

Arbitragem de investimentos e o meio ambiente: reflexões sobre o caso Ethyl Corporation v. Canadá*

Investment Arbitration and the environment: reflections on the Ethyl Corporation v. Canada case

Patrícia Maria da Silva Gomes**

Resumo

Frequentemente nos deparamos com críticas às arbitragens de investimentos, notadamente quando envolvem temas de manifesto interesse público, como o meio ambiente e a saúde, por exemplo. Neste artigo, optou-se por abordar o assunto com base em um caso concreto envolvendo questões ambientais, a arbitragem *Ethyl Corporation v. Canadá*. Nesse sentido, foram analisadas algumas medidas adotadas para que as empresas multinacionais não abusem de sua capacidade postulatória em arbitragem de investimentos. Além disso, discutiram-se, ainda, os meios escolhidos pelas organizações internacionais e pelas instituições arbitrais para um aprimoramento da arbitragem de investimentos na busca por um equilíbrio entre os interesses públicos e privados. Considerando-se a repercussão do tema, regularmente alvo de debates entre internacionalistas, economistas e estudiosos da arbitragem, o presente estudo se justifica em razão da necessidade de adoção de normas protetivas ao meio ambiente nas arbitragens de investimentos.

Palavras-chave: Arbitragem de investimentos. Interesse público. Meio ambiente. NAFTA. Solução de controvérsias.

Abstract

We are repeatedly faced with criticisms of investment arbitrations, especially when involve issues of manifest public interest, such as the environment and health. In this article, we chose to approach the subject from a concrete case involving environmental issues, the arbitration *Ethyl Corporation v. Canada*. In this sense, we analyzed some measures adopted so that multinational companies do not abuse their capacity to practice law in investment arbitration. In addition, it was also discussed the means chosen by the international organizations and the arbitral institutions for an improvement of the investment arbitration in the search for a balance between the public and private interests. Considering the repercussion of the subject, which constantly come back in debate between internationalists, economists and scholars of arbitration, the present study is justified due to the need of adoption of protective norms to the environment in the investment arbitrations.

* Recebido em 15/01/2019
Aprovado em 07/02/2019

** Advogada. Professora. Mestra em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo (USP) e Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro da Young International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Membro da Young International Arbitration Group of London Court of International Arbitration (YIAG - LCIA).
Email: patriciamsgomes@yahoo.com.br

Keywords: Investment arbitration. Public interest. Environment. NAFTA. Dispute Settlement.

1 Introdução

As inúmeras vantagens da arbitragem internacional estimularam a intensificação de sua utilização como meio de resolução de disputas. Dentre as principais vantagens, estão a celeridade, a flexibilidade procedimental, a especialização dos árbitros na matéria em litígio, a confidencialidade, a possibilidade de escolha da lei aplicável, do procedimento, do idioma e da sede da arbitragem.

Outra vantagem é a neutralidade *juris tantum* dos tribunais arbitrais internacionais, que não estão a serviço do Poder Judiciário dos países originários das partes. Ademais, há relativa facilidade para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras em função da alta adesão dos países à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, conhecida como a Convenção de Nova Iorque de 1958.

Noutro norte, paralelamente ao rol de elogios à arbitragem internacional, há uma infinidade de críticas do terceiro setor, da sociedade civil e de diversos Estados à arbitragem de investimentos. Dentre as críticas mais comuns, podemos citar a afirmação de que as questões jurídicas com maiores impactos em arbitragens de investimentos são decididas por um tribunal secreto, em um procedimento confidencial, que é desconhecido e distante do público.

Outra crítica comum diz respeito à percepção de que os árbitros não são representantes das populações afetadas por suas decisões. Além disso, sabe-se que a grande maioria dos tribunais arbitrais de investimento é composta por um grupo pequeno de homens brancos originários de países desenvolvidos. Ressaltam-se também as notícias de casos de corrupção em arbitragens.

Outrossim, a arbitragem de investimentos também é criticada pela suposta falta de neutralidade dos julgadores, que se materializaria na tendência de alguns árbitros decidirem os casos sistematicamente a favor dos investidores e outros, por sua vez, julgarem a favor dos Estados receptores de investimentos.

Há notícias de árbitros que são indicados repetidas vezes pelo mesmo escritório para decidir sobre o

mesmo tema, e que dão ganho de causa para a mesma parte (investidor ou Estado receptor de investimentos). Nomeações como essas podem fragilizar a confiança na imparcialidade e independência do árbitro, o que pode levar até mesmo a uma quebra da confiança do próprio ICSID (*International Center for Settlement of Investment Disputes*).¹

No que tange às críticas referentes à situação dos Estados, sabe-se que, no Direito Internacional dos Investimentos, “a maioria dos acordos de proteção dos investimentos prevê a arbitragem entre investidores e Estados”.² Essa cláusula de arbitragem investidor-Estado traduz-se, na verdade, na concretização do poder das multinacionais, uma vez que as coloca numa situação de vantagem em relação aos Estados receptores dos investimentos. É o que se verifica, por exemplo, diante de um choque entre o poder regulatório do Estado e a proteção dos investimentos, pois, consoante Nitish Monebhurrurrun, pode-se dizer que as multinacionais gozam de:

[...] uma proteção ampla garantida pelos acordos relativos aos investimentos, uma gama de princípios invocáveis para garantir essa proteção, a capacidade de iniciar uma arbitragem – ao contrário dos Estados que sempre atuam como réus. Em muitos casos, há um conflito potencial entre este poder de polícia para reger o interesse público e o engajamento estatal de proteger o interesse privado dos investidores.³

Os críticos mais radicais chegam a afirmar que, embora os Estados ratifiquem, voluntariamente, os acordos de investimentos contendo cláusula arbitral investidor-Estado, essa arbitragem ofenderia a soberania dos Estados. Ainda, há quem afirme que os procedimentos de arbitragem internacional de investimentos são desencadeados pela iniciativa e influência de alguns poucos grandes escritórios de advocacia, que o fariam com o objetivo de se enriquecer às custas dos Estados. Algumas dessas críticas serviram para a implementação de importantes reformas na disciplina internacional da arbitragem de investimentos.

¹ GIRAUD, Vanessa. The problem of repeat arbitrators in investment arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*, 1 set. 2014. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/09/01/the-problem-of-repeat-arbitrators-in-investment-arbitration/>. Acesso em: 21 abr. 2015.

² MONEBHURRUN, Nithish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015. p. 12.

³ MONEBHURRUN, Nithish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015. p. 11.

O presente estudo tem por objetivo a análise da possibilidade de o Estado ser demandado e condenado em sede de arbitragem de investimentos por ter adotado, no exercício de seu *jus imperii*, políticas públicas legítimas e protetivas da população relativamente a questões sensíveis como o meio ambiente e a saúde, à luz do caso *Ethyl Corporation v. Canadá*. Trata-se da possibilidade, por exemplo, de o Estado ser demandado por proibir a presença de um composto nocivo à saúde e ao meio ambiente na gasolina,⁴ por iniciar uma política de desativação de usinas nucleares,⁵ ou por editar legislação que visa a inibir o consumo do cigarro.⁶

Para melhor contextualização do assunto, serão abordados, ainda, aspectos do Capítulo XI do NAFTA (*North American Free Trade Agreement* ou Tratado Norte-Americano de Livre Comércio), bloco formado pelos países da América do Norte (Estados Unidos, Canadá e México).

Esse estudo se justifica tendo em vista que o terceiro setor, a sociedade civil e alguns países têm expressado um sentimento de injustiça generalizado com a penalização dos Estados, em sede de arbitragens de investimentos, em razão da adoção de normas protetivas ao meio ambiente. O tema também é alvo de debates entre os internacionalistas e os arbitralistas e as críticas serão abordadas a partir dos comentários dispensados à arbitragem *Ethyl Corporation v. Canadá*, ocorrida na década de 1990 sob o *North American Free Trade Agreement* (NAFTA).

2 Arbitragem de investimentos pelo Capítulo XI do NAFTA

O Capítulo XI do NAFTA estabelece um mecanismo para a solução de disputas entre investidores e Estados-parte do NAFTA em relação a investimentos. Suas principais características são:

- a) a proibição de requerimentos de desempenho para autorização de IED (Investimento Estrangeiro Direto), tanto para políticas do governo central como para aquelas das unidades subnacionais;
- b) a proteção ao investidor estrangeiro contra tratamento discriminatório, em particular em caso de desapropriação;
- c) a permissão para que contenciosos entre empresas e Estado possam ser decididos por arbitragem internacional; e
- d) as restrições aos investimentos externos no setor do petróleo no México.⁷

Esse capítulo proíbe o tratamento discriminatório e a expropriação sem a compensação. Desse modo, confere aos investidores que, porventura, sintam-se prejudicados, a possibilidade de procurar uma arbitragem de efeito vinculante. É importante observar que a maior parte dos casos que invocam o Capítulo XI do NAFTA envolvem questões ambientais.⁸

Os princípios norteadores do capítulo em análise são os do tratamento nacional e da nação mais favorecida, previstos nos arts. 1.102 e 1.103. Por esses princípios, entende-se que os Estados-partes não podem tratar com diferença os investimentos estrangeiros e nacionais, bem como também não se pode conferir tratamento diferenciado a outros países sem que o benefício seja igualmente oferecido aos demais membros do bloco.⁹

As controvérsias, inclusive a escolhida como paradigma neste trabalho, surgiram a partir da aplicação de padrões ambientais mais rigorosos por parte do Estado-parte do bloco receptor do investimento de empresas de outros Estados-membros. Essa situação permite interpretação no sentido de um tratamento discriminatório contra o investimento estrangeiro e ainda com expropriação pela redução dos lucros ou impedimento ao exercício da atividade.

É importante notar que o art. 1.120 do NAFTA estabelece três alternativas para a arbitragem de investi-

⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, arbitragem de investimentos sob o NAFTA. Sentença arbitral de 3 ago. 2005.

⁵ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

⁶ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, arbitragem de investimentos em curso administrada pela Permanent Court of Arbitration; e *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7.

⁷ SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. O Brasil e a experiência do NAFTA. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (orgs.). *A regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 183.

⁸ KANAS, Vera Sterman. A proteção ambiental no NAFTA. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 251.

⁹ CHEREM, Mônica Teresa. Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA). In: BARRAL, Welber (org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 197.

mentos, de modo que tanto a Convenção do ICSID (arbitragem realizada em Washington), quanto as regras da UNCITRAL e do ICSID *Additional Facility Rules* podem ser utilizadas como regras processuais para a solução arbitral da controvérsia. Inclusive, no caso escolhido como paradigma nesse trabalho, optou-se pela utilização das regras da UNCITRAL.

A arbitragem que envolveu a empresa norte-americana *Ethyl Corporation* e o Canadá é considerada uma das primeiras controvérsias com base no Capítulo XI do NAFTA, razão pelo qual foi escolhido como paradigma para o desenvolvimento deste artigo.

3 Resumo dos fatos

Em 17 de dezembro de 1992, Estados Unidos, Canadá e México firmaram o Acordo Constitutivo do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) criando uma organização internacional regional de vocação econômica com o objetivo de estabelecer uma zona de livre comércio que entrou em vigor em de janeiro de 1994.

Um dos propósitos do NAFTA, enquanto tratado, constitui a criação de procedimentos eficazes para o seu cumprimento e para a resolução de disputas decorrentes de sua aplicação. Para tanto, seu Acordo Constitutivo possui um regime geral de resolução de disputas (previsto no Capítulo XX), um regime específico para disputas relativas a *antidumping* (previsto no Capítulo XIX) e um terceiro regime para a solução de disputas que tem por objeto investimentos internacionais, previsto no Capítulo XI.¹⁰ Esse último é o foco desse trabalho e permite que um investidor submeta disputas de arbitragem no ICSID, ante o mecanismo complementar do ICSID ou sob o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (Artigo 1.120).

No momento da entrada em vigor do NAFTA, havia, de um lado, uma grande expectativa de efetiva cooperação entre Estados em diferentes níveis de desenvolvimento, de inclusão econômica regional do México, e de aumento do fluxo de capitais entre os Estados-membros. Por outro lado, muitos temiam que o NAFTA pudesse se tornar em uma forma adicional de os Estados Unidos e as empresas estadunidenses exercerem

sua hegemonia política e econômica sobre o Canadá e o México. É exatamente nesse contexto geopolítico sensível que se passa a arbitragem de investimentos *Ethyl Corporation v. Canadá*.

A *Ethyl Corporation* é uma empresa estadunidense que atua no ramo de combustíveis que produz e distribui, dentre outros, o tricarbonil metilciclopentadienil manganês, conhecido pela sigla em inglês MMT. O MMT é um aditivo de gasolina que traria o benefício de aumentar a sua octanagem¹¹, logo, melhoraria o desempenho dos carros. O uso do MMT como aditivo de gasolina foi proibido em alguns países e em alguns estados dos Estados Unidos devido a fortes indícios de riscos à saúde e ao meio ambiente.

Em meados da década de 90, o Canadá também tomou a decisão política de proibir o uso do MMT como aditivo de gasolina. Entretanto, a legislação ambiental canadense à época não permitia a proibição total da produção e distribuição do MMT em solo canadense, em razão da incerteza científica sobre a seus reais malefícios.¹²

Considerando-se que uma quantidade significativa do MMT distribuído no Canadá era importada, o Poder Legislativo canadense decidiu editar uma legislação que vedasse a importação dessa substância. A *Ethyl Corporation*, única acionista da *Ethyl Canada, Inc.*, exportava grandes volumes de MMT para essa sua subsidiária canadense e, evidentemente, essa legislação lhe causaria perda de receitas.

Em 19 de maio de 1995, foi levado ao Parlamento canadense o Projeto de Lei C-94, que não foi aprovado. Posteriormente, esse Projeto foi novamente levado ao Parlamento em 22 de abril de 1996 como C-29. Prevendo a sua aprovação, a *Ethyl Corporation* apresentou um aviso de intenção de requerimento de arbitragem em 10 de setembro de 1996, nos termos do artigo 1.119 do NAFTA. Além disso, representantes da *Ethyl Corporation* fizeram lobby contra a aprovação do Projeto de Lei, mas foi aprovado pelo Senado em 9 de abril de 1997.

Na sequência, em 14 de abril de 1997, a *Ethyl Corporation* requereu instauração de arbitragem sob o Re-

¹⁰ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 15. ed. Madri: Tecnos, 2008. p. 804-805.

¹¹ ETHYL Corporation v. The Government of Canada, Decision and Award, 28 November 1997 and 24 June 1998 In: VAN DEN BERG, Albert. *Yearbook commercial arbitration 1999*. v. 24. Kluwer Law International, 1999, p. 211-235.

¹² Posteriormente, essa legislação foi reformada para permitir a adoção de medidas ambientais com base no princípio da precaução, ademais do princípio da prevenção.

gulamento de Arbitragem da UNCITRAL, conforme o Artigo 1120 (1) (c) do NAFTA. A empresa considerou a atitude canadense como expropriação de seus investimentos, e deu início a arbitragem com base no Capítulo XI do NAFTA requerendo USD 250 milhões a título de perdas e danos. O Projeto de Lei recebeu o consentimento real no dia 25 de abril, e entrou em vigor em 24 de junho de 1997.¹³

4 Relato do caso

4.1 Argumentos das partes e decisão do Tribunal Arbitral sobre a sede da arbitragem

Com relação à sede da arbitragem, a *Ethyl* propôs que a arbitragem fosse realizada em Nova York ou em Washington, todavia o governo canadense solicitou que o procedimento se realizasse em Ottawa, capital do Canadá ou Toronto, cidade na qual a *Ethyl* possui escritório.

Nos termos do art. 16, § 1º, da UNCITRAL, cabe ao Tribunal Arbitral a determinação do local da realização da arbitragem. Já a doutrina *forum conveniens*, utilizada nos casos de conflito de jurisdição, estabelece que o foro apropriado é a jurisdição que possui maior conexão com a ação e as partes envolvidas de modo a desencorajar o *forum shopping*. Por sua vez, o Capítulo XX do NAFTA determina que o procedimento deve se dar na capital da parte contra quem se interpôs o processo.

Em 28 de novembro de 1997, o Tribunal Arbitral se manifestou determinando que a arbitragem seria realizada em Toronto, local que entendeu guardar maior conexão com a disputa.

4.2 Argumentos das partes sobre a jurisdição e o mérito

Em 22 de abril de 1996, quando o projeto de lei foi levado ao parlamento pela segunda vez, a *Ethyl* se sentiu ameaçada e logo apresentou a Notificação de Intenção de Arbitragem com base no Capítulo XI do NAFTA, com a escolha pela aplicação das regras da UNCITRAL.

A empresa alegou que a medida tomada pelo governo canadense incorreu nas seguintes violações: (i) violou o artigo 1.102 do NAFTA, que proíbe o tratamento discriminatório aos investidores no país, pois, conforme regra do tratamento nacional, o NAFTA garante que cada parte deverá fornecer tratamento não menos favorável do que o conferido aos nacionais; (ii) consequentemente, violou também o art. 1106, sobre a proibição dos requisitos de desempenho, que são as obrigações impostas pelo Estado ao investidor que privilegiam o mercado interno, que entendeu ferir o livre comércio; (iii) violou o art. 1110 sobre a proibição de “expropriação”, no sentido de que com esta lei a *Ethyl* sofreria perdas e danos envolvendo o valor da fábrica que instalou no Canadá, as vendas futuras (lucros cessantes) e a sua reputação.

Por sua vez, em sua defesa, o governo canadense trouxe as seguintes alegações: (i) as medidas tomadas não guardam relação com a matéria de investimentos, razão pela qual o Tribunal não teria jurisdição; (ii) a *Ethyl* violou o artigo 1.120, pois não observou o período de 6 meses para submeter a reclamação à arbitragem, tendo em vista que enviou a notificação de intenção de arbitragem antes da aprovação da lei; (iii) a empresa não entregou a autorização e renúncia por escrito, o que violou o artigo 1.121 do NAFTA; (iv) alegou, ainda, que a *Ethyl* acrescentou novos requerimentos não contidos na Notificação de Arbitragem; e, por fim, (v) afirmou que o capítulo XI do NAFTA não trata da compensação exigida a título de possíveis danos sofridos fora do Canadá.

4.3 Decisão do Tribunal Arbitral sobre a jurisdição

Em 24 de junho de 1998, o Tribunal Arbitral fixou sua jurisdição e reconheceu tratar-se de litígio em matéria de investimentos. O fundamento da decisão se baseou no reconhecimento da *Ethyl Corporation* como empresa investidora no Canadá. Entendeu-se que o artigo 1.120 não pode ser interpretado de modo a privar a jurisdição do tribunal, além de também entender pela flexibilização dos 6 meses no caso concreto.

Com relação à flexibilização do período de 6 meses, o Tribunal Arbitral destacou que essa regra tem por objetivo conferir tempo para que se resolva o impasse amigavelmente. Além disso, entendeu que, independentemente do *status* da lei C-29, já estava sendo analisada há 7 meses e em breve o *MMT Act* entraria em vigor.

¹³ ETHYL Corporation v. The Government of Canada, Award, 24 June 1998. *Journal of International Arbitration*, v. 16, n. 3, p. 149-150, 1999.

Ademais, com relação à alegação de violação do artigo 1.121, os árbitros concluíram que a autorização e a renúncia por escrito são irrelevantes para o caso, de modo que não seria suficiente para retirar a jurisdição do tribunal, pois o próprio início da arbitragem já pode ser considerado um consentimento.

Por fim, no que tange à alegação do Canadá sobre os novos requerimentos não contidos na Notificação de Arbitragem, o Tribunal afirmou que, com base nos artigos 3 e 18 da UNCITRAL, é possível que os pedidos sejam elaborados mais detalhadamente.

Por fim, as partes optaram por firmar um acordo no valor de US\$ 13 milhões e o governo canadense foi obrigado a publicar uma declaração afirmando não haver evidências de que o MMT teria efeitos tóxicos.

5 Ponderações sobre arbitragem de investimentos e direito ambiental

O caso da *Ethyl*, analisado neste estudo, deu origem a um precedente segundo o qual o NAFTA assegura o direito de submeter uma demanda à arbitragem por qualquer perda causada por uma medida equivalente à expropriação de seu investimento a uma empresa de um dos Estados-membros que invista em outro país também membro do bloco.

O Capítulo XI do NAFTA conferiu às empresas a capacidade de processar os governos com a finalidade de obter indenização em tribunais internacionais. Essa situação cria um constrangimento ao Estado que está tentando proteger, por exemplo, a saúde pública. Como se viu no caso apresentado, o governo do Canadá se preocupou com o risco significativo à saúde da população causado pela emissão de MMT. Esse conflito de interesses entre os investidores privados e as políticas públicas ambientais tornou-se uma ameaça à proteção do meio ambiente.

O caso *Ethyl* é criticável, principalmente, por criar um precedente no sentido de impor que o governo de um Estado-membro deve compensar os investidores estrangeiros de países-membros do bloco sempre que as leis locais protetivas da saúde pública e do meio ambiente interferirem, negativamente, nos negócios dos investidores dentro desse território.

Ademais, nas palavras de Roberto Andrade, a crise ecológica mundial é um fator de desestabilização de

interesses econômicos, constituindo uma fonte permanente de conflitos.¹⁴ O direito ambiental, portanto, não deixará de ser um tema constante nos litígios internacionais, inclusive sob a ótica do conceito de desenvolvimento sustentável, que inevitavelmente surgiu com o choque entre as preocupações econômicas e ambientais.

Por vezes, os países em desenvolvimento, em situação econômica precária, propositalmente elaboram legislações ambientais, sanitárias e trabalhistas menos rígidas, com o objetivo de atrair uma maior quantidade de investimentos internacionais por parte de empresas que perderam mercado com o fortalecimento dessa legislação nos países desenvolvidos.¹⁵ Claramente, esse não é o caso do Canadá que, como se viu, buscava implementar uma legislação protetiva do meio ambiente com repercussão negativa nos investimentos recebidos da *Ethyl Corporation*.

As disposições legais de proteção de investimentos excessivamente amplas geram uma proliferação indesejada de demandas.¹⁶ Nesse sentido, sugere-se que os países se resguardem juridicamente para que possam adotar medidas que protejam seus recursos naturais de investidores estrangeiros. Tornou-se comum, nos tratados internacionais de investimentos, prever que nenhuma disposição protetiva de investimentos poderá ser interpretada como impeditiva de medidas que visem a preservar o meio ambiente. É o caso, por exemplo, do artigo 1.114 do NAFTA,¹⁷ e do artigo 12 do *2012 U.S.*

¹⁴ ANDRADE, Roberto de Campos. Paz, segurança e desenvolvimento sustentável. In: AMARAL JR., Alberto do (coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 227.

¹⁵ A respeito da migração de indústrias para os chamados “paraísos de poluição”, *vid.* KANAS, Vera Sterman. Investimentos e meio ambiente. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHEZ, Michelle Rattan (coords.). *Regulação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 556 e ss.

¹⁶ “NAFTA experience shows that such broad investor protection provisions may have negative (and unwarranted) consequences, namely a proliferation of claims brought by investors against legitimate regulatory measures that somehow had an impact on their economic activities, often referred to as regulatory takings. Any future multilateral investment rules should aim at striking a careful balance between investment protection and legitimate regulatory objectives of host countries, both as regards the actual wording of the investment protection clauses and, perhaps even more importantly, with regard to any dispute settlement mechanism.” AMARASINHA, Stephan D.; KOKOTT, Juliane. Multilateral investment rules revisited. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008. p. 143.

¹⁷ No original em inglês: “Article 1.114: Environmental Measures 1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure

Model Bilateral Investment Treaty.

Esse tipo de cláusula está presente, apenas, nos tratados internacionais de investimentos posteriores à tomada de consciência ambiental em grande escala a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, e a subsequente projeção dessa consciência em instrumentos normativos.

A despeito dessa previsão, investidores demandam os Estados pela adoção de medidas protetivas ao meio ambiente. Há inúmeros casos de arbitragens de investimento do ICSID em matéria ambiental notadamente sobre questões relativas à gestão da água, mineração, e exploração de petróleo.

Além do caso *Ethyl Corporation v. Canadá*, diversas outras arbitragens tratam da temática da expropriação de investimentos em função de regulação ambiental. Outros casos dignos de nota são *Metalclad Corporation v. México*, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México*, *Methanex Corporation v. Estados Unidos*, *SD Myers, Inc. v. Canadá*, *Pope & Talbot, Inc. v. Canadá*, *Marvin Roy Feldman Karpa v. México*, e *Waste Management, Inc. v. México*.

É importante observar que não há uma uniformidade nas sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais nesses casos. Em alguns, o Estado foi condenado a indenizar o investidor, todavia, em tantos outros entendeu-se pelo não cabimento de indenização. O caso *Marvin Feldman v. México* é um exemplo de controvérsia na qual o tribunal decidiu pelo não cabimento de indenização. Nesse caso o tribunal arbitral afirmou:

os governos devem ser livres para agir no mais amplo interesse público, através da proteção do meio ambiente, de regimes fiscais novos ou modificados, da concessão ou retirada de subsídios governamentais, de reduções ou aumentos dos níveis tarifários, da imposição de restrições de zoneamento e afins.¹⁸

that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.”

¹⁸ No original em inglês: “governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zon-

Uma possível forma de se implementar uma uniformização das decisões em arbitragem de investimentos que envolvam questões ambientais e também prevenir o abuso da capacidade postulatória por parte dos investidores consiste em incorporar o conceito de sustentabilidade na definição de investimento tutelado.

Em matéria de arbitragem de investimentos, muitas discussões pairam sobre o próprio conceito de investimento. Algumas de suas linhas gerais mudaram com o passar do tempo e há particularidades do conceito em cada tratado internacional que o define. A incorporação de um elemento adicional que contribua para a verificação da existência de investimento (e, portanto, para a avaliação do cabimento de reparação), tal como a sustentabilidade, é plenamente justificável se a proteção ambiental constitui um fator importante para o Estado receptor de investimentos.

6 Considerações finais

As instituições internacionais atuantes na área de arbitragem têm se esforçado para fazer do debate sobre a arbitragem de investimentos um diálogo baseado em fatos e não em achismos e generalizações feitas com base em poucos casos isolados. Nesse sentido, em 20 de abril de 2015, a *International Bar Association* (IBA) publicou uma declaração que corrige informações imprecisas e distorcidas sobre a arbitragem de investimentos.¹⁹

Conforme mencionado no início deste trabalho, as organizações internacionais²⁰ e as instituições arbitrais

ing restrictions and the like”. Caso mencionado por REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008. p. 435.

¹⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). *Investor-state dispute settlement: the importance of an informed, fact-based debate*. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=1dff6284-e074-40ea-bf0c-f19949340b2f>. Acesso em: 15 jun. 2015.

²⁰ A propósito da relevância das organizações internacionais, veja-se SANCHEZ, Michelle Rattón. Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. In: AMARAL JR., Alberto do (coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 154: “Ainda que a atuação das organizações intergovernamentais esteja limitada pelas deliberações de seus membros, deve-se reconhecer que há uma parcela da atividade cotidiana que permite a flexibilidade das decisões da organização dentro desses limites e que tem grande influência no ambiente internacional. Assim, o papel desempenhado pelas organizações in-

estão tomando medidas para sanar algumas deficiências da arbitragem de investimentos apontadas pela crítica. As principais medidas trouxeram maior transparência e publicidade à arbitragem de investimentos, bem como permitiram a participação de organizações da sociedade civil e de setores afetados na qualidade de *amicus curiae*.

Em 31 de julho de 2001, a *Free Trade Commission* do NAFTA, um grupo formado pelos Ministros do Comércio dos três Estados-membros, emitiu nota interpretativa do acordo constitutivo que afirma não haver qualquer presunção de confidencialidade nas arbitragens do NAFTA. Nessa nota os três Estados do NAFTA se comprometem a conferir livre acesso aos documentos ao público, com exceções muito restritas, e se comprometem a fazer audiências públicas também.

A *Free Trade Commission* também previu, expressamente, a participação de *amicus curiae* nas arbitragens de investimentos. Nesse mesmo sentido, o regulamento de arbitragem do ICSID passou por diversas reformas que garantiram aos procedimentos arbitrais maior transparência e abertura a *amicus curiae*.

A ONU, por sua vez, recentemente abriu para assinatura, em 17 de março de 2015, a *United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*. Mais de uma dezena de países já assinaram essa Convenção, que determina a publicidade das informações básicas sobre os casos, audiências, e principais documentos tais como as decisões dos tribunais, as alegações das partes e as contribuições de terceiros.

A confidencialidade, que é citada como uma das grandes vantagens da arbitragem entre entes privados, tem sido deixada de lado nas disputas que envolvem questões de interesse público, como o meio ambiente e a saúde. Além disso, tem sido inserida uma definição de investimento que abarca a definição de sustentabilidade nos tratados que regulam o investimento internacional, de modo que o investimento a ser tutelado deve ser aquele que não cause danos ao meio ambiente.

Como alternativa para que a arbitragem de investimentos seja mais aceita, é preciso que se veiculem na mídia, para além da prática jurídica e do mundo acadêmico, informações sobre suas vantagens e sobre essas mudanças.

tergovernamentais no estabelecimento do discurso internacional torna-se cada vez mais importante para a estrutura do sistema. ”

Referências

AMARASINHA, Stephan D.; KOKOTT, Juliane. Multilateral investment rules revisited. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.

ANDRADE, Roberto de Campos. Paz, segurança e desenvolvimento sustentável. In: AMARAL JR., Alberto do (coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 227.

CHEREM, Mônica Teresa. Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA). In: BARRAL, Welber (org.). *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 197.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 15. ed. Madri: Tecnos, 2008.

ETHYL Corporation V. The Government Of Canada. Award, 24 June 1998. *Journal of International Arbitration*, v. 16, n. 3, p. 149-150, 1999.

ETHYL Corporation v. The Government of Canada, Decision and Award, 28 November 1997 and 24 June 1998 In: VAN DEN BERG, Albert. *Yearbook commercial arbitration 1999*. v. 24. Kluwer Law International, 1999. p. 211-235.

GIRAUD, Vanessa. The problem of repeat arbitrators in investment arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*. 1 set. 2014. Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2014/09/01/the-problem-of-repeat-arbitrators-in-investment-arbitration/>. Acesso em: 21 abr. 2015.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). *Investor-state dispute settlement: the importance of an informed, fact-based debate*. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=1dff6284-e074-40ea-bf0c-f19949340b2f>. Acesso em: 15 jun. 2015.

KANAS, Vera Sterman. A proteção ambiental no NAFTA. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 251.

KANAS, Vera Sterman. Investimentos e meio ambiente. In: AMARAL JR., Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (coords.). *Regulação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 553-583.

MAGNUSSON, Annette. A call from an arbitration activist. *Kluwer Arbitration Blog*. 22 set. 2014. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/09/23/a-call-from-an-arbitration-activist/>. Acesso em: 21 abr. 2015.

MONEBHURRUN, Nithish. Crônicas do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 12-14, 2015.

REINISCH, August. Expropriation. In: MÜCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford handbook of international investment law*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008. p. 431.

SANCHEZ, Michelle Ratton. Atores não-estatais e sua relação com a Organização Mundial do Comércio. In: AMARAL JR., Alberto do (coord.). *Direito do comércio internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 154.

SENNES, Ricardo Ubiraci; MENDES, Ricardo Camargo. O Brasil e a experiência do NAFTA. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton (orgs.). *A regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 183.