

# NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO ENTRE PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: A PROPOSITO DA PANDEMIA COVID-19

## NEED FOR A BALANCE BETWEEN PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENT AND PROTECTION OF PUBLIC HEALTH: ISSUES ARISING FROM THE COVID-19 PANDEMIC

Christian Carbajal Valenzuela

Wöss & Partners S. C., México

<https://orcid.org/0000-0002-2918-5550>

Luiza Adena Engers

Camara de Arbitragem Online Arbi-ON, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-3786-8327>

### Resumo

O Direito Internacional dos Investimentos e a Arbitragem de Investimentos, em particular, estão em fase de mudança e desafios, que serão acelerados como resultado das controvérsias que surgirão no contexto da pandemia COVID-19. Nos últimos anos, tanto os tratados de investimento quanto a jurisprudência arbitral sobre investimentos sofreram modificações de diversos tipos, a maioria delas no sentido de alcançar um maior equilíbrio entre a proteção dos investimentos e a proteção dos poderes regulatórios dos Estados, de acordo com a teoria da proporcionalidade. Recentemente foram emitidas importantes sentenças arbitrais que tiveram como tema central a proteção da saúde pública. Os casos COVID-19 conduzirão ainda mais essas mudanças. Este artigo tem como objetivo fornecer elementos de análise que permitam

aos investidores estrangeiros e aos Estados beneficiários saber o que pode ser esperado em matéria de arbitragem de investimentos e saúde pública, em tempos extraordinários de crise sanitária mundial.

**Palavras chave:** direito internacional dos investimentos, arbitragem de investimentos, faculdades regulatórias estatais, saúde pública, COVID-19.

### **Abstract**

International Investment Law, and Investment Arbitration in particular, are at a stage of change and challenge, which will be accelerated as a result of disputes that will arise as a result of the COVID-19 pandemic. In recent years, both, Investment Treaties and investment arbitral awards, have undergone changes of various kinds, most of them in terms of achieving a greater balance between the protection of investments and the protection of the regulatory powers of States, in accordance with the theory of proportionality. Important arbitral awards have recently been issued, which have had as its central theme the protection of public health. COVID-19 cases will further drive these changes. This article aims to provide some elements of analysis that may allow investors and Host States to know what can be expected in terms of investment arbitration and public health, in extraordinary times of international health crisis.

**Keywords:** International investment law, investment arbitration, state regulatory powers, public health, COVID-19.

## **1. Introdução**

Uma crise global, histórica, sem precedentes no passado mais recente, uma pandemia que está marcando as gerações que a ela tentam sobreviver. Algo característico desta pandemia é a diversidade de manifestações de opiniões individuais alavancadas pelas redes sociais e pela mídia. Ouve-se de alguns que a crise une as pessoas e talvez seja verdade, em alguns aspectos. Mas fato é que a pandemia causada pelo COVID-19 está, também, afastando-as e sendo

alvo de muita polêmica, desde passaporte da imunidade<sup>1</sup> a infecção experimental de humanos para estudos clínicos<sup>2</sup> e o próprio isolamento social<sup>3</sup>.

Criou-se no mundo um cenário de saúde pública vs. economia e como reação, os Estados adotam, na maioria dos casos de boa fé, medidas econômicas para mitigar os danos às economias nacionais. Existe o risco que decisões demasiado protecionistas sejam tomadas sob a suposta (e suspeita) justificativa de proteção à saúde pública. Desta maneira, *stakeholders* importantes para o desenvolvimento do país, os investidores nacionais e estrangeiros, podem ser prejudicados.

Quando os Estados têm interesse em ser atrativos aos investimentos estrangeiros e Estados interessados em proteger os investimentos de seus próprios nacionais no exterior, os termos dessa relação são incluídos em Tratados de Investimento Estrangeiro, mais especificamente em Tratados Bilaterais de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos dos anos 80s e 90s (BITs) ou, mais recentemente, em Tratados de Livre Comércio (Capítulos de Investimento dos TLCs) de 2005 em diante.

A relação entre os investidores estrangeiros e os Estados receptores de investimento tem evoluído ao longo do tempo, assim como o conteúdo dos Tratados Internacionais e das sentenças arbitrais de investimento, na procura de um maior equilíbrio entre os interesses privados e os interesses públicos envolvidos neste tipo de controvérsias. A pandemia COVID-19, que naturalmente gera medidas estatais radicais e urgentes em proteção da saúde pública (que poderiam ser consideradas legítimas ou eventualmente violatorias de Tratados), sem dúvida terá um grande impacto no Direito Internacional dos Investimentos, tanto no aspecto normativo como nas próprias decisões arbitrais. O presente artigo pretende explicar este contexto de mudanças normativas e jurisprudenciais e aquilo que podem esperar os investidores e os Estados receptores de investimento neste novo cenário imprevisível para todos.

---

1 Algumas pessoas fariam um teste para verificar a existência de anticorpos do vírus e receberiam o passaporte da imunidade, que as autoriza a não respeitar restrições impostas às pessoas de risco. Tamara Gil, «Coronavírus: o que é a polêmica proposta do 'passaporte de imunidade' da covid-19», *BBC News Brasil* (23 de abril de 2020), <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52398538>

2 Esper Kallás, «A polêmica sobre a infecção experimental de humanos para estudos clínicos», *Folha de São Paulo*, <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/esper-kallas/2020/05/a-polemica-sobre-a-infeccao-experimental-de-humanos-para-estudos-clinicos.shtml> (acessado em 7 de maio de 2020).

3 Anderson Machado, «Pelo menos 6 capitais registram atos a favor de Bolsonaro e contra isolamento social», *Gazeta do Povo* (19 de abril de 2020), [www.gazetadopovo.com.br/república/manifestacoes-isolamento-capitais/](http://www.gazetadopovo.com.br/república/manifestacoes-isolamento-capitais/)

## **2. Objetivos e interesses em conflito no direito internacional dos investimentos e na arbitragem internacional: proteção do investimento estrangeiro vs. proteção das faculdades regulatórias estatais**

Os BITs normalmente envolvem dois países e resolvem questões materiais e processuais de investimento estrangeiro. Os TLCs, por sua vez, são assinados por dois, três ou mais países, direcionam-se de modo mais amplo às relações comerciais internacionais e possuem um capítulo específico sobre investimento estrangeiro, que além de incorporar a estrutura dos BITs, ao mesmo tempo, apresentam uma série de regulações que procuram um maior equilíbrio entre os direitos dos investidores e as faculdades regulatórias estatais, assim como diversas exceções ao tratamento tradicional e liberal ao investimento estrangeiro, próprio dos BITs.

Com algumas particularidades, os BITs e os Capítulos de Investimento dos TLCs<sup>4</sup>: a) prevêm a ilegalidade da expropriação direta ou indireta, nos casos que não cumpram determinados requisitos; b) requerem que o Estado trate aos investidores estrangeiros de maneira justa, conforme ao princípio de Tratamento Justo e Equitativo, providencie segurança física e jurídica e proíba tratamento arbitrário e discriminatório; c) estabelecem direitos e deveres de investidores e Estados, sendo principalmente considerados os direitos dos investidores e deveres dos Estados nos BITs originais, sendo os TLCs, como já foi mencionado, mais equilibrados na consideração dos direitos e deveres de ambas partes.

Apesar da tentativa dos Tratados de Investimento de prever futuras situações danosas às relações comerciais e de investimento, a pandemia mundial não foi uma delas, fato evidentemente extraordinário e imprevisível, pelo menos na escala e nas dimensões em que se apresentou. Neste sentido, ainda que haja a possibilidade de alegar força maior ou estado de necessidade, as consequências da pandemia são incertas, inclusive no que se refere à solução das futuras controvérsias de investimento relacionadas à COVID-19.

O impacto da pandemia nas relações de investimento, sejam contratuais ou não contratuais, é grande e não se sabe ao certo de que forma os prováveis conflitos serão resolvidos. Nos casos contratuais em que as relações se torna-

---

4 Chang-fa Lo, «A comparison of BITs and the investment chapter of free trade agreements from policy perspective», *Asian Journal WTO & International Health Law & Policy* 3 (2008): 154-162, <https://ssrn.com/abstract=1140626>

ram demasiado onerosas, impraticáveis, não recomendáveis ou impossíveis em razão da COVID-19, pode-se buscar amparo nas cláusulas de força maior ou em outras situações excepcionais previstas pelo Direito Internacional. O horizonte de possibilidades dependerá da redação da cláusula, poderá variar entre revisão dos termos, relativização das obrigações ou exclusão das responsabilidades das partes.

Para invocar a ocorrência de força maior, necessita-se a comprovação do nexos causal entre a pandemia e a inexecução do acordo. De todo modo, a análise deve ser feita caso a caso, visto que a situação de cada país e setor é muito particular.

Mesmo com todas as situações históricas vistas até o momento, é difícil prever como os conflitos decorrentes das medidas estatais durante a pandemia causada pelo COVID-19 serão resolvidos. Contudo, nesta compreensão, mostra-se válido o exame das medidas estatais adotadas em nome da saúde pública e dos diversos fatores que as circundam.

A medida de isolamento social tem o objetivo de reter a propagação do vírus. Então, como é uma medida preventiva básica, aceita historicamente e, ainda, por uma questão de responsabilidade global, supõe-se que a medida é proporcional pelo tamanho do risco. É difícil imaginar uma demanda arbitral de investimento que questione em forma direta as medidas de isolamento social.

Medidas mais intrusivas, como requisitos para abertura dos comércios essenciais, estatização de hospitais (Espanha<sup>5</sup>), confisco de máscaras (França<sup>6</sup>), convocação de empresas para fabricar respiradores e máscaras (EUA<sup>7</sup>), proibição de exportar respiradores (Índia<sup>8</sup>), maiores restrições ao investimento estrangeiro ou suspensão do direito de aquisição de ativos em setores considerados estratégicos nas atuais circunstâncias, tais como biotecnologia, seguros

---

5 Adam Payne, «Spain has nationalized all of its private hospitals as the country goes into coronavirus lockdown», *Business Insider* (16 de março de 2020), <https://www.businessinsider.com/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3>

6 John Paulin, «Coronavirus: French police seize 140,000 black market masks», *BBC News* (26 de abril de 2020), <https://www.bbc.com/news/world-europe-52430738>

7 Taylor Hatmaker, «White House says it is ordering more companies to make ventilators», *Techcrunch* (2 de abril de 2020), <https://techcrunch.com/2020/04/02/trump-coronavirus-dpa-gm-medtronic-resmed/>

8 Pamela Boykoff, Clare Sebastian y Valentina Di Donato, «In the race to secure medical supplies, countries ban or restrict exports», *CNN Business* (27 de março de 2020), <https://edition.cnn.com/2020/03/27/business/medical-supplies-export-ban/index.html>

médicos e infraestrutura (União Europeia, Japão, França e Itália<sup>9</sup>), repentina suspensão de atividades e restrições a projetos de energia renovável (eólica e solar) (México<sup>10</sup>) ou tratamentos diferenciados considerando critérios de nacionalidade, vão precisar de sólidas justificativas.

Caso estas medidas afetem projetos ou ativos de investidores estrangeiros e não forem justificadas ou devidamente compensadas, elas podem incorrer em violação de Tratados de Investimento por: a) constituir expropriações diretas ou indiretas sem compensação; b) violação do estándar internacional de tratamento justo & equitativo; c) violação do estándar internacional de proteção e segurança plena, física ou jurídica; d) proibição de arbitrariedade e discriminação; e) violação do estándar de tratamento nacional e f) violação da cláusula da nação mais favorecida.

Nestas circunstâncias excepcionais de pandemia mundial, muito provavelmente os Estados, caso sejam demandados, defenderão as medidas adotadas sobre a base de mecanismos e defesas próprias do Direito Internacional Consuetudinário, tais como, entre outros, o Estado de Necessidade, previsto no Art. 25 dos “Artigos de Nações Unidas sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Ilícitos Internacionais”<sup>11</sup>. Nesta situação, uma determinada medida estatal, ainda que seja contrária ao Direito Internacional, é a única medida possível e disponível para proteger um interesse essencial do Estado contra um perigo grave e iminente. Os Estados deverão provar que a medida questionada era efetivamente a única medida disponível para enfrentar o perigo grave e iminente e proteger com isso o interesse essencial, neste caso, a saúde pública. O maior ou menor grau de deferência ou margem de apreciação que os Tribunais Arbitrais outorguem aos Estados, na avaliação da medida adotada e a existência ou não de alternativas menos danosas (desde uma perspectiva contemporânea aos fatos e não ex-post), será fundamental na determinação da legitimidade ou ilegitimidade da medida estatal e impactará diretamente os resultados dos processos de investimento COVID-19.

---

9 Shearman & Sterling, «Covid & International Investment Protection», *Shearman & Sterling* (14 de abril de 2020), <https://www.shearman.com/perspectives/2020/04/covid-19-international-investment-protection>

10 Yeshua Ordaz, «Acuerdo energético de Cenace afecta 44 proyectos de energías renovables», *Milenio* (6 de mayo de 2020), <https://www.milenio.com/negocios/energetico-cenace-afecta-44-proyectos-energia-novable>

11 United Nations, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001* (United Nations, 2005), [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)

Importante ressaltar que uma crise seguida de medidas excepcionais de exclusão de responsabilidade não deve significar carta branca para os Estados. O *Columbia Center of Sustainable Investment* da Universidade de Columbia, NY, solicitou uma moratória imediata em todas as reivindicações arbitrais de corporações privadas contra governos sob Tratados de Investimento<sup>12</sup>. O Centro pediu, ademais, uma restrição permanente de todas as reivindicações arbitrais relacionadas às medidas governamentais direcionadas a proteger a saúde pública, a economia e as dimensões sociais da pandemia e seus efeitos. Esta atitude do Centro é em parte compreensível, pela enorme pressão que estão atualmente sofrendo os Estados, no entanto, é também razoável considerar que, ainda nas atuais circunstâncias excepcionais, uma absoluta falta de limites aos atos estatais e a não exigência de sua conformidade com o Direito Internacional, poderia abrir espaço para governos autoritários, aumentando o risco de medidas arbitrárias e discriminatórias sob pretexto de proteção à saúde pública.

Mostra-se válido também, na atual crise mundial de saúde pública e na procura de uma visão mais equilibrada, que tome em consideração de maneira adequada os interesses privados e públicos envolvidos neste tipo de controvérsias, uma análise aprofundada da forma em que a jurisprudência arbitral de investimento relaciona os Tratados de Proteção do Investimento Estrangeiro com outros Tratados Internacionais que protegem interesses públicos ou coletivos, tais como os Tratados de Direitos Humanos, Tratados para a Proteção da Saúde Pública, Tratados para a Proteção do Meio Ambiente, Tratados para a Proteção do Patrimônio Cultural da Humanidade, Tratados para o Controle da Contaminação e Mudança Climática, Tratados sobre Consultas e Direitos dos Povos Indígenas, entre outros. A relação entre os diferentes Tratados de Direito Internacional não tem sido necessariamente de harmonia, como se analisa a continuação.

---

12 Phil Bloomer, «Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response», *Columbia Center of Sustainable Development* (6 de maio de 2020), [http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/?utm\\_source=CCSI+Mailing+List&utm\\_campaign=3dca9f0160-GRASFI+2020+Moving+Online\\_COPY\\_02&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_a61bf1d34a-3dca9f0160-57374197](http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/?utm_source=CCSI+Mailing+List&utm_campaign=3dca9f0160-GRASFI+2020+Moving+Online_COPY_02&utm_medium=email&utm_term=0_a61bf1d34a-3dca9f0160-57374197)

### 3. Relação na jurisprudência arbitral entre os tratados bilaterais e multilaterais de proteção e promoção de investimentos e outros tratados de direito internacional

Inicialmente, especialmente nas controvérsias no marco dos BITs dos anos 80s e 90s, entendia-se que os árbitros não possuíam liberdade para analisar se Tratados Multilaterais de Proteção aos Direitos Humanos, ou relativos a outros interesses públicos ou coletivos, foram ou não desrespeitados, pois, em regra, deviam os árbitros se ater a julgar especificamente se os termos do BIT aplicável foram respeitados ou não. Esta situação está mudando, especialmente quando a norma aplicável é um Capítulo de Investimentos de um TLC dos anos 2005 em diante, como se mencionará a seguir.

Desde o fim da II Guerra Mundial, e fortalecido no século XXI, os Direitos Humanos têm ganhando visibilidade perante a comunidade internacional. No Direito Internacional Público a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) é considerada norma cogente. Isto é, tem caráter universal e irrenunciável.

No entanto, é possível dizer que no Direito Internacional dos Investimentos (por esta razão, nas relações entre investidores e Estados receptores) os direitos de terceira geração<sup>13</sup> começaram a receber certa atenção somente a partir dos anos 2000, com a negociação dos novos TLCs, mas desde então ainda de maneira incipiente nas sentenças arbitrais.

Pode-se argumentar que a característica de *jus cogens* da DUDH permite aos árbitros de investimento interpretar a favor dos direitos ali resguardados e em desfavor tanto do Estado como da entidade privada. Sobre a aplicação de outros Tratados de Direito Internacional, o artigo 31.3.c da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados menciona o seguinte: “3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: (...) c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”.

Ou seja, mesmo se não houver previsão no Tratado de Investimento aplicável da possibilidade de fundamentar a sentença arbitral com base em outras normas de Direito Internacional, o artigo transcrito permite interpretar o tratado sobre o qual o Tribunal Arbitral tem jurisdição com base em outras

---

13 Direitos de Terceira Geração são aqueles em matéria de Meio Ambiente (Tratados de MA), Direitos Humanos (Tratados de DDHH), Saúde Pública (Tratados OMS), Patrimônio Cultural da Humanidade (Tratados UNESCO), Propriedade Intelectual (Tratados OMPI) e Direito ao Desenvolvimento.



regras pertinentes de Direito Internacional. A isto devemos adicionar o fato que o Art. 41 (1) da Convenção Multilateral do CIADI menciona que a falta de eleição das partes sobre o direito aplicável, o Tribunal Arbitral aplicará o Direito doméstico e o Direito Internacional na solução da controversia, entendendo a possibilidade de considerar outros Tratados de Direito Internacional referidos a interesses públicos ou coletivos, não se restringindo aos relativos a investimento estrangeiro.

Pode-se questionar o conceito do termo “regras pertinentes” trazido pela Convenção de Viena de 1969 e que não são todos os Direitos da DUDH *jus cogens*. Mesmo assim, nota-se que há espaço para fundamentação legítima por parte dos árbitros com base em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, coletivos e difusos.

Mostra-se pertinente para o presente artigo um estudo da jurisprudência arbitral focado na relação entre os Tratados de Investimento e outros Tratados de Direito Internacional em matéria de Meio Ambiente, Direitos Humanos, Saúde Pública, Patrimônio Cultural da Humanidade, Direitos de Populações Indígenas, Propriedade Intelectual e Direito ao Desenvolvimento (genericamente mencionados como Tratados de Direitos Humanos e de Direitos de Terceira Geração), como passamos a analisar.

### **Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, 1992<sup>14</sup>**

O caso SPP (ME) vs. Egito se trata de um contrato realizado em setembro de 1974 entre Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (“SPP (ME)”) e a Egyptian General Organization for Tourism and Hotels (“EGOTH”, empresa pública sob controle do Ministério do Turismo Egípcio), para a construção de complexos turísticos próximos às pirâmides do Cairo, classificadas como Patrimônio Cultural da Humanidade pela UNESCO.

Em 1977, o projeto começou a enfrentar oposição à construção. Em março de 1978, o Ministério da Informação e Cultura decretou (Decree N° 90) que as áreas ao redor das pirâmides eram propriedade pública, com base na recomendação da Egyptian Antiquities Authority que confirmou a presença

---

14 Disponível em: Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/3300cases/3300com/cases/3300>

de relíquias no local. No dia seguinte, a General Organization for Investment of Arab Capital and Tax-Free Areas (GIA) retirou sua aprovação do projeto e em junho do mesmo ano o decreto presidencial N° 267 anulou o decreto presidencial anterior que permitia o uso dos arredores das pirâmides com fins turísticos.

No concernente à UNESCO, a Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural, de 1972, entrou em vigor em dezembro de 1975 e somente em 1979, nove meses depois do cancelamento do projeto, o Egito solicitou a inclusão das pirâmides de Giza à Dashur na lista de Patrimônio Cultural da Humanidade.

O Tribunal Arbitral decidiu que a Convenção sozinha não justifica o cancelamento do Projeto e não exclui o direito de indenização da SPP(ME)), como exposto a seguir: “In the Tribunal's view, the UNESCO Convention by itself does not justify the measures taken by the Respondent to cancel the project, nor does it exclude the Claimants' right to compensation”<sup>15</sup>.

Ainda, afirmou que a continuação das atividades após 1979 se tornariam ilegais do ponto de vista do Direito Internacional em razão da inclusão do sítio na lista da UNESCO, não liberando, por esse motivo, ao Estado egípcio, do dever de compensar.

De todo modo, o Decreto N° 90 de 1978 acima mencionado, fundamentou a estatização dos arredores das pirâmides na Lei N. 215 de 1951 para a Protecção de Monumentos e Antiguidades, que autorizava a expropriação para a proteção de relíquias.

Para tratar do direito à compensação da SPP (ME), o Tribunal Arbitral ressaltou que o Direito Egípcio e o Direito Internacional sobre expropriação declaram a existência da obrigação de indenizar. Ademais, o Tribunal mencionou outros casos para fundamentar sua decisão sobre o conceito *lato sensu* de “expropriação”.

Em 1992, os árbitros decidiram, então, que a SSP (ME) teria direito à compensação pela expropriação e indenização por perda de oportunidade. Não houve alegações referentes a lucros cesantes após o ano 1979, visto que a nomeação do sítio como Patrimônio Cultural exclui qualquer possibilidade da utilização destes para fins turísticos e comerciais.

---

15 SPP vs. Egito, sentença, parágrafo 154.

Percebe-se que as obrigações do país perante a Convenção da UNESCO de 1972 foram relevantes para determinar a ilegalidade da continuação das atividades, porém no conteúdo dos pedidos da requerente, o Tribunal se direcionou às normas nacionais e ao Direito Internacional aplicável.

### **Methanex Corporation (Canada) vs. United States of America, UNCITRAL, 2005<sup>16</sup>**

A empresa Methanex demandou compensação ao Estado da Califórnia por perdas em razão do banimento do aditivo de gasolina chamado éter metil-terc-butílico (MTBE) por meio da Califórnia Senate Bill 521, que decretou MTBE Public Health and Environment Protection Act of 1997.

A discussão principal é sobre a legitimidade ou não dos motivos que levaram o Estado da Califórnia a banir o produto químico sob supostas alegações de ser prejudicial à saúde pública e ao meio ambiente. De acordo com a empresa, o MTBE é um componente seguro, eficaz e econômico da gasolina e é o oxigenado de escolha “em mercados onde o comércio livre e justo é permitido”. Alega, também, que produz benefícios ambientais significativos e que não representa um risco para a saúde humana ou ao meio ambiente. O Estado, por sua vez, discorda.

As questões de saúde pública e ambientais são centrais ao caso, visto que as demandas concernem, principalmente, na alegada injusta escolha da permissão do etanol ao invés do metanol por motivos de dano à saúde pública e ao meio ambiente. A empresa alega que a decisão foi influenciada de modo ilegítimo por um dos maiores produtores de etanol dos EUA.

O Tribunal reconheceu o interesse público na matéria do caso no parágrafo 49 da Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, segue *ipsis literis*: “there is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. [...] The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions”<sup>17</sup>.

---

16 Disponível em: Methanex Corporation vs. United States of America, UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/683>

17 Methanex Corporations vs. USA, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, parágrafo 49.

Na sentença emitida em 2005, o Tribunal Arbitral analisou os motivos dos atos que baniram o uso de MTBE e, para tanto, consultaram os documentos sob os quais as leis contestadas se fundamentaram (relatórios da Universidade da Califórnia, opiniões técnicas e depoimentos em audiências públicas) e as petições dos *amici curiae*. Além disso, reconheceu-se expressamente o interesse público da matéria tratada.

No entanto, na sentença não foram trazidos à discussão Tratados Internacionais de Direitos Humanos ou de proteção ao meio ambiente, focalizando a discussão na violação ou não do Tratado NAFTA. Consideramos que era oportuno mencionar na sentença arbitral tratados internacionais de proteção ao meio ambiente e à saúde pública em razão da conexão com o tema do caso – qual seja, o potencial dano ao meio ambiente causado pelo produto químico MTBE.

### **Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, 2007<sup>18</sup>**

O Município de Vilnius, capital da Lituânia, realizou uma licitação para a construção de estacionamentos na cidade. Após algumas complicações, Parkerings iniciou procedimento de arbitragem contra a República da Lituânia e alegou, dentre outros, desrespeito ao tratamento justo<sup>19</sup> e equitativo e a cláusula da nação mais favorecida.

O Município justificou a escolha do projeto da Pinus Proprius ao invés do proposto pela Parkerings explicando que a construção seria menos invasiva à parte antiga da cidade, considerada patrimônio cultural da humanidade pela UNESCO.

O Tribunal Arbitral decidiu que os projetos não estavam em situações similares (*in like circumstances*), sendo assim, Parkerings falhou em comprovar o desrespeito aos princípios do Tratado Bilateral de Investimento entre o Governo da República da Lituânia e o Governo do Reino da Noruega de 1992. Nas palavras do Tribunal, “the historical and archaeological preservation and environmental protection could be, and in this case were, a justification for

---

18 Disponível em: Parkerings-Compagniet AS vs. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/812>

19 Um dos argumentos era a diferença entre o termo razoável e justo. No entanto o Tribunal considerou os termos sinônimos.

the refusal of the project”<sup>20</sup> e, por isso, não houve quebra do Tratado de Investimento.

Nota-se que a demarcação da UNESCO no concernente à cidade velha de Vilnius foi relevante para comprovar a diferença significativa entre os projetos apresentados e, com isso, constatar a não discriminação.

O Tribunal, de todo modo, não se desviou da sua jurisdição principal na análise dos direitos e obrigações das partes e dos argumentos e fatos trazidos, bem como das normas de Direito Internacional aplicáveis. Pode-se dizer, portanto, que as Convenções da UNESCO, principalmente a demarcação do local específico, foram relevantes mas não determinantes para a sentença.

### **Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, 2008**<sup>21</sup>

A situação de serviços de distribuição de água e tratamento de esgoto na cidade de Dar es Saleem, Tanzânia, era precária e como solução decidiu-se privatizar por meio de concessão.

O Tribunal Arbitral reconheceu o interesse público do assunto, inclusive fazendo referência ao caso *Methanex Corporations vs. USA*, em que os árbitros reconheceram a extensão dos problemas para além das questões comerciais<sup>22</sup>. Ressaltou, ademais, que em razão da qualificação do peticionário, esperava-se que fizesse referência a amplas questões políticas relacionadas ao desenvolvimento sustentável, meio ambiente, direitos humanos e política governamental<sup>23</sup>.

Na oportunidade, os *amici curiae* vincularam a conduta tanto das empresas quanto dos Estados às responsabilidades perante os Direitos Humanos. O Tribunal acatou argumentos pela proteção de Direitos Humanos, apesar de não ter citado Tratados Internacionais específicos, como exposto no parágrafo a seguir: “In fact, the Government, carrying the duty to provide access to water to its citizens, had to take action under its obligations under human rights

---

20 *Parkerings vs. Lituânia*, sentença, parágrafo 392.

21 Disponível em: *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/157>

22 *Biwater vs. Tanzânia*, Ordem Procedimental N° 5, parágrafo 51.

23 *Biwater Gauff vs. Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Procedural Order 5, 2 February 2007, para 64.

law to ensure access to water for its citizens. In this light, terminating the agreement cannot be found to be a breach of a contract whose very purpose was to promote and enhance the achievement of human rights”<sup>24</sup>.

Neste sentido, a decisão do Tribunal foi influenciada pelas petições de *amicus curiae* e pela necessidade de proteção aos Direitos Humanos, especificamente, o direito à água potável. Contudo, não foi utilizado nenhum instrumento de Direitos Humanos para o fundamento da sentença arbitral, concentrando-se na análise do BIT Tanzânia – Reino Unido.

### **Glamis Gold, Ltd. vs. The United States of America, UNCITRAL, 2009<sup>25</sup>**

No caso Glamis Gold vs. United States, uma empresa de mineração canadense contestou certas medidas de proteção ambiental e cultural adotadas pelo governo da Califórnia em relação à sua mina de carvão e à comunidade Quechan, sobre a base do Tratado NAFTA.

A própria Nação Indígena Quechan apresentou petição de *amicus curiae* na qual expôs a relevância e a sensibilidade do problema com base na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

No entanto, no parágrafo 8 da decisão, o Tribunal Arbitral estabeleceu seu dever de restringir a sua decisão aos problemas a eles apresentados, declarando ter a ciência da expectativa de entidades públicas e privadas em razão ao que se refere ao direito ambiental e aos direitos dos povos indígenas: “First, a tribunal should confine its decision to the issues presented by the dispute before it. The Tribunal is aware that the decision in this proceeding has been awaited by private and public entities concerned with environmental regulation, the interests of indigenous peoples, and the tension sometimes seen between private rights in property and the need of the State to regulate the use of property”<sup>26</sup>.

As questões de interesse público foram discutidas profundamente, contudo, não foi demandado ao Tribunal Arbitral para decidir tais questões, de modo que confinou sua decisão aos problemas apresentados.

---

24 Biwater vs. Tanzânia, sentença, parágrafo 387.

25 Disponível em: Glamis Gold, Ltd. vs. The United States of America, UNCITRAL. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/487>

26 Glamis Gold vs. USA, sentença, parágrafo 8.

Ademais, no mesmo parágrafo, o Tribunal demonstrou apreço pelas petições de *amicus curiae* apresentadas, porém as questões sobre as quais o Tribunal possui jurisdição não alcançam os problemas por elas levantados, transcrito a seguir: “In this case, the Tribunal appreciates the thoughtful submissions made by a varied group of interested non-parties who, in all circumstances, acted with the utmost respect for the proceedings and Parties. Given the Tribunal’s holdings, however, the Tribunal does not reach the particular issues addressed by these submissions”<sup>27</sup>.

E apesar da decisão ter sido em favor do Estado, a justificativa foi com fundamento ligado às questões relativas à proteção de investimentos no NAFTA e não em Tratados Multilaterais de Proteção aos Direitos Humanos ou Ambientais.

### **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, 2015**<sup>28</sup>

Em 1993, os Solicitantes fizeram investimentos em uma concessão para distribuição de água e tratamento de esgoto em Buenos Aires e arredores pelo prazo de 30 anos, durante o qual receberiam os valores das tarifas pelos serviços.

Em 2000, a Argentina começou a passar por sérias dificuldades políticas e econômicas que resultariam na pior crise econômica da sua história. Uma das medidas de emergência foi a anulação do câmbio fixo do dólar, que estava 1 peso para 1 dólar americano, o que causou enorme desvalorização no peso.

O país proibiu o aumento do preço dos valores cobrados pelos serviços prestados tornando impossível para a empresa honrar suas dívidas, alcançar equilíbrio financeiro, cumprir suas responsabilidades e gerar retorno sobre os investimentos, de acordo ao mencionado pelo investidor. Além disso, o país exigia o cumprimento da concessão, emitindo multas na impossibilidade de o fazer.

Ao final de 2005, a empresa pediu a rescisão contratual, mas o país negou. Somente em 2006, por violações aos padrões da qualidade da água, a concessão foi terminada.

---

<sup>27</sup> Glamis Gold vs. USA, sentença, parágrafo 8.

<sup>28</sup> Disponível em: Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA vs. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (formerly Aguas Argentinas, SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Vivendi Universal, SA vs. Argentine Re. Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/1057>

O Tribunal aceitou a submissão de petições de *amicus curiae* em razão do interesse público da discussão. Segundo os árbitros, a disputa não é somente sobre um contrato, mas sobre o serviço de distribuição de água e saneamento básico e envolve complexas questões de Direito Internacional, inclusive Direitos Humanos<sup>29</sup>.

Na Ordem Procedimental em resposta ao pedido de cinco organizações não governamentais para submeter petições de *amicus curiae* o Tribunal defendeu a relevância da intervenção dos *amici* em razão da importância da matéria e da própria sentença para a formação do Direito Internacional. Segue *ipsis literis*:

“Even if its decision is limited to ruling on a monetary claim, to make such a ruling the Tribunal will have to assess the international responsibility of Argentina. In this respect, it will have to consider matters involving the provision of “basic public services to millions of people”. To do so, it may have to resolve “complex public and international law questions, **including human rights considerations**” (Order of May 19, 2005, para. 19). It is true that the forthcoming decision will not be binding on the current operator of the water and sewage system of Buenos Aires. It may nonetheless have an impact on how that system should and will be operated. More generally, because of the high stakes in this arbitration and the wide publicity of ICSID awards, one cannot rule out that the forthcoming decision may have some influence on how governments and foreign investor operators of the water industry approach concessions and interact when faced with difficulties. **As a result, the Tribunal concludes that this case continues to present sufficient aspects of public interest to justify an amicus submission** even after the discontinuance of the proceeding with respect to AASA”<sup>30</sup> [grifo nosso].

No parágrafo transcrito acima, os árbitros iluminam a importância das decisões do Tribunal Arbitral para as milhões de pessoas consumidoras dos serviços das empresas, para as futuras prestações de serviços públicos semelhantes e para o impacto global nas relações entre governos e investidores

---

29 “Those systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations.” Paragraph 19 of *Aguas Argentinas et al. vs. Argentina*, Order in response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae*, ICSID Case No. ARB/03/19 (19 May 2005).

30 Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to make an *amicus curiae* Submission, p. 18, ICSID Case No. ARB/03/19 (12 Feb 2007).



estrangeiros, inclusive menciona a possibilidade de direitos humanos serem considerados. A sentença final emitida em 2015, com base nos BITs Argentina – França e Argentina – Espanha, no entanto, não levantou direitos humanos e não mencionou influência das petições de *amicus curiae*.

Percebe-se que, até o momento e na maioria dos casos, apesar de se fazer menções a Convenções relacionadas aos Direitos Humanos e a outros Tratados Multilaterais de proteção de direitos coletivos e difusos, as decisões não são fundamentadas nestes. Podem servir como base para a construção de uma teoria, porém não são por si mesmos documentos jurídicos os quais os Tribunais Arbitrais usem como embasamento para suas decisões.

Esta situação poderia mudar no futuro e os Tribunais Arbitrais podem vir a fundamentar suas decisões, com maior peso, em Tratados Internacionais que visam a proteção de outros interesses, tais como saúde pública, meio ambiente, Direitos Humanos, patrimônio cultural e, inclusive, em Tratados de proteção da propriedade intelectual. Provavelmente estes Tratados relativos a interesses coletivos ou difusos possam ter maior relevância nos processos arbitrais produto da epidemia COVID-19.

#### **4. Maior reconhecimento das faculdades regulatórias dos estados em proteção do interesse público: procura de equilíbrio e evolução do conteúdo dos BITs AOS TLCs**

Na evolução existente nos Tratados e na jurisprudência arbitral, em direção a um maior reconhecimento das faculdades regulatórias estatais em proteção do interesse público, ainda existem perguntas não respondidas pelo Direito Internacional e que por esse motivo permanecem na subjetividade e discricionariedade dos Tribunais Arbitrais: (i) ¿Qual é a margem de liberdade e autonomia regulatória que os Estados têm, mesmo em risco de afetar aos investidores estrangeiros? (ii) ¿Quais são os limites desta autonomia regulatória? (iii) ¿Sob quais critérios estes limites são estabelecidos? (iiii) ¿A partir de que ponto o interesse público começa a afetar em forma ilegítima o interesse privado do investidor e, portanto, os danos causados pelo Estado devem ser indenizados?

É possível afirmar que atualmente não parece possível que um Tratado de Investimento possa distinguir com absoluta clareza entre atos regulatórios estatais legítimos não indenizáveis e atos ilegítimos de desapropriação indi-

reta indenizáveis. Devido a esta impossibilidade, são os tribunais arbitrais de investimento os que estabelecem certos criterios através da interpretação e da resolução de casos específicos.

Este cenário de relativa subjetividade na determinação pelos Tribunais Arbitrais de quais atos dos Estados podem ser entendidos como de desapropriação compensável e quais atos podem ser entendidos como discricionários, legítimos e regulatórios não compensáveis, se expressa na aplicação pelos tribunais arbitrais de diferentes standards de revisão, sendo seu objetivo final atingir um equilíbrio na análise dos interesses públicos e privados envolvidos no conflito.

Estes standards certamente têm graus diferentes em sua aplicação, seja a favor de uma maior proteção dos direitos dos investidores estrangeiros ou dos Estados receptores. As diferentes perspectivas e fatores que são levados em consideração pelos Tribunais Arbitrais, ao avaliar um ato estatal alegado como expropriatório, são os seguintes:

a) Os efeitos destrutivos da medida estatal (efeitos sobre os direitos de propriedade e seus benefícios e efeitos sobre as expectativas legais ou comerciais do investidor). É o que se conhece como Teoria dos Efeitos, geralmente favorável aos investidores, uma vez que os efeitos destrutivos da medida são enfatizados, independentemente da intenção original dos Estados;

b) A intenção da entidade estatal (em caso não exista clara intenção de afetar negativamente o investimento, para alguns Tribunais a medida estatal não poderá ser classificada como expropriação, o que é discutível do ponto de vista do investidor, uma vez que constitui um fator de avaliação que dependerá exclusivamente de uma das partes, ou seja, do Estado receptor). É o que se conhece como a Teoria da Intenção Estatal, normalmente favorável aos Estados, podendo este se eximir de responsabilidade se atuou de boa fé e com um claro propósito público, independentemente do impacto destrutivo da medida sobre o particular;

c) Uma terceira perspectiva na avaliação da medida estatal procura um equilíbrio, considerando conjuntamente os efeitos que a medida tem sobre os direitos do investidor vs. a importância do propósito estatal e a existência ou não de um real e legítimo interesse público a proteger, em forma eficiente. É o que se conhece como a Teoria da Proporcionalidade entre o efeito da medida e o interesse público perseguido. Se a desproporcionalidade entre os dois fatores é clara, o investidor deve ser compensado. No entanto, não é possível negar que inclusive na análise da proporcionalidade da medida estatal existe

um certo nível de subjetividade e de discricionariedade na decisão arbitral final. Nessa perspectiva, analisando o ato estatal levando em consideração todos os fatores envolvidos, de forma contextual, a atenção do Tribunal será direcionada ao propósito e aos efeitos da medida, numa espécie de equilíbrio entre proteção, regulação e expropriação.

Aplicando as duas primeiras perspectivas mencionadas acima, se um determinado Tribunal considera não determinante o conceito de "interesse público" e se concentra nos efeitos adversos da medida estatal sobre o investimento, haverá maiores possibilidades de considerar a medida como expropriatória e, portanto, indenizável. Por outro lado, se o Tribunal tem um amplo conceito de "interesse público" e sua necessidade de consideração e proteção, haverá menos possibilidades de concluir que a medida é expropriatória, uma vez que o grau de deferência aos poderes regulatórios será maior, com menor chance de indenização ao investidor.

A pesar das indefinições ainda existentes a nível normativo e jurisprudencial, e como uma forma de limitar a ampla discricionariedade que os Tribunais Arbitrais exercem nas sentenças arbitrais de investimento, como foi antes mencionado, é possível analisar as modificações produzidas nos recentes Tratados de Investimento, em procura de um maior equilíbrio entre proteção do investimento estrangeiro e faculdades regulatórias e de uma maior predizibilidade nas decisões.

Como já foi mencionado, existe uma tendência em direção a uma maior interconexão entre Tratados Internacionais de Investimento e Tratados para a Proteção de direitos coletivos ou em geral, de terceira geração, contidos em Tratados de distinta natureza. De igual maneira, existe uma evolução no conteúdo dos Capítulos de Investimento dos recentes Tratados de Livre Comércio (TLCs). A seguir, uma breve análise de alguns destes últimos Tratados.

Em 2004, Canadá, Estados Unidos da América e México, emitiram uma declaração sobre o escopo do termo "Fair and Equitable Treatment" (Tratamento Justo e Equitativo) do NAFTA. No Anexo B do Model BIT of the United States<sup>31</sup>, se explica que expropriações indiretas não serão ilegítimas nas circunstâncias em que o objetivo das regulações seja garantir saúde pública, segurança e o meio ambiente.

---

31 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Treaty Between the Government of The United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (acessado el 18 de junho de 2020).

Outro exemplo na mesma direção, o acordo regional do Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA - Common Market for Eastern and Southern Africa) possui um dispositivo semelhante, o artigo 20.8, que dispõe: "... regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation"<sup>32</sup>.

No artigo 7.2 do mesmo documento, recomenda-se que se encontre um padrão mínimo de questões relacionadas ao impacto ambiental ou social, ao direito do trabalho, ao respeito aos Direitos Humanos, à conduta em áreas de conflito, corrupção, dentre outras.

O Tratado de Livre Comércio entre Estados Unidos e Chile, vigente desde 2004, o TLC entre os EUA e a República Dominicana, em vigor desde 2006, e o Acordo de Promoção Comercial entre EUA e Peru, em vigor desde 2009, mencionam no preâmbulo, de maneira semelhante, que os termos expostos devem ser implementados em conformidade com a proteção ambiental, tendo em vista um desenvolvimento sustentável e de modo a fortalecer a cooperação entre ambos Estados parte em questões ambientais.

No decorrer do texto envolvendo o Peru, há um capítulo direcionado ao tema de propriedade intelectual, que abre exceções ao cumprimento das obrigações firmadas em nome da proteção da saúde pública. Ainda, possui um capítulo somente sobre questões e cuidados ambientais, em que o artigo 18.1, por exemplo, trata dos níveis de proteção: "Reconociendo el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus prioridades de desarrollo ambiental, y de adoptar o modificar por consiguiente sus leyes y políticas ambientales, cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas establezcan y estimulen altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir mejorando sus respectivos niveles de protección ambiental".

Em alguns acordos bilaterais, como o Singapore-Australia Free Trade Agreement (SAFTA, em vigor desde 2003)<sup>33</sup> e o Australia-Hong Kong Free

---

32 United Nations. Investment Policy Hub. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement> (acessado em 18 de junho de 2020).

33 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Singapore-Australia Free Trade Agreement, <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/safta/official-documents/Pages/default> (acessado em 18 de junho de 2020).

Trade Agreement (em vigor desde janeiro de 2020)<sup>34</sup>, as partes especificamente determinam a exclusão ou impossibilidade de solicitar procedimento de resolução de conflitos em alegações fundamentadas em medidas para o controle de tabagismo.

O Tratado de Investimento Peru-Australia Free Trade Agreement (em vigor desde fevereiro de 2020)<sup>35</sup> é mais abrangente e no capítulo sobre resolução de conflitos investidor-Estado impossibilita fazer reivindicações contra medidas implementadas para promover ou proteger a saúde pública<sup>36</sup>.

O novo TLC entre Canadá, Estados Unidos e México, o USMCA (em vigência desde 1 de julho de 2020)<sup>37</sup>, que substitui o NAFTA, ressalta no preâmbulo como um dos objetivos: proteger a vida humana, animal e plantífera e a saúde em seus territórios; promover altos níveis de proteção ao meio ambiente, inclusive através da aplicação efetiva de suas leis ambientais, bem como através de uma cooperação ambiental aprimorada; promover os objetivos do desenvolvimento sustentável através do comércio e apoio mútuos a políticas e práticas ambientais.

O Tratado USMCA ampliou os direitos de propriedade intelectual, oferecendo-a a farmacêuticos e inovações agrícolas. Não obstante, é importante ressaltar que no artigo 20.6.a) há uma exceção às obrigações do capítulo sobre propriedade intelectual em nome da saúde pública, que visa possibilitar que as partes promovam acesso a medicamentos para todos. No capítulo sobre Meio Ambiente do USMCA, trata-se da relevância da harmonia entre os países membros no que concerne à proteção ao meio ambiente, deixando clara a importância de eivar esforços para um desenvolvimento sustentável e relações comerciais e de investimento saudáveis. Para fins de exemplificação, vide artigo 24.7 referente à avaliação do impacto ambiental: “Each Party shall maintain appropriate procedures for assessing the environmental impacts of proposed projects that are subject to an action by that Party’s central level

---

34 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Australia-Hong Kong Free Trade Agreement, <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/a-hkfta/Pages/default> (acessado em 18 de junho de 2020).

35 Organization of American States, Foreign Trade Information System, Peru-Australia Free Trade Agreement, [http://www.sice.oas.org/Trade/PER\\_AUS/English/PAFTA\\_Index\\_PDF\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/PER_AUS/English/PAFTA_Index_PDF_e.asp) (acessado em 18 de junho de 2020).

36 “No claim may be brought under this Section in relation to a measure that is designed and implemented to protect or promote public health” nota de rodapé 17, capítulo 8.

37 Gobierno de México, Textos finales del tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, <https://www.gob.mx/t-mec/acciones-y-programas/textos-finales-del-tratado-entre-mexico-estados-unidos-y-canada-t-mec-202730> (acessado em 18 de junho de 2020).

of government that may cause significant effects on the environment with a view to avoiding, minimizing, or mitigating adverse effects”.

Já o Tratado Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (em vigor desde 5 de julho de 2020)<sup>38</sup> possui uma abrangência semelhante ao TLC Peru-Australia e no artigo 14.21 da seção B lista especificamente que medidas implementadas para promover ou proteger a saúde pública não podem ser objeto de alegação de violação de acordo<sup>39</sup>.

Pelo exposto, percebe-se que há um movimento global que direciona devida atenção aos conflitos envolvendo matéria de direitos públicos, coletivos ou difusos. Isto se nota nas seções direcionadas às matérias de meio ambiente e de saúde pública encontradas nos recentes Tratados de Investimento (Capítulos de Investimentos dos TLCs) e, também, na crescente importância que os *amici curiae* têm desempenhado nas recentes sentenças arbitrais de investimento. A influência das submissões de *amicus curiae* nas decisões pode vir a aumentar nas novas arbitragens de conflitos decorrentes da pandemia da COVID-19, envolvendo o tema de saúde pública, principalmente.

Em 2016, foi publicada a sentença arbitral de um caso emblemático, Philip Morris vs. Uruguai, de modo que a sentença foi influenciada de maneira importante pelo posicionamento das submissões de *amicus curiae* (incluída a Organização Mundial da Saúde – OMS), utilizou conceitos de jurisprudência de direitos humanos e se refere diretamente a saúde pública. Far-se-á estudo mais detalhado deste caso a seguir.

## **5. Em busca de um equilíbrio entre o direito à proteção do investimento estrangeiro e o direito à proteção da saúde pública: o caso Philip Morris vs. República de Uruguai**

Em 2010, a Philip Morris deu início a um procedimento arbitral contra duas medidas uruguaias: i) requisito de apresentação única (SPR - single presentation requirement), que proibia variantes do mesmo produto (como por exem-

---

38 Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement, <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/iacepa/Pages/indonesia-australia-comprehensive-economic-partnership-agreement> (acessado em 5 de julho de 2020).

39 “2. in relation to a measure that is designed and implemented to protect or promote public health” artigo 14.21 da seção B.

plo 'Marlboro Red' e 'Marlboro Light'); e ii) requisito 80/80, que exigia a apresentação de informações gráficas sobre os riscos à saúde em 80% da frente e do verso da embalagem. O objetivo das medidas era evitar indução a erro do consumidor e garantir acesso à informação sobre danos à saúde relacionados ao consumo de tabaco.

No mérito, o Tribunal Arbitral decidiu que nenhuma medida do país expropriou as marcas registradas da Philip Morris visto que os ativos permaneceram com valor econômico suficientes<sup>40</sup>. O Tribunal mencionou, alternativamente, que as medidas seriam justificáveis pela doutrina dos “poderes de polícia” posto que medidas regulatórias legítimas e proporcionais implementadas em nome do interesse público não constituem expropriação indireta<sup>41</sup>.

A empresa alegou que o artigo 5.1 do TBI proíbe expropriação sem compensação e, ainda, que a existência do poder de polícia não exime o país de pagar compensação e não é uma justificativa para expropriação<sup>42</sup>. O Tribunal discordou, não obstante, e explicou que o artigo do Tratado tem que ser interpretado em forma conjunta com o artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Deste modo, ao considerar que “serão levados em consideração, juntamente com o contexto: (...) c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”, o Tribunal reconhece que a proteção da saúde pública vem sendo reconhecida como uma essencial manifestação do poder de polícia para o direito consuetudinário<sup>43</sup>.

O Tribunal acrescentou que a aplicação das regras de Direito Internacional consuetudinário (em conformidade com o artigo 31(3)(c)) deve ser à medida que evoluem<sup>44</sup>. Esta observação é de grande importância para o futuro do Direito do Investimento Estrangeiro pós pandemia, visto que reconhece a

---

40 “In the Tribunal’s view, in respect of a claim based on indirect expropriation, as long as sufficient value remains after the Challenged Measures are implemented, there is no expropriation.” Philip Morris v Uruguay, Award, parágrafo 286.

41 “In the Tribunal’s view, the adoption of the Challenged Measures by Uruguay was a valid exercise of the State’s police powers, with the consequence of defeating the claim for expropriation under Article 5(1) of the BIT”. Philip Morris v Uruguay, Award, parágrafo 287, 302 e 307.

42 Philip Morris v Uruguay, Award, parágrafo 289.

43 Philip Morris v Uruguay, Award, parágrafo 290.

44 Citou-se no Award: As held by the tribunal in *Mondev v International Ltd. vs. United States of America*, Award, 11 Oct. 2002, (“*Mondev*”) (RLA-117); a NAFTA case, “like all customary international law, the international minimum standard has evolved and can evolve...” (124). According to *Chemtura*, another NAFTA case, “in line with *Mondev*, the tribunal will take account of the evolution of international customary law in ascertaining the content of the international minimum standard” (122).

gradual mutação dos costumes internacionais, que por sua vez impactam as regras de Direito Internacional, de que forma serão interpretados os Tratados de Investimento e como serão julgadas as ações dos Estados e das entidades privadas envolvidas, na proteção equitativa da saúde pública e do investimento estrangeiro.

O entendimento acima demonstra que a perspectiva global influencia a análise do caso a caso. São grandes as chances de que nas arbitragens de investimento decorrentes de conflitos relacionados à COVID-19, o Tribunal olhe por meio de uma perspectiva global e considere como a comunidade internacional se comportou perante a crise, sem ignorar as peculiaridades do caso concreto. De igual forma, poderão ser elementos de análise nos casos COVID-19, a influência e o impacto das recomendações dadas pela OMS aos governos para enfrentar a epidemia, em conjunto com a específica responsabilidade estatal, na implementação das medidas questionadas.

A empresa Philip Morris também alegou violação aos padrões de tratamento justo e equitativo, pois as medidas eram supostamente arbitrárias e inadequadamente definidas para cumprir seus propósitos. Argumento rechaçado pelo Tribunal Arbitral<sup>45</sup> por entenderem que as medidas uruguaias eram razoáveis para alcançar seus objetivos, sob a luz da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco das Nações Unidas de 2005. Este Tratado não foi aplicado pelo Tribunal Arbitral em forma direta na decisão, mas unicamente como importante referência de análise na razoabilidade da medida estatal na proteção da saúde pública, tendo ratificado este instrumento internacional unicamente o Uruguai, não a Suíça, país do demandante.

À luz do desenvolvimento sustentável, o importante peso que o Tribunal Arbitral conferiu aos padrões internacionais de proteção à saúde pública mostra como e em que medida os Tribunais de Investimento poderão adotar uma abordagem de integração mais sistêmica, em relação aos diferentes ramos do Direito Internacional.

Este caso é uma importante referência na busca global de um equilíbrio entre os direitos dos investidores estrangeiros e os direitos dos Estados, de modo que o Tribunal Arbitral analisou o conflito de maneira objetiva, guiado

---

45 O árbitro Gary Born discordou neste ponto e argumentou que a medida SPR não alcançava seu propósito e era tanto super inclusiva quanto sub inclusiva, considerando-a arbitrária e em violação ao padrão de tratamento justo e equitativo.



por determinados requisitos referidos ao válido exercício de faculdades regulatórias estatais ou dos poderes de polícia, e tem sido mencionado na análise de varios casos de investimento posteriores.

Para verificar a ocorrência de expropriação indireta, o Tribunal no caso Philip Morris precisou criterizar o conceito de Poder de Polícia e comparar com o caso concreto. Verifica-se, deste modo, se as medidas: a) cumpriam o objetivo de proteção a saúde pública; b) eram proporcionais ao cumprimento deste objetivo e em relação ao dano ocasionado ao particular; c) eram adotadas de boa-fé e d) eram não arbitrárias e não discriminatórias.

Ao direcionar sua análise à alegação de desrespeito ao tratamento justo e equitativo, o Tribunal focou nos conceitos de arbitrariedade, expectativas legítimas e estabilidade.

Na questão da arbitrariedade, o Tribunal verificou que as medidas estatais eram razoáveis, não discriminatórias, proporcionais e tomadas em boa-fé. Neste raciocínio os árbitros levaram em consideração a teoria da “margem de apreciação” desenvolvida na jurisprudência na Corte Europeia de Direitos Humanos e expuseram: “The responsibility for public health measures rests with the government and investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health”<sup>46</sup>.

De todo modo, a aplicação da teoria da “margem de apreciação” não foi aceita pelos três árbitros. Na verdade, não há consenso entre Tribunais sobre qual é o limite do poder de regular que o Estado detém, visto que todas as situações são peculiares a sua maneira e devem, sendo assim, ser analisadas caso a caso.

Sobre expectativas legítimas e estabilidade, o Tribunal explicou que é hoje consenso nos últimos julgamentos<sup>47</sup> de tribunais de investimento que os requisitos de “expectativas legítimas e estabilidade”, como manifestações do

---

46 Philip Morris v Uruguay, Award, parágrafo 399.

47 Parkerings-Compagniet (RLA-177), 327-28; BG Group vs. Argentina, UNCITRAL, Final Award, 24 Dec. 2007, (CLA-084), 292-310; Plama (CLA-222), 219; Continental Casualty vs. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 Sept. 2008, (CLA-096), 258-61; EDF (CLA-224), 219; AES vs. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 Sep. 2010, (RLA-100), 9.3.27-9.3.35; Total (RLA-190), 123,164; Paushok vs. Mongolia, UNCITRAL, Award, 28 Apr. 2011, (“Paushok”) (RLA-75), 302; Impregilo vs. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, (RLA-061), 290-291; El Paso (CLA-102), 344-352, 365-367.

padrão de tratamento justo e equitativo, não afetam o direito do Estado de regular e de adaptar seus sistemas legais de acordo com as circunstâncias<sup>48</sup>.

Neste sentido, alterações genéricas na legislação (na ausência de cláusulas de estabilidade) não são proibidas pelo princípio do tratamento justo e equitativo, desde que não excedam o poder regulatório de um Estado, não sejam arbitrárias ou discriminatórias e não modifiquem especificamente a legislação sobre a qual o investidor dependia no momento do investimento.

Sobre este tema, no caso EDF vs. Romania<sup>49</sup>, o Tribunal esclareceu que expectativas legítimas, e conseqüentemente o tratamento justo e equitativo, sugere a imutabilidade do sistema legal e do *framework* dos negócios, o que pode ser errôneo se formulado de maneira demasiado abrangente. Concluiu que o investidor não pode se fiar do Tratado de Investimento como se fosse uma garantia contra o risco de qualquer alteração no sistema legal ou na estrutura de negócios do país, pois “*such expectation would be neither legitimate nor reasonable*”<sup>50</sup>.

Em contexto de crise econômica, no caso El Paso vs. Argentina<sup>51</sup>, o Tribunal expôs que “*there can be no legitimate expectation for anyone that the legal framework will remain unchanged in the face of an extremely severe economic crisis*”<sup>52</sup>.

Decorrente do princípio de Tratamento Justo e Equitativo, a expectativa do investidor é legítima quando espera que as regras sejam alteradas com válidas justificativas de natureza econômica, social ou de outra similar. Ademais, no caso Phillip Morris vs. Uruguai o caso concerne a formulação de regulamento geral para a proteção da saúde pública, ou seja, nenhuma lei que quebrasse pontualmente a expectativa da demandante.

Existe, no entanto, uma possibilidade em que o investidor pode esperar imunidade perante as alterações do Estado, sejam legais ou políticas, isto é, quando houve acordo prévio com o investidor ou uma específica oferta do Estado sobre a estabilidade daquelas circunstâncias. Além disso, em um contexto imprevisível de crise sanitária, tal qual o mundo vive atualmente, as expectativas legítimas com relação à imunidade perante determinadas medidas

---

48 Philip Morris v Uruguay, Award, parágrafo 422.

49 EDF (Services) Limited vs. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13. Acessível em: <https://www.italaw.com/cases/375>

50 EDF vs. Romania, Award, parágrafo 219.

51 El Paso Energy International Company vs. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15. Acessível em: <https://www.italaw.com/cases/382>

52 El Paso vs. Argentina, Award, parágrafo 374.

governamentais dificilmente serão as mesmas daquelas próprias de situações econômicas e sanitárias normais.

De todo modo, e novamente, cada caso possui suas particularidades, visto que situações excepcionais, que possam inclusive configurar estados de necessidade ou força maior, não são cartas brancas para os Estados. Ainda nestes casos há que se observar as condições sobre as quais cada medida foi tomada para verificar se não houve tratamento injusto e discriminatório, medidas arbitrárias, irrazoáveis, de má-fé ou não proporcionais. Ainda em situações excepcionais como estas, devem ser comprovados determinados requisitos relativos ao cumprimento do estado de necessidade ou força maior, que os Estados, muito provavelmente, invocarão para justificar os atos adotados em proteção da saúde pública durante a pandemia COVID-19.

## 6. Conclusões

O Direito Internacional dos Investimentos se encontra em permanente evolução, já que a relação jurídica entre investidores estrangeiros e Estados receptores sofre a influência constante de fatores políticos e econômicos internacionais. Hoje, a tendência é que os Tratados de Investimento Estrangeiro e as próprias sentenças arbitrais de investimento sejam mais equilibrados, tomando em devida consideração os direitos e deveres dos investidores estrangeiros e dos Estados.

Neste sentido, um marco importante de referência que pontuou a mudança nas tendências das sentenças arbitrais é a decisão do caso *Philip Morris vs. Uruguai*, caso em que o Tribunal Arbitral ousou interpretar além do texto expresso do Tratado de Investimento, em nome do dever do Estado a legislar em proteção da Saúde Pública. No caso, analisou-se minuciosamente as características das medidas regulatórias estatais, para garantir que as normas do Tratado Internacional não haviam sido desrespeitadas e que, de fato, o objetivo era a proteção da Saúde Pública. Na análise da razoabilidade do ato estatal, foi essencial também, a interpretação e consideração da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco das Nações Unidas de 2005.

Análises semelhantes deverão ser realizadas nos casos arbitrais que provavelmente vão decorrer das consequências da COVID-19. As medidas estatais tomadas não devem ser presumidas como legítimas em vista somente da justificativa de ser adotadas para a proteção da Saúde Pública. Os Tribunais

terão de se aprofundar no contexto de cada país, nas características específicas das medidas tomadas e verificar se foram razoáveis, não-discriminatórias, proporcionais e de boa-fé. Se discutirá amplamente também nos casos COVID-19 se foram cumpridos ou não os requisitos de um Estado de Necessidade que possa eximir de responsabilidade internacional aos Estados.

Ademais, a importância de matérias de interesse público vêm sendo reconhecidas na jurisprudência arbitral, por meio de sentenças “interdisciplinares” que, inclusive sob influência de submissões de *amicus curiae*, fundamentam suas decisões levando em consideração Convenções de Direitos Humanos, para a proteção do Meio Ambiente e da Saúde Pública, dentre outros Tratados para a proteção de direitos difusos e coletivos. Esta tendência vem se refletindo nos Tratados de Investimento recentes, em que, como apresentado no decorrer do artigo, em alguns casos específicos inclusive impossibilitam as partes a iniciar arbitragens de investimento, por exemplo, para questionar medidas que foram adotadas em nome da Saúde Pública.

O ideal, portanto, é eivar esforços para alcançar um equilíbrio justo entre os direitos dos entes privados e dos Estados, tanto a nível normativo como jurisprudencial, levando em consideração matérias de interesse público e a possibilidade de fundamentar sentenças arbitrais em Tratados de Investimento e em outros Tratados Internacionais de direitos coletivos ou difusos aplicáveis. Acreditamos que esta visão equilibrada será a que prevalecerá na solução das controvérsias decorrentes da pandemia COVID-19.

## REFERÊNCIAS

- Bloomer, Phil. «Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response». *Columbia Center of Sustainable Development* (6 de mayo de 2020). <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>
- Boykoff, Pamela, Clare Sebastian y Valentina Di Donato. «In the race to secure medical supplies, countries ban or restrict exports». *CNN Business* (27 de marzo de 2020). <https://edition.cnn.com/2020/03/27/business/medical-supplies-export-ban/index.html>
- Gil, Tamara. «Coronavírus: o que é a polêmica proposta do ‘passaporte de imunidade’ da covid-19». *BBC News Brasil* (23 de abril de 2020). <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52398538>
- Kallás, Esper. «A polêmica sobre a infecção experimental de humanos para estudos clínicos». *Folha de São Paulo*. <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/esperkallas/2020/05/a-polemica-sobre-a-infeccao-experimental-de-humanos-para-estudos-clinicos.shtml> (consultado el 7 de mayo de 2020).
- Lo, Chang-fa. «A comparison of BITs and the investment chapters of free trade agreements from policy perspective». *Asian Journal WTO & International Health Law & Policy* 3 (2008): 154-162. <https://ssrn.com/abstract=1140626>
- Machado, Anderson. «Pelo menos 6 capitais registram atos a favor de Bolsonaro e contra isolamento social». *Gazeta do Povo* (19 de abril de 2020). <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/manifestacoes-isolamento-capitais/>
- Ordaz, Yeshua. «Acuerdo energético de Cenace afecta 44 proyectos de energías renovables». *Milenio* (6 de mayo de 2020). <https://www.milenio.com/negocios/energetico-cenace-afecta-44-proyectos-energia-novable>
- Paulin, John. «Coronavirus: French police seize 140,000 black market masks». *BBC News* (26 de abril de 2020). <https://www.bbc.com/news/world-europe-52430738>
- Payne, Adam. «Spain has nationalized all of its private hospitals as the country goes into coronavirus lockdown». *Business Insider* (16 de marzo de 2020). <https://>

[www.businessinsider.com/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3](https://www.businessinsider.com/coronavirus-spain-nationalises-private-hospitals-emergency-covid-19-lockdown-2020-3)

Shearman & Sterling. «Covid & International Investment Protection». *Shearman & Sterling* (14 de abril de 2020). <https://www.shearman.com/perspectives/2020/04/covid-19-international-investment-protection>

Taylor Hatmaker. «White House says it is ordering more companies to make ventilators». *Techcrunch* (2 de abril de 2020). <https://techcrunch.com/2020/04/02/trump-coronavirus-dpa-gm-medtronic-resmed/>

United Nations. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*. United Nations, 2005. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)

## Sobre os autores

### **Christian Carbajal Valenzuela**

Advogado graduado pela Pontifícia Universidad Católica del Perú (PUCP), Perú. Mestrado em Direito Internacional Econômico pela University of Warwick, Inglaterra. Assessor legal em arbitragens de investimento estrangeiro CIADI e ICC. Professor em cursos de "Direito Comercial Internacional" e "Arbitragem Internacional de Investimentos" em Universidades do Peru e do Brasil. Sócio da firma Wöss & Partners S.C. (W&P), com sedes no México e Washington e da firma Braz Gama Monteiro Advogados (BGM), com sedes em São Paulo e Curitiba. Diretor de Arbitragem da Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina (CAMESC), Brasil.

### **Luiza Adena Engers**

Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, Brasil. Participação no curso de mestrado de Direito Internacional na Université SciencePo e na Lumière Lyon 2, Lyon, França. Curso Laboratório de Arbitragem, da Allez-y Escola de Direito e Negócios, Curitiba, Brasil. Fundadora da Câmara de Arbitragem Online Arbi-ON. Selecionada pelo SEBRAE como uma das dez Mulheres Inovadoras do Paraná, Brasil.