

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**RAFAELLY OLIVEIRA FREIRE DOS SANTOS**

**CLÁUSULA ARBITRAL INVESTIDOR-ESTADO E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS  
MULTINACIONAIS POR DANOS AMBIENTAIS: uma rota viável ou uma mera utopia?**

**João Pessoa**

**2018**

**RAFAELLY OLIVEIRA FREIRE DOS SANTOS**

**CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E A  
RESPONSABILIZAÇÃO DAS MULTINACIONAIS POR DANOS AMBIENTAIS: um  
caminho viável ou uma mera utopia?**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como  
exigência parcial para a obtenção do título de  
bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me. Dr. Sven Peterke.

Coorientador: Prof. Me. Henrique Lenon

**João Pessoa**

**2018**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

S237f Santos, Rafaelly Oliveira Freire Dos.

Freire. CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS MULTINACIONAIS POR DANOS AMBIENTAIS: um caminho viável ou uma mera utopia? / Rafaelly Oliveira Freire Dos Santos. - João Pessoa, 2018.

66 f.

Orientação: Sven Peterke.

Coorientação: Henrique Lenon.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito do Investimento Internacional. 2. Arbitragem Internacional. 3. Direito Ambiental. I. Peterke, Sven.  
II. Título.

UFPB/CCJ

**RAFAELLY OLIVEIRA FREIRE DOS SANTOS**

**CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO E A  
RESPONSABILIZAÇÃO DAS MULTINACIONAIS POR DANOS AMBIENTAIS: uma  
rota viável ou uma mera utopia?**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação  
apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como exigência  
parcial para a obtenção do título de bacharel em Ciências  
Jurídicas.

Orientador:

---

Prof. Me. Dr. Sven Peterke.

Coorientador:

---

Prof. Me. Dr. Henrique Lenon.

Banca Examinadora:

data da aprovação: 20/08/2018

---

Prof. Me. Dr. Sven Peterke (Orientador)

---

Prof. Ronaldo Alencar dos Santos

---

Prof. Valfredo Andrade Aguiar

## AGRADECIMENTOS

A todos os cidadãos brasileiros que, com o pagamento de tributos, auxiliaram no custeio do meu ensino.

Aos meus professores que me acompanharam durante 5 anos de choro, esforço e fé, especialmente ao meu Orientador, *Sven Peterke*, meu Coorientador *Henrique Lenon, Markson Sousa, Ulisses Job* e ao Professor *Giscard Farias Agra* que, em meio a essa agonia de estudar em uma instituição pública longe de casa, foi orientador, mentor, amigo e irmão.

A todos que me ofereceram a oportunidade de ter experiências profissionais durante a Universidade, em especial a *Vivianne Oliveira, Candice Alexandra, Mathews e Antonio Edilio Magalhães*, os quais, sem dúvidas, guiaram e ensinaram-me com paciência e carinho a seguir nessa trilha tortuosa.

À *Elizabeth Torres*, que foi parceira de aventura e porto seguro ao mesmo tempo, quando ninguém mais o era.

A *Carlos Alfredo de Paiva John, Cili de Paiva John, Karl-Heinz John e Enrico de Paiva John* que foram abrigo e família em terra de estranhos, tornando cada dia e cada noite de minha estrada mais segura e iluminada.

Por fim, a toda minha família, carinhosamente à *Rosa Lourdes Oliveira Freire dos Santos, Raimundo Freire dos Santos e Renan Lucas Freire dos Santos*, parte do meu sangue, de quem eu sou, início e fim de mim.

## RESUMO

A arbitragem de investimento internacional tem sido utilizada pelos investidores estrangeiros e multinacionais para requererem, dos Estados, indenizações em razão de medidas punitivas ou regulatórias que, de alguma forma, afetam os seus ativos. Por vezes, tais ações estatais tem o objetivo de resguardar o meio ambiente, apesar disso, ao chegarem aos tribunais arbitrais elas são transformadas em condenações milionárias contra os Estados. Contexto em que esses entes saem derrotados em cerca de 61% dos litígios. Nessa conjuntura, a arbitragem de investimento vem sofrendo ferrenhas críticas, sendo tarjada enquanto mecanismo que beneficia apenas aos investidores, sem ofertar qualquer vantagem as nações receptoras dos investimentos. Em que pese esse quadro, sabe-se que um dos principais méritos da arbitragem é ser um mecanismo flexível, que dota as partes do poder de definir as regras procedimentais. Observada essa dialética entre a flexibilidade inerente à arbitragem e o cenário prático em que o procedimento tem beneficiado apenas a uma das partes, indaga-se se a arbitragem de investimento internacional não poderia ser utilizada de forma contrária da qual tem sido, possibilitando uma responsabilização das empresas pelos danos ambientais, não raras as vezes, causados pela execução do seu investimento. Para responder a essa indagação, este trabalho parte de uma revisão bibliográfica, análise de fontes primárias do direito, bem como de casos práticos para, através de um método dedutivo concluir se a arbitragem de investimento pode ser utilizada para responsabilizar as multinacionais por danos ambientais. Com base nesse estudo, observou-se inexistir vedação peremptória a utilização desse instituto com vistas à responsabilização das multinacionais por danos ambientais. Todavia, para garantir uma maior segurança jurídica a esse objetivo, devem ser determinados alguns aspectos do procedimento já na cláusula arbitral investidor-estado.

**PRALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem de Investimento; ICSID; Direito Ambiental Internacional; Tratado de Investimento Bilateral; Responsabilidade por Dano Ambiental.

## **ABSTRACT**

International investment arbitration has been used by foreign and multinational investors to request compensation from States because of punitive or regulatory measures that, in some way, affect their assets. Sometimes such state actions have the objective of safeguarding the environment, nevertheless, when they reach the arbitral tribunals they are transformed into million dollar condemnations against the States. Context in which these entities are defeated in about 61% of disputes. At this juncture, investment arbitration has been criticized as being a mechanism that only benefits investors, without offering any advantage to the nations receiving the investments. In spite of this, it is known that one of the main merits of arbitration is to be a flexible mechanism, which gives the parties the power to define procedural rules. Having observed this dialectic between the inherent flexibility of arbitration and the practical scenario in which the procedure has benefited only one party, it is questioned whether international investment arbitration could not be used in the opposite way of which it has been, making it possible to hold environmental damages, not infrequently occasioned by the execution of their investment. To answer this question, this work starts from a bibliographical review, analysis of primary sources of law, as well as practical cases to, through a deductive method, to conclude if investment arbitration can be used to hold multinationals responsible for environmental damages. Based on this study, it was observed that there is no peremptive prohibition of the use of this institute with a view to rendering multinational companies liable for environmental damages. However, in order to ensure greater legal certainty for this purpose, certain aspects of the procedure should already be determined in the investor-state arbitration clause.

**KEY-WORDS:** Investment Arbitration; ICSID; International Environmental Law; Bilateral Investment Treaty; Liability for Environmental Damage.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**AII** – Arbitragem de Investimento Internacional;

**BITs** – Acordos de Investimento Internacionais;

**CACCI** – Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional;

**CCI** - Câmara de Comércio Internacional;

**CIJ** – Corte Internacional de Justiça;

**CrEDH** – Corte Europeia de Direitos Humanos;

**CLC** - Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil Pelos Prejuízos devidos à poluição por Hidrocarbonetos;

**DAI** – Direito Ambiental Internacional

**DHs** – Direitos Humanos

**DUDH** – Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão;

**ICSID** - Centro Internacional Para a Solução de Disputas Sobre Investimentos.

**PCA** – Corte Permanente de Arbitragem;

**OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico;

**ONU** – Organização das Nações Unidas;

**UNCTAD** – Conferência das Nações Unidas sobre Negócios e Desenvolvimento;



## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	1
<b>2. DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL: Definição e Delimitações</b>	3
<b>2.1. Normas Primárias de Proteção Ambiental</b>	4
<b>2.2. Responsabilidade Internacional do Estado por Danos Ambientais</b>	11
<b>2.3. A Responsabilidade Internacional das Multinacionais por Danos Ambientais</b>	14
2.2.1. <i>As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais</i>	16
2.2.2. <i>A Responsabilidade das Multinacionais a partir dos Principios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU</i>	17
<b>2.4. Conclusões Parciais</b>	19
<b>3. CLÁUSULAS ARBITRAIS INVESTIDOR-ESTADO E ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO</b>	19
<b>3.1. Da Definição Geral de Cláusula Arbitral ao Delineamento Específico de Cláusula de Arbitragem Investidor-Estado</b>	20
<b>3.2. Definição de Arbitragem de Investimento.</b>	22
3.2.1. <i>Contexto político e econômico de elaboração da arbitragem de investimento</i>	23
3.2.2. <i>Definição de Investimento Internacional</i>	23
3.2.3. <i>Arbitragem de Investimento x Arbitragem Comercial</i>	25
3.2.4. <i>Afirmados atributos da arbitragem</i>	26
<b>3.3. Direito Aplicável à Arbitragem de Investimento</b>	33
3.3.1. <i>Direito Processual</i>	34
3.3.2. <i>Direito Material</i>	38
<b>4. A (IR)RESPONSABILIDADE DAS MULTINACIONAIS POR DANOS AMBIENTAIS NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO INTERNACIONAL</b>	40
<b>4.1. Exame do Caso Chevron e Texaco v. Equador</b>	41
<b>4.2. Exame de Casos Solucionados Pelo ICSID</b>	42
<b>5. CRÍTICAS AOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS INSTAURADOS A PARTIR DE CLÁUSULAS INVESTIDOR-ESTADO</b>	46
<b>6. CONCLUSÃO</b>	49
<b>REFERÊNCIAS</b>	52

## 1. INTRODUÇÃO

Não é novidade, tampouco segredo de Estado, que o sistema jurídico da arbitragem de investimento internacional – AII está em crise, notadamente em razão das críticas direcionadas aos Tratados de Investimento Bilaterais, em inglês *Bilateral Investment Treaties* – BITs, e ao Centro Internacional Para a Solução de Disputas Sobre Investimentos, em inglês *International Center for Settlement of Investment Disputes* – ICSID. A própria ONU reconhece esse cenário, razão pela qual tem proposto formas de remodelação desses tratados.<sup>1</sup>

Essas críticas estão relacionadas à um suposto desequilíbrio entre Estados e investidores estrangeiros no âmbito da AII, o qual, segundo argumentam, tem ocasionado uma derrota dos Estados na maioria dos casos decididos através desse sistema. Nesse cenário, países da América Latina como Bolívia, Venezuela e Equador, durante o início dos anos 2000 se afastaram desse sistema.

O Brasil, por sua vez, jamais participou de uma AII no âmbito do ICSID, tampouco ratificou tratados de investimento bilaterais nos moldes clássicos. Na década de 90, apesar de o Estado haver assinado 14 BITs, nenhum entrou em vigor até o momento, em razão da negativa do Congresso Nacional em ratificar esses documentos. Esse fato, no entanto, não representa uma repulsa absoluta do Brasil à arbitragem de investimento.

Eis que existem contratos internacionais firmados pelo país que utilizam as cláusulas arbitrais investidor-estado, como é o caso do Memorando de Entendimento firmado entre o Governo do Estado do Ceará e a empresa Chinesa *Qingdao Xinyutian Chemical* e os contratos de concessão da Agência Nacional de Petróleo e Gás - ANP.

Articulado esse fato com os dados da ONU, segundo os quais o Brasil, em 2018 passou a ser o 4º principal destino dos investimentos internacionais e que 87% das empresas interessadas nos contratos de concessão da ANP são de capital estrangeiro, percebe-se que o país não se encontra completamente alheio ao sistema da AII.

Tais informações relativas ao contexto brasileiro espelham o panorama global de fluxo internacional de capital, o qual, na realidade, não tem sido freado pela crise do sistema da AII. Crise essa que, tampouco, tem esmaecido o aumento do número de casos apresentados

---

<sup>1</sup> Cf. UNCTAD. **Investment Policy Framework for Sustainable Development**. Disponível em: <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf)>. Acesso em: 16 ago 2018.

anualmente aos tribunais arbitrais, vez que, em 2017, foi registrado um aumento percentual de 22% no número de lides levadas ao ICSID.<sup>2</sup>

Importante ressaltar que esses casos, usualmente, envolvem, em alguma medida, a exploração dos recursos naturais do país receptor do investimento, exploração essa que, reconhecidamente, costuma gerar pegadas ambientais. Cita-se como exemplo caso do rompimento da barragem de Mariana, a qual contava com o investimento da anglo-australiana BHP Billiton,<sup>3</sup> e o caso de derramamento de materiais tóxicos na Amazônia Equatoriana.<sup>4</sup>

Nesse universo, são comuns os casos em que os tribunais arbitrais devem decidir se a medida ambiental punitiva ou regulatória adotada pelo Estado viola o direito dos investidores. Caso o tribunal entenda que há violação, o Estado é condenado a indenizar a empresa em montante expressos em milhões de dólares. Condenação essa que, em última análise, tem o efeito de desencorajar os Estados tanto a adotar medidas protetivas, bem como a penalizar essas empresas estrangeiras pelos danos ambientais causados.

Nessa conjuntura de lesão ao ecossistema por um lado e desequilíbrio do sistema da arbitragem de investimento por outro, questiona-se se este possibilita ou poderia possibilitar a responsabilização das multinacionais por essa lesão.

Partindo da hipótese de que a cláusula de arbitragem investidor-estado possibilita o delineamento do procedimento arbitral, restringe-se a pergunta acima a se essa cláusula tem o potencial de auxiliar na responsabilização das empresas de capital estrangeiro.

Para responder a essa indagação, a presente construção teórica adota 4 objetivos específicos a serem estudados a partir de revisão de literatura e da análise de fontes primárias da ciência jurídica. O primeiro consiste em delimitar as normas internacionais existentes que, em alguma medida, protegem o meio ambiente para, em seguida, através do método dedutivo, compreender como se dá a responsabilidade internacional dos Estados e das Multinacionais por danos aos recursos naturais.

---

<sup>2</sup>ICSID. **The ICSID Caseload statistics 2018**. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf)  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf#page=19](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf#page=19)>. Acesso em: 09 ago 2018. p.7

<sup>3</sup> G1. MPF denuncia 22 pessoas e quatro empresas por desastre em Mariana. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/10/mpf-denuncia-26-pessoas-por-rompimento-da-barragem-da-samarco.html>>. Acesso em: 16 ago 2018.

<sup>4</sup> BBC. Chevron é multada em R\$ 13 bilhões por poluição no Equador. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/02/110214\\_chevron\\_equador\\_pai.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/02/110214_chevron_equador_pai.shtml)>. Acesso em: 16 ago 2018.

O segundo perfaz-se em encontrar, dedutivamente, uma definição de cláusulas de arbitragem investidor-estado, mediante a definição: i) da arbitragem de investimento internacional; ii) do direito aplicável ao procedimento; e iii) de cláusula arbitral investidor-estado.

O terceiro objetivo específico consiste avaliar como ocorre a (ir)responsabilidade das multinacionais por danos aos recursos naturais no contexto da arbitragem de investimento internacional, examinando, empiricamente, os principais casos envolvendo questões ambientais solucionados através da AII.

Por fim, o quarto objetivo se traduz no exame das principais críticas feitas à AII, conjugando-as com os dados até então coletados, visando compreender a crise a qual o sistema enfrenta, bem como identificar as questões práticas que a embasam.

Conjugadas as respostas encontradas para cada um dos objetivos específicos, concluiu-se que a arbitragem de investimento é um caminho possível para a responsabilização das multinacionais por danos ambientais. Entretanto, é necessário que as cláusulas investidor-estado contenham previsões aptas a conduzir a uma condenação nesse sentido.

Compreendido o sentido da presente obra, deseja-se aos leitores uma interessante incursão por dentro do mundo jurídico da arbitragem de investimento internacional e da matéria ambiental que o floreia.

## **2. DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL: Definição e Delimitações**

Hodiernamente, pode-se ressaltar a existência de duas subáreas do Direito Internacional que discutem densamente a questão dos danos e da responsabilidade envolvendo os recursos naturais. Essas subáreas são o Direito Internacional Ambiental e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Antes de aprofundar o diálogo a respeito do tratamento ofertado aos danos ambientais por esses ramos do direito, deve-se realçar o conceito de dano ambiental e de responsabilidade internacional utilizados no presente estudo.

O conceito de dano ambiental é aquele proposto por Edis Milaré, segundo o qual “dano ambiental é a lesão aos recursos ambientais, com a consequente degradação – alteração adversa ou *in pejus* – do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”.<sup>5</sup>

Já o conceito de responsabilidade internacional é o estabelecido pela Corte Internacional de Justiça – CIJ, no caso *Factory of Chorzów* de 1929, segundo o qual a responsabilidade é um princípio de direito internacional que impõe, em face de toda violação de um compromisso internacional, uma obrigação de repará-la.<sup>6</sup> Sendo, portanto, o compromisso e o dever de reparar os dois lados de uma mesma moeda.

A única ressalva que deve ser feita ao conceito acima diz respeito a ideia de compromisso internacional, na medida em que, atualmente, observa-se que a responsabilidade objetiva vem ganhando espaço tanto nos tratados internacionais, como na doutrina e na jurisprudência de direito ambiental e dos direitos humanos. Assim, esse conceito de compromisso internacional deve ser entendido *lato sensu* como um compromisso geral de não lesar o meio ambiente.

Feitos esses esclarecimentos, para melhor compreender a fórmula através da qual o direito internacional se sistematiza para culminar na responsabilização por danos ao biosistema, passa-se a: i) discutir as normas que criam obrigações internacionais protetivas ao meio ambiente; ii) a forma através da qual se dá a responsabilização dos Estados; iii) a forma através da qual se dá a responsabilização das multinacionais nesse contexto.

## **2.1. Normas Primárias de Proteção Ambiental**

É consenso na doutrina que o direito ambiental encontra solo fértil no direito internacional. Na lição de Fitzmaurice<sup>7</sup>, acompanhada por Amaral Junior, o direito internacional público foi, na realidade, o berço do direito ambiental interno. Isto porque remonta-se a origem do direito ambiental aos acordos bilaterais *ad hoc* que previam a proteção de cardumes e focas.<sup>8</sup> Cita-se como exemplo o Tratado entre os Estados Unidos, Grã-Bretanha,

---

<sup>5</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 7ª edição. p. 1119.

<sup>6</sup> *Factory of Chorzów*, 13 September 1928, series A, n° 17, p. 29.

<sup>7</sup> FITZMAURICE, Malgosia A. *International Protection of the Environment*, in **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Volume 293 (2001).

<sup>8</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio Internacional e a Proteção ao Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9-10.

Japão e o então Império Russo, referente a Preservação e Proteção das Peles de Foca de 1911, o qual, ressalte-se, tinha um nítido objetivo econômico por trás.

Atualmente, o direito ambiental se ocupa em regular uma crescente gama de relações que envolvem a utilização de recursos naturais, como a atmosfera, oceanos e outros recursos aquáticos, biológicos, substâncias e atividades perigosas.<sup>9</sup> Em razão dessa vasta regulamentação e de suas peculiaridades, atualmente, tem-se que o direito ambiental internacional - DAI consiste em um sub-ramo autônomo do Direito Internacional.<sup>10</sup>

Para Bodansky, Brunée e Hey, uma das questões distintivas do DAI é o fato de que os problemas que ele busca resolver são causados, principalmente, por condutas de atores privados e não pelos clássicos atores governamentais.<sup>11</sup> Por essa e por outras questões, os professores entendem que, no âmbito do DAI, há uma descaracterização das clássicas dicotomias jurídicas como as que distinguem normas vinculantes e não vinculantes, público e privado, direito doméstico e internacional.<sup>12</sup>

Apesar dessa doutrina mais avançada, os tribunais internacionais ainda entendem relevante a distinção entre normas com caráter de *hard* e *soft law*. Isto é, de normas com caráter vinculante como os tratados (*hard law*) e normas sem esse caráter, como as declarações internacionais de modo geral (*soft law*).

No DAI, a maioria das regulamentações vigentes possuem caráter de *soft law*, no entanto existem algumas normas com caráter de *hard law*, por exemplo: i) a Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar – Montego Bay, de 10/12/1982<sup>13</sup>; e ii) a Convenção Internacional Sobre a Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo - CLC, de 29/11/1969<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> BODANSKY et al. **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.8.

<sup>10</sup> BODANSKY et al. Mapping the field. In: **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.8.

<sup>11</sup> Ibidem., p.24.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> BRASIL. **Decreto nº 1.530, de 22 de julho de 2005**. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Brasília, Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1530.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

<sup>14</sup> BRASIL. **Decreto nº 79.437 de 28 de março de 2005**. Promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. Brasília, Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

Ambas as convenções têm escopo semelhante, uma vez que tratam da responsabilização internacional por danos ao meio ambiente marítimo e tem como sujeito ativo da obrigação os Estados, no entanto, são peculiares quanto aos sujeitos passivos obrigacionais.

A Convenção de Montego Bay consiste em um documento internacional aprovado pela ONU após a Conferência das Nações Unidas relativa ao Direito do Mar. O Direito do Mar, destaque-se, é um ramo próprio do Direito Internacional que não se confunde com o DAI. No entanto, a referida convenção, além de consolidar as normas atinentes ao Direito do Mar, traça preceitos normativos referentes à proteção contra a poluição transfronteiriça entre seus artigos 192 e 237. Com base nesses dispositivos, parte da doutrina insere essa convenção no âmbito do DAI.

Martins aduz que os referidos artigos da convenção de Montego Bay se fundamentam nos princípios da vedação ao abuso de direito e da vizinhança internacional, com vistas a assegurar que um Estado causador de poluição transfronteiriça responda pelas lesões causadas.<sup>15</sup> Portanto, percebe-se que tal convenção tem seu escopo direcionado à responsabilização dos Estados, sendo eles, portanto, os sujeitos passivos obrigacionais da convenção.

A Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil Pelos Prejuízos Causados por Óleo, *Civil Liability Convention* - CLC, ao seu turno, tem como escopo a responsabilização objetiva por vazamento de óleo nos oceanos. Ao invés de prever a responsabilização dos Estados, canaliza-a aos proprietários de embarcações, visando assegurar uma compensação adequada pelo prejuízo advindo do evento danoso descrito.<sup>16</sup>

A análise das duas normas revela dois fatores, um primeiro no sentido de que os Estados têm legitimidade para reclamar internacionalmente por danos ambientais causados em seu território. O segundo no sentido de que os Estados, através de acordos internacionais, não apenas podem, como criam obrigações internacionais para pessoas privadas, prevendo, inclusive, valores de indenizações por danos ao meio ambiente.

---

<sup>15</sup> MARTINS, Eliane M. Octaviano. Direito marítimo internacional: da responsabilidade internacional pelos danos.

causados ao meio ambiente marinho. Verba Juris ano 7, n. 7, jan./dez. 2008, p. 261.

<sup>16</sup> RODRIGUES, André Mondaine. Análise do Regime da Convenção Internacional Sobre Responsabilidade Civil Pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos em Transportes Marítimos. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, v. 3, n. 1, p.875-910, mar. 2015. P. 459 e 504.

Compreendidos os aspectos gerais desses instrumentos do DAI com caráter de *hard law*, deve-se compreender os instrumentos de *soft law*, os quais, apesar da ausência de força vinculante, vêm ganhando igual ou maior importância no âmbito do Direito Internacional de um modo geral.

As normas de *soft law* possuem um escopo notavelmente mais vasto do que as normas de *hard law*, seja em razão de sua natureza de declaração de intenções com carga principiológica, seja em função da própria ausência de caráter vinculante. Nesse contexto, tem-se o entendimento de que essas normas tutelam os recursos ambientais como um todo integrado, tutelando, em última instância, um direito ao meio ambiente sadio.<sup>17</sup>

Destarte, na medida em que as normas de *hard law* sedimentam os recursos ambientais, oferecendo proteção no restrito âmbito de determinado evento danoso - como no caso de vazamento de óleo nos oceanos - as normas de *soft law* abrangem todo o qualquer evento danoso causado a todo e qualquer recurso natural como o mar, floresta, solo e outros.

É exemplo de norma de *soft law* a Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 12/08/1992<sup>18</sup>. A referida declaração, embora sendo de natureza política, exprime alguns princípios com carga jurídica de direito costumeiro, como o princípio da precaução (nº 15) e do poluidor pagador (16).<sup>19</sup> Por essa razão, a Declaração do Rio é um dos principais documentos internacionais atuais que tratam da proteção ambiental.

O princípio da precaução, em síntese, consiste em um preceito orientador do processo de decisão dos Estados no sentido de que “a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.<sup>20</sup> Observando que a noção de medidas economicamente viáveis varia de acordo com o potencial econômico do Estado e com a situação concreta, Pierre-Marie Dupuy

---

<sup>17</sup> VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. Direito Humano ao Meio Ambiente Sadio. In: **Direitos Humanos de Solidariedade: Avanços e Impasses**. Appris: 2013, p. 117.

<sup>18</sup> ONU. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Resultado da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro de 3 a 4 junho de 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 04 ago 2018.

<sup>19</sup> BODANSKY et al. The Oxford Handbook of International Environmental Law. OxfordUniversity: New York. 2007., p.440-441.

<sup>20</sup> ONU. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Resultado da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro de 3 a 4 junho de 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 04 ago 2018.



sustenta que esse princípio não possui um conteúdo específico, assumindo diferentes silhuetas, a depender do caso concreto.<sup>21</sup>

Já o princípio do poluidor pagador, ao invés de orientar a ação estatal anterior ao dano ambiental, orienta a reação desses agentes em face da ocorrência do evento poluidor. Esse princípio, nos termos da Declaração do Rio, estabelece que: “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”.<sup>22</sup>

Além disso o princípio do poluidor pagador, fala de uma “internacionalização dos danos ambientais”, o que, conjugado com as ideias de comércio e investimento internacional, faz perceber que esse princípio está voltado à responsabilização de agentes privados pelos danos ambientais. Por estabelecer essa responsabilidade, Ulrich Beyerlin afirma que esse princípio possui uma notável carga normativa.<sup>23</sup>

O princípio do poluidor pagador não é o único princípio que veicula a responsabilidade internacional e que tem carga de direito costumeiro. Na lição de Carreau e Bichara, há o princípio de Direito Internacional Geral da obrigação de reparar o dano emergido da não ou má execução do contrato.<sup>24</sup> Destarte, se um evento poluidor decorre da má execução de um contrato internacional, pode-se entender que a responsabilização por lesões ambientais podem decorrer da aplicação deste princípio de direito internacional geral.

Para esclarecer o *status* jurídico dos dois princípios descritos, deve-se ter em mente alguns aspectos do chamado direito costumeiro. Previsto no artigo 38 (1) b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,<sup>25</sup> esse direito consiste em uma norma não escrita com força vinculante.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> DUPUY, Pierre-marie. Customary Law and General Principles. In: **Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.454.

<sup>22</sup> ONU. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Resultado da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro de 3 a 4 junho de 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 04 ago 2018.

<sup>23</sup> BEYERLIN, Ulrich. Different Types of Norms in International Environmental Law. In: **Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.441.

<sup>24</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 254.

<sup>25</sup> CIJ. Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 26/06/1945. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html>>. Acesso em: 14 ago 2018.

<sup>26</sup> BEYERLIN, Ulrich. Different Types of Norms in International Environmental Law. In: **Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.440.

Destarte, é possível a compreensão de que o princípio do poluidor pagador e o indicado por Carreau e Bichara possuem força vinculante. No entanto, a caracterização deles, ou não, enquanto costume internacional no âmbito do DAI ainda está muito vinculada à casuística, pois, nem mesmo a Corte Internacional de Justiça se posicionou definitivamente acerca da questão.<sup>27</sup>

Outro aspecto que deve ser compreendido com relação às normas de DAI com status de *soft law* concerne a sua percepção enquanto uma dimensão dos Direitos Humanos - DHs. Pois a doutrina dos DHs, seguida por Cançado Trindade, argumenta a vinculação indissociável da proteção ambiental, conferida pelos instrumentos de *soft law*, ao direito humano à vida condigna e à saúde,<sup>28</sup> os quais estão previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH.<sup>29</sup>

Em razão da utilização coletiva dos recursos naturais e de seus impactos na vida de um quantitativo imensurável de pessoas, passou-se a compreender a existência de um direito coletivo ao meio ambiente saudável.<sup>30</sup> Esse direito não é expressamente reconhecido no nível universal por tratado de Direitos Humanos, mas sim em algumas convenções regionais.

No entanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos - CrEDH tem acompanhado a doutrina de Cançado Trindade, entendendo que esse direito ao meio ambiente saudável deve ser entendido enquanto consectário do direito à vida e à saúde. Destarte, seja enquanto direito autônomo, seja enquanto consectários dos direitos indicados, o direito ao meio ambiente saudável pode ser titularizado pela coletividade, bem como por pessoas individualizadas.<sup>31</sup>

Enquanto um direito humano ou na condição de um direito autônomo, as questões ambientais vêm sendo cada vez mais discutidas na órbita do direito do comércio e do investimento internacional. Eis que as atividades desenvolvidas nesse âmbito frequentemente

---

<sup>27</sup> DUPUY, Pierre-marie. Customary Law and General Principles. In: **Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.460.

<sup>28</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente. In: Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO Brasil. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027por.pdf>>. Acesso em: 14 Ago 2018., p. 173-182

<sup>29</sup> OHCHR. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 14 ago 2018.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente. In: Direitos Humanos: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO Brasil. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027por.pdf>>. Acesso em: 14 Ago 2018., p. 193-195.

envolvem a utilização de recursos naturais, afetando as comunidades que deles também se utilizam.

Conjugando por uma via a importância do comércio e do investimento internacional e por outra a importância da preservação e proteção dos recursos ambientais e dos direitos humanos, passou-se a discutir a questão do desenvolvimento sustentável.

Assim, dentro do espectro do desenvolvimento sustentável, as matérias envolvendo os recursos naturais são discutidas no âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC,<sup>32</sup> especialmente a partir do que estipula o art. XX, 'b' e 'g' do GATT<sup>33/34</sup>, bem como nos tribunais arbitrais e em cerca de 8,2% dos BITs.<sup>35</sup>

No âmbito da OMC ou no âmbito do sistema do Direito do Investimento Internacional; seja na condição de direito autônomo, seja como uma dimensão de um direito humano; pouco é discutido na prática dos tribunais internacionais a responsabilidade das multinacionais pelos danos ambientais causados em decorrência de suas atividades.

Como ressaltado, o principal documento de *hard law* que prevê a responsabilização desses atores, a CLC, restringe-se aos danos causados por vazamento de óleo no transporte marítimo, deixando uma vasta gama de eventos poluidores sem a cobertura do manto da responsabilização.

Quanto a responsabilidade dos Estados, essa é efetivamente mais discutida pelos tribunais. Isso pode se dar em função de dois fatores: i) a existência de um maior número de normas que preveem obrigações ambientais direcionadas aos Estados; e ii) o fato de as cortes internacionais, a priori, não estarem habilitadas a julgar demandas contra as multinacionais.

Apesar desse cenário, uma parcela das normas que preveem o dever estatal de proteger o ecossistema também prevê como obrigação desses entes garantir que as empresas não lesionem os bens ambientais. Esse é o caso da citada Declaração do Rio, notadamente em seu

---

<sup>32</sup> JOB, Ulisses da Silveira. OMC Multilateralismo e Desenvolvimento. Curitiba: Juruá, 2011, p. 131.

<sup>33</sup> Article XX. General Exceptions. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures. (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

<sup>34</sup> BRASIL. Decreto nº 1.335 de 30/12/1994. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1335imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1335imprensa.htm)>. Acesso em: 13 de ago de 2018.

<sup>35</sup> 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: 02 ago 2018, p. 5-8.

princípio 16 e da jurisprudência da CrEDH. É a partir dessa percepção, inclusive, que se delineiam as políticas de *compliance* ambiental.

Para melhor compreender a questão da responsabilidade internacional por dano ambiental e os seus contornos, o estudo abaixo delimitará o que é a responsabilidade internacional, discutindo a sua aplicação em face dos Estados, e, em seguida, das multinacionais.

## **2.2. Responsabilidade Internacional do Estado por Danos Ambientais**

O principal documento atual que regulamenta a responsabilidade internacional dos Estados é o chamado “Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados”, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU.<sup>36</sup>

A responsabilidade definida no referido documento parte da existência de uma distinção entre normas primárias e secundárias. As primárias seriam aquelas que estabelecem obrigações e as secundárias aquelas que preveem as consequências da violação dessas normas primárias. A responsabilidade, portanto, seria o termo utilizado como sinônimo dessas normas secundárias. Assim, a responsabilidade seria o que vincula a violação da obrigação ao dever de reparar.

Em uma acepção clássica, e até hoje majoritária, essa violação e essa obrigação de reparar envolviam apenas os Estados, vez que só eles eram conceituados enquanto sujeitos do Direito Internacional. Assim, apenas esses agentes poderiam demandar a responsabilização uns dos outros pela violação das normas de caráter internacional.<sup>37</sup>

Nesse contexto, a jurisprudência e a doutrina internacional se desenvolveram no sentido de identificar 4 elementos bases para configuração da responsabilidade internacional, quais sejam: a) a violação de uma norma internacional (*wrongful act*); b) o *link* entre a violação e o Estado que a praticou (*casual link*); c) o dano ou prejuízo emergido a partir da violação; e d) a vítima do prejuízo.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> ONU. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act. 2001. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 14 ago 2018.

<sup>37</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 574

<sup>38</sup> Ibidem, p. 575

Entretanto, no hodierno palco do Direito Internacional, notadamente em razão dos Tratados de Direitos Humanos e dos BITs, as pessoas privadas passam a ser enquadradas enquanto sujeitos de Direito Internacional. Nesse cenário, com base na teoria do poder assimétrico do Estado em relação aos particulares, a responsabilidade internacional passa a ser reformulada para incidir de forma mais protetiva aos entes particulares.

Assim, com vistas a facilitar a responsabilização dos Estados por violação aos direitos dos particulares, a violação de uma norma internacional vinculante tem deixado de ser pré-requisito para que se tenha a responsabilização dos Estados. Esse fenômeno é conhecido como responsabilidade sem culpa (*liability without fault*), responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objetiva.<sup>39</sup>

No específico âmbito do DAI, o professor Maljean-Dubois explica que a Convenção Internacional Sobre a Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Espaciais consolida a responsabilidade objetiva dos Estados por danos ao meio ambiente.<sup>40</sup>

Uma outra explicação, portanto, para criação de uma responsabilidade objetiva internacional está enraizada na necessidade de facilitar a responsabilização dos Estados pelas lesões ao biosistema. Para o professor, isso se dá, em certa medida, em função da incidência do princípio da precaução, vez que ele impõe um aprimoramento das obrigações primárias dos Estados.<sup>41</sup>

Esse aprimoramento das normas primárias culminou na criação de uma obrigação chamada de “devida diligência”, ou *due diligence*, no campo do direito ambiental. Essa devida diligência, consoante o Tribunal Internacional do Direito do Mar, consiste em uma obrigação de meio e não de resultado, sendo, portanto, “uma obrigação de implantar meios adequados, para exercer os melhores esforços possíveis, para fazer o máximo, para obter o resultado desejado”<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Sandrine Maljean-Dubois. **International Litigation and State Liability for Environmental Damages: Recent Evolutions and Perspectives**. Jiunn-rong Yeh. Climate Change Liability and Beyond, National Taiwan University Press, 2017. <halshs-01675506>, p.5.

<sup>40</sup> Sandrine Maljean-Dubois. **International Litigation and State Liability for Environmental Damages : Recent Evolutions and Perspectives**. Jiunn-rong Yeh. Climate Change Liability and Beyond, National Taiwan University Press, 2017. <halshs-01675506>, p.5.

<sup>41</sup> Ibid., p. 8.

<sup>42</sup> Case N°17, Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Advisory opinion, 1 st Feb. 2011.

A Corte Internacional de Justiça - CIJ foi além, consignando que a devida diligência é uma obrigação que implica não apenas na adoção de regras e medidas adequadas, mas também no exercício do controle das pessoas públicas e privadas que exercem atividades de risco.<sup>43</sup>

Essa obrigação da devida diligência, por exigir que o Estado tome toda e qualquer medida possível para evitar o dano, possibilita a responsabilização desses entes por prejuízos oriundos de omissões, bem como de atos que não violem obrigações previstas em convenções ou acordos internacionais.<sup>44</sup> Tem-se aqui, novamente, um exemplo de responsabilidade objetiva dos Estados por lesões ao ecossistema.

Os precedentes do Tribunal Marítimo e da CIJ tratam da responsabilização dos Estados por dano, principalmente, ao meio ambiente marinho. No entanto, conforme os precedentes da CrEDH, os Estados podem ser responsabilizados por lesões a outros recursos naturais, inclusive por poluição sonora.

A referida Corte consignou que as lesões ao biossistema podem configurar violações ao direito à vida privada, previsto no artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois esse direito tem como componente intrínseco o direito ao meio ambiente sadio.<sup>45</sup> Veja-se nesse sentido o caso no caso Hatton e outros vs Reino Unido.<sup>46</sup>

Ante o até aqui exposto, observa-se que a responsabilidade do Estado por danos ambientais pode se dar de duas formas: seja pela violação de norma do DAI, seja através da violação reflexa de DHs.

Em ambos os casos, essa responsabilidade pode se dá de forma objetiva, em razão da incidência do princípio da precaução, fomentado pela obrigação internacional da *due diligence*. Nesse contexto, o Estado pode ser, inclusive, responsabilizado por uma lesão ambiental causada por uma empresa privada que opera no interior do seu território.

Fitzmaurice afirma que as normas de responsabilidade estatal por lesões aos recursos naturais têm um papel relativamente limitado no DAI, posto que elas não abrangem a

---

<sup>43</sup> Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 th April 2010, ICJ Reports 2010, p. 14, §197.

<sup>44</sup> SANDRINE, Maljean-Dubois. **International Litigation and State Liability for Environmental Damages : Recent Evolutions and Perspectives**. Jiunn-rong Yeh. Climate Change Liability and Beyond, National Taiwan University Press, 2017. <halshs-01675506>, p.6.

<sup>45</sup> Hatton and others v. United Kingdom (Application no. 36022/97), ECHR decision of 8 July 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII, § 96, quoting Powell and Rayner v. United Kingdom (Application n° 9310/81), ECHR decision of 21 st Feb. 1990, series A n o 172, § 40.

<sup>46</sup> Hatton and others v. United Kingdom, ECHR decision of 8 th July 2003, op. cit., § 119, and also § 98.

responsabilização de atores privados, os quais são os principais responsáveis pela poluição, em outras palavras, pelos danos ambientais.<sup>47</sup>

Questiona-se, então, em que medida essas empresas, especificamente as multinacionais, poderiam ser diretamente responsabilizadas no âmbito internacional pelos prejuízos ao ecossistema que venham a causar.

### 2.3. A Responsabilidade Internacional das Multinacionais por Danos Ambientais

A responsabilidade internacional das multinacionais é solo bastante árido de discussão. Isto porque, até hoje, questiona-se se elas seriam ou não sujeitos de direito internacional. Apesar de ser majoritária a corrente que sustenta a capacidade desses agentes de assumir direitos, rechaça-se a possibilidade de que os mesmos sejam capazes de assumir deveres na órbita internacional.

Carreau e Bichara, no entanto, não hesitam ao enquadrá-las como sujeito de direito internacional. Para os professores, é nitidamente incoerente aceitar que as empresas titularizem direitos decorrentes de acordos internacionais, mas refutar que sejam capazes de assumir obrigações.<sup>48</sup>

A partir do exame dos documentos de DAI com caráter de *soft law* e, principalmente dos documentos de direitos humanos que veiculam o direito ao meio ambiente saudável, o entendimento dos professores parece ser mais condizente com o que esses documentos propõem. Isto porque o princípio 5 da Declaração do Rio, por exemplo, prevê o dever dos Estados e de todos os indivíduos de cooperarem com o desenvolvimento sustentável, e o artigo 30 da DUDH prevê o dever de todos, inclusive entes particulares, de respeitar direitos humanos.

Independentemente da discussão acima, o fato é que, até o momento, não foi criado um organismo internacional próprio para a responsabilização das empresas. Por isso, a atribuição de responsabilizar esses agentes fica à cargo, via de regra, das cortes internas dos países que recebem os investimentos. Apesar disso, existem tratados internacionais no âmbito do DAI, bem como documentos de *soft law* que preveem a responsabilização das multinacionais sob o prisma internacional.

---

<sup>47</sup> FITZMAURICE, Malgosia. International Responsibility and Liability. In: BODANSKY, Daniel. **The Oxford Handbook Of International Environmental Law**. New York: Oxford, 2010. p. 1011.

<sup>48</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016., p. 575

Assim como a responsabilidade dos Estados, entende-se que a responsabilidade das multinacionais, a prioristicamente, dependeria daqueles quatro elementos (violação de norma internacional, link, dano e vítima). No entanto, no âmbito do DAI é possível ter a responsabilização das empresas de forma objetiva, como estabelece a CLC.<sup>49</sup>

Logo, é possível pensar na responsabilidade das multinacionais como consequência dos efeitos lesivos emergidos de sua conduta, independentemente da previsão dessa conduta enquanto violadora de norma jurídica internacional.

A responsabilização das empresas pelos danos ambientais entendidos como uma dimensão de violação dos DHs é uma questão mais complexa, uma vez que não há normas de *hard law* que expressamente determine a responsabilização desses entes.

Em 2011, através do chamado relatório “Ruggie”, foi consignado o fracasso internacional de impor leis que regulam direta ou indiretamente os direitos humanos, dentre eles o direito ao meio ambiente saudável, em face das empresas.<sup>50</sup>

Partindo do pressuposto de que a atividade empresarial tem a potencialidade de violar todos os DHs reconhecidos internacionalmente, como proposta de solução ao problema constatado, foi desenhada a estrutura protetiva aos DHs por parte das empresas. O “Pilar Um” dessa estrutura consiste no dever do Estado de proteger as pessoas sob sua jurisdição das violações de direitos humanos cometidas pelas empresas.

O “Pilar Dois” trata da responsabilidade dessas empresas pela violação de direitos humanos. Com base nesse pilar, essa responsabilidade possui um caráter dual, vedando a violação de direitos pelas empresas e obrigando a adoção da devida diligência para evitar a ocorrência do evento lesivo.<sup>51</sup>

Por fim, o “Terceiro Pilar” exige das companhias o dever de reparar as vítimas caso ocorra uma violação de direitos humanos, contexto no qual o Estado é obrigado a ofertar remédios judiciais e extrajudiciais de reparação.<sup>52</sup>

Esse relatório relaciona-se diretamente com dois documentos internacionais que tratam de obrigações internacionais das multinacionais com relação a proteção ambiental, são eles: a) “As Diretrizes da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE

---

<sup>49</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016., p. 580.

<sup>50</sup> Report of the Special Representative of the Secretary general in charge of the question of human rights and transnational societies and other companies, John Ruggie, 21 mars 2011, A/HRC/17/31, p. 9.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 24 a 27.



para Empresas Multinacionais”<sup>53</sup> e os “Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos”<sup>54</sup>.

Ambos os documentos possuem *status* jurídico de *soft law*, razão pela qual não geram, à priori, obrigações jurídicas, nem sanções, sendo o seu cumprimento meramente recomendado.<sup>55</sup>

Ademais, interessante perceber que ambos os instrumentos internacionais focam em medidas de *compliance* ambiental, o que revela uma preocupação com diligências de precaução, sendo esses documentos coerentes com a asserção de Fitzmaurice no sentido de que atos de precaução podem ser mais efetivos do que a repressão quando se trata de direito ambiental.<sup>56</sup>

Uma vez que as normas da OCDE e os princípios da ONU são os principais instrumentos na órbita internacional que permitem uma responsabilização mais ampla das empresas por lesões ao ecossistema, passa-se a examinar as disposições da cada uma delas.

### 2.2.1. As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais

As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais começaram a ser elaboradas em 1976, sendo finalizadas em 2000, constituindo parte integrante da Declaração da OCDE sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais. Em 2004 o Brasil tornou-se signatário dessa declaração, assumindo a obrigação de implantar em seu ordenamento as diretrizes para empresas multinacionais.

Através dessas diretrizes, busca-se promover os princípios da conduta empresarial responsável, visando “prevenir e mitigar eventuais impactos econômicos, sociais e ambientais adversos, resultantes de atividades de empresas multinacionais”.<sup>57</sup>

As diretrizes sob análise têm escopo mais abrangente do que os Princípios da ONU, vez que trata com especificidade de obrigações além das concernentes a direitos humanos, como concorrência, tributação e corrupção.

---

<sup>53</sup> OECD. **OECD Guidelines for Multinational Enterprises**. OECD Publishing. Acesso em 02 ago 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>>.

<sup>54</sup> UN. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. 2011. Acesso em: 02 ago 2018. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).

<sup>55</sup> VENTURA, Victor. Direito Humano ao Meio Ambiente Sadio. Afirmação Histórica e Crítica Jurídica. In: **Direitos Humanos e Solidariedade**. Appris: Curitiba. 2013, p. 119.

<sup>56</sup> FITZMAURICE, Malgosia. INTERNATIONAL RESPONSABILITY AND LIABILITY. In: BODANSKY, Daniel. **THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW**. New York: Oxford, 2010. p. 1013.

<sup>57</sup> MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Sobre as Diretrizes da OCDE e o PNC Brasil**. Acesso em: 02 ago 2018. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional>>.

Nas Diretrizes, o dever das empresas de proteger o ecossistema é previsto em conjunto com a saúde e a segurança pública, de modo a promover um desenvolvimento sustentável. Para esse fim, é estabelecido o dever das multinacionais de: i) implementar um sistema de gestão ambiental; ii) fornecer informações sobre o potencial impacto de suas atividades sobre o meio ambiente; iii) estabelecer consultas à comunidade; iv) manter planos de contingência para prevenir, mitigar e controlar danos ambientais; v) observar o princípio da precaução; vi) contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas e outros.<sup>58</sup>

Esses deveres visam corroborar com a construção de uma conduta responsável empresarial, isto é, um modo de agir do empresariado que não negligencie questões ambientais no exercício de sua atividade. No entanto, a construção dessa conduta responsável, não parecer está diretamente atrelada a responsabilização das multinacionais.

Eis que as diretrizes da OCDE, apesar de prevê a necessidade de os governos reforçarem o quadro jurídico e regulamentar internacional em face das empresas, não se ocupam em prevê formas de responsabilização desses entes privados. Logo, caso as multinacionais não atendam ao estabelecido nas diretrizes, não há previsão de qualquer sanção.

Nesse diapasão, identifica-se que o documento em questão tem seu foco no *compliance* ambiental, pois visa apenas promover uma conduta responsável, sem prevê uma responsabilização. Destarte, as diretrizes não atendem aos 3 pilares do relatório Ruggie, os quais são a base dos Princípios Orientadores da ONU, os quais passa-se a analisar.

### *2.2.2. A Responsabilidade das Multinacionais a partir dos Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU*

Os Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU foram publicados em 2011 e se baseiam em três pilares: PROTEGER, RESPEITAR E REPARAR. Com base nesses pilares, o referido documento estabelece princípios fundamentais e operacionais que devem ser observados pelos Estados para garantir a proteção, o respeito e a reparação de violações a direitos humanos causados por atividades empresariais.

Nesse cenário, o princípio 6 estipula o dever dos Estados de promover o respeito aos direitos humanos por partes das empresas. O princípio 9 estabelece o dever do Estado de,

---

<sup>58</sup> MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais**. Acesso em: 02 ago 2018. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais#section-6>>.

mesmo em sede de tratado ou contrato de investimento, manter um marco normativo nacional adequado para assegurar o cumprimento de suas obrigações envolvendo DHs.<sup>59</sup>

Com vistas a tornar efetivo esse dever estatal, o documento prevê ainda, no princípio 5, o compromisso dos Estados de supervisionar adequadamente as atividades empresariais que tenham o potencial de causar impactos sobre o gozo de direitos humanos.

Além de criar deveres para os Estados, o referido documento internacional estabelece a responsabilidade de todas as empresas, independentemente do porte e do tipo de atividade, em face dos direitos humanos.

Destarte, o documento da ONU estipula princípios fundamentais e operacionais voltados especificamente às empresas. Através desses princípios, é previsto o dever desses entes privados de assumir a sua responsabilidade pelas potenciais violações de direitos humanos, bem como por aquelas que vierem a ser efetivamente causadas.<sup>60</sup>

Para operacionalizar essa responsabilização das empresas, é determinado a elas o dever de realizar auditorias em direitos humanos para avaliar os potenciais impactos de suas atividades sobre esses direitos.<sup>61</sup> Emergindo prejuízos provocados ou corroborados pela atividade empresarial, o princípio 22 estabelece o dever das empresas de repará-los por meios legítimos.

Por fim, diferentemente das diretrizes da OCDE, os princípios da ONU estabelece o dever dos Estados de “tomar medidas apropriadas para garantir, pelas vias judiciais, administrativas, legislativas ou de outros meios que correspondam”, o acesso a engrenagens de reparação eficaz por violações aos DHs decorrentes da atividade empresarial.<sup>62</sup>

Para acelerar a reparação de prejuízos dessa natureza, o documento estabelece o dever das empresas de criarem mecanismos não-estatais de denúncia<sup>63</sup> que atendam aos parâmetros de legitimidade, previsibilidade e transparência previstos no princípio 31.

Esses princípios foram elaborados com base no relatório Ruggie, o qual, conforme já suscitado, foi feito observando o dever dos Estados de implementar medidas, inclusive legislações, aptas a levar a efetiva responsabilização das empresas por violações aos direitos humanos, inclusive ao direito ao meio ambiente saudável.

---

<sup>59</sup> CONECTAS. Empresas e direitos humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório Final de John Ruggie. 2012, p.8.

<sup>60</sup> Ibid., p.11.

<sup>61</sup> CONECTAS. Empresas e direitos humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório Final de John Ruggie. 2012, princípio 17, p.11.

<sup>62</sup> Ibid., p.19.

<sup>63</sup> Ibid., p.21.

## 2.4. Conclusões Parciais

Dentro do até aqui discutido chega-se a duas conclusões parciais. Uma primeira no sentido de que a responsabilização por danos ao biosistema pode se dar através: i) da aplicação de normas de Direito Ambiental Internacional, principalmente através dos tratados internacionais sobre a matéria; ii) dos direitos humanos, seja por via da aplicação do direito humano ao meio ambiente sadio expressamente previsto em convenção de DHs, seja por via da violação reflexa do direito à vida e à saúde.

Pelas duas vias descritas, apesar de a DUDH prevê o dever das multinacionais de respeitar direitos humanos<sup>64</sup>, os instrumentos jurídicos internacionais são mais proativos na responsabilização dos Estados do que das multinacionais.

Isto se dá em função de 3 fatores: i) a maioria dos documentos internacionais apenas discutem obrigações para os Estados; ii) dentre as poucas regulamentações que preveem a responsabilidade das empresas por malefícios ao ecossistema ou tem caráter de *soft law* ou restringem a responsabilização a um evento danoso específico; e iii) não existe, a priori, um organismo ou mecanismo internacional através do qual as empresas possam ser responsabilizadas pelos danos ambientais causado;

Apesar da ausência de mecanismos ou organismos internacionais que possibilitem a responsabilização das multinacionais, Bichara e Carreau clareiam que é possível demandar dessas empresas por meio da arbitragem internacional.<sup>65</sup> Desse modo, passa-se a analisar esse mecanismo, a partir das chamadas cláusulas arbitrais.

## 3. CLÁUSULAS ARBITRAIS INVESTIDOR-ESTADO E ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO

Em uma concepção clássica, Carmona define a cláusula arbitral enquanto uma previsão disposta em um contrato, através da qual as partes envolvidas nesse contrato concordam em resolver qualquer conflito relacionado a ele através da arbitragem.<sup>66</sup> Logo, a cláusula arbitral é o veículo através do qual as partes se comprometem a levar as controvérsias relacionadas a

---

<sup>64</sup> CASSELL, Douglas; RAMASASTRY, Anita. White Paper: **Options For a Treaty on Business and Human Rights** (2016). In: Notre Dame Journal of International & Comparative Law. Vol. 6. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4> >. Acesso em: 10 ago 2018, p.14

<sup>65</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016., p. 587.

<sup>66</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. São Paulo: Atlas. 2009., P. 14

determinado contrato ou relação jurídica a um organismo arbitral, deixando, portanto, de levá-la ao Poder Judiciário.

Destarte, verifica-se que a principal razão de ser das cláusulas arbitrais é garantir que as partes solucionem eventuais litígios através da arbitragem. Na lição de Blackaby e Partasides, a arbitragem é o principal método de solução de disputas entre Estados, indivíduos e empresas em praticamente todos os aspectos de negócios, comércio e investimento internacional. Em termos simples, o procedimento é explicado pelos autores da seguinte forma:

Partes que estão em disputa acordam em submetê-la a uma pessoa, na qual as partes confiam em razão da expertise ou julgamento. Cada uma coloca a sua respectiva versão do caso para que essa pessoa privada, esse árbitro, considerando os fatos e argumentos, tome uma decisão. Essa decisão final é vinculante para as partes.<sup>67</sup>

Entendido o conceito básico de cláusula arbitral e do procedimento que ela prevê, remanesce a dúvida acerca do que vem a ser especificamente a cláusula arbitral investidor-estado e sua relevância para o presente estudo.

Com vistas a atender a essa necessidade, passa-se a delinear: i) uma definição de cláusula de arbitragem investidor-estado; ii) Acordos e contratos de investimento; iii) a definição de arbitragem de investimento; e, por fim, iv) o direito aplicável à arbitragem de investimento.

### **3.1. Da Definição Geral de Cláusula Arbitral ao Delineamento Específico de Cláusula de Arbitragem Investidor-Estado**

A doutrina costuma definir a cláusula de arbitragem ou cláusula arbitral enquanto uma das duas espécies de acordos arbitrais, sendo o segundo o chamado compromisso arbitral. O que diferencia esses acordos arbitrais é o momento em que são formados, enquanto as cláusulas arbitrais anteriores ao litígio e o compromisso arbitral posterior a ele.

Nas palavras de Blackaby e Hunter, a cláusula arbitral enquanto espécie do acordo arbitral, é a pedra de fundação da arbitragem, uma vez que registra o consentimento das partes de se submeterem a arbitragem, consentimento esse que é indispensável para a solução da disputa fora das cortes nacionais.<sup>68</sup>

Em razão da essencialidade da cláusula arbitral, a sua validade é comumente atacada por aqueles que desejam furtar-se da obrigação de submeter-se ao procedimento arbitral, bem como por aqueles que desejam anular as decisões arbitrais.

---

<sup>67</sup> BLACKABY, Nigel et al. *International Arbitration*. Oxford University Press: Nova York. 2009, p. 1.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 85.

Com base nas convenções internacionais aplicáveis à questão, os autores indicam 5 requisitos principais de validade das cláusulas arbitrais: a) forma escrita; b) ter como objeto uma disputa futura; c) essa disputa emergir de uma relação jurídica definida; d) ter como objeto uma matéria arbitrável de acordo com as leis aplicáveis; e) atender às leis do país em que o laudo ou sentença arbitral for emitido.<sup>69</sup>

Pontuados esses requisitos de validade, deve-se compreender a função e o conteúdo mínimo dessas cláusulas. Blackaby e Hunter clareiam que o procedimento arbitral tem a vantagem de ser moldado pelas partes para que melhor atenda às peculiaridades do litígio.

Nessa conjuntura, as cláusulas arbitrais devem trazer um conjunto de regras que sejam autossuficientes para guiar o tribunal arbitral e as partes do início ao fim do procedimento. Destarte, os autores argumentam que essas cláusulas devem ter como conteúdo mínimo: a) o número de árbitros; b) o local da arbitragem; c) a lei aplicável ao contrato e ao litígio.<sup>70</sup>

Observados esses aspectos gerais, cabe agora compreender as peculiaridades das cláusulas arbitrais investidor-estado, bem como até que ponto esses aspectos gerais se aplicam a elas.

De forma geral, pode-se conceituar as cláusulas de arbitragem investidor-estado como acordos através dos quais os Estados consentem com a submissão de eventuais litígios envolvendo investimento estrangeiro à arbitragem.

Essas cláusulas estão, via de regra, previstas em acordos bilaterais de investimento (*Bilateral Investment Treaties* – BITs), existindo, atualmente, cerca de 3 mil desses acordos em vigência.<sup>71</sup>

Através desses BITs, os Estados, procurando atrair investimento internacionais, fazem uma “oferta permanente” de arbitrar qualquer disputa que surja entre ele e um investidor do outro Estado parte no acordo. Nesse contexto, o acordo arbitral só se perfectibiliza quando o investidor aceita essa oferta estatal, o que ocorre quando o primeiro agente requer a instauração do procedimento arbitral, com base na cláusula arbitral contida no BIT. Destarte, essas cláusulas têm natureza de tratado internacional, sendo plenamente vinculante entre os Estados.

A peculiaridade desses BITs se perfaz na medida em que criam um sistema protetivo ao investidor estrangeiro. Apesar de o conteúdo dos BITs, respeitadas as normas de Direito Internacional, ser livre, a maioria deles segue uma fórmula muito semelhante.

---

<sup>69</sup> Ibid., p. 88

<sup>70</sup> Ibid., p. 120.

<sup>71</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 748.

Esses acordos, em regra, além de prever as cláusulas arbitrais investidor-estado, dentro do capítulo intitulado solução de controvérsias, preveem as chamadas cláusulas: i) da nação mais favorecida; ii) tratamento nacional e; iv) vedação à expropriação.

A cláusula da nação mais favorecida proíbe os Estados de conceder prioridades a investidores de outros países em detrimento do investidor do país com o qual o Estado receptor do investimento firmou o BIT.

Já a cláusula do tratamento nacional impede os Estados de concederem privilégios para os seus investidores nacionais não extensíveis ao investidor estrangeiro. Por fim, a cláusula da vedação a expropriação proíbe que os Estados tomem qualquer medida que tenha o condão de tomar os ativos, ainda que indiretamente, do investidor estrangeiro.

As cláusulas arbitrais desses BITs, via de regra, possuem os três conteúdos mínimos apontados por Hunter, quais seja: a lei material e processual aplicável, o organismo arbitral que solucionará a controvérsia e o local do procedimento.

O principal organismo arbitral selecionado é o Centro Internacional para Solução de Controvérsias, seguido pelo Tribunal Permanente de Haia - PCA e a Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional – CACCI. O local do procedimento, em regra, é o local da sede desses organismos. A lei aplicável, por sua vez, varia conforme o BIT e a Corte que solucionará o litígio, conforme será discutido no capítulo 3.3.2.

Observadas essas questões, pode-se delimitar que a cláusula arbitral investidor-estado consiste, essencialmente, em uma previsão em tratado ou contrato internacional de investimento, a qual obriga o Estado signatário a fazer uma oferta permanente aos investidores do outro Estado de submeter eventuais controvérsias à arbitragem internacional.

### **3.2. Definição de Arbitragem de Investimento Internacional.**

Considerando a definição geral de arbitragem, Tavela conceitua a Arbitragem de Investimento Internacional – AII enquanto em uma espécie do gênero arbitragem.<sup>72</sup> Assim, para uma melhor compreensão da AII, deve-se entender, inicialmente, o contexto de sua elaboração, o próprio conceito de investimento, bem como as particularidades que a distinguem da arbitragem comercial.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 63 e 64.

<sup>73</sup>Ibid., p. 50.

### 3.2.1. Contexto político e econômico de elaboração da arbitragem de investimento

Na lição de José Augusto Fontoura Costa, a arbitragem de investimento foi elaborada a partir das arbitragens *ad hoc*, estabelecidas em contratos de concessão para a exploração de recursos naturais, por volta de 1930.<sup>74</sup>

No entanto, foi nas décadas de 50 e 60 que os primeiros casos de arbitragem de investimento, em moldes semelhantes aos atuais, foi observada. Isso ocorreu precisamente nos chamados casos líbios de nacionalização, quando as empresas exploradoras de petróleo foram nacionalizadas pelo Governo Líbio. Destaca-se que o setor dos investimentos envolvidos na disputa foi justamente o extrator de petróleo e gás natural, o qual é considerado estratégico na atual ordem econômica mundial.<sup>75</sup>

Dentre as empresas afetadas pelas nacionalizações, estava a TOPCO/CALASIATIC, uma subsidiária da *Texaco Standard Oil of California*. Esta, juntamente com as outras multinacionais envolvidas, protagonizou delineamento da atual arbitragem de investimento.<sup>76</sup>

Nesse período, em razão da modificação do conceito de propriedade privada, os investidores estrangeiros perceberam o risco sofrido por seus investimentos em razão de instabilidades políticas, o que gerou um clima de desconfiança entre estes agentes e os Estados.<sup>77</sup>

Nesse cenário, houve uma incredibilidade nas cortes estatais, o que levou a necessidade do desenvolvimento de um mecanismo alternativo para a solução das disputas entre investidores e Estados. Esse mecanismo é o que chamamos de arbitragem de investimento.

### 3.2.2. Definição de Investimento Internacional

Uma vez que a AII foi desenhada justamente para solucionar os litígios envolvendo investimento internacional, deve-se compreender o que é e vem a ser investimento internacional. A definição desse instituto, entretanto, até hoje, não é pacífica.

Antes de entrar na problematização dessa questão, deve-se destacar que os tratados, a doutrina e os tribunais arbitrais costumam desmembrar a definição de investimento internacional em dois aspectos: a) investidor; e b) objeto do investimento.

---

<sup>74</sup>COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp. 183-184.

<sup>75</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p 184.

<sup>76</sup>SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*. p. 101-103

<sup>77</sup>LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 53.



A maioria dos BITs define investidor enquanto a pessoa física ou jurídica que tenha a nacionalidade da Parte Contratante de onde se origina o investimento, em conformidade com a legislação interna. No caso das pessoas jurídicas, é exigido que a sua sede principal seja no território dessa parte contratante.<sup>78</sup>

A partir dessa definição, percebe-se que o conceito de investidor é o que dá o caráter internacional ao investimento. Eis que independentemente do objeto do investimento realizado, a proteção só será a ele concedida desde que o investidor tenha a nacionalidade de um dos países partes do BIT.

O conceito de objeto do investimento é o cerne da problemática da definição de investimento internacional, dado que a maioria dos BITs, ao definir investimento, costumam utilizar o termo “dentre outras” e indicar algumas atividades, como exploração de recursos naturais e financiamentos bancários.<sup>79</sup> Logo, a conclusão clássica dessas cláusulas é no sentido de que o rol de objeto do investimento não é taxativo.

Segundo José Augusto Fontoura Costa, a amplitude dessa definição é consequência do interesse dos países exportadores de capital em uma proteção maior aos seus investidores; e a problematização acerca da limitação da abrangência dessa definição, por sua vez, se relaciona ao interesse dos países receptores em restringir a proteção ofertada pelos BITs.<sup>80</sup>

Isso ocorre na medida em que uma definição mais ampla de investimento tende a proteger uma maior gama de investidores desses países exportadores, ao passo que uma definição mais restritiva limita a proteção, sendo mais favorável aos países que recebem os investimentos, vez que concede uma maior liberdade a estes.

A Resolução da ONU nº 1.803 de 1962, sobre Soberania Permanente, Riquezas e Recursos Naturais, apesar de tentar padronizar a disciplina sobre investimento internacional, em seu item 2, aduz que os Estados devem definir o que se considera investimento. Postura semelhante é adotada pelo Brasil no Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos firmado com a Angola em 01/05/2015.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Cf. Acordo Entre O Governo Da República Federativa Do Brasil E O Governo Da República Do Chile Para A Promoção E A Proteção Recíproca De Investimentos. Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/505>>. Acesso em: 15 ago 2018.

<sup>79</sup> UNCTADA. Treaty between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, 1993.

<sup>80</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro. p. 130-131.

<sup>81</sup> BRASIL. Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre Brasil e Angola. 2015. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8520-acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015>. Acesso em: 05 ago 2018.

No caso *S.D. Myers v. Canada*, instaurado com base no capítulo 11 do NAFTA, o Tribunal Arbitral considerou que a abertura de um escritório para vender serviços de exportação por um norte-americano, em um país do NAFTA, já pode ser considerado um investimento internacional.<sup>82</sup>

Nessa esteira, notas promissórias, acordos de empréstimos, contratos de construções e escritórios jurídicos já foram considerados investimentos internacionais pelos tribunais arbitrais.<sup>83</sup>

Observa-se, portanto, que o conceito de objeto do investimento varia conforme os diferentes BITs, os interesses envolvidos e as legislações internas dos Estados. Mesmo em face dessa pluralidade de definições, a UNCTAD elencou cinco elementos caracterizadores do objeto do investimento internacional, quais sejam: a) a existência de um projeto com duração; b) a regularidade do lucro auferido; c) o risco do investimento; d) o comprometimento com as aplicações financeiras; e, por fim, e) a operação realizada ter importância para o desenvolvimento do Estado receptor.<sup>84</sup>

Destarte, é possível definir investimento enquanto a aplicação de verbas substanciais, feita a partir do exterior, com base em um projeto com uma certa duração e que contribua para o desenvolvimento do Estado receptor, objetivando obtenção de lucro, o qual está sujeito a riscos (isto é, o retorno não é axiomático).

### *3.2.3. Arbitragem de Investimento x Arbitragem Comercial*

A arbitragem de investimento se distingue da arbitragem comercial no tocante a cinco aspectos: i) o contexto de formação; ii) a fonte do poder do tribunal; iii) partes envolvidas no procedimento; iv) o objetivo e a natureza das questões submetidas a disputa; e v) modo de execução das sentenças arbitrais contra o Estado litigante.<sup>85</sup>

Quanto ao contexto de formação, arbitragem comercial tem suas raízes na resolução de conflitos entre entes privados, sendo a autonomia da vontade das partes o elemento essencial

---

<sup>82</sup> *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000 (NAFTA).

<sup>83</sup> Cf. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Award, 9 February 2004; Decision on the Stay of Enforcement of the Award, 30 November 2004 (United States/Democratic Republic of Congo BIT).

<sup>84</sup> ESCOBAR, Alejandro A. *Requirements Ratione Materiae*, p. 14.

<sup>85</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 60.

para o seu desenvolvimento. Já a arbitragem de investimento tem sua base na noção de Estado e nas limitações as quais ele se sujeita, tais como a soberania nacional.<sup>86</sup>

A fonte do poder do tribunal é outro aspecto de diferenciação, na medida em que, na arbitragem comercial, a fonte desse poder é a convenção de arbitragem estabelecida em um contrato firmado diretamente entre as partes. Já na arbitragem de investimento, a fonte do poder pode ser genérica, através de uma lei nacional, tratado, acordo ou contrato internacional. Destarte, os poderes são concedidos ao tribunal arbitral através de um ato estatal e não de um ato privado.<sup>87</sup>

As partes envolvidas na arbitragem de investimento também corroboram para diferenciá-la da arbitragem comercial, uma vez que o fato de o Estado sempre ser parte do procedimento faz incidir os princípios da soberania e da imunidade estatal sobre o procedimento, limitando o escopo da arbitragem, bem como a execução de suas sentenças.<sup>88</sup>

O quarto aspecto diferenciador está relacionado com a matéria discutida na arbitragem de investimento vez que esta é, em regra, mais limitada que a tratada na arbitragem comercial. Dado que na AII existem matérias que não podem ser discutidas, como a validade dos atos com vistas a desconstituí-lo. Destarte, o tribunal arbitral pode, apenas, julgar o direito do investidor de ser ressarcido pelos prejuízos advindos desse ato, caso ele seja interpretado como contrário ao Direito Internacional Geral.<sup>89</sup>

Portanto, o objetivo de uma arbitragem de investimento é, na maioria dos casos, buscar uma indenização em face de uma ingerência ou conduta vedada pelo contrato, lei nacional ou tratado internacional, de modo que a soberania dos Estados seja respeitada.

Quanto ao último aspecto diferenciador, a execução das sentenças arbitrais, na AII essa execução é dificultada quando a sentença é desfavorável ao Estado. Vez que este pode valer-se de sua imunidade, evitando a execução forçada de seus ativos.

A importância dessa diferenciação está na necessidade evitar que se confunda os regimes jurídicos aplicáveis a cada uma dessas espécies de arbitragem, de modo a garantir que seja ressaltada a relevância do interesse público por trás da arbitragem de investimento, bem como a incidência do Direito Internacional Público sobre esse procedimento.

#### *3.2.4. Afirmados atributos da arbitragem*

---

<sup>86</sup> SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The Settlement of Foreign Investment Disputes. 20 p. 155-162.

<sup>87</sup> SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, The Settlement of Foreign Investment Disputes. p. 155-162.

<sup>88</sup> Ibid., p. 159.

<sup>89</sup> WILLIAMS QC, David AR. Jurisdiction and Admissibility. pp. 868-932.

A doutrina afirma que a arbitragem possui 7 atributos, são eles: i) neutralidade; ii) confidencialidade; iii) flexibilidade do procedimento; iv) especialização técnica dos árbitros; v) baixo custo e celeridade; vi) não vinculação da sentença arbitral a terceiros; e vii) restrição dos poderes dos árbitros.<sup>90</sup>

i) Neutralidade

A neutralidade é vista como o principal desses atributos e ela é observada sob dois prismas. O primeiro está relacionado à independência e imparcialidade do árbitro que conduzirá o procedimento e decidirá a lide.<sup>91</sup> No segundo, a neutralidade é relacionada com o procedimento em si, em razão do fato de o tribunal arbitral internacional não possuir a nacionalidade de nenhuma das partes.<sup>92</sup>

Essa característica possui notória relevância para a arbitragem investidor-estado vez que, historicamente, os investidores desconfiam das cortes nacionais do país receptor do investimento, as quais seriam, pelas regras do Direito Internacional Privado, competentes para julgar um litígio envolvendo o investimento. Tal receio é justificável pelo fato de que tais investimentos, não raras as vezes, envolvem a exploração de recursos essenciais para a economia do país receptor do investimento.<sup>93</sup>

Levar os casos em questões para serem decididos pelas cortes do país do investidor, por sua vez, sobressalta os Estados receptores de investimento, vez que isto representa outorga de um elemento de soberania do Estado receptor a um outro.<sup>94</sup> Além disso, o investidor se depararia com o problema da imunidade do Estado demandado na jurisdição do seu país, fator que, na AII, está afastado à priori.<sup>95</sup>

ii) Confidencialidade

A doutrina majoritária informa que uma das características centrais da arbitragem é a confidencialidade.<sup>96</sup> Inobstante, essa característica não deve ser entendida enquanto essencial,

---

<sup>90</sup> PAULSSON, Jan, et al. The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. Pag. 2-5.

<sup>91</sup> GAILLARD, Emmanuel and John SAVAGE. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. pp. 557-628

<sup>92</sup> PAULSSON, Jan, et al. The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. p. 3.

<sup>93</sup> HORN, Norbert. Arbitration and the Protection of Foreign Investment: concepts and means. p. 20.

<sup>94</sup> LEW, MISTELLIS and KRÖLL. Comparative International Commercial Arbitration. p. 762.

<sup>95</sup> CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 747

<sup>96</sup> Dolinger, p. 633

na medida em que, apesar de ser um aspecto marcante das arbitragens comerciais, ela não é inerente a arbitragem de investimento.<sup>97</sup>

A doutrina e Tribunais Arbitrais tem o entendimento majoritário no sentido de que tanto na arbitragem comercial, quanto na arbitragem de investimento, as partes tem o direito de dispor acerca da confidencialidade, exceto se existir vedação expressa no acordo arbitral ou no ordenamento jurídico sob o qual o contrato foi constituído.

Destarte, a confidencialidade do procedimento é definida a partir das disposições dos ordenamentos jurídicos envolvidos, notadamente do país receptor do investimento, bem como das normas processuais escolhidas pelas partes.

No caso do Brasil, por exemplo, a transparência e a publicidade da arbitragem envolvendo o Poder Público são exigências legais, nos termos do §3º do artigo 2º da Lei 9.307 de 1996, razão pela qual eventual procedimento arbitral envolvendo o Estado deverá ser público.<sup>98</sup>

Entendimento interessante no tocante a confidencialidade foi o firmado no caso *Giovanna Beccara e outros vs. Argentina* de 2010, regido pelas regras do ICSID. Nele, o Tribunal reconheceu sua própria competência para determinar a confidencialidade ou não do procedimento. Destarte, estipulou que determinados aspectos do processo deveriam ser mantidos confidenciais e outros poderiam ser publicizados pelas partes.

A decisão nesse sentido busca equilibrar o interesse público e o privado, na medida em que o Tribunal reconheceu a inexistência de um dever geral seja de confidencialidade, seja de transparência dos procedimentos arbitrais.

Apesar dessa lacuna, o ICSID consignou que a publicidade deveria ser incentivada na arbitragem de investimento, com vistas a proporcionar uma melhor governança dos Estados, o desenvolvimento da jurisprudência sobre investimento internacional, a segurança jurídica e a confiança no mecanismo arbitral.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 67.

<sup>98</sup> BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm). Acesso em: 05 ago 2018.

<sup>99</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 68.

Ponderando sobre a questão da publicidade, o Tribunal entendeu que ela deve ser limitada, de sorte a impedir que o procedimento seja utilizado para agravar o litígio, comprometendo o processo arbitral.<sup>100</sup>

### iii) Flexibilidade do Procedimento

Na lição de Montoro, a flexibilidade do procedimento arbitral pode ser observada em dois momentos. O primeiro diz respeito a possibilidade de as partes escolherem as normas processuais para regerem o seu litígio. Já o segundo está relacionado com a possibilidade de adequar as regras inicialmente selecionadas com as necessidades supervenientes.<sup>101</sup>

Quanto o primeiro momento, as partes podem decidir entre a arbitragem *ad hoc*, formada a partir da escolha de árbitros sem vinculação a um tribunal, ou a chamada arbitragem institucional, que é apoiada por uma instituição que possui sua lista de árbitros, bem como suas normas processuais próprias. É o caso do ICSID, da Corte Permanente Arbitral de Haia, em inglês *Permanent Court of Arbitration* - PCA e da Câmara de Comércio Internacional - CCI.

No caso da arbitragem de investimento, a escolha da regra processual aplicável, bem como da instituição que solucionará o litígio é feita mediante uma lei nacional ou de uma disposição em acordo, tratado ou contrato internacional. Ou seja, nesse primeiro momento de flexibilização do procedimento, apenas os Estados exercem a liberdade de escolha. Contexto em que o investidor poderá apenas optar entre consentir ou não com o procedimento arbitral nos termos que foi estipulado pelo Estado.

Desse modo, a escolha da norma aplicável, bem como o consentimento com o procedimento arbitral dado pelo Estado é genérico para todos os investidores, ao passo que a escolha da norma e o consentimento do investidor é dado de forma presumida, no momento em que submete requerimento arbitral.<sup>102</sup>

O segundo momento de flexibilização do procedimento, somente é possível se as regras selecionadas pelas partes admitirem adequações, eis que, por exemplo, o Regulamento Modelo

---

<sup>100</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 69.

<sup>101</sup> MONTORO, Marcos André Franco. Flexibilidade do Procedimento Arbitral. pp. 69-71. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese\\_FINAL\\_4.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf)>. Acesso em: 08 ago 2018.

<sup>102</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 70.

da UNCITRAL permite alterações do procedimento, desde que essas alterações não conflitem com o estipulado pelo regulamento.<sup>103</sup>

Segundo Lew, no caso da arbitragem de investimento, esses dois momentos de flexibilização são ainda mais limitados em razão da incidência das normas de Direito Internacional Público. Assim a flexibilização do procedimento encontra limitação na ordem pública e ao devido processo legal.<sup>104</sup>

Importante ressaltar que as normas procedimentais de arbitragem preveem, em regra, um consentimento genérico das partes para que o tribunal decida sobre o procedimento a ser adotado em caso de falta de consenso entre as partes.<sup>105</sup>

#### iv) Especialização Técnica dos Árbitros

Para Salles, uma das suposições feitas nas escolhas dos árbitros é no sentido de que esses agentes possuem maior conhecimento técnico e específico para auxiliar na solução do litígio.<sup>106</sup> Esse conhecimento pode derivar do *know-how* dos árbitros no tocante às práticas comerciais, dos costumes de um país ou de determinado setor econômico. Nesse aspecto, vale notar que a legislação internacional não exige que o árbitro seja, sequer, formado em direito, sendo possível contar com pessoas formadas em engenharia ou em outras áreas.

No entanto, existem dois limites que as partes devem observar quando da escolha dos árbitros: a independência e a imparcialidade desses agentes.<sup>107</sup> A independência consiste na exigência de que o árbitro não tenha relação de dependência com qualquer das partes que possa interferir no seu julgamento.<sup>108</sup> São exemplos de casos de dependência do árbitro a existência de interesse econômico no resultado da disputa e a atuação do árbitro como advogado de qualquer das partes.<sup>109</sup>

---

<sup>103</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 70.

<sup>104</sup> LEW et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 524.

<sup>105</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 70.

<sup>106</sup> SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*. pp. 79-81.

<sup>107</sup> LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 256.

<sup>108</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 71.

<sup>109</sup> LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 263.

A imparcialidade do árbitro, ao seu turno, é um critério mais subjetivo, pois está vinculada ao dever desse agente de não beneficiar nenhuma das partes e nem estar predisposto a julgar a lide em determinado sentido.<sup>110</sup> Pode-se citar como exemplo de parcialidade o caso do árbitro que é familiar de uma das partes.

Outras limitações feitas com relação a escolha dos árbitros são feitas nos regulamentos dos Tribunais Arbitrais, vez que, o regulamento do ICSID, por exemplo, exige que os árbitros tenham conhecimento acerca das práticas comerciais. No entanto, isso não impede que as partes selecionem árbitros com conhecimentos de outras áreas. Essa questão será devidamente abordada no capítulo 3.2.1.

v) Celeridade e menor custo econômico

Um dos argumentos da doutrina que estabeleceu as bases da arbitragem é de que ela é mais célere e menos custosa economicamente do que o procedimento judicial. No entanto, essas asserções têm sido desmistificadas na prática da arbitragem de investimento.

Eis que casos levados ao ICSID, principal tribunal arbitral de investimento, têm levado cerca de 3 anos para culminar no proferimento do laudo arbitral, sem contar com os recursos de revisão, anulação e execução que geralmente são opostos a esse laudo.<sup>111</sup>

Não foi outra a situação observada no caso Chevron e Texaco vs. Equador, no qual o processo arbitral junto ao PCA demorou 4 anos para proferir o laudo arbitral.<sup>112</sup> Nesse mesmo caso também ficou relativizada a questão da economicidade do procedimento, pois o Equador foi condenado em custas processuais no valor total de 1 milhão de euros.<sup>113</sup>

Paulsson, no entanto, explica que os gastos na arbitragem podem ser otimizados se observados três fatores: a) a delimitação do procedimento para resolver apenas aspectos controvertidos no caso concreto; b) o incentivo a uma postura mais cooperativa das partes para solucionar o conflito; c) a escolha de árbitros com maior disponibilidade para conduzir e decidir o caso.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 72.

<sup>111</sup> SINCLAIR, Anthony. ICSID Arbitration: how long does it take?.

<sup>112</sup> Italaw. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23. Disponível em: < <https://www.italaw.com/cases/257> >. Acesso em: 08 ago 2018.

<sup>113</sup> CORTE DISTRITAL DE HAIA. C/09/477457 / HA ZA 14-1291. 2016. Parágrafo 4.42.

<sup>114</sup> PAULSSON, Jan, et al. The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. p. 4.



Para Tavela, a observância desses fatores não muda o fato de a arbitragem ser um procedimento caro, no entanto, “a depender das alternativas a ela existentes, pode compensar do ponto de vista da análise econômica do Direito”.<sup>115</sup>

vi) Reduzida Participação e não vinculação de Terceiros

A doutrina elenca reduzida participação e a não vinculação de terceiros como características fundamentais da arbitragem.<sup>116</sup> Essa reduzida participação pode ser observada em dois aspectos. O primeiro está relacionado as partes envolvidas no procedimento arbitral, ao passo que o segundo diz respeito a não vinculação de sentenças arbitrais anteriores na condição de precedente.<sup>117</sup>

Com relação ao primeiro aspecto, a participação é reduzida na arbitragem uma vez que, diferentemente do que ocorre na justiça estatal, um tribunal arbitral não tem o poder de obrigar um terceiro a participa da arbitragem, mesmo nos casos em que deseje reunir dois procedimentos arbitrais existentes.<sup>118</sup>

No entanto, em regra, as normas procedimentais não impossibilitam que o requerimento de arbitragem seja levado ao tribunal por mais de um requerente, na realidade, essa hipótese é bastante conhecida pelos tribunais, sendo ela conhecida como arbitragem multipartes.

Foi exatamente esse o fenômeno observado no caso *Giovann Beccara e outra vs. Argentina*, no qual houve mais de 180 mil reclamantes. Nesse caso, o Tribunal Arbitral entendeu que, com base nas regras do ICSID, a adição de novos requerentes, sem a anuência da outra parte, é admitida, desde que feita antes do registro do requerimento de arbitragem junto à Secretaria do ICSID.<sup>119</sup>

Esse caso abriu precedente, inclusive, para que o ICSID reconhecesse a possibilidade de solucionar demandas coletivas, desde que as várias demandas sejam suficientemente homogêneas, de sorte que não haja prejuízo para a defesa das partes envolvidas.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 73.

<sup>116</sup> PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. pp. 4-5.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>118</sup> *Idem.*

<sup>119</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 75.

<sup>120</sup> LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 76.

Além de admissão de demandas coletivas, os tribunais arbitrais têm admitido a figura do *amicus curiae*. Isso se deve, notoriamente, ao interesse público envolvido nas arbitragens de investimento. Esse foi o fundamento do entendimento do ICSID no caso Methanex Corporation vs. Estados Unidos de 2001, no qual o Tribunal, com fundamento no seu amplo poder de adequar o procedimento, admitiu a submissão de *amicus curiae* por terceiros.<sup>121</sup>

Além do amplo poder do tribunal e do interesse público envolvido, a decisão do ICSID foi baseado em outros 2 argumentos: a) inexistência de vedação da regulação aplicável ao caso (no caso as regras da UNCITRAL); b) a importância dos terceiros que pleiteavam participar na disputa, bem como sua evidente relação com o objeto litigioso.<sup>122</sup>

Nesse contexto, a não participação de terceiros no procedimento arbitral fica bastante relativizada em razão da admissão da figura do *Amicus Curiae* e da admissão das demandas coletivas.

Em se tratando da não vinculação dos precedentes firmados no âmbito da arbitragem de investimento, deve-se destacar que, apesar disso, via de regra, os tribunais utilizam esses precedentes como argumentos jurídicos chegaram a suas conclusões acerca do caso objeto do litígio.<sup>123</sup>

Por fim, deve-se observar que o fato de a arbitragem de investimento envolver o interesse público *latu sensu*, as decisões firmadas têm o potencial de refletir sobre os cidadãos dos Estados Demandados. É isso o que se pode observar no caso Chrevron e Texaco vs Equador, no qual a CPA obrigou o Equador, liminarmente, a bloquear uma decisão de sua corte nacional que condenava as empresas a pagar uma indenização coletiva aos seus nacionais.<sup>124</sup>

Nesse cenário, seja em razão da admissão de demandas coletivas, da admissão de *amicus curiae*, ou mesmo dos reflexos das decisões arbitrais sobre os direitos dos cidadãos, verifica-se que a arbitragem de investimento não só tem o potencial quanto efetivamente admite a participação de terceiros.

### 3.3. Direito Aplicável à Arbitragem de Investimento

---

<sup>121</sup>Para uma análise detalhada do caso, sugerimos a leitura do resumo do caso, disponível em: <http://www.forumdemocracy.net/downloads/Forum%20Analysis-%20Methanex%20v%20US.doc>. Acesso em: 08 ago de 2018.

<sup>122</sup>Para uma análise detalhada do caso, sugerimos a leitura do resumo do caso, disponível em: <http://www.forumdemocracy.net/downloads/Forum%20Analysis-%20Methanex%20v%20US.doc>. Acesso em: 08 ago de 2018.

<sup>123</sup>O caso *Giovanna a Beccara and others v. The Argentine Republic* 2010, por exemplo, utilizou o precedente criado pelo caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* 2008 para determinar a questão da existência e extensão do dever de confidencialidade e de publicidade em arbitragens de investimento.

<sup>124</sup>CORTE DISTRITAL DE HAIA. C/09/477457 / HA ZA 14-1291. 2016. Parágrafo 2.10.

Consoante explanado anteriormente, uma das características essenciais da arbitragem é a sua flexibilidade, notadamente proporcionada pela possibilidade de as partes escolherem as normas aplicáveis já na própria cláusula arbitral.

É fato que, em se tratando de arbitragem de investimento, essa flexibilidade é limitada em razão da participação do Estado no procedimento arbitral, bem como da própria sistemática do regime de investimentos internacionais.

A participação do Estado nesses procedimentos arbitrais faz incidir sobre eles as normas de Direito Internacional Público, seja em razão do fato de que, na maioria dos casos, o consentimento do Estado de submeter-se a arbitragem advém de um tratado ou acordo internacional; seja em razão da própria condição jurídica do Estado no regime jurídico internacional, o qual lhe confere uma série de prerrogativas como a imunidade de jurisdição.

Apesar dessa limitação, as partes da arbitragem de investimento, a depender das disposições da cláusula arbitral, prevista no acordo de investimento, tratado internacional ou contrato, têm uma ampla gama de opções de normas processuais e materiais para serem aplicadas ao litígio.

### *3.3.1. Direito Processual*

O direito processual aplicável à arbitragem pode ser subdividido em dois. Um primeiro relativo ao que podemos chamar de processo de conhecimento, o qual rege o procedimento no interior do organismo arbitral até a sentença definitiva. Já o segundo direito processual arbitral é o que regulamenta a execução da sentença arbitral.

Esse segundo direito processual aplicado a arbitragem é bastante problemático, vez que se submete as normas processuais nacionais do país onde busca-se dar efetividade à sentença. Tal problemática tem sido consideravelmente reduzida com a ratificação da Convenção de Nova York sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, da qual o Brasil é signatário.

Essa Convenção tem como mérito a uniformização da regulamentação referente a execução da sentença arbitral nos países signatários do acordo, através: i) do reconhecimento da força obrigatória dessas sentenças (artigo III); ii) das hipóteses restritas de indeferimento da

execução da sentença arbitral (artigo V); iii) bem como da uniformização do conceito de cláusulas compromissórias e dos compromissos arbitrais válidos (artigo II.2).<sup>125</sup>

Em se tratando o “primeiro direito processual” o cenário é diferente, eis que a maioria das cláusulas arbitrais de investimento, como é possível analisar a partir dos Tratados de Investimentos Bilaterais, socorrem-se de arbitragens institucionais, seguindo as regras dessas instituições.

Destarte, as regras mais utilizadas são: a Convenção do ICSID, a Lei Modelo da UNCITRAL e o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, como é o caso do contrato de concessão da Agência Nacional de Petróleo e Gás do Brasil.

Assim, passa-se desenhar de forma geral o procedimento previsto por cada um desses regulamentos.

#### i) Convenção do ICSID de 1966

A Convenção do ICSID de 1966, também conhecida como Convenção de Washington, tem como principal mérito a criação do Centro Internacional para a Solução de Disputas de Investimento, enquanto instituição vinculada ao Banco Mundial. Atualmente a convenção conta com a ratificação de 153 Estados, o que equivale a cerca de 80% dos países do mundo. O Brasil até o momento continua fora dessa convenção.

A convenção é dividida em 10 capítulos, os quais tratam: i) das funções administrativas dos organismos da instituição, como o conselho administrativo, painel de arbitragem; ii) da jurisdição do ICSID; iii) da autorização para conciliação; iv) autorização para arbitragem; v) substituição e desqualificação de conciliadores e árbitros; vi) custos do procedimento; vii) local do procedimento; viii) disputas entre Estados Partes; ix) modificação do procedimento; e x) assinatura, ratificação e denunciação da convenção.<sup>126</sup>

Os aspectos mais relevantes desse documento internacional estão contidos no capítulo que trata da jurisdição do Centro e da autorização para a arbitragem. A jurisdição do centro opera sobre qualquer disputa emergida diretamente de um investimento entre um Estado parte e o nacional de outro Estado parte, desde que haja consentimento escrito com a submissão do litígio ao Tribunal (artigo 25.1).

---

<sup>125</sup> BRASIL. **Decreto Lei nº 4.311 de 23 de junho de 2002**. Promulga a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm). Acesso em: 08 ago 2018.

<sup>126</sup> WORLD BANK GROUP. **ICSID CONVENTION, October 14, 1966**. Disponível em: < <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsidocs/ICSID-Convention.aspx> >. Acesso em: 08 ago 2017.

Nessa linha, Dário Moura Vicente informa ser necessário um duplo consentimento por parte do Estado, na medida em que não basta a ratificação da Convenção de Washington, é necessário que haja a um acordo posterior prevendo a utilização da arbitragem.<sup>127</sup>

Assim, a cláusula arbitral pode ser expressa tanto em um contrato entre o Estado e o investidor estrangeiro, quanto em uma Lei nacional sobre investimentos estrangeiros ou em tratado bilateral de investimento.

Merece destaque, ainda, o texto do artigo 46 da convenção prevê a possibilidade de a parte demandada requerer uma reconvenção (*counterclaim*) em face da demandante, desse que essa reconvenção esteja dentro do consentimento das partes para arbitragem.

Em se tratado das normas relativas a autorização para a arbitragem, merece análise o que dispõe o artigo 42 da Convenção, segundo o qual o Tribunal decidirá o litígio com base nas leis acordadas entre as partes. No entanto, o referido dispositivo aduz que, na ausência desse acordo, o Tribunal aplicará a Lei do Estado receptor do investimento, bem como as regras de direito internacional aplicáveis.

ii) Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem e Comércio Internacional

A primeira versão da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comércio Internacional foi aprovada em 1985 pelas Nações Unidas. Essa lei funciona como marco orientador e uniformizador da lei processual da arbitragem, possibilitando que Estados utilizem-na em arbitragens instituídas em qualquer organismo arbitral. Isto porque entende-se que ela é regionalmente e ideologicamente independente.<sup>128</sup>

A Lei modelo da UNCITRAL, com revisão de 2010<sup>129</sup>, possui uma base normativa idêntica a Convenção de Washington, exigindo o consenso das partes quanto a sua aplicação, prevendo ainda, que a mesma fica sujeita às modificações que as partes acordarem entre si (artigo 1). Outra semelhança diz respeito a possibilidade de reconvenção no procedimento (artigo 22).

---

<sup>127</sup> VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de Investimento: a convenção do ICSID e os Tratados Bilaterais. Disponível em: < <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf> >. Acesso em: 08 ago 2018. P. 756-757

<sup>128</sup> MUELLER, Holger. **The Adoption of the UNCITRAL Model Law by The Federal Republic of Germany in the Light of British Columbia's Experiences**. 1994. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ubc, Vancouver, 1994. Disponível em: <<https://open.library.ubc.ca/>>. Acesso em: 13 ago. 2018.. Pags. 18 e 19.

<sup>129</sup> UNCITRAL. Lei Modelo 2015. Disponível em: < <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> >. Acesso em 08 ago 2018.

Há semelhança também com relação a estipulação da lei aplicável, pois a Lei modelo estabelece que serão aplicadas as leis designadas pelas partes. No entanto, a lei da UNCITRAL difere da Convenção do ICSID ao prevê que, caso não haja consenso entre as partes, o tribunal é que determinará a lei aplicável, mas de todo modo o tribunal deverá decidir de acordo com os termos do contrato firmado entre as partes, bem como os costumes comerciais aplicáveis (artigo 35).

Há diferença também no fato de que a Lei Modelo não está vinculada a um tribunal arbitral, na realidade, assim, ela só será utilizada caso as partes determinem a sua aplicação. Em razão de não estar vinculada a um tribunal específico, a Lei Modelo não fixa um local da arbitragem, ela apenas remete a decisão do local ao Tribunal arbitral que será formado (artigo 18).

Além dessa questão operacional, diferentemente do regramento do ICSID, a Lei da UNCITRAL prevê que a sentença arbitral deverá ser pública, caso haja consenso de ambas as partes ou quando essa publicidade seja exigida em razão de: a) dever legal de uma das partes; b) para proteger ou buscar um direito; ou c) um procedimento legal perante uma corte ou autoridade competente exija (artigo 34.5).

### iii) Regulamento da Corte Arbitral da Câmara de Comercio Internacional - CACCI

Apesar da Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional consistir em um modelo de arbitragem institucional, assim como o ICSID, ambas o tribunal tem como diferença essencial o fato de que, enquanto o ICSID tem *status* jurídico de órgão internacional formado por estados, o CACCI é parte da Câmara de Comercio Internacional, a qual tem *status* de organização não governamental.

Em se tratando do Regulamento da CCI,<sup>130</sup> quatro aspectos merecem realce para o fim do presente estudo, são eles: a) o requerimento de arbitragem; b) reconvenção; c) demandas entre partes múltiplas; d) regras aplicáveis.

Ao normatizar o requerimento de arbitragem, o regulamento da CCI, prevê a necessidade de existência de cláusula arbitral ou convenção de arbitragem (artigo 4), assim como os demais regulamentos discutidos. Seguindo também as outras regulações, a analisada regra prevê a possibilidade de reconvenção (artigo 5.5).

---

<sup>130</sup> CCI. **Regulamento de Arbitragem**. 2017. Disponível em: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2018.

Há semelhança também no que tange às regras procedimentais aplicáveis, vez que o regramento da CACCI determina a aplicação do seu regulamento quando as partes não disporem em sentido contrário. No caso de lacunas no regramento, serão aplicáveis as normas que as partes entenderem adequadas. Inexistindo consenso entre as partes, o regulamento confere poder ao tribunal para aplicar as regras que entender apropriadas (artigo 19).

Em se tratando das normas de direito material, o artigo 21 prevê que serão aplicadas as regras que as partes escolherem e, novamente, na ausência de tal consenso, o tribunal terá o poder de definir as normas aplicáveis. Assim como a Lei modelo da UNCITRAL, o regulamento da CCI também determina que o contrato deverá ser levado em consideração, bem como os costumes comerciais.

Diferentemente das outras normas discutidas, o regulamento da CCI prevê a possibilidade de demandas multipartes em seu artigo 8, sem dispor acerca das condições e limites desse fenômeno.

#### iv) Conclusão acerca da análise das normas processuais

A partir do exame dos regulamentos acima, constata-se que a maioria deles confere as partes o poder de determinar não apenas as normas de direito processual aplicáveis, mas também, as normas de direito material. No entanto, em havendo dissenso entre elas, todo esse poder é convertido em prol do tribunal que passa a imperar para além da lei, já que é ele quem escolhe a lei aplicável.

A norma arbitral que parece mais coerente com o ordenamento do investimento internacional, no sentido de melhor delimitar a legislação aplicável é o artigo 42 da Convenção do ICSID, uma vez que determina a aplicação da lei do Estado receptor do investimento e as normas de direito internacional quando não há consenso entre as partes.

### 3.3.2. *Direito Material*

A partir da discricionariedade ofertada às partes na definição do direito material aplicado à arbitragem de investimento, Di Pietro aduz que seria possível a aplicação de Convenções Internacionais, mesmo que não estivessem em vigor no Estado demandado ou de nacionalidade do investidor.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> 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.

No entanto, em regra, os envolvidos na arbitragem de investimento optam pela aplicação da lei do Estado receptor do investimento e pelas normas de Direito Internacional, sendo rara a opção pela incidência da Lei de nacionalidade do investidor. Destarte, o que se verifica é uma internacionalização da lei material aplicável ao procedimento.

Para Isadora Postal Telli, a internacionalização da Lei aplicável à arbitragem de investimento foi criada para assegurar aos investidores um nível mais alto de proteção do que aquele garantido pela legislação nacional do Estado Receptor.<sup>132</sup>

Apesar de o texto do artigo 42 do ICSID gerar interpretações divergentes, a jurisprudência de alguns tribunais do ICSID, sustentada pela doutrina, entende que o Direito Internacional deve ser aplicado sempre nas arbitragens de investimento, mesmo que no acordo das partes acerca da norma aplicável não haja menção sobre a sua incidência.<sup>133</sup>

Destarte, a jurisprudência do ICSID se desenvolveu de modo que, em regra, a legislação aplicável é a do Estado receptor, exceto se ela violar as normas de Direito Internacional.<sup>134</sup>

Com base nessa conjuntura, Isadora Postal Telli conclui que a Convenção do ICSID não impede que os tribunais arbitrais formados aos seus auspícios julguem os litígios com base nas normas internacionais, dentre elas as normas internacionais ambientais.<sup>135</sup> Para a autora, essas normas seriam aquelas com caráter de *hard law*, no entanto, dada a autonomia das partes, não existe impedimento para que as normas internacionais de direito ambiental com caráter de *soft law* sejam aplicadas ao litígio.

No entanto, ainda que não se opte pela incidência dessas normas internacionais, considerando o posicionamento dos Tribunais do ICSID no sentido de que o direito internacional é sempre aplicável, deve-se entender que os princípios gerais desse direito serão sempre aplicáveis.

Tal conclusão, à priori, não é tangível nas arbitragens de investimento instauradas sob as regras da CCI e da Lei Modelo da UNCITRAL. Dado que nesses regulamentos, existe um

---

<sup>132</sup> 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**. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 101.

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> 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**. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 106.

<sup>135</sup> 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**. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 169.



considerável deslocamento do poder das partes em favor do tribunal arbitral, o qual terá ampla liberdade para determinar a legislação aplicável.

Com o exame da legislação processual aplicável à AII, verificou-se que vigora a ampla liberdade das partes na escolha das normas processuais e de direito material aplicável ao litígio. Na maioria dos casos envolvendo investimentos internacionais, essa liberdade é exercida em dois momentos: 1) no firmamento dos acordos bilaterais de investimento entre dois Estados, nos quais são previstas cláusulas arbitrais; 2) no firmamento do contrato entre o investidor e o Estado receptor.

Destaca-se que esses dois momentos podem ocorrer ou não, vez que tanto é possível haver investimento internacional sem o anterior firmamento do acordo bilateral, como nos casos dos contratos de concessão da ANP, como é possível a omissão de cláusula arbitral nos contratos de investimento, sendo esta hipótese mais rara do que a anterior.

De todo modo, o fato é que os Estados têm autonomia para desenhar o procedimento arbitral e as normas aplicadas de forma que melhor atenda ao interesse público. Essa liberdade é limitada apenas pelo dever de respeitar os direitos básicos do investidor, notadamente no que concerne à não estatização dos ativos destes e a conferência de um tratamento equitativo ao oferecido aos seus nacionais.

Apesar disso, a corrente crítica da AII vem se intensificando, ao passo em que os países em desenvolvimento, como o Equador, vêm se afastando da arbitragem de investimento, acusando-a de ser tendenciosa e mais favorável ao investidor do que ao Estado receptor dos recursos financeiros.

#### **4. A (IR)RESPONSABILIDADE DAS MULTINACIONAIS POR DANOS AMBIENTAIS NO CONTEXTO DA ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO INTERNACIONAL**

Segundo dados da ONU, os principais setores envolvidos nas demandas levadas pelos investidores aos tribunais arbitrais são os de extração petrolífera, de minérios e Energia e Gás,<sup>136</sup> setores que respondem por cerca de 43% das demandas levadas ao ICSID. A operação dessas indústrias, não raras as vezes, geram enormes pegadas ambientais, razão pela qual os Estados impõem sanções às empresas limitando, de alguma forma, o lucro por estas auferido.

---

<sup>136</sup> UNCTAD. Economic Sector and Subsector. Disponível em: <  
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByEconomicSector>>. Acesso em: 16 ago 2018.

Nesse contexto, são comuns os casos em que os tribunais arbitrais devem decidir se a medida ambiental adotada pelo Estado no sentido de punir as empresas viola o direito dos investidores ou não. Caso o Tribunal entenda que há violação, o Estado é condenado a indenizar a empresa violadora da norma ambiental em montante expresso nas cifras dos milhões de dólares. Destarte, observa-se que tal indenização teria, a priori, o efeito de incentivar os Estados a não penalizar essas empresas de capital estrangeiro por violação a normas ambientais e, em última instância, pelos danos ambientais causados.

Essa conjuntura chama ainda mais atenção quando observado que, segundo Isabela Postal Teli, dentre 16 casos envolvendo questões ambientais solucionados pelo ICSID, cerca de 60% dos casos haverem sido julgados favoravelmente aos investidores. Apesar desse dado, a autora conclui que não é possível afirmar que o ICSID desconsidere as questões ambientais envolvidas.

Para a autora, a análise desses casos revela que: i) os tribunais do ICSID fundamentam suas decisões nos argumentos jurídicos suscitados pelas partes; ii) apesar de o regulamento do ICSID possibilitar a aplicação de normas ambientais internacionais na arbitragem de investimento, as únicas legislações ambientais suscitadas pelas partes foram as nacionais.<sup>137</sup>

Para verificar como esse fenômeno se dá na prática, propõe-se aqui uma análise dos casos solucionados por tribunais arbitrais envolvendo questões ambientais.

#### **4.1. Exame do Caso Chevron e Texaco v. Equador**

O Caso Chevron e Texaco v. Equador iniciou com uma demanda das empresas norte-americanas, junto ao PCA, contra uma decisão das cortes equatorianas que as condenavam a indenizar a população e o Estado no valor de 8 milhões de dólares. Essa condenação se deu em razão do lançamento de líquidos tóxicos não tratados, derivados da exploração petrolífera, nas florestas e nos rios da Amazônia equatoriana, durante cerca de 30 anos. Esse lançamento culminou na contaminação da comunidade indígena que morava na região com substâncias cancerígenas.

Ao levar o caso para a PCA, em 2009, a empresa requereu uma medida liminar para garantir que a decisão equatoriana não fosse executada. O Tribunal concedeu o pedido ordenando que o Equador tomasse: “todas as medidas a sua disposição para suspender ou causar

---

<sup>137</sup> 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**. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 164.

a suspensão da execução ou do reconhecimento, dentro ou fora do Equador, de qualquer julgamento contra a Chevron no caso de Lago Agrio (tradução minha).”<sup>138</sup>

As empresas alegaram, em síntese, que a decisão do Tribunal Equatoriano havia sido preferida através de um processo fraudulento, onde lhes fora negado o acesso à justiça e o prazo razoável do processo; culminando em uma violação do artigo II(7) do Tratado Bilateral de Investimento firmado entre Estados Unidos e o Equador de 1993.

O referido artigo prevê a obrigação do Equador de fornecer meios eficazes para os investidores reivindicar seus direitos com relação aos seus investimentos. Com base nele, as empresas requereram ao PCA que “declarasse que o Equador era o único responsável pela indenização concedida à comunidade, fosse condenado a indenizar as empresas pela violação do artigo II(7) do BIT e fosse obrigado a proteger as empresas da execução dessa decisão”.<sup>139</sup>

Apesar de diversas tentativas por parte da comunidade atingida de participar do procedimento arbitral, o Tribunal entendeu que julgar os direitos por ela alegados não estavam relacionados diretamente ao investimento, razão pela qual o tribunal não possuía jurisdição sobre a matéria.<sup>140</sup>

No mérito, julgado em 2011, o Tribunal asseverou que o devido processo legal, assim como o acesso à justiça, são normas de direito costumeiro, tuteladas, inclusive, pela legislação equatoriana e pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.<sup>141</sup> Ademais esses princípios foram garantidos como direitos do investidor através do art. II(7) do BIT, razão pela qual a Corte responsabilizou o Equador por violar o referido dispositivo. Assim, arbitrou, em favor das empresas, um valor indenizatório de aproximadamente 96 milhões de dólares.<sup>142</sup>

Apesar da decisão final do Tribunal Arbitral, recursos foram interpostos, até hoje, 16 de agosto de 2018, o caso se encontra pendente.<sup>143</sup>

#### **4.2. Exame de Casos Solucionados Pelo ICSID**

Quando analisados os fundamentos das decisões do ICSID envolvendo questões ambientais, observa-se uma certa abertura do tribunal para tratar de questões dessa natureza

---

<sup>138</sup> ITALAW. Final Award. Case Chevron e Texaco v. Equador. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0154.pdf>>. Acesso em: 16 ago 2018, par. 2.9.

<sup>139</sup> ITALAW. Judgment of District Court of Haugue. Case Chevron e Texaco v. Equador. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7104.pdf>>. Acesso em: 16 ago 2018, par. 4.29.

<sup>140</sup> Idem.

<sup>141</sup> Ibid., p. 21, par. 35.

<sup>142</sup> Ibid., pags. 141 e 124.

<sup>143</sup> PCA. Chevron Corporation and 2. Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador. Disponível em: <https://www.pcacases.com/web/view/49>. Acesso em: 16 ago 2018.

enquanto matéria de interesse público, que podem ser, inclusive, sobrepostas aos direitos dos investidores em algumas ocasiões específicas.

O caso *Parkerings Compagniet AA v. Republica da Lituânia* (2007), foi iniciado através de uma demanda da empresa junto ao Tribunal do Banco Mundial, na qual alegava que a rejeição do projeto de construção de um parque de estacionamento por parte do Estado para privilegiar outro projeto com menor impacto ambiental violava a cláusula da nação mais favorecida. Esta estava prevista no BIT firmado entre a Lituânia e a Noruega, país de nacionalidade da empresa.<sup>144</sup>

O Tribunal, no entanto, entendeu que um projeto de investimento mais interessante para a proteção ambiental pode justificar sim a preterição de outro, sem que isso viole a cláusula da nação mais favorecida ou do tratamento nacional. Além disso, consignou que o investidor deve exercer a devida diligência para estruturar seus investimentos de modo a garantir que ele possa se adaptar as potenciais mudanças da legislação protetiva ao meio ambiente. Julgou a lide, portanto, favorável a empresa.<sup>145</sup>

O caso *TECMED S.A v. México* (2000), por sua vez, foi levado ao ICSID pela empresa espanhola sob o argumento de que a não renovação da licença de operação do seu aterro de resíduos tóxicos configurava uma medida de expropriação indireta, violadora das cláusulas de tratamento justo e equitativo, e completa proteção previstas no BIT firmado ente o Estado demandado e o Estado de nacionalidade da empresa.<sup>146</sup>

A não renovação da licença da empresa, no entanto, havia se dado em razão da violação de normas ambientais por parte da empresa, bem como de pressões realizadas pela população que habitava próximo ao local. Essa pressão foi motivada pelo fato de o aterro ficar localizado a 8 km de distância da comunidade, quando a legislação ambiental exigia uma distância mínima de 25 km.<sup>147</sup>

Ao estabelecer as normas aplicáveis ao litígio, o Tribunal entendeu pela possibilidade de a arbitragem de investimento se valer de outros campos do direito internacional, tais como

---

<sup>144</sup> UNCTAD. Investment Dispute Settlement. *Parkerings Compagniet AA v. Republic Of Lithuania*. Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/201> >. Acesso em: 16 ago 2018.

<sup>145</sup> ICSID. *Parkerings Compagniet AA v. Republic Of Lithuania* (2007). Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>>. Acesso em: 11 Ago 2018, par. 333 e 392.

<sup>146</sup> UNCTAD. Investment Dispute Settlement. *Tecmed v. Mexico*. Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/45>>. Acesso em: 16 ago 2018.

<sup>147</sup> ITALAW. *TECMED S.A v. México* (2003). Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>>. Acesso em: 12 de Ago de 2018, pars. 147, 160 e 162.

direitos humanos e direito ambiental, com vistas a interpretar os direitos e obrigações das partes estabelecidos nos BITs.

Com base nesse fundamento, para solucionar o caso, valeu-se do teste da proporcionalidade, estabelecido nos termos de precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos. Segundo os quais a medida estatal deve causar um dano ao investidor proporcional ao interesse público que busca tutelar.<sup>148</sup>

A partir desse teste, observando que as autoridades mexicanas reconheceram que a violação da legislação ambiental por parte da empresa foi de impacto reduzido, não comprometendo a saúde pública ou prejudicando o equilíbrio ecológico, o Tribunal entendeu que a não renovação da licença de operação da empresa era medida desproporcional. Portanto, julgou a demanda favoravelmente ao investidor, condenando o México a pagar à empresa indenização no montante de 5,5 milhões de dólares.<sup>149</sup>

Os casos examinados demonstram a percepção dos tribunais arbitrais acerca do conflito de interesse entre investidores e Estados que tomam medidas protetivas ao meio ambiente. Nenhum deles, no entanto enfrentam diretamente a questão da responsabilização das empresas por danos ambientais causados.

O caso que chega mais próximo a isso foi o caso Urbaser v. Argentina (2016). As circunstâncias fáticas desse caso se iniciam com um contrato de concessão firmado entre a empresa espanhola e a Argentina, contrato que tinha como objeto a prestação de serviços de saneamento básico e fornecimento de água para a população argentina.

Ocorre que a empresa falhou com a prestação dos serviços, possibilitando uma disseminação de água com alto nível de poluição e, até mesmo, uma crise de abastecimento, conjuntura na qual a Argentina expediu um Decreto determinando o fim do contrato de Concessão.<sup>150</sup>

A empresa então, valendo-se do BIT entre Argentina e Espanha, apresentou requerimento de instauração de arbitragem junto ao Tribunal do Banco Mundial, afirmando que essa medida equivalia a expropriação do seu investimento, motivo pelo qual requereu a condenação do Estado a indenizá-la.

A Argentina, por sua vez, apresentou reconvenção reivindicando que a empresa fosse condenada a indenizá-la por violação ao direito humano à água dos seus cidadãos.

---

<sup>148</sup> Ibid, par. 97.

<sup>149</sup> Ibid., pars. 124, 127, 130-132 e 201.

<sup>150</sup> ITALAW. **Urbaser S.A v. Republica da Argentina**. Disponível em: <[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf)>. Acesso em: 13 Ago 2018. Par. 68 e 952.

Pela primeira vez, o Tribunal do ICSID lidou com esse tipo de reconvenção e, no julgamento acerca de sua jurisdição, entendeu pela admissibilidade da ferramenta processual, com base no argumento de que a cláusula arbitral investidor-estado do BIT possibilitava a qualquer das partes, não apenas os investidores, a recorrer à arbitragem para solucionar qualquer demanda envolvendo o investimento.

No mérito, o Tribunal consignou que, as regras de direito internacional, das quais os direitos humanos são parte, não podem ser ignoradas quando do julgamento de uma demanda emergida através de um BIT, ainda mais quando o tratado prevê a sua aplicação. Pois, para o Tribunal, o direito do investimento internacional não forma um sistema jurídico fechado e criado estritamente para preservar os direitos do investidor.<sup>151</sup>

Assim, considerando que o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que o respeito aos DHs é um dever de todos, bem como que o direito internacional aceita a responsabilidade social das empresas enquanto *standard* de crucial importância para as multinacionais; o Tribunal entendeu que as empresas podem ser responsabilizadas pela violação de direitos humanos em disputas envolvendo investimentos.<sup>152</sup>

No mérito reconvenicional, a Corte Arbitral, com base no Comentário Geral nº 15 do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, consignou que o direito à água é um direito humano fundamental, consectário dos artigos 11 e 12 do Pacto sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais; direito esse que pode ser garantido por terceiros que assumam contratos com o Estado.<sup>153</sup>

Assim, o Tribunal ponderou que, diferentemente das obrigações negativas de direitos humanos, as obrigações positivas, como a de fornecer água, só podem ser titularizadas pelas empresas quando se responsabilizarem por essa obrigação positiva. Logo, dada a existência de um contrato de concessão entre o Estado e a empresa que tinha como objeto o fornecimento de água, a Corte entendeu que a empresa tinha a obrigação de garantir o direito humano à água dos cidadãos argentinos.

Nessa conjuntura, a Corte asseverou que a obrigação com relação ao referido DH advinha de uma norma nacional – o contrato –, e não diretamente da Convenção Internacional. Portanto, a obrigação de indenizar a população por violação a esse direito também deveria estar prevista na legislação interna da Argentina.

---

<sup>151</sup> ITALAW. **Urbaser S.A v. Republica da Arbentina**. Disponível em: <[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf)>. Acesso em: 13 Ago 2018. Par. 1197.

<sup>152</sup> Ibid., pars. 1195-1196.

<sup>153</sup> Ibid., par. 1197.

No entanto, o ICSID considerou que o Estado não demonstrou fundamento legal do direito dos cidadãos de pedir indenização pela violação do direito à água nem no âmbito interno nem no internacional, razão pela qual negou o pedido de indenização da empresa. A conclusão do caso foi então pela improcedência dos pedidos do Estado e da empresa e pela condenação de ambas em custas no valor total de aproximadamente 1,5 milhão.<sup>154</sup>

## 5. CRÍTICAS AOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS INSTAURADOS A PARTIR DE CLÁUSULAS INVESTIDOR-ESTADO

As críticas direcionadas à arbitragem de investimento advém de diversas fontes, desde fontes governamentais, doutrina independente, ONGS internacionais e até mesmo da própria ONU. Nesse contexto, em 2012, o Observatório Europeu de Empresas, em inglês *Corporate Europe Observatory* - CEO, lançou um relatório que teve como conclusão uma síntese das principais críticas direcionadas à arbitragem de investimento.<sup>155</sup>

De forma geral, o relatório constatou que a arbitragem de investimento tem sido operacionalizada como uma indústria lucrativa para entes privados, construída com base em uma ilusão de neutralidade.

Tal conclusão foi fundamentada em 6 fatores: 1) os procedimentos arbitrais custam para os Estados em média 8 milhões de dólares; 2) os árbitros que julgam os litígios consistem em uma pequena elite formada por 15 árbitros; 3) o emprego de uma linguagem vaga nos acordos de investimentos bilaterais; 4) a tendência dos árbitros de abordar o direito do investimento internacional sob um ponto de vista essencialmente comercial; 5) a impossibilidade de o Estado demandar da empresa através do mecanismo arbitral; e, por fim, 6) a possibilidade de financiamento da arbitragem por terceiros. Passa-se, então, a discutir acerca de cada um desses pontos.

1) Analisando os casos arbitrados pelo ICSID, a OCDE observou que os custos da arbitragem investidor-estado variavam entre 8 e 30 milhões de dólares.<sup>156</sup> Nesse ponto, deve-se observar que o artigo 61.2 da Convenção do ICSID estabelece que, caso as partes não estipulem em sentido contrário, o tribunal arbitral deverá decidir como e por quem as despesas

---

<sup>154</sup> Ibid., pars. 1220.

<sup>155</sup> OECD (2012) **Investor-State Dispute Settlement**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2018. P. 70 – 73.

<sup>156</sup> OECD (2012) **Investor-State Dispute Settlement**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2018. p. 18.

com o procedimento deverão ser pagas. Assim, é possível que, mesmo vitorioso no procedimento, o Estado seja obrigado a arcar com altas custas, foi o que ocorreu no caso *Urbaser v. Argentina*, em que o Estado teve de pagar custas no valor de 637.292,57 dólares. Essa questão dos custos excessivos foi confirmada pela UNCTAD no documento intitulado *Investment Policy Framework for Sustainable Development*.

2) Cerca de 55% do total de casos envolvendo arbitragem de investimento prevista em acordos bilaterais, inclusive os casos envolvendo maior pedido de indenização, foi julgado por 15 árbitros, a maioria deles de nacionalidade norte-americana.<sup>157</sup>

Apesar desse dado significativo, o fato é que as normas processuais aplicáveis a arbitragem confere as partes o poder de escolherem os árbitros que desejem, independentemente de estes estarem incluídos no painel de árbitros da instituição.<sup>158</sup> O único requisito é que esse árbitro seja uma pessoa de um caráter de “alta moral” e reconhecida competência nos campos de direito, comercio, indústria ou finanças, e tenha independência no julgamento.<sup>159</sup>

Apesar dessa limitação, observa-se, novamente, a liberdade das partes em um primeiro momento para escolher os árbitros e, em um segundo momento, se essa liberdade não for exercida em um prazo determinado, o poder de escolha passa ao tribunal.

3) O relatório da CEO aponta para o problema concernente a linguagem vaga e as lacunas dos acordos de investimentos bilaterais.<sup>160</sup> Nesse ponto, importante observar que a falta de uma definição precisa do que vem a ser investimento é um indicativo relevante da pertinência das asserções da CEO. Elas são também confirmadas pelas *umbrella clauses* que possibilitam aos investidores questionarem qualquer medida regulatória estatal que tenha efeito sobre os seus investimentos.

4) Casos como o *Chevron e Texaco vs. Equador* de 2009 apontam para uma maior inclinação dos árbitros na adoção de argumentos mais centralizados no campo comercial do que em outros que tutelam o interesse público, vez que os direitos da população afetada não foram, sequer, discutidos.<sup>161</sup> Essa percepção é fortalecida ao constatar a limitação estabelecida

---

<sup>157</sup> CEO. **Profiting from injustice**. 2012. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2018, p. 42.

<sup>158</sup> Cf. artigos 38 a 40 da Convenção do ICSID.

<sup>159</sup> Cf. artigo 14 da Convenção do ICSID.

<sup>160</sup> CEO. **Profiting from injustice**. 2012. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>>. Acesso em: 09 ago 2018, p. 28.

<sup>161</sup> PUBLIC CITIZEN ORG. **Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies**. 2016. Disponível em: <[https://www.google.com.br/search?q=Case+Studies%3A+Investor-State+Attacks+on+Public+Interest+Policies4&rlz=1C1CHBD\\_pt-PTBR792BR792&oq=Case+Studies%3A+Investor-State+Attacks+on+Public+Interest+Policies4&aqs=chrome..69i57.1194j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.br/search?q=Case+Studies%3A+Investor-State+Attacks+on+Public+Interest+Policies4&rlz=1C1CHBD_pt-PTBR792BR792&oq=Case+Studies%3A+Investor-State+Attacks+on+Public+Interest+Policies4&aqs=chrome..69i57.1194j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)>. Acesso em: 10 ago 2018.



pelo artigo 14.1 da Convenção do ICSID no sentido de que o árbitro selecionado deve ter reconhecida competência nos campos de direito, comércio, indústria ou finanças (artigo 14 da Convenção do ICSID). Observa-se que restrição semelhante não é feita no Regulamento da CACCI.

5) Na atual sistemática jurídica do investimento internacional, baseada essencialmente nos acordos de investimento e no regulamento interno das instituições arbitrais, os Estados não podem iniciar procedimentos arbitrais contra os investidores, vez que o consentimento arbitral por parte do investidor só é dado, em regra, quando ele demanda junto ao sistema.<sup>162</sup>

No entanto, não existe nenhuma restrição quanto a possibilidade de o Estado demandar dos investidores na Convenção do ICSID, tampouco no regulamento da CACCI e na Lei Modelo. Essa restrição tampouco é prevista expressamente nos acordos de investimento ou nos contratos entre investidor e Estado.

Além disso, no caso *Urbaser v. Argentina* o tribunal aceitou uma reconvenção por parte do Estado demandado, na qual requeria a indenização da empresa pela má performance do investimento que culminou na violação do direito à água dos seus cidadãos.

6) Apesar do financiamento da arbitragem por terceiros ser uma realidade latente, existindo inclusive *sites* de empresas especializadas nessas apostas<sup>163</sup>, nem a Convenção do ICSID, tampouco o regulamento da CACCI ou a Lei Modelo possuem sequer uma menção a essa questão. Parece ser, no entanto, um consenso nos precedentes dos Tribunais Arbitrais a aceitabilidade desse fenômeno, como ocorreu nos casos *S & T Oil Equipment and Machinery Ltd. v. Romenia*<sup>164</sup> e *Chevron e Texaco v. Equador*<sup>165</sup>.

Os Estados, em regra, a partir dos acordos de investimento, não possuem legitimidade para demandar dos investidores, não podendo, por isso ganhar qualquer tipo de indenização, diferentemente dos investidores que em 61% dos casos encerram o procedimento com uma indenização milionária.<sup>166</sup> Logo, o financiamento por terceiros acaba sendo possível apenas para as empresas e não para os Estados, motivo pelo qual acaba funcionando enquanto uma

---

<sup>162</sup> CASSELL, Douglas; RAMASASTRY, Anita. White Paper: **Options For a Treaty on Business and Human Rights** (2016). In: Notre Dame Journal of International & Comparative Law. Vol. 6. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4> >. Acesso em: 10 ago 2018.

<sup>163</sup> Por exemplo: <https://www.claimtrading.com/>.

<sup>164</sup> TORTEROLA, Ignacio. **Third Party Funding in International Investment Arbitration**. Disponível em: < [http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Tortorola\\_Third%20Party%20Funding%20in%20Arbitration.pdf](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Tortorola_Third%20Party%20Funding%20in%20Arbitration.pdf) >. Acesso em: 10 ago 2018.

<sup>165</sup> CEO. **Profiting from injustice**. 2012. Disponível em: < <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf> >. Acesso em: 09 ago 2018, p. 60.

<sup>166</sup> CASSELL, Douglas; RAMASASTRY, Anita. White Paper: **Options For a Treaty on Business and Human Rights** (2016). In: Notre Dame Journal of International & Comparative Law. Vol. 6. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4> >. Acesso em: 10 ago 2018.

ferramenta que desequilibra a relação processual das partes, incentivando um maior número de demandas contra os Estados.

Nessa conjuntura, uma questão digna de destaque está relacionada ao fato de que os regulamentos das instituições arbitrais preverem requisitos para aferir a independência e imparcialidade dos árbitros apenas com relação às partes. Destarte, tais normas não incidem, a priori, com relação aqueles que financiam a arbitragem, as partes, na realidade, sequer são obrigadas a revelarem se estão ou não sendo beneficiárias desses financiamentos.<sup>167</sup>

Observadas as questões suscitadas, com base no relatório da CEO, é possível constatar, na prática, uma disparidade de armas entre os Estados e os Investidores na arbitragem de investimento. No entanto, conforme foi suscitado, no plano teórico, as normas que incidem sobre os acordos de investimento bilateral e sobre a própria arbitragem de investimento oferecem aos Estados ferramentas para equilibrar essa relação.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico se propôs a indicar se a cláusula arbitral investidor-estado poderia auxiliar na responsabilização das multinacionais por danos ambientais decorrentes da execução do investimento internacional.

Após analisar: i) as normas internacionais de proteção ao meio ambiente; ii) as regras processuais e materiais aplicáveis à arbitragem de investimento; iii) o tratamento dado pelas cortes arbitrais aos casos envolvendo matéria ambiental; e, por fim v) as principais críticas realizadas à arbitragem de investimento; chegou-se à conclusão de que as, em regra, as cláusulas de arbitragem investidor-estado possibilitam a responsabilização das multinacionais por danos ambientais.

É fato que, atualmente, segundo a doutrina, com base nos regulamentos processuais aplicáveis à AII, as cláusulas arbitrais investidor-estado não apenas podem, quanto devem estabelecer as principais normas aplicáveis ao procedimento. Portanto, questões como direito material, especialidade dos árbitros, cabimento de reconvenção, *amicus curiae* e divisão das custas processuais podem ser determinadas nessas cláusulas.

No entanto, caso essas questões não sejam devidamente estipuladas nas cláusulas, os árbitros terão ampla liberdade para defini-las e ditar as regras do jogo. Com base nos casos

---

<sup>167</sup> CHANGE LAW. ICSID's Amendment Process (2016). Disponível em: <<https://changearbitration.com/2018/02/third-party-funding-disclosure-icsid/>>. Acesso em: 10 ago 2018.

julgados pelo ICSID, no entanto, essa liberdade fica limitada em razão da incidência das normas de direito interno dos Estados e do Direito Internacional Geral.

Essa limitação imposta pela Convenção de Washington tem o efeito de possibilitar que as normas internacionais com caráter de *hard law* sobre direito ambiental, sobre costume internacional e direitos humanos, incidam no procedimento peremptoriamente. Portanto, é viável a aplicação dos princípios da precaução e do poluidor pagador, bem como a CLC, de modo a responsabilizar as empresas pelos danos ambientais causados.

Entretanto, conforme os casos práticos examinados, os tribunais arbitrais não costumam aplicar essas normas, restringindo o julgamento a questões mais comerciais e as próprias disposições dos acordos de investimento. Verificando essa posição central dos acordos para a arbitragem de investimento, constata-se que a forma mais viável de equilibrar o procedimento é através das próprias estipulações desses acordos.

Nessa conjuntura, para que a arbitragem seja realmente um caminho viável e aconselhável para a responsabilização das multinacionais, é necessário que as cláusulas de arbitragem investidor-estado sejam repensadas. Notadamente no tocante a legislação material cabível, especialidade dos árbitros, cabimento de reconvenção, obrigação de as partes informarem acerca da existência de financiamento por terceiros e *amicus curiae*.

A determinação da legislação material aplicável é essencial na medida em que as partes poderiam determinar a incidência das normas internacionais que estabelecem a responsabilidade das empresas por danos ambientais, como é o caso da CLC, da Declaração Universal de Direitos Humanos, dos princípios da precaução e do poluidor pagador, das Diretrizes da OCDE para Multinacionais e dos Princípios Gerais da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos.

As duas últimas normas mencionadas, apesar de não possuírem caráter de *hard law*, quando previstas na cláusula arbitral investidor-estado, passam a ser cobertas pelo manto do princípio geral de direito internacional do *pacta sunt servanda*. Logo, passam a ser vinculante para os contratantes.

A melhor definição da especialidade dos árbitros, já na cláusula arbitral, faz-se necessária na medida em que, atualmente, a maioria desses agentes tem formação voltada para direito comercial, não havendo, portanto, qualquer indício de que eles conheçam suficientemente a legislação internacional protetora do meio ambiente para fazê-la incidir adequadamente no litígio. Portanto, seria aconselhável indicar nas cláusulas a necessidade de que os árbitros deverão ser especializados em direito ambiental ou direitos humanos.

Para evitar discussões acerca do cabimento ou não de reconvenção no procedimento, os Estados deveriam deixar consignado nas cláusulas arbitrais dos BITs, assim como dos contratos firmados com os investidores, que a reconvenção é cabível no procedimento. Essa estipulação incentivaria as empresas a ponderar melhor a probabilidade de vitória, dado que, caso o Estado possua alguma matéria de direito a reclamar em face da empresa, poderá fazê-lo através do próprio procedimento arbitral.

Destarte, com as estipulações acima descritas na cláusula arbitral, o Estado passaria a ter, de forma mais evidente, a possibilidade de ganhar algo através do procedimento, razão pela qual o financiamento do Estado passaria a ser mais atrativo aos terceiros que costumam financiar as partes da AII.

No entanto, esse financiamento recebido, seja pela empresa, seja pelo Estado, não poderia ficar oculto, dado que, conforme ressaltado pela pesquisa da CEO, essa ocultação impediria a aferição acerca da imparcialidade desses árbitros com relação aos financiadores, o que, novamente, desequilibraria a relação. Por esse motivo, revela-se essencial a estipulação na cláusula que obrigue as partes a serem transparentes com relação a terceiros que as financiem.

Em que pese haver precedentes dos tribunais arbitrais no sentido de aceitar a figura do *amicus curiae*, quando a população é atingida pela operação decorrente do investimento, como no caso Urbaser e em outros envolvendo questões ambientais; existem também precedentes em sentido contrário, como no caso Chevron e Texaco.

Logo, para evitar a insegurança jurídica proporcionada por esses entendimentos conflitantes, seria aconselhável estipular na cláusula arbitral que a participação de *amicus curiae* será sempre aceita quando a população for atingida pelo dano ambiental. A participação desses interessados, tem o evidente escopo de possibilitar o aprofundamento da discussão acerca da extensão do dano sobre a população afetada.

Não se defende aqui que essas medidas seriam suficientes para retirar a arbitragem de investimento da crise de legitimidade que ela enfrenta, tampouco que a responsabilização das multinacionais por lesões aos recursos naturais passaria a ser um resultado certo dessa equação. Não obstante, percebe-se, principalmente através do caso Urbaser v. Argentina, uma tendência dos tribunais no sentido de considerar as lesões aos recursos naturais e o direito da população a eles.

Conciliada essa tendência com a crise que a arbitragem de investimento vem sofrendo, percebe-se que a remodelação das cláusulas arbitrais investidor-estado pode ser uma forma de descobrir uma nova funcionalidade para esse sistema. E essa funcionalidade pode ser

justamente responsabilizar as multinacionais pelos danos ambientais causados em decorrência da execução dos seus investimentos.

## REFERÊNCIAS

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

BBC. **Chevron é multada em R\$ 13 bilhões por poluição no Equador**. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/02/110214\\_chevron\\_equador\\_pai.shtml](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/02/110214_chevron_equador_pai.shtml)>. Acesso em: 16 ago 2018.

BEYERLIN, Ulrich. Different Types of Norms in International Environmental Law. In: **Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.441.

BLACKABY, Nigel et al. **International Arbitration**. Oxford University Press: Nova York. 2009, p. 1.

BRASIL. **Decreto nº 1.335 de 30/12/1994**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D1335impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1335impressao.htm)>. Acesso em: 13 de ago de 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.311 de 23 de junho de 2002**. Promulga a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm) . Acesso em: 08 ago 2018.  
WORLD BANK GROUP. ICSID CONVENTION, October 14, 1966. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx> >. Acesso em: 08 ago 2017.

BRASIL. **Decreto nº 1.530, de 22 de julho de 2005**. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Brasília, Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1530.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 79.437 de 28 de março de 2005**. Promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. Brasília, Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem . Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm) > . Acesso em: 05 ago 2018.

BODANSKY et al. Mapping the field. In: **The Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007.

CÂMARA. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 26/06/1945**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes->

[permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html](http://permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/EstCortIntJust.html)>. Acesso em: 14 ago 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente. In: **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027por.pdf> >. Acesso em: 14 Ago 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Atlas. 2009., P. 14

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASSELL, Douglas; RAMASASTRY, Anita. **White Paper: Options For a Treaty on Business and Human Rights (2016)**. In: Notre Dame Journal of International & Comparative Law. Vol. 6. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol6/iss1/4> >. Acesso em: 10 ago 2018, p.14

CCI. Regulamento de Arbitragem. 2017. Disponível em: < <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf> >. Acesso em: 09 ago 2018.

CrEDH. **Hatton and others v. United Kingdom**, ECHR decision of 8 th July 2003. Disponível em: < <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-788265-805159&filename=003-788265-805159.pdf> > Acesso em: 16 ago 2018.

CEO. **Profiting from injustice**. 2012. Disponível em: < <https://www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf> >. Acesso em: 09 ago 2018.

CHANGE LAW. **ICSID's Amendment Process** (2016). Disponível em: < <https://changarbitration.com/2018/02/third-party-funding-disclosure-icsid/> >. Acesso em: 10 ago 2018.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro**. 2010. Juruá: Curitiba.

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.

DOLINGER, JACOB; TIRBUCIO, Carmem. **Direito Internacional Privado**. 14º ed. Forense: Rio de Janeiro. 2017.

DUPUY, Pierre-Marie. Customary Law and General Principles. In: **Oxford Handbook of International Environmental Law**. OxfordUniversity: New York. 2007., p.454.

FRANCK, Susan D. **The ICSID Effect? Considering Potential Variation in Arbitration Awards**. Disponível em: < <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/411/> > Acesso em: 16 ago 2018.

FITZMAURICE, Malgosia A. International Protection of the Environment. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. (2001).

FITZMAURICE, Malgosia. International Responsibility And Liability. In: Bodansky, Daniel. **The Oxford Handbook Of International Environmental Law**. New York: Oxford, 2010.

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://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014\\_01.pdf](http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014_01.pdf) >. Acesso em: 30 jul 2018.

G1. **MPF denuncia 22 pessoas e quatro empresas por desastre em Mariana**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/10/mpf-denuncia-26-pessoas-por-rompimento-da-barragem-da-samarco.html> >. Acesso em: 16 ago 2018.

HORN, Norbert. **Arbitration and the Protection of Foreign Investment**: concepts and means. In: Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th (Oxford University Press 2009).

ICJ. **Factory of Chorzów**, 13 September 1928, series A, n°17. Disponível em: < [http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_09/28\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Competence\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf) > Acesso em: 16 ago 2018.

ICSID. **The ICSID Caseload statistics 2018**. Disponível em: < [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf) [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf#page=19](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf#page=19) >. Acesso em: 09 ago 2018.

IIS. **Case N°17, Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area** (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Advisory opinion, 1 st Feb. 2011. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgement of 20 th April 2010. Disponível em: < [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_17/adv\\_op\\_010211.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/adv_op_010211.pdf) >. Acesso em: 16 ago 2018.

ITALAW. **S.D. Myers, Inc. v. Canada**, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000 (NAFTA). Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf> >. Acesso em: 16 ago 2018.

ITALAW. **Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador**, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-23. Disponível em: < <https://www.italaw.com/cases/257> >. Acesso em: 08 ago 2018.

ITALAW. **TECMED S.A v. México (2003)**. Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf> >. Acesso em: 12 de Ago de 2018.

ITALAW. **Urbaser S.A v. Republica da Argentina**. Disponível em: < [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf) >. Acesso em: 13 Ago 2018.

ITALAW. **Parkerings Compagniet AA v. Republic Of Lithuania** (2007). Disponível em: < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf> >. Acesso em: 11 Ago 2018.

JOB, Ulisses da Silveira. **OMC Multilateralismo e Desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2011.

LUÍS, Daniel Tavela. **Proteção do Investimento Estrangeiro: o sistema do centro internacional para a resolução de disputas relativas ao investimento internacional e suas alternativas**. 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 63 e 64.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **International Litigation and State Liability for Environmental Damages: Recent Evolutions and Perspectives**. Jiunn-rong Yeh. Climate Change Liability and Beyond, National Taiwan University Press, 2017. Disponível em: < <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01675506/document> >. Acesso em: 16 ago 2018.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Direito marítimo internacional: da responsabilidade internacional pelos danos causados ao meio ambiente marinho**. Verba Juris ano 7, n. 7, jan./dez. 2008, p. 261.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: A gestão ambiental em foco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 7ª edição. p. 1119.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Sobre as Diretrizes da OCDE e o PNC Brasil**. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/ponto-de-contato-nacional> >. Acesso em: 02 ago 2018.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do Procedimento Arbitral**. Disponível em: < [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese\\_FINAL\\_4.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/publico/tese_FINAL_4.pdf) >. Acesso em: 08 ago 2018.

MUELLER, Holger. **The Adoption of the UNCITRAL Model Law by The Federal Republic of Germany in the Light of British Columbia's Experiences**. 1994. 254 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ubc, Vancouver, 1994. Disponível em: < <https://open.library.ubc.ca/> >. Acesso em: 13 ago. 2018.. Pags. 18 e 19.

OECD. **Guidelines for Multinational Enterprises**. OECD Publishing. Disponível em: < <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> >. Acesso em 02 ago 2018.

OHCHR. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10/12/1948**. Disponível em: < [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) >. Acesso em: 14 ago 2018.

OHCHR. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. 2011. Disponível em: < [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf) >. Acesso em: 02 ago 2018.



ONU. **Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Resultado da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 3 a 4 junho de 1992. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 04 ago 2018.

ONU. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act**. 2001. Disponível em: < [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 14 ago 2018.

RODRIGUES, André Mondaine. **Análise do Regime da Convenção Internacional Sobre Responsabilidade Civil Pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos em Transportes Marítimos**. Revista Jurídica Luso-brasileira, Lisboa, v. 3, n. 1, p.875-910, mar. 2015. P. 459 e 504.

RUGGIE, John. **Report of the Special Representative of the Secretary general in charge of the question of human rights and transnational societies and other companies**, 21 mars 2011, A/HRC/17/31. Disponível em: < [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31\\_AEV.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf)> Acesso em: 16 ago 2018.

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**. 2015. 188 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 101.

TORTEROLA, Ignacio. **Third Party Funding in International Investment Arbitration**. Disponível em: < [http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Torterola\\_Third%20Party%20Funding%20in%20Arbitration.pdf](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Torterola_Third%20Party%20Funding%20in%20Arbitration.pdf)>. Acesso em: 10 ago 2018.

UNCTAD. **Acordo Entre O Governo Da República Federativa Do Brasil E O Governo Da República Do Chile Para A Promoção E A Proteção Recíproca De Investimentos**. Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/505>>. Acesso em: 15 ago 2018.

UNCTAD. ESCOBAR, Alejandro A. **Requirements Ratione Materiae**. Disponível em: < [http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add4_en.pdf)> Acesso em: 16 ago 2018.

UNCTAD. **Investment Policy Framework for Sustainable Development**. Disponível em: < [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf)>. Acesso em: 16 ago 2018.

UNCITRAL. **Lei Modelo 2010**. Disponível em: < <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>. Acesso em 08 ago 2018.

UNCTAD. **Economic Sector and Subsector**. Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByEconomicSector>>. Acesso em: 16 ago 2018.

UNCTAD. **Investment Dispute Settlement. Parkerings Compagniet AA v. Republic Of Lithuania.** Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/201> >. Acesso em: 16 ago 2018.

UNCTAD. **Investment Dispute Settlement. Tecmed v. Mexico.** Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/45>>. Acesso em: 16 ago 2018.

VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direito Humano ao Meio Ambiente Sadio. In: Direitos Humanos de Solidariedade: Avanços e Impasses.** Appris: 2013, p. 117.

VICENTE, Dário Moura. Arbitragem de Investimento: a convenção do ICSID e os Tratados Bilaterais. Disponível em: < <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf> >. Acesso em: 08 ago 2018. P. 756-757

WILLIAMS QC, David AR. **Jurisdiction and Admissibility.** Oxford University: New York. 2012