



**QUANDO OS REGIMES JURÍDICOS DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E
MEIO AMBIENTE COLIDEM: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DE
CORTES ARBITRAIS**

**WHEN THE LEGAL REGIMES OF FOREIGN INVESTMENTS AND THE
ENVIRONMENT COLLIDE: AN ANALYSIS FROM THE JURISPRUDENCE OF
ARBITRAL COURTS**

Antonio Grillo Neto³⁴⁷

RESUMO: As relações descompassadas entre os regimes jurídicos de investimentos estrangeiros e regulação ambiental tem gerados conflitos cujas soluções nem sempre parecem refletir a melhor alternativa no que tange ao meio ambiente e sustentabilidade.

A partir do entendimento das principais regras que fundamentaram o regime de investimentos estrangeiros e o direito internacional do meio ambiente, o presente artigo tenta descobrir como e porque tais surgem. Para tanto, a análise da jurisprudência de alguns casos julgados no âmbito do Nafta e sobretudo do “Centro” - ICSID do Banco Mundial, este último o principal tribunal arbitral que decide conflitos envolvido países receptores e investidores internacionais se fez necessária, o que permitiu identificar quatro aspectos norteadores.

O Primeiro diz respeito ao momento histórico. Embora as decisões tenham evoluído no que tange a técnica jurídica, este sistema arbitral para investimentos estrangeiros foi idealizado durante a Guerra Fria cujo momento histórico já foi superado, mas, ainda continua centrado na proteção do investimento e sua compensação em casos de expropriação.

O Segundo diz respeito à evolução do direito internacional do meio ambiente que ocorre desde os anos 70, acentuado pelo fato de que as mudanças climáticas precisam ser freadas nesse esforço conjunto que emergiu desde o Protocolo de Kyoto e segue com o Acordo de Paris na Convenção Quadro emblemática do tema.

O Terceiro é o desafio de alinhar as expectativas entre as partes envolvidas, pois não raro essas disputas impõem aos países receptores desses investimentos decisões que contrariam leis nacionais

³⁴⁷ Advogado, Master of Laws with honors Northwestern University School of Law, Coordenador da Comissão de Economia e Ética da Escola Paulista de Direito.



e até de tratados internacionais. É comum em contratos e/ou tratados de investimentos bilaterais imporem a total neutralização de mudanças no regime legal de investimentos, meio ambiente incluso. Ao mesmo tempo alguns países que sequer detém capacidade para receber investimentos, o que causa prejuízos para todas as partes envolvidas.

O Quarto refere-se aos regimes de governança que poderiam fazer o papel de um sistema de freios e medidas em relação à transparência desses investimentos e a capacidade de recebimento destes pelos países receptores, ainda não estão totalmente desenvolvidos e nem tampouco integrados. Como mostra a jurisprudência do tema, esses fatores são as forças motrizes por trás do desequilíbrio entre os regimes de investimentos estrangeiros e as regulações ambientais estatais, situação que pede uma mudança de mentalidade entre as partes que celebram tratados e contratos de investimentos e que seja capaz de incorporar valores fundamentais como sustentabilidade, responsabilidade social e transparência.

PALAVRAS CHAVES: Investimentos Estrangeiros. Meio Ambiente. Direito Internacional. Convenção de Washington. Banco Mundial. Tratados Bilaterais de Investimentos. Contratos de Investimentos. NAFTA. ICSID. Corte. Cláusulas Contratuais. Expropriação. Arbitragem. Atividade Regulatória. Soberania. Governança.

ABSTRACT: The unbalanced relation between between the legal systems of foreign investments and environmental regulation has generated conflicts whose solutions do not always reflect the best alternative on issues of environmental protection and sustainability.

Based on the analysis of each of these regimes, this paper aims to discuss how and why such conflicts arise. Examining some Nafta's and World Bank's ICSID "the Center" decisions regarding bilateral investment treaties we identified four common traces over the main reasons on disputes that emerge when investors and hosting States interests collide: the First relates to its Cold War roots in which foreign investment was designed, thus reflecting old values that tends to understand investments as an investor's one way right and thus ignoring its social and environmental implications over host States and its population; the Second relates to the evolution of International Environmental Law since the 70's presents a new challenge in the way investments had been



designed and established. The Third, many host countries that in order to receive investments not only abdicate its sovereignty and its power to regulate fundamental areas such as environment but no rarely they also have no conditions to host investments at all, thus culminating in losses and damages for all parts involved; The Fourth aspect relates to governance systems that would make the role of checks and balances demanding investors to comply with transparency in their investments but are not fully developed nor yet integrated.

As some decisions has showing in recent years these are driven forces behind such imbalance relation between foreign investments and environmental regulation thus requiring a change of mindset from host States and Investors towards values such as sustentability, social and environmental responsibility and transparency.



KEY WORDS: Foreign Investments. Environment. International Law. Washington Convention. Bilateral Investment Treaties. Investment Contracts. Nafta's and World Bank's ICSID. Court. Contractual clauses. Expropriation. Arbitration. Regulatory Activity. Sovereignty. Governance.

Sumário: Introdução. 1. O Direito Internacional de Investimento. 1.1. A busca por um conceito. 1.2. Os Instrumentos legais que disciplinam os investimentos em âmbito internacional. 1.3. As Fontes do Direito Internacional e os Investimentos. 1.3.1. Princípio da Soberania Nacional. 1.3.2. Princípio da Nacionalidade. 1.3.3. Princípio do Tratamento Justo e Equitativo. 1.3.4. Princípios Estritamente Relacionados a Investimentos. 1.4. Fontes Convencionais. 1.4.1. Convenção de Washington – ICSID. 1.4.2. Convenção de Seul – MIGA. 2. Contratos. 2.1. As Cláusulas Contratuais. 2.1.1. Cláusula de Tratamento Nacional. 2.1.2. Cláusula de Nação Mais Favorecida. 2.1.3. Cláusula de Estabilização e “*Umbrella Clause*”. 2.3 3. Expropriação. 3.1. “*Sole Effects Doctrine*”. 3.2. “*Proportionality*” – A Proporcionalidade. 3.3. “*The Police Powers Carve-Out*” – O Poder de Polícia como excludente. 4. Investimentos e Regulações Ambientais: alguns antecedentes históricos e alguns precedentes jurisprudenciais acerca do tema. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Introdução



Há uma franca concorrência entre países do Norte e do Sul que regulam suas economias através da liberalização de setores econômicos para recepcionar investimentos estrangeiros.

Segundo o IIA Framework da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD³⁴⁸, desde a década de 90 foram assinados mais de 3000 tratados internacionais de investimentos estrangeiros diretos num movimento que não parece dar mostras de desaceleração apesar da crise econômica global desencadeada em 2008.

Todavia, se por um lado os benefícios trazidos pelos investimentos estrangeiros são evidentes, como por exemplo, aumento no nível de empregos diretos e indiretos, receitas tributárias, conhecimento, “*know how*”, transferência de tecnologia e inovação, por outro a inexistência de um tratado multilateral disciplinando a matéria ou, a falta de regras de governança que incluam a proteção e preservação do meio ambiente ao regime de investimentos, podem colocar em rota de colisão interesses sociais e ambientais com interesses econômicos, não raro em prejuízo das populações dos países receptores.

Esses conflitos nascem nos tratados bilaterais de investimentos cujo objeto parece privilegiar a proteção do capital investido e desatentar para a capacidade de recepção desses investimentos por um País, gerando uma relação descompassada, na qual os interesses privados dos investidores acabam interferindo em questões da ordem pública interna dos países receptores, chegando ao ponto de, inclusive, limitar sua capacidade regulatória em matéria ambiental ou social em clara sobreposição às leis e regulações internas destes, como atestam as decisões arbitrais em matérias de investimentos que serão abordadas mais adiante.

A partir de algumas decisões desses tribunais arbitrais, sobretudo da “Corte” (ICSID em inglês) é possível identificar algumas teses e doutrinas predominantes quando surgem disputas que colocam frente a frente as relações entre o regime jurídico internacional dos Investimentos e possíveis pontos de conflitos que decorrem dessa colisão de interesses das regulamentações de ordem pública interna, mais especificamente, as que versam sobre meio ambiente.

³⁴⁸ Unctad - http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20098_en.pdf



Como o Brasil não ratificou a parte relativa à Corte Arbitral de Disputas de Investimentos Estrangeiros (ICSID) da Convenção de Washington, não obstante ter ratificado todos os demais tratados do grupo formado no Banco Mundial, além da tradição em não assinar tratados bilaterais de investimentos que poderiam ser invocados perante esse tribunal arbitral, não há casos envolvendo nosso País.

Todavia, essa postura poderá mudar no futuro, haja vista que é crescente o número de empresas brasileiras que atuam diretamente em outros países.

Oportuno esclarecer que as disputas e decisões no ICSID em que o investimento estrangeiro desafiou a capacidade de regulação interna dos países e suas normas ambientais que foram escolhidos para este trabalho tem por objetivo espelhar as principais doutrinas para que o texto não replicasse apenas as teorias envolvidas, mas a sua aplicação prática perante a Corte que em alguns casos se mostraram construções fascinantes.

Enfim, cabe avançar na análise do tema.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS

Os investimentos estrangeiros são vitais para economias do mundo todo, haja vista proporcionarem diversos benefícios às economias anfitriãs. Seu regime jurídico engloba regras de direito internacional, contratos internacionais e direito interno, basicamente, tratando do ingresso, retorno, proteção e garantia dos investimentos.

Poderão ser considerados investidores países, pessoas físicas ou jurídicas. Dentre os principais investidores estão as empresas transnacionais que representam “*um complexo de sociedades de diversas nacionalidades sujeitas a diferentes leis, mas interligadas entre si constituindo uma unidade econômica definida e clara, perfeitamente identificável*” (MAGALHÃES, 1994. p.192).

As empresas transnacionais aparecem como responsáveis pela maioria dos investimentos que se realizam em escala global, não obstante causarem todo tipo de dificuldade na ordem jurídica dos países que as abriga, pois, apesar de suas subsidiárias serem constituídas segundo as leis do Estado receptor, enquanto unidade de produção, essas empresas não possuem personalidade jurídica própria. O resultado é que as ações dessas empresas nem sempre estão



alinhadas com regras sociais, ambientais, ou mesmo de governança; nem se pode dizer que seguem uma diretriz central nestes tempos em que o controle da empresa e a administração se apresentam, na prática, como entidades completamente distintas.

1.1 A busca por um conceito.

A dificuldade em definir o conceito jurídico de investimento se dá em virtude de que esse não é resultado exclusivo da criação jurídica, mas também de uma série de condições e situações políticas e econômicas. Muito embora as mencionadas ciências não sejam o foco de concentração do estudo do jurista, fato é que sua importância não pode ser desconsiderada em qualquer análise que se faça do tema. Os tratados internacionais sobre investimentos espelham essa dificuldade usando definições que podem variar segundo o objetivo da política econômica adotada pelo Estado receptor ou dos interesses do investidor.

Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista aponta que: “A regulamentação do ingresso e saída de capitais estrangeiros e sua implementação, são, assim, consequências diretas dos aspectos políticos e econômicos. Varia no curso do tempo, segundo objetivos, a longo e médio prazos, fixados pelo Estado, por via legislativa, e que são objeto de reajustes menores, a curto prazo, pelo órgão de controle ou fiscalizador” (1998^a, p.17)

Essa dificuldade foi abordada por Bernadete de Figueiredo Dias³⁴⁹, para quem inexistente um conceito padrão de investimentos no meio jurídico, alertando que tal “[...] é estabelecido em cada instrumento legal que trata do tema, conforme os objetivos do Estado (no caso das regras de direito interno) ou das partes contratantes (Estados, no caso dos tratados, ou Estado e investidor, no caso dos contratos com o Estado)”³⁵⁰.

Sem descuidar ou ignorar a importância que os aspectos econômicos e políticos exercem sobre o tema, ao jurista interessará somente o entendimento a partir do objeto em que este é estabelecido, por isso o estudo dos tratados internacionais e dos contratos entre investidores e Estados receptores se mostram fundamentais para o alcance do significado de investimento, tarefa que deverá ser efetuada caso a caso analisando-se o instrumento legal que proteja e projete o

³⁴⁹ Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional, p. 26, 2010, Ed. Juruá.

³⁵⁰ Ibid. p. 26, 2010. Ed. Juruá



investimento, que é usualmente referido nos tratados internacionais como “**qualquer tipo de bens controlados, direta ou indiretamente, por investidores**”.

1.2 Os instrumentos legais que disciplinam os investimentos em âmbito internacional.

Uma das características do ambiente em que os investimentos ocorrem tem sido a livre circulação dos fatores de produção, que consiste nos direitos de ingresso, estabelecimento e retorno do capital. O Tratado de Roma e o Código da OCDE³⁵¹ de Liberalização dos Movimentos de Capital³⁵² comungam desse ponto em comum que é a relação entre a livre circulação de pessoas e de capital. O anexo I do referido código funciona como diretriz para as empresas transnacionais realizarem seus investimentos com recomendações de conduta para que operem nos países membros da OCDE, porém sem vinculá-los juridicamente, sendo por isso tido como soft law, vista tratar de recomendações a serem seguidas sem força cogente.

As diretrizes estipuladas no Código da OCDE reconhecem o direito internacional como fundamental no tratamento das empresas transnacionais, assim como o cumprimento de obrigações contratuais, situação de suma importância porque as disputas entre investidores e países receptores são decididas por tribunais arbitrais são precedidas de uma infração ao direito internacional para que possam ser analisadas.

1.3 Os princípios inerentes ao Direito Internacional de Investimentos.

No artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁵³, as fontes do direito internacional que interessam ao presente trabalho serão: a) **não convencionais** representadas pelo costume e princípios gerais de direito internacional, quanto as b) **convencionais**, que são os tratados e convenções internacionais.

³⁵¹ Organização para Cooperação e Desenvolvimento – em inglês Organization for Co-operation and Development

³⁵² O Código de Liberalização dos Movimentos de Capital foi adotado pelo conselho da OCDE em 12.12. 1961, e vincula exclusivamente os membros da Organização, criando o dever geral de liberalização progressiva dos movimentos de capital entre os membros, na medida necessária a uma cooperação econômica eficaz. Não obstante ter sido revisto diversas vezes (1979, 1984, 1191 e 2000) em 1984 passou a adotar a expressão investimentos diretos (em inglês FDI – Foreign Direct Investments) para classificar a entrada, estabelecimento e saída dos investimentos estrangeiros.

³⁵³ <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>



Enquanto as normas são elementos fechados no sistema jurídico que dependem de processo próprio de revogação parcial ou total para serem alteradas, os princípios são elementos abertos que acompanham a evolução social e cujo conteúdo permitem ao jurista atualizar ou ainda precisar a interpretação de um tratado internacional de investimentos quando eclodirem conflitos entre investidores e receptores. Sobre investimentos podemos destacar os seguintes:

1.3.1 Princípio da Soberania Nacional.

Por este princípio cada Estado exerce jurisdição absoluta e exclusiva sobre as pessoas e fatos ocorridos em seu território (UNCTAD, 1999c, p.39)³⁵⁴.

Todo Estado é dotado de soberania interna e externa, e tal elemento é compartilhado por todos os Estados soberanos que coexistem entre si. Observe-se, contudo, que em meio à essa coordenação das soberanias há o dever dos Países de observarem as regras a que se submetem nos tratados internacionais, o que é particularmente importante quando se analisam os termos de um acordo bilateral de investimentos.

1.3.2 Princípio da Nacionalidade.

Este princípio reconhece que cada Estado tem interesse que seus nacionais e a propriedade deles no exterior recebam tratamento apropriado, e podem invocar as regras referentes à responsabilidade dos Estados, por meio do exercício de proteção diplomática, pelos danos que seus nacionais e a propriedade dos mesmos sofram em violação ao direito internacional (UNCTAD, 1999c, p.39)³⁵⁵.

Sua relevância para o direito dos investimentos diretos reside no fato de que é nele que decorre a proteção diplomática e a responsabilidade internacional dos Estados.

1.3.3 Princípio do Tratamento Justo e Equitativo.

Este princípio, de suma importância na matéria, foi originalmente incorporado na Carta de Havana que objetivou a formação da Organização Internacional do Comércio em 1948, a

³⁵⁴ http://unctad.org/en/Docs/iteiit13_en.pdf

³⁵⁵ Ibid



qual dispunha em seu artigo 11(2) “[...] *to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital arts, and technology brought from one Member Country to another.* [...]”³⁵⁶.

A interpretação literal do referido princípio esbarrava no problema da imprecisão e da insegurança jurídica já que o termo é vago, propenso à subjetividade, nem sempre coerente caso examinada à luz tratado internacional.

Por conta dessa imprecisão, a interpretação mais aceita vê no referido princípio um standard mínimo de tratamento no direito internacional cuja análise tem como núcleo a imparcialidade no tratamento. Nesse sentido, de acordo com o direito costumeiro, os investidores estrangeiros teriam direito a um certo nível de tratamento, de modo que se tal não fosse atingido, o Estado receptor poderia ser responsabilizado. (UNCTAD, 1999h, p.13)³⁵⁷, decorrendo disso o direito de expropriação que será tratado a seguir em seus dois aspectos nucleares: a propriedade privada e a soberania estatal sobre recursos naturais.

Os princípios de propriedade privada e direitos adquiridos que por muitos anos formaram a base de proteção dos investimentos contra as expropriações promovidas pelos Estados receptores, encontram-se consagrados na declaração universal dos direitos humanos de 1948, artigo XVII onde se prescreve que todo Homem tem direito à propriedade e não poderá dela ser privado. Estes direitos seriam relativizados após a Segunda Guerra face ao reconhecimento da soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais, decorrendo daí o direito de expropriar. Não obstante essa possibilidade, tais princípios deverão ser respeitados e preservados, porém, não se trata mais de princípio absoluto face às sucessivas expropriações ocorridas contra investimentos estrangeiros (inclusive por países como França e Inglaterra).

Por soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais emerge a idéia de que ao ente Político Estatal é defeso usar a expropriação do investimento estrangeiro para afirmar sua soberania.

O reconhecimento desses direitos encontra-se na Resolução 1.803 (XVII) da Assembléia Geral da ONU³⁵⁸, que em termos gerais dispõe que o ingresso de investimentos e a remessa de lucros ao exterior devem sujeitar-se às condições impostas pelos países detentores dos recursos naturais em respeito à soberania dos Estados receptores desses investimentos, admitindo,

³⁵⁶ <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/33776498.pdf>

³⁵⁷ <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/33776498.pdf>

³⁵⁸ http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html



pois, a expropriação do investimento estrangeiro mediante o pagamento de indenização apropriada, com fundamento nas regras do direito internacional.

Com a edição da Resolução 3.281 (XXIX) que aprovou a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados³⁵⁹, o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais preceituado na resolução 1.803 (XVII)³⁶⁰ além de reafirmado é ampliado no sentido de que nenhum Estado deverá ser compelido a oferecer tratamento especial ao investidor estrangeiro.

Por fim, atente-se que as referidas Resoluções também impõem limites ao direito de expropriação, com fundamento no enriquecimento ilícito e injusta dilapidação do patrimônio do investidor em decorrência do ato de expropriação.

Nesse sentido, a expropriação deverá a) não conferir melhor tratamento ou proteção entre nacional e estrangeiros, ou ainda entre estrangeiros de distintas nacionalidades, e, b) deverão refletir interesses públicos legítimos em relação aos interesses do investidor que deverá, destarte, ser indenizado.

Assim, há um standard mínimo de proteção aos investidores em caso de expropriações e que refletem nos princípios gerais de indenização adequada, não discriminação e justificado interesse público, cuja observação se impõe ao Estado receptor de investimentos, que deve proteger as expectativas legítimas do investidor.

1.3.4 Princípios Estritamente Relacionados a Investimentos.

Na análise do tema ainda é possível verificar ainda alguns princípios que nascem dos tratados internacionais de investimentos e que também compõe os instrumentos contratuais que estruturam uma operação de investimentos. Tais, contudo, são corolários do princípio da não discriminação: a) o tratamento nacional, e b) cláusula de nação mais favorecida. Trataremos de ambos a seguir.

Por tratamento nacional, entende-se como a obrigação do Estado receptor de investimentos conceder ao investidor estrangeiro tratamento compatível àquele conferido ao investidor nacional, e nas mesmas circunstâncias, equalizando possíveis distorções de tratamento.

³⁵⁹ <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm>

³⁶⁰ http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga_1803/ga_1803.html



A ideia defendida é incentivar a competição por méritos no país receptor de investimentos, evitando-se a distorção da concorrência.

Este princípio está previsto no artigo 3º do GATT³⁶¹ que determina o tratamento equitativo entre produtos nacionais e estrangeiros no mercado interno de países receptores de investimentos, e também no artigo 2.1 do acordo TRIMS³⁶², ambos sob tutela da Organização Mundial do Comércio, onde o tratamento preferencial dentro do mercado nacional é considerado violação das regras internacionais do comércio, limitando as ações dos Estados no que se refere a exigências de conteúdo local em seus instrumentos de políticas públicas industriais.

Ressalte-se que toda vez que a matéria é tratada no âmbito da Organização Mundial de Comércio, não obstante seu caráter normativo, tal refere-se a investimentos que estejam exclusivamente relacionados a comércio.

Já a cláusula da nação mais favorecida tem por objetivo manter a não discriminação e igualdade fundamental, implicando na obrigação do Estado receptor de investimentos de estender aos investidores originários de um determinado Estado tratamento igual ao concedido aos investidores originários de qualquer outro Estado, em condições de semelhantes³⁶³.

Bernadete de Figueiredo Dias³⁶⁴ cita como suas características “*a reciprocidade (vincula todas as partes de um acordo), incondicionalidade e aplicação a todos os temas relacionados a investimentos*”. O princípio da boa fé no direito internacional tem sido balizador na interpretação e aplicação destes princípios pelas cortes arbitrais nas disputas envolvendo investimentos.

1.4 Fontes Convencionais.

São representativas da convergência de vontades das partes formalizadas num instrumento legal: o tratado. Os tratados internacionais criam regras gerais, de cunho jurídico, que determinam a conduta futura das partes, instituindo obrigações entre as partes.

³⁶¹ http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/gatt1994_02_e.htm#article3

³⁶² http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/trims_01_e.htm

³⁶³ Dias, Bernadete de Figueiredo. Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional. P.65, Ed. Juruá, 2010.

³⁶⁴ Ibid.



Todas as tentativas em se obter um acordo multilateral que pudesse reger a matéria de investimentos internacionais restaram inconclusos e sem sucesso, assim, interessará o estudo dos tipos de tratados de investimentos e das principais convenções internacionais. O que chega mais próximo desse anseio é a convenção de Washington que criou o sistema de arbitragem aplicável a investimentos que será tratada adiante.

Há 03 tipos de tratados que abordam investimentos: a) os tratados bilaterais que são os mais comuns; b) os tratados de comércio e investimentos; e c) acordos de tributação preferencial.

Os tratados bilaterais (BIT – Bilateral Investment Treaty) é o instrumento mais usado envolvendo a matéria. Incorporam os princípios tratamento nacional, tratamento justo e equitativo, cláusula de nação mais favorecida, proteções contra expropriação, respeito à propriedade privada, nacionalidade, não discriminação, utilização de sistema de solução de controvérsias por meio de arbitragem.

Os tratados de comércio e investimentos também seguem a mesma linha dos BIT em sua concepção e objetivos que são a tentativa de diminuição de riscos para o investidor. O NAFTA é um exemplo deste tipo de acordo.

E os acordos de tributação preferencial que conferirão ao investidor um regime tributário privilegiado a fim de que instale no país anfitrião seu negócio, muito comum na instalação de indústrias, como no Brasil as instalações de empresas montadoras, por exemplo.

Identificadas as formas mais usuais de acordos sobre investimentos diretos, convém apontar os principais tratados em matéria de investimentos.

1.4.1 Convenção de Washington – ICSID

Por iniciativa do Banco Mundial, a presente convenção chegou ao mundo em 18.03.1965, e tem por escopo aprimorar os procedimentos de solução de controvérsias entre Estados e Investidores estrangeiros privados.

A referida Convenção institui o Centro Internacional de Solução de Controvérsias em Investimentos o ICSID³⁶⁵.

³⁶⁵ International Center for Settlement of Investments Disputes. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

O Centro é dotado de autonomia e personalidade jurídica de direito internacional, ocupando-se da solução de controvérsias em matéria de investimentos entre Estados anfitriões e investidores, na conformidade de seu artigo 25 (1).

O Centro disponibiliza regras de procedimento de conciliação e arbitragem próprias que serão aplicadas em painéis caso a caso, atentando-se ainda para traço comum nas disputas de que, uma vez iniciadas nesse foro, deverão as partes acatar sua decisão e abdicar tanto de jurisdição nacional ou internacional quanto da proteção diplomática.

1.4.2 Convenção de Seul – MIGA

Tem por objetivo a promoção de investimentos privados nos países em desenvolvimento, por meio da concessão de garantias aos investidores dos países membros contra os riscos não comerciais.

A MIGA detém personalidade jurídica de direito internacional, é um organismo autônomo que oferece a seus membros um sistema complementar de garantia aos investidores por meio de um sistema de seguros e resseguros.

2. CONTRATOS

Em matéria de investimentos os contratos assumem uma posição de suma importância porque apresentam as bases com que o investimento será realizado e como serão regradas as condutas das partes que os assinaram, daí porque apresentará algumas características peculiares: a) estão incorporados nos tratados bilaterais de investimentos, o que faz com que o seu descumprimento caracterize uma infração ao tratado e por consequência ao direito internacional, situação que funcionará como base à causa de pedir numa corte arbitral; b) face às incertezas que envolvem as decisões dos tribunais nacionais em matéria de investimentos, a inclusão de cláusula arbitral se mostra imperiosa para o investidor, através da qual poderá obter uma solução mais rápida em caso de eventual litígio, além de ter duplo sentido ao limitar a ação do Poder Judiciário local e ao mesmo tempo servir como instrumento de barganha contra os Estados receptores de investimentos que, sob ameaça de serem processados num tribunal arbitral, desistem de suas políticas regulatórias.



Do ponto de vista dos limites da atuação do Estado, um dos principais objetivos dos investidores será mitigar riscos e incertezas políticas que advém da regulação interna das economias receptoras que possam afetar os investimentos, como por exemplo mudança da política fiscal que aumente os impostos ou onere o investimento, regulações ambientais que onerem ou prejudiquem a atividade desenvolvida pelo investidor à época da contratação, ou ainda, regulações e medidas de impacto social que protejam minorias socialmente excluídas.

O contrato se apresenta no direito internacional como principal instrumento garantidor do investimento por colocar em posição de desigualdade as partes que o celebram ao permitir demasiada vantagem o investidor, afinal, não se protege a qualidade e os fins do investimento, mas, tão somente o capital investido, e por essa razão a grande maioria desses contratos é confidencial, assim como as disputas arbitrais que os sucedem.

2.1 As Cláusulas Contratuais.

As cláusulas contratuais refletirão os princípios gerais do direito internacional norteadores dos investimentos internacionais já discutidas na primeira parte deste trabalho, no entanto, verificam-se quatro principais cláusulas standards dos contratos que regem os investimentos internacionais: 1) Proteção contra expropriação sem indenização ou discriminatória; 2) Tratamento Justo e Equitativo (“*Fair and Equitable Treatment*”); 3) Tratamento Nacional; e 4) “*Umbrella Clause*”, ou cláusula de equalização ou estabilização, cujo objetivo é neutralizar o poder normativo do Estado.

Outras cláusulas importantes são a) eleição do foro (renúncia implícita); b) eleição do direito aplicável; c) cláusula de estabilização; d) cláusula de renúncia a imunidade de execução; e) “*hardships*” tem por objetivo evitar multas excessivas; f) “*Rebus Sic Stantibus*”, para situações de incertezas que alterem a natureza contratual significativamente; g) “*Exceptio Contract Non Adimplenti*”, exceção de contrato não cumprido a ser aplicada em casos onde uma parte possa deixar de cumprir suas obrigações caso a outra esteja inadimplente.

2.1.1 Cláusula da Tratamento Nacional.

O tratamento nacional refere-se ao tratamento igualitário entre investidores nacionais e estrangeiros sempre que uma norma regulatória for editada. Há dois pontos



fundamentais nesta cláusula que serão objeto de avaliações pelo tribunal arbitral: 1º) intenção, e 2º) comparação (“*domestic comparator*”).

A intenção da norma não deverá ter impacto negativo nos investimentos. O que se regula nesta cláusula não é a discriminação em si, mas, os efeitos que ela causa. Uma norma poderá ter consequências danosas ao investimento ainda que a intenção do Estado regulador não tivesse sido a de prejudicar um investidor.

Em outras palavras: ao ser editada uma norma que regule um determinado setor, caberá ao jurista avaliar se um investidor nacional em condições similares (“*like circumstances*”) foi tratada de forma mais favorável que o investidor estrangeiro. Se o investidor nacional não recebeu tratamento favorecido nessas circunstâncias, não haverá expropriação. Do contrário, o Estado deverá compensar o investidor que sofreu impacto negativo em seus negócios.

2.1.2 Cláusula de Nação Mais Favorecida.

Esta cláusula segue o corolário de que todos os investidores devem ser tratados da mesma forma, não importando sua nacionalidade.

Ocorre que os juristas têm emprestado um novo significado para esta cláusula, a medida que se aproveitam dela para acrescentar obrigações previstas em tratados internacionais, porém, não previstas no contrato de investimentos. Em outras palavras: os investimentos serão regidos pelo tratado que conferir as melhores condições para o investimento, pouco importando se deste o investidor faz parte ou não.

Exemplo desse tipo de manobra jurídica teve reflexos no desfecho da arbitragem que envolveu a empresa MTD x CHILE³⁶⁶, no qual um investidor da Malasia requereu com base na cláusula de nação mais favorecida que o Chile lhe concedesse os mesmos benefícios constantes no tratado bilateral de investimentos que este mantinha com a Dinamarca e Croácia, no que foi bem-sucedido³⁶⁷.

³⁶⁶ “By an award of 25 May 2004, the Tribunal (Dr. Andres Rigo Sureda, President; Messrs Marc Lalonde and Rodrigo Oreamuno Blanco) held, on the one hand, that Chile had breached its obligation of fair and equitable treatment under Article 3(1) of the BIT but, on the other hand, that the Claimants had failed to protect themselves from business risks inherent in their investment in Chile. Responsibility for the loss being equally divided, the Tribunal concluded that the Respondent should pay 50% of the assessed damages, viz., US\$5,871,322.42, plus compound interest, and that each party should pay its own costs and 50% of the costs of arbitration”

³⁶⁷ O Chile ainda tentou a anulação dessa decisão da ICSID, mas, teve seu pedido rejeitado. http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/MTD%20v%20Chile%20-%20Annulment.pdf



2.1.3 Cláusula de Estabilização e “*Umbrella Clause*”.

Normalmente constante no tratado internacional de investimentos, tanto quanto nos contratos de investimentos internacionais, as “*umbrella clause*” objetivam ampliar as obrigações do Estado anfitrião dos investimentos ao determinar que a violação de qualquer cláusula contratual constitui uma violação de tratado internacional de investimentos³⁶⁸.

Similar a uma quebra contratual, esta cláusula é corolária do princípio “*pacta sunt servanda*” se torna um componente do tratado, e constitui-se num verdadeiro “*passé livre*” para os investidores ajuizarem suas demandas nos tribunais arbitrais de investimentos. A forma de redação mais usual desse tipo de cláusula costuma ser a seguinte: “qualquer obrigação assumida pelas partes deverá ser interpretada em razão dos investimentos protegidos pelo contrato ou tratado internacional de que são partes” (tradução livre e contextual)³⁶⁹.

Os investidores passam a dispor de liberdade no que tange processar um Estado pelo que entenderem constituir uma violação do tratado internacional de investimentos, e com isso, transformam qualquer situação em potenciais obrigações às quais o Estado deverá se submeter. Uma “*umbrella clause*” será potencializada se interpretada em conjunto com uma cláusula de estabilização.

As Cláusulas de Estabilização são disposições contratuais que pretendem isolar o investidor em caso de mudanças nas leis do Estado receptor, particularmente exigidas para investimentos de longo prazo.

Raramente são encontradas em tratados, mas, nos contratos e poderão prever as seguintes situações: a) o congelamento do arcabouço legal para que toda relação entre as partes se desenvolva conforme contratado; b) equilíbrio econômico, onde o investidor se sujeitará a nova regulação, porém, deverá ser compensado por isso, e c) cláusulas híbridas que comungando das duas anteriores, fazem com que a novas regulações tenham efeito zero sobre o investimento é mantido no estado anterior à mudança da lei.

³⁶⁸ ROMSON, Asa, in “Environmental Policy Space and International Environmental Law, p.80. 2012. Ed. Stockholm University: “The purpose of the clause is to elevate some violations of investment contracts to a violation of the IIA, meaning to lift up a contractual breach to international law”

³⁶⁹ “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”, US-Argentina BIT, Art. II(c) (signed Nov. 14, 1991, entered into force Oct. 20, 1994).



3. **EXPROPRIAÇÃO.**

Tema sensível em matéria de investimentos, a expropriação coloca lado a lado o direito de propriedade do investidor versus a soberania estatal sobre seus próprios recursos.

Qualquer Estado possui o direito de expropriar um investimento estrangeiro, desde que mediante justa e abrangente compensação de expropriações diretas e indiretas.

Problemas surgem quando os investidores não se sentem seguros quanto a imparcialidade das Cortes nacionais para discutir o valor da compensação devida, o que tem levado os tratados internacionais a discutir essas perdas e danos nos tribunais arbitrais.

Para entender o tema, imperioso se faz retornar à metade do Século XX onde a divisão política entre capitalismo e socialismo trazia insegurança às relações de investimentos, tratando-se de um período de diversas nacionalizações e confiscos de propriedades de estrangeiros, muitas vezes sem a justa compensação, como aconteceu em Cuba, por exemplo.

Era o chamado risco político que não obstante ter diminuído na atualidade, influenciou na formatação dos tratados de investimentos e na Convenção de Washington em 1965, não sendo de se estranhar que sua orientação seja conservadora e proteja muito mais o capital que os interesses do Estado anfitrião.

Destarte, as expropriações representam o exercício da soberania de um Estado Nacional, que num dado momento poderá tomar para si a propriedade ou o controle de um investimento estrangeiro sob duas formas: direta e indireta.

A primeira seria a desapropriação ou confisco puro e simples de bens de propriedade de estrangeiros, que após esse ato, passam a ser propriedade do Estado anfitrião. Depois do ato de expropriação a propriedade do investidor se torna de utilidade pública e passa a ser utilizada pelo Poder Público do Estado anfitrião do investimento. Como exemplo, a nacionalização de indústrias, a desapropriação para fins de construções de obras de infraestrutura, e mesmo as políticas públicas ambientais cujos objetivos sejam a preservação ou conservação de um ecossistema pode constituir uma expropriação direta de investimentos estrangeiros.

A segunda diz respeito a situações nas quais as restrições nas atividades do investidor são tamanhas que o investimento não se torna mais economicamente viável, ainda que ausente a finalidade pública de uma expropriação direta. Assim, a regulação de questões de saúde



pública ou ambientais pelo Estado anfitrião poderão impactar o investimento a tal ponto que o mesmo não consegue se desenvolver conforme previsto contratualmente ou no tratado internacional que o constituiu.

Sobre expropriações indiretas e questões ambientais, temas como zoneamentos ou restrições de uso de uma propriedade tem gerado diversas discussões acerca do tipo de impedimento que tais medidas causam nos investimentos, sobretudo quando tais regulações resultem em perdas econômicas para os investidores.

Para aferir essa justa compensação em situações onde ocorra uma desapropriação indireta, além das previsões contratuais possíveis, os tribunais arbitrais têm fundamentado suas decisões com base em quatro doutrinas: “*sole effects doctrine*”, “*proportionality*”, “*police powers carve-out*” e “*right to regulate approach*” que serão discutidas a partir das decisões arbitrais em que foram aplicadas.

3.1.1 “Sole Effects Doctrine”

Para esta doutrina, a medida regulatória, em si mesma considerada, não tem a menor importância. O que realmente se busca é a extensão do impacto no investimento que foi resultado dessa medida.

No caso *Metalclad v. Mexico*, submetido ao ICSID com base nas regras do NAFTA é emblemático, e teve como ponto central a interferência do México no desenvolvimento e operação de um depósito de lixo tóxico, configurando expropriação indireta do investimento³⁷⁰.

A decisão proferida em 30.08.2000 entendeu devida a indenização por lucros cessantes no caso de expropriação de investimentos. Porém, como no caso o investimento ainda não teria entrado em operação, a estimação dos lucros cessantes restou impossível de ser aferida.

Importa destacar um dos fundamentos da decisão arbitral para quem a finalidade das medidas adotadas pelo governo mexicano, somente seriam relevantes, se tais constituíssem uma forma de expropriação indireta do investimento: “[...] 111. *The Tribunal need not decide or*

³⁷⁰ “*Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State. But also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State. [paragraph 103]*”



*consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree”. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal’s finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation [...]”.*³⁷¹

A doutrina do “sole effects” alcança qualquer regulação estatal, desde que esta interaja ou afete os investimentos. Por definição, a grande maioria das normas regulatórias acabam refletindo economicamente e seus impactos serão avaliados e sopesados para o árbitro que adotar essa linha de decisão.

3.1.2 “Proportionality” – A Proporcionalidade

O escopo desta doutrina está em aferir um equilíbrio entre a regulamentação buscada no direito interno e os efeitos que tais causam no investimento. Contrastando com a doutrina anterior, reconhece a expropriação indireta através de medidas regulatórias, porém, entende que somente isso não basta para aferir se houve ou não uma expropriação indireta.

Para a proporcionalidade, a expropriação deverá ser analisada à luz dos benefícios que essa nova norma gera para o público a que se destina versus as limitações que tais impõe ou causam ao investidor, de forma tal que se poderia aferir uma justa compensação a partir da análise dos impactos negativos que tal medida regulatória impõe ao investimento, proporcionalmente aos impactos positivos que tal medida poderia gerar.

Caso que ilustra esta doutrina é o Tecmed v. Mexico³⁷² foi o primeiro caso em que o tribunal arbitral do ICSID adotou o princípio da proporcionalidade em seus julgamentos. Em síntese a discussão do caso se deu em virtude do cancelamento da permissão administrativa para operar uma indústria que manipulava e tratava resíduos perigosos num aterro sanitário. Houve grande pressão popular para que a indústria fechasse, e o governo acabou cedendo e editou uma

³⁷¹ Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case Nr. Arb/AF/97/1, Award, Aug. 2000, para. 111, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155

³⁷² Tecmed v. Mexico, caso segue na íntegra no link, foi o primeiro caso na ICSID a adotar o princípio da proporcionalidade, que emprestou da Corte de Direitos Humanos da União Européia https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_En&caseId=C186



série de regulamentações ambientais que não foram cumpridas pela empresa Tecmed que, como consequência, teve sua autorização administrativa cassada e encerrou suas atividades.

Ao analisar o caso, o tribunal da ICSID entendeu que o fechamento da empresa pelo governo mexicano tinha sido exagerado e desproporcional em comparação aos benefícios ambientais que a nova regulação deveria trazer (segundo o entendimento da Corte Arbitral do Banco Mundial “nenhum benefício”), e assim, concedeu indenização correlata à expropriação havida.

3.1.3 “The Police Powers Carve-Out”. O Poder de Polícia como excludente.

São medidas regulatórias que expressam o poder de polícia estatal, e que geralmente não são consideradas exceções às expropriações porque adotadas de boa fé e com legítimas preocupações de bem-estar social e ambiental.

Um dos casos que ilustram essa doutrina é o *Methanex Corporation v. United States*. O Estado da Califórnia baniu o MTBE (*methyl tertiary butyl ether*), aditivo de gasolina, porque descobriu-se que essa substância era altamente corrosiva e contaminava lençóis freáticos. A empresa canadense Methanex entendeu que tal medida era expropriatória, já que essa substância era componente fundamental na fabricação de metanol, que era a base de seu negócio (“core business”).

Em 2005 o tribunal arbitral entendeu que o caso deveria ser julgado improcedente com base na doutrina do poder de polícia em face de interesse público relevante e medida tomada de boa fé pelos agentes reguladores, que se utilizaram do devido processo legal para banir a referida substância.³⁷³

O Poder de Polícia constitui exclusão à regra da expropriação, e, uma vez entendido que a medida provém de interesse público legítimo, de aplicação geral e não discriminatória, e que foi editada seguindo os princípios do devido processo legal com ampla publicidade, não haverá

³⁷³ “In the Tribunal’s view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process is not an expropriation” <http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf> (Part IV, Chapter D, p. 4)

expropriação, e por consequência não haverá indenização. Note que não se trata de exceção à regra de expropriação, mas, de exclusão, uma vez que o tribunal entende que a medida regulatória não é expropriatória.

As dificuldades para aferir se determinada norma regulatória interna de uma país é ou não discriminatória assume função central para o resultado de uma arbitragem e deverá ser feita caso a caso. Caberá ao jurista o trabalho de interpretar a norma para aferir se essa atende ao interesse público de forma legítima, se é emanada pelo poder competente e de forma transparente e legal para que tal se encaixe na exceção do poder de polícia ou não, situação que nos levará à próxima doutrina.

3.1.4. “Right to Regulate Approach”.

Segundo Newcombe, citado por ROMSON³⁷⁴, as doutrinas de poder polícia como excludente e “sole effects”, além de ortodoxas, não são capazes de trazer a clareza indispensável para distinguir quando determinada medida regulatória caracteriza uma expropriação de investimento de uma medida regulatória ordinária. Continua o mesmo autor³⁷⁵ citando Fauchald and Schiötz que existe uma diferença fundamental entre o direito à compensação contra o direito de regulação estatal que nem sempre está clara nos tratados de investimentos.

Feitas as críticas, uma quarta via seria uma abordagem que tem fundamento na Convenção Europeia de Direitos Humanos, cujo artigo 1º, do primeiro protocolo, dispõe que os Estados têm o direito de regular e aplicar leis para controle do uso de propriedade de acordo com o interesse coletivo ou público.

Esta doutrina se parece com a da proporcionalidade à medida que sua aplicação busca ser razoável e equilibrar os fins e meios entre o interesse público e àquele dos investidores, mas, difere sutilmente no que tange ao seu ponto de partida que é a garantia de que o Estado pode regular situações que digam respeito ao interesse público, circunstância que já consta em tratados bilaterais de investimentos europeus. As questões regulatórias ambientais parecem melhor protegidas nesta doutrina.

³⁷⁴ Op. Cit. p. 252

³⁷⁵ Op. Cit. p. 254/255



4. INVESTIMENTOS E REGULACÕES AMBIENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA.

O Direito Ambiental é um ramo do direito internacional público dotado de regras e princípios que geram direitos e obrigações para os sujeitos do direito internacional (os Estados, pessoas físicas, organizações governamentais e não governamentais).

Suas regras, contudo, já não são tão influenciadas por um conceito formal de hierarquia das normas ou de formalismo legal por terem um traço bastante peculiar, um aspecto “camaleão”, ou seja, interagem nas questões jurídica, éticas, políticas, sociais, científicas e econômicas que culminam na recíproca cooperação entre os Estados em um contexto global de preocupação em preservar, entender e interagir de forma sustentável com o meio ambiente, visando a melhoria da qualidade de vida para presentes e futuras gerações.

A Declaração Sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo, 1972, representativa de uma série de 26 princípios fundadores, que no direito internacional são enunciativas de normas “*soft laws*” (formas não cogentes e não vinculantes), constituem boa parte das fontes do Direito Ambiental Internacional, em contraste com as normas de “*hard laws*” (cogentes, vinculantes) que descrevem condutas a serem adotadas e seguidas pelos Estados e não somente recomendações de conduta.

Estes dois tipos normativos estão no foco das disputas envolvendo investimentos internacionais e direito ambiental, ora pelo grau de normatividade de uma “*soft law*”, ora pelo grau de precisão da conduta exigida num tratado ambiental que seja incompatível com o investimento realizado.

Observa-se ainda que um tema de particular importância para a matéria de investimentos contido no princípio 21 da declaração de Estocolmo é uma norma “*hard law*”³⁷⁶, que referenda a soberania estatal sobre recursos naturais e autonomia para regular a matéria ambiental e diz: “*Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, nos termos de suas próprias políticas ambientais, desde que as atividades levadas a efeito, dentro da jurisdição ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional*”.

³⁷⁶ O artigo 2o. da Declaração do Rio/92 repete a mesma norma.



A idéia de desenvolvimento sustentável veio a tona pela primeira vez em 1987 no relatório Brundtland “*Our Common future*”³⁷⁷ que lançou um novo olhar sobre o modelo de desenvolvimento que o mundo seguia. O núcleo desse conceito seria a “*satisfação das necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades*”, que alerta para a necessidade de se empregarem esforços sem precedentes na História da Humanidade em prol da sustentabilidade. A adoção de medidas como a diminuição do consumo de energia, o desenvolvimento de tecnologias para uso de fontes energéticas renováveis, e o aumento de produção industrial com base em tecnologias limpas passam a ser amplamente debatidas.

Em 1992, o Brasil sediou a Conferência Eco 92, no Rio de Janeiro onde se buscou definir políticas essenciais para o meio ambiente através do desenvolvimento sustentável, celebrando-se na ocasião a Convenção sobre Diversidade Biológica, além da Declaração do Rio, que também se torna norma fundamental importância ao definir uma série de princípios, dentre os quais, o princípio da prevenção, princípio do desenvolvimento sustentável, princípio da precaução³⁷⁸, princípio do poluidor-pagador³⁷⁹ e o princípio da responsabilidade civil³⁸⁰, possui um conteúdo mais programático.

O Acordo de Paris é um tratado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC - sigla em inglês), sobrepõe o Protocolo de Kyoto no que tange ao combate do aquecimento global, e rege medidas de redução de emissão dióxido de carbono a partir de 2020 com metas impositivas para seus signatários com a vantagem de ser legalmente vinculante.

³⁷⁷ <http://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf> Nosso Futuro Comum, tradução livre do inglês.

³⁷⁸ Princípio 14 da Declaração do Rio: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

³⁷⁹ Princípio 15 da Declaração do Rio: “As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

³⁸⁰ Princípio 13 da Declaração do Rio: “Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle.



Alguns tratados internacionais impõem condutas aos Estados signatários em matéria ambiental como a Convenção da Basileia relativo ao Controle do Transporte Transfronteiriço de Resíduos Perigosos de 1989, que exige consentimento prévio (“prior inform consent”) entre os países transfronteiriços em que serão transportados os lixos e resíduos perigosos entre os países signatários da convenção, e que proíbe o transporte desse material dos países que não são parte da Convenção da Basileia. Por sinal, esta Convenção foi invocada e serviu como base no caso *S.D. Myers v. Canada*³⁸¹.

A empresa norte americana S.D. Myers cuja atividade consistia no tratamento de resíduos e lixo, operava no Canadá, mas sua planta industrial onde desenvolvia seus trabalhos estava nos EUA. Por 18 meses, o Canadá criou dificuldades para o transporte de lixo, situação que levou o investidor a buscar no tribunal arbitral compensação por expropriação.

Em sua defesa, o Canadá alegou ser signatário da Convenção da Basileia, e que agiu conforme o direito internacional, já que a exportação daquele tipo de material pelos americanos estava fora dos parâmetros estipulados no referido tratado.

O Tribunal concluiu pela expropriação alegando que o Canadá não estava obrigado a agir da maneira que agiu, e que poderia tomar medidas menos impactantes contra o investidor, porém, interpretou o caso de forma a conciliar as obrigações internacionais canadenses com as regras ambientais e de investimentos, num exemplo claro de interpretação normativa. Apesar do resultado ser questionável do ponto de vista ambiental, a mensagem passada pareceu ter sido de que as partes poderiam buscar uma solução negociada previamente.

As legislações ambientais internas dos países acabaram moldadas por esse agregado de normas de “*soft law*” e “*hard law*” que o direito internacional do meio ambiente difunde, contudo, em matéria de investimentos normas ambientais se não forem decorrentes de uma obrigação do direito ambiental internacional serão tidas como normas de direito interno, as quais, segundo os tribunais arbitrais, poderão constituir protecionismo ou causa a expropriação de um investimento.

Destarte, toda vez que um conflito surge há necessidade de se observar dois aspectos: primeiro quanto ao grau de normatividade (“*soft law*”, ou, “*hard law*”), e segundo quanto a precisão dessa normatividade (estariam os Estados obrigados a cumprir essa norma ambiental

³⁸¹ <http://italaw.com/documents/SDMeYers-1stPartialAward.pdf>



por força do direito internacional, ou não?). Ainda assim, numa disputa perante um tribunal arbitral, a norma ambiental para ser arguida como defesa de um Estado receptor de investimentos precisaria caracterizar a exclusão do poder de polícia para que possa prevalecer sobre a proteção do regime de investimentos.

Considere-se ainda que os tratados internacionais de investimentos garantem uma extensa gama de prerrogativas e direitos aos investidores, e, na maioria das vezes, sem qualquer contrapartida para o Estado receptor que sob a ameaça de ter suas políticas públicas ambientais desafiadas num tribunal arbitral, preferem abdicar destas em prol de manter o compromisso que firmaram com os investidores, não se sabendo os efeitos sociais, políticos e econômicos que essas opções causarão no longo prazo.

Uma das formas para aferir a qualidade dos investimentos tem se dado por iniciativas de governança que exigem que os investimentos sejam sustentáveis do ponto de vista ambiental. O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo constante no Protocolo de Kyoto já atua nesse sentido ao incentivar projetos que contribuam para a sustentabilidade global e redução na emissão de gases que causam o efeito estufa.

O Banco Mundial, através de seu braço operacional, a IFC (*International Finance Corporation*), tem elaborado um campo de indicadores sociais e ambientais para investimentos³⁸². Tais indicadores de governança poderão ser considerados “*soft law*” por suas características de recomendações de conduta, e exigência de transparência em razão da obrigação de informar acionistas e cidadãos quanto a qualidade e a origem lícita do investimento que uma determinada empresa realiza no exterior.

Apesar do esforço em tornar os investimentos mais responsáveis do ponto de vista da sustentabilidade, algumas arbitragens demonstram a total falta de sintonia com responsabilidade social e ambiental.

³⁸² O IFC disponibiliza um manual com standards ambientais e sociais aplicáveis a investimentos em seu site <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/190d25804886582fb47ef66a6515bb18/ESRP+Manual.pdf?MOD=AJPERES>; vide também http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/IFC+Sustainability/Sustainability+Framework/Sustainability+Framework+-+2012/#SustainabilityPolicy



Nesse sentido a arbitragem *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*³⁸³ em que a mineradora canadense desenvolvia suas atividades de mineração a céu aberto no Estado da Califórnia, levantando não somente uma série de restrições ambientais pela agência ambiental dos EUA, como também culturais, vista que a atividade econômica se realizava em reserva indígena considerada sagrada pelos nativos, situação que chamou atenção da opinião pública que foi totalmente contrária à exploração da mina pela empresa canadense, culminando com a agência de proteção ambiental da Califórnia impondo uma série de restrições às atividades de mineração até então desenvolvidas.

Neste caso, o tribunal arbitral condenou os EUA entendendo que as medidas tomadas foram expropriatórias e feriam o princípio de tratamento justo e equitativo, determinando o pagamento de indenização à empresa canadense, num claro exemplo de conflito de legitimidade entre as normas ambientais e normas internacionais de investimentos.

O ativismo foi importante no desfecho do caso *Bechtel Co. v. Bolivia*³⁸⁴, já citado neste trabalho como a “Guerra de Cochabamba”, no qual a empresa norte americana, após vencer uma arbitragem, desistiu de seguir com a execução do laudo arbitral.

A Bechtel Co. obteve direito à exploração do abastecimento de água na cidade de Cochabamba na Bolívia por meio de um processo de privatização. Ao longo do exercício dessa atividade econômica os preços praticados subiram em mais de 50%, inviabilizando a utilização da água pela população mais pobre, o que desencadeou um violento conflito popular que obrigou o governo boliviano a decretar estado de emergência para conter a revolta popular e assumir o controle da empresa.

O caso foi levado à ICSID que decidiu pela expropriação e condenou a República da Bolívia ao pagamento de 50 milhões de dólares. Uma forte pressão popular exercida pela opinião pública por meio de protestos, e-mails enviados à empresa, propaganda negativa junto aos

³⁸³ <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf> Destaca-se na decisão: “*The Tribunal finds that this discussion of domestic United States procedural law does not aid this analysis. Although it is generally agreed that the unlawfulness of an action according to municipal law will not necessarily entail a violation of international law. The converse also is true: the legality of an act under domestic law does not presuppose its legality under international law. This Tribunal instead must look to the customary international law minimum standard of treatment and determine whether the Glamis Gold, Ltd. v. United States of America – Page 333 failure of the solicitor to first promulgate regulations prior to the issuance of his MOpinion exhibits “a complete lack of due process.”*” (visto em 18.07.2017)

³⁸⁴

<https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC628&caseId=C210>



acionistas, levaram à desistência da execução por parte da empresa norte americana como solução para recuperar o valor de suas ações cotadas em bolsa que despencaram, um caso peculiar e bem-sucedido de ativismo corporativo.

Um dos casos que ilustra a obscuridade com que alguns investimentos são desenvolvidos foi *Mervin Feldman Karpa (CEMSA) v. México*³⁸⁵, no qual o investidor era uma companhia de cigarros que os revendia para os Estados Unidos através do México, numa operação que envolvia Honduras, um paraíso fiscal, e assim obtinha créditos tributários com a diferença de impostos entre o NAFTA e àquele país. Ocorre que o governo mexicano percebendo a elisão fiscal a que estava sujeito, proibiu esses créditos tributários, criando um cenário no qual a operação desse investidor somente se manteria lucrativa caso fosse descumprida a legislação tributária do México.

A decisão arbitral não reconheceu a mudança da legislação tributária como expropriação, e determinou que o investidor não teria direito a indenização de US\$1.6 milhões por lucros cessantes em virtude desse novo regime fiscal, respeitando, assim, não apenas a capacidade regulatória do México como principalmente mostrou que investimentos têm um propósito que deve ser respeitado.

Casos como estes apontam investimentos que não cumprem seus propósitos, mas que em contrapartida colocam os Estados receptores num eminente estado de violação do direito internacional, acentuam uma relação descompassada onde somente uma das partes possui direitos, enquanto a outra abdica, às vezes totalmente, de sua capacidade de regulação interna em prol de hospedar investimentos, isso sem falar nos altos custos que envolvem uma disputa arbitral cujo desfecho costuma pender a favor dos investidores.

6. CONCLUSÃO.

Verifica-se, em conclusão, o descompasso entre expectativas dos Estados receptores e os objetivos dos investidores no que tange às disputas envolvendo investimentos estrangeiros relatadas neste trabalho que, em alguns casos, chegou-se a situações extremas em que houve completa subjugação da capacidade regulatória estatal para satisfazer exigências dos investidores em oposição à submissão deste às leis do país que hospedou investimentos.

³⁸⁵ <http://www.state.gov/s/l/c3751.htm>



Se bem negociados, investimentos estrangeiros são bem-vindos e conseguem, via de regra, promover o desenvolvimento econômico. Entretanto, há que se observar o escopo desses investimentos, sobretudo atualmente quando estamos assistindo à transição de uma economia de alto impacto ambiental (“*brown*”) baseada no industrialismo e combustíveis fósseis, para uma economia moderna de baixo impacto ambiental (“*green*”), baseada na sustentabilidade e em fontes de energia limpas e renováveis, sendo de suma importância alinhar as expectativas das partes envolvidas neste processo: investidores, países receptores, sociedade civil.

Demais disso, impõe ressaltar que a questão ambiental protegida nos tratados internacionais possui uma característica “camaleão” que se adapta e interage com diversos ramos do direito.

Nota-se que face à ambiguidade da linguagem contratual e da assimetria de obrigações assumidas entre as partes signatárias dos tratados internacionais de investimentos, o êxito na aplicação do direito internacional do meio ambiente, geralmente reproduzidas nas legislações internas dos países receptores de investimentos, deverá ser aferida no caso concreto e ainda se observando a pertinência da aplicação da doutrina do excludente de poder de polícia.

As decisões arbitrais envolvem investimentos individualmente considerados, percebendo-se duas correntes na interpretação encontradas em disputas arbitrais que versem sobre matéria relacionada a investimentos estrangeiros e meio ambiente³⁸⁶: uma tradicional, para quem o direito ambiental seria protecionismo disfarçado oriundo de uma norma de direito nacional, doméstica, e que por isso caracterizaria expropriação de um investimento; e em contraste verifica-se o surgimento de viés mais humanista cujas preocupações com um meio ambiente equilibrado, com o Planeta como sujeito de direitos, se tornou um reflexo do que a Sociedade busca na atualidade e que é referendada pelos tratados internacionais que regulam o tema, portanto, em mesmo grau de hierarquia dos tratados de investimentos em casos de disputa, se mostrando como uma forma legítima de resguardar direitos humanos fundamentais e a sustentabilidade em caso de conflitos.

Percebe-se que há um protagonismo da corrente de interpretação tradicional na análise dos casos de arbitragem internacional envolvendo investimentos, o que pode ser explicado

³⁸⁶ Jorge E. Vinales, “Managing Conflicts between Environmental and Investments Norms in International law”. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683465



pelo fato de já ter sido estabelecido em práticas desde a formação da Corte. Além disso, somente agora com o esforço para debelar o aquecimento global, a economia verde está mudando a forma com que os negócios estão sendo idealizados no mundo. É certo que neste momento não se deve mais pensar em tratados bilaterais que não incorporaram provisões ambientais e sociais adequadas, além da falta do indispensável compliance que precede um investimento direto, mas os casos trazidos neste trabalho são uma pequena amostra de que há muito que se caminhar para se chegar a um equilíbrio entre capital e proteção ambiental.

Por outro lado, é importante ressaltar o esforço da ICSID em entender essas mudanças e trazer a questão ambiental para a Corte, o que já vem sendo feito em diversas iniciativas. Todavia, tais mudanças ainda levam tempo para serem não só assimiladas como também estabelecidas em guidelines ou modelos que investidores e países poderão utilizar quando estiverem negociando a recepção de um contrato ou tratado de investimentos.

Incorporar o direito ambiental no universo dos investimentos será um trabalho complexo, mas possível, e envolverá o gerenciamento de risco de arbitragem. Para tanto será necessário um correto entendimento do direito ambiental internacional e local em matéria de litígios envolvendo investimentos, como ponto de partida para tentar acabar com as assimetrias e descompassos que hoje marcam os tratados internacionais e contratos que protegem os investimentos, avançando no sentido de incluir medidas ambientais, sociais e de saúde nestes instrumentos como forma de salvaguardar os direitos de comunidades locais e trabalhadores, e sobretudo do meio ambiente.

As normas de governança instituídas pelo *International Finance Corporation* (IFC) do Banco Mundial também se mostram de suma importância, afinal seus diversos indicadores poderão despertar no investidor a preocupação com a questão ambiental, já que terão o condão de expor de forma equilibrada, transparente e imparcial, os interesses sociais, ambientais e econômicos envolvidos num investimento, o que contribuirá para sua sustentabilidade.

De suma importância é avaliar se os investimentos estrangeiros guardam pontos de contato com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, hoje o principal norteador de empreendimentos no mundo, sobretudo com o avanço do Movimento “B” (beneficiary corporations) que une negócios e sustentabilidade.



Além disso, poderá se tornar importante ferramenta para acionistas, governos, *stakeholders* e *shareholders*, que poderão avaliar os impactos que os investimentos causarão, possibilitando uma atuação preventiva capaz de ajustar o descompasso entre bens e interesses públicos e privados.

Finalizando, importa olhar os problemas, descompassos e controversias que atualmente emergem dos conflitos entre investimentos estrangeiros e regulação ambiental como uma experiência que precisa ser aperfeiçoada se possível com a internalização dos efeitos negativos que a atividade do investidor causar ao meio ambiente.

Uma mudança positiva para o tema aqui tratado depende muito mais de uma mudança de mentalidade do que da lei.

E essa mudança de mentalidade requer a incorporação dos conceitos de sustentabilidade ambiental e padrões governança, nos tratados e contratos de investimentos estrangeiros, para que estes se apropriem destas questões como objetivo e como propósito.

7. BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Os Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998^a.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos Estrangeiros no Brasil e no Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2010.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Controle pelo Estado da Atividade Internacional das Empresas Privadas**. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo, LTr.1994.

ROMSON, Asa. **“Environmental Policy Space and International Environmental Law”**. Ed. Stockholm University. 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Trends in International Investments Agreements**. Geneva: United Nations, 1999c.

_____. **Fair and Equitable Treatment**. Unctad Series on Issues in International Investment Agreements. Geneva: United Nations, 1999g.



VINUALES, Jorge E., LANGER, Gesko Magnos, **Managing Conflicts between Environmental and Investment Norms in International Law**. Oxford: 2010.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683465

Páginas da Internet (“webografia”)

ICSID – INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTE.

Disponível em: <<http://www.icsid.worldbank.org>>.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. Disponível em: <<http://www.ifc.org>>.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://www.italaw.com>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.un.org>>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Disponível em: <<http://www.wto.org>>.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE).

Disponível em: <<http://www.oecd.org>>.

SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. Disponível em: <<http://www.ssrn.com>>.

UNITED STATES STATE DEPARTMENT. Disponível em: <<http://www.state.gov>>.

WORLD BANK GROUP. Disponível em: <<http://www.worldbank.org>>.

