em 29 jun 2013.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge University Press, 2011.

NOWROT, Karsten. “How to include environmental protection, human rights and sustainability in international investment law?”, in *The Journal of World Investment and Trade*, volume 15, 2014, p. 612-644.

NUSSBAUM, Arthur “Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. and the Soviet Government” in *Cornell Law Review*, volume 36, 1950, p. 31-53. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol36/iss1/2>>. Acesso em: 26 out 2014.

O

OECD. *Harnessing Freedom of Investment for Green Growth*, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/47721398.pdf>>. Acesso em: 25 mar 2014.

OECD. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/internationalinvestmentlawunderstandingconceptsandtrackinginnovations.htm>>. Acesso em 27 nov 2014.

OECD. “‘Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”. *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/780155872321>>. Acesso em: 27 nov 2014.

OPPENHEIM, Lassa Francis. *International Law. A Treatise*. Volume I. 2ª ed. Disponível via *e-book*, por meio do Projeto Gutenberg [EBook #41046], lançado digitalmente em 16.10.2012: <<http://www.gutenberg.org/files/41046/41046-h/41046-h.htm>>. Acesso em: 11.5.2014.

OPPENHEIM, Lassa Francis. *International Law. A Treatise*. Volume II. 2ª ed. Disponível via *e-book*, por meio do Projeto Gutenberg [EBook #41046], lançado digitalmente em 16.10.2012: <<http://www.gutenberg.org/files/41047/41047-h/41047-h.htm>>. Acesso em: 11.5.2014.

P

PARRA, Antonio R. “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes” in *ICSID Review*, volume 22, 2007, p. 55-68. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223869085220/article_on_icsid_regs_rules.pdf>. Acesso em: 7 nov 2014.

PARRA, Antonio R. “Applicable Law in Investor-State Arbitration” in ROVINE, Arthur W. (ed.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, 2008, p. 3-12. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12112009316810/applicable_law_in_investor-state_arbitration.doc>. Acesso em: 30 nov 2014.

PAUWELYN, Joost. “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, in DOUGLAS, Zachary; PAUWELYN, Joost; VIÑUALES, Jorge E. (eds.). *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 11-43.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: how WTO law relates to other Rules of International Law*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2011.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

POHL, Joachim; MASHIGO, Kekeletso; NOHEN, Alexis. “Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey”. *OECD Working Papers on International Investment* 2012/02, OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>>. Acesso em: 27 nov 2014.

PUIG, Sergio. “Emergence and Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration, and International Investment Law” in *Georgetown Journal of International Law*, volume 44, número 531, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2297219>>. Acesso em: 2 dez 2014.

R

REINISCH, August; MALINTOPPI, Loretta. “Methods of Dispute Resolution”, in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 641-720.

S

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2004.

SALACUSE, Jeswald W. “The Emerging Global Regime for Investment” in *Harvard International Law Journal*, volume 51, n. 2 (2010), p. 427-473.

SALAMA, Bruno M. “O que é pesquisa em direito e economia” in *Cadernos Direito GV*, volume 5, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2811>>. Acesso em 29 jul 2013.

SANDS, Philippe. “Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law”. *OECD Global Forum on International Investment* - 27 e 28 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311090.pdf>>. Acesso em: 7 abr 2014.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law I: Frameworks, standards and implementation*. Nova York: Manchester University Press, 2003.

SANDS, Philippe. “Treaty, Custom and the Cross-fertilisation of International Law” in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, volume I, novembro/1999, p. 85-106. Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/lawjournals/philippe_sands_yhrdlj.pdf>. Acesso em: 27 nov 2014.

SCHADENDORF, Sarah. “Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations” in *Transnational Dispute Management (TDM) Special Issue “Aligning Human Rights and Investment Protection”*, volume 10, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2206812>>. Acesso em 21out2014.

SCHLEMMER, Engela C. “Investment, investor, nationality, and shareholders” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 49-88.

SCHNEUWLY, Anne Mirjam. *International Investment Law and its Instruments: Managing Risks to Investors and Host States* (2012). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2200347>>. Acesso em 21 jun 2013.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: a commentary*. 2nd edition. Cambridge University Press, 2013. Disponível por meio do GoogleBooks em: <books.google.com.br/books?isbn=0521885590>. Acesso em: 30 nov 2014.

SCHREUER, Christoph. “Sources of International Law: scope and application”. *Emirates Lectures Series*, Volume 28, The Emirates Center for Strategie Studies and Research, 2000. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/59_sources.pdf>. Acesso em: 24.6.2014.

SCHREUER, Christoph. “Consent to arbitration” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 830-867

SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. “O Brasil e a Experiência do NAFTA” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ, Michelle (coord.).

Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 177-198.

SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades.* São Paulo: Atlas, 2003.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment.* 2ª edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SPIERMAN, Ole. “Applicable Law” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law.* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 89-118.

STEPHENS, Timothy. *International courts and environmental protection.* Cambridge studies in international and comparative law. New York: Cambridge University Press, 2009.

STERN, Brigitte. *O Contencioso dos Investimentos Internacionais.* Série Entender o Mundo. 1ª edição. São Paulo: Manole, 2003.

T

TUNCER, Nazmi Tolga. “The Definition of Norm Conflict in Public International Law: the Case of World Trade Organization Law”, *Ankara Law Review*, Vol. 9, No. 1, 2012, pp. 27-52. Disponível em: <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1768/18720.pdf>>. Acesso em: 11.6.2014.

U

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *IIA Issues Note - Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, número 1, abril/2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2014 – Investing in the SDGS: an Action Plan*. United Nations, 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2013 - Global Value Chains: investment and trade for development*. United Nations, 2013. Disponível em: <http://unctad.org/en/publicationslibrary/wir2013_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2012 - Towards a New Generation of Investment Policies*. United Nations, 2012. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>>. Acesso em: 14 nov 2014.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2010 – Investing in a low-carbon economy*. United Nations, 2010. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/wir2010_en.pdf>. Acesso em: 14 nov 2014.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*.

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *Trends in International Investment Agreements: an Overview*, 1999. Disponível em: <>. Acesso em:

V

VAN AAKEN, Anne; LEHMANN, Tobias A. “Sustainable Development and International Investment Law: an Harmonious View from Economics” in ECHANDI, Roberto; SAUVÉ, Pierre (eds.). *Prospects in International Investment Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 317-339. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1893692>>. Acesso em: 5.11.2014.

VEIGA, José Eli da. *A desgovernança global da sustentabilidade*. São Paulo: Editora 34, 2013.

_____. *Mundo em transe: do aquecimento global ao ecodesenvolvimento*. Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

_____. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2005.

VIÑUALES, Jorge E. “The environmental regulation of foreign investment schemes under international law”, in DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. (ed.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: incentives and safeguards*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 273-320.

VIÑUALES, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge studies in international and comparative law. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

VIÑUALES, Jorge E.; LANGER, Magnus Jesko. “Foreign Investment in Latin America: between love and hatred”, in AUROI, Claude (ed.). *Latin-America: Dreams and Legacy*. No prelo. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1652736>>. Acesso em: 25 jun 2013.

VRANES, Erich. “The Definition of ‘Norm Conflict’ in International Law and Legal Theory”, *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 2, 2006, p. 395–418. Disponível em: <<http://www.ejil.org/article.php?article=80&issue=2>>. Acesso em: 22.6.2014.

W

WEISS, Friedl. “Trade and Investment” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 182-223

WILLIAMS QC, David AR. “Jurisdiction and Admissibility” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 868-931.

Z

ZACHARY, Douglas. “The Enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration” in DUPUY, Pierre-Marie; VIÑUALES, Jorge E. (ed.). *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: incentives and safeguards*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 413-444.

ZARKSY, Lyuba; GALLAGHER, Kevin. “Searching for the Holy Grail? Making FDI work for Sustainable Development”. *Analytical Paper. World Wide Fund for Nature*.

Disponível em: <http://ase.tufts.edu/gdae/publications/articles_reports/KG-LZ_FDI_report.pdf>. Acesso em: 27 nov 2014.

ZENGERLING, Cathrin. *Greening International Jurisprudence: Environmental NGOs before International Courts, Tribunals, and Compliance Committees (Legal Aspects of Sustainable Development)*, Martinus Nijhoff, 2013.

ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. “Regras Multilaterais sobre o Investimento Internacional” in AMARAL JUNIOR, Alberto do; RATTON SANCHEZ, Michelle (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 125-149.

_____. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral* (balanço na década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA) (Tese de Doutorado). São Paulo: FADUSP, 2003.

ZIEGLER, Andreas; GRATTON, Louis-Phillipe. “Investment insurance” in MUCHLINKSI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph (ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 524-548.