

Investimento Estrangeiro e Direitos Humanos: o modelo ICSID de resolução de diferendos.

Foreign Investment and Human Rights: the ICSID model for conflict resolution

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa¹

Christiane Soares Carneiro Neri²

RESUMO

A pesquisa parte da premissa de que, com a crise do Estado de Bem-Estar, a lógica da economia de mercado se impôs como o mecanismo mais eficiente de organização da produção e distribuição de bens, geradora de riqueza e de prosperidade, fazendo surgir um universo paralelo de normatividade que foge ao domínio dos Estados, inclusive submetendo-os. Diante dessa perspectiva, o artigo analisa como vêm sendo solucionadas, no âmbito do ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), criado sob a chancela do Banco Mundial para apreciar conflitos ligados ao investimento estrangeiro, questões referentes a Direitos Humanos que têm surgido com mais frequência nessa esfera. Analisa-se o modelo ICSID/BIT, apontando os seus pontos frágeis e sugerindo modificações para que seja possível compatibilizar a proteção do investidor e o respeito aos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS; INVESTIMENTO ESTRANGEIRO; ICSID; TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO

ABSTRACT

The research starts from the premise that, with the crisis of the welfare state, the logic of the market economy has established itself as the most efficient mechanism for organizing production and distribution of goods, generating wealth and prosperity, making arise a parallel universe of normativity that gets away the domain of sovereign states, including submitting them. The article examines how have been solved within the ICSID, international institution established under the auspices of the World Bank to assess foreign investment disputes, issues related to Human Rights that have appeared more often in this sphere. Analyses the ICSID/BIT model, pointing out its weaknesses and suggesting changes to make possible to harmonize investor protection and respect for Human Rights.

KEY WORDS: HUMAN RIGHTS; FOREIGN INVESTMENT; ICSID; BILATERAL INVESTMENT TREATIES

¹ Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela UC-Portugal; Pós-Doutorado em Direito, Estado e Sociedade, pela UFSC-Brasil; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq-Brasil.

² Doutoranda em Direito Público pela UC- Portugal; Mestre em Direitos Humanos, pela UFPB-Brasil.

INTRODUÇÃO

Com o fim da Guerra Fria, ante a crise do Estado de Bem-Estar, pelos anos oitenta do século passado, parecia que nenhum outro mecanismo de organização da produção e distribuição de bens seria tão eficiente na geração de riqueza e de prosperidade como a economia de mercado, guiada pelas ideias de desregulação e liberdade. Nesse contexto, o crescimento econômico se sobressaiu como um valor em si, que regia e justificava as decisões dos governos, pela crescente influência dos entes privados no quadro de criação e gestão de normatividades em escala global.

Os Estados nacionais, tidos anteriormente como os únicos legitimados a atuar em esfera internacional, passaram a dividir (ou a se sujeitar ao) protagonismo de entidades privadas, com destaque para as corporações transnacionais, os organismos internacionais não governamentais, as grandes bancas de advocacia e outros sujeitos privados. O quadro era de crise de paradigmas, com destaque para a vertente econômica em cujo interior a gestão das normatividades e a acomodação dos novos e velhos valores e institutos era conflitual, envolvido por questões não devidamente conhecidas ou enfrentadas, que davam azo ao surgimento de pautas fora do controle dos Estados. Começava a se formar um universo paralelo de normas “anacionais”, caracterizadas pela contingência econômica, celeridade, desregulamentação e desintermediação, com destaque para as operações financeiras do capital³.

A dinâmica do comércio internacional, tomado em sentido lato⁴, engendrou novas relações, fazendo surgir o Direito Transnacional, dotado de regras, princípios e modelos de regulação autônomos em relação às ordens jurídicas estaduais. Nesse contexto se insere a arbitragem transnacional, menos formal e não condicionada aos obstáculos dos processos judiciais, posto permitir solução individualizada, mediante

³ Avelãs Nunes. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, 2003, p. 73-74.

⁴ Adota-se aqui, por atender e se adequar aos objetivos desse projeto, o posicionamento de Luís de Lima Pinheiro quanto à utilização do termo “comércio internacional: “A expressão comércio internacional abrange por certo todas as relações interempresariais que têm contatos juridicamente relevantes com mais de um Estado. Abrange igualmente as relações que, em conexão com o exercício de atividades econômicas, um Estado ou um ente público autônomo estabeleça com um ente empresarial que releve do Direito de outro Estado, bem como aquelas que, nas mesmas circunstâncias, se estabeleçam entre organizações internacionais e entes empresariais, se estabeleçam entre organizações internacionais e entes empresariais de Direito estadual. É ainda concebível que certas relações em que intervêm profissionais independentes que não exercem a sua actividade em termos empresariais possam ser incluídas no âmbito do 'comércio internacional'”. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*, 2005, p. 36.

critérios de decisão mais flexíveis, que permitem conferir maior relevo às circunstâncias do caso concreto⁵.

Nesse panorama, ganha especial destaque a arbitragem internacional de diferendos entre investidores estrangeiros e Estados. Os Estados aceitaram, de bom grado ou não, o recuo do seu poder diante da arbitragem, assim, as Empresas Transnacionais (ETN), em virtude da sua atuação global, tornaram-se atores decisivos na economia mundial, responsáveis pela grande circulação de capital pelo mundo. A globalização da economia resultou no crescimento das operações envolvendo investimento estrangeiro, com especial reflexo nas economias emergentes, que passaram a utilizar esse aporte financeiro como “instrumento fundamental para a exploração dos recursos naturais de que são titulares e a construção das infraestruturas de que necessitam”⁶.

O movimento de capital gerou imenso fluxo de investimentos e as divergências não tardaram a surgir. Os Estados preocupavam-se com a ingerência dos investidores em seu território; os investidores, por seu turno, preocupavam-se com a segurança dos seus investimentos em face das possíveis ações protetivas dos Estados de acolhimento; a eclosão dessas disputas trouxe à tona problemas paralelos, a maioria concernente ao direito a ser aplicado na solução dos litígios e à jurisdição competente para analisar e decidir os casos.

Nesse contexto, o Banco Mundial propôs a criação de um centro internacional de conciliação e arbitragem de conflitos relacionados aos investimentos estrangeiros, viabilizando o acesso dos entes privados à litigância direta contra os Estados. Em 1965, com a Convenção de Washington, foi criado o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (ICSID), instituindo-se espaço próprio para a solução de litígios envolvendo o investimento estrangeiro em Estado diverso do de origem do investidor, com regras e procedimentos próprios, mitigando a querela pertinente à jurisdição competente para apreciação do litígio, que até então interditava o crescimento do investimento internacional.

Uma das grandes questões que se impõe nesse contexto de arbitragem de investimento no modelo ICSID, diz respeito à legitimidade do órgão e à transparência com que os acordos são firmados e os litígios solucionados, principalmente na atual

⁵ PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*, 2005, p. 24-25.

⁶ VICENTE, Dário Moura. *Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais*. Conferência proferida em 21 de julho de 2011 no V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial.

perspectiva de que nessas arbitragens emergem questões de interesse público, que não são apreciadas nessa seara e até mesmo ultrapassadas sem a devida análise, remanescendo ofensas a direitos fundamentais.

A preocupação se justifica principalmente diante da constatação de que, na maioria dos casos submetidos ao centro de arbitragem, figura, pelo menos em um dos polos da relação (notadamente como o *host-state*)⁷, um país em desenvolvimento, com democracia e instituições políticas frágeis, que necessita do investimento estrangeiro para promover o seu desenvolvimento. Essa estrutura tem propiciado e até fomentado violações aos Direitos Humanos no território do *host state* no momento da execução dos acordos.

Atualmente, um grande desafio da humanidade é atingir o desenvolvimento econômico sustentável. A realização dessas metas, no contexto de países ainda não estabilizados econômica e politicamente, passa necessariamente pela coexistência de investimentos estrangeiros diretos de empresas transnacionais e pela proteção dos Direitos Humanos. O presente estudo se dedica a analisar a abordagem dos Direitos Humanos dentro do modelo de solução de conflitos sobre investimento estrangeiro ICSID, fazendo recorte material quanto aos procedimentos dos tribunais arbitrais, especialmente do ICSID. Parte-se do pressuposto de que os centros de arbitragem não podem fugir à lógica da responsabilização pela ofensa a direitos, notadamente Direitos Humanos.

Na primeira parte do trabalho, será feita a abordagem descritiva do órgão, sua estrutura, sua composição e seus procedimentos. Na segunda parte, será analisado como, nesse panorama, os Direitos Humanos vem surgindo e sendo apreciados; ao final, constata-se a prevalência de métodos com pouca transparência e publicidade, que não favorecem a responsabilização dos infratores, indicando os pontos sensíveis do modelo ICSID/BIT que necessitam de reformulação em prol da manutenção do modelo como meio eficaz de resolução de conflitos sobre investimento estrangeiro e Estados.

⁷ *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (edición 2013-1)* Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID>.

1. Modelo ICSID de arbitragem

O ICSID surgiu como tentativa de afastar as disputas sobre tratados bilaterais de investimento envolvendo Estados soberanos das influências políticas nacionais, ou seja, na tentativa de 'despolitizar'⁸ as soluções de conflitos sobre investimento estrangeiro, criando espaço de disputa neutro sob a chancela do Banco Mundial.

Com a adoção de convenção internacional (Convenção de Washington) surgiu a possibilidade de conciliar os interesses conflitantes – dos Estados soberanos (proteção da soberania) e dos investidores estrangeiros (proteção do investimento). Nessa perspectiva, a solução de disputas entre investidores estrangeiros e Estados foi paulatinamente passando a outro nível de desenvolvimento, já que o ICSID foi estruturado para operar com autonomia e independência em relação aos sistemas jurídicos nacionais, mas dotado de credibilidade internacional, que representava, tanto quanto possível, segurança aos Estados de acolhimento do investimento com relação à proteção e respeito de sua soberania.

Essa mudança estrutural não significou inexistência de conflitos. Como decorrência da dinâmica comercial global e do incremento das relações transnacionais envolvendo Estados soberanos, outros conflitos foram surgindo e de maior monta e importância para os envolvidos nos acordos e também para a sociedade.

O crescimento do comércio e dos tratados bilaterais de investimento resultou na crescente dependência da arbitragem para solucionar disputas no contexto investidor-Estado. O uso da arbitragem, contudo, produziu situação de tensão entre dois pilares do modelo de solução de litígios investidor-Estado – de um lado, a privacidade e confidencialidade – e de outro lado o interesse público na transparência de tais contendas, na medida em que os resultados passaram a afetar o público em geral.

As partes, os árbitros e os órgãos arbitrais começaram a enfrentar essa tensão e vêm tendo diante de si o desafio de equilibrar o desejo legítimo do público por mais transparência e prestação de contas e o interesse igualmente legítimo de garantir que as disputas investidor-Estado sejam apreciadas de forma justa e eficaz, principalmente quando entram em cena questões relativas a Direitos Humanos. O grande dilema é saber se esse desafio pode e deve ser enfrentado e solucionado no âmbito dos centros de

⁸ SHIHATA, Ibrahim F.I. *Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 1986, v. 1, p. 4.

arbitragem, como o ICSID, levando em conta sua atual estrutura e procedimentos para resolução de diferendos sobre investimento.

1.1 Estrutura institucional

O ICSID foi estruturado de forma bastante simples, visto que, quando de sua criação, o objetivo principal era atuar como facilitador das relações Estado-investidor, não efetivamente como conciliador ou árbitro de tais relações⁹, atuação que se sedimentou com o aumento dos casos submetidos ao Centro.

O ICSID atualmente possui a seguinte composição: 1. Conselho Administrativo e 2. Secretariado. A estrutura do Centro vem descrita na Convenção ICSID, nos seguintes termos¹⁰: “El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Arbitros”.

O ICSID apresenta estrutura administrativa binária, composta por um seguimento fixo – Conselho e Secretariado – e um segmento flexível – as listas de árbitros e conciliadores – que formam a composição da Corte de acordo com o aporte de casos.

A função precípua do Conselho é a de adotar regras e regulamentos, administrativos, financeiros e processuais, que serão aplicados quando da instauração dos processos de arbitragem e conciliação, ao lado de outras que vêm previstas no artigo 6 da Convenção¹¹.

O Secretariado tem como figura central o Secretário, que exerce importante função dentro da estrutura do Centro, cabendo a ele, por exemplo, negar o registro de requerimento de conciliação ou arbitragem e obstar o início de procedimento se ficar convencido de que o pedido ultrapassa a jurisdição do Centro. Compete ainda ao Secretário a função de composição das comissões de conciliação e de arbitragem com o objetivo de garantir a observância da Convenção e dos regulamentos.

⁹ “ICSID is an autonomous international institution established under a multilateral treaty, the Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, which has over 140 member States. ICSID does not arbitrate disputes directly, but rather it provides the institutional and procedural framework for independent arbitral tribunals to resolve the dispute”. SHEFFER, Megan Wells. *Bilateral Investment Treaties: a friend or foe to Human Rights?* In: *Denver Journal of International Law and Policy*, 2011.

¹⁰ *Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas*, 2003. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf.

¹¹ *Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas*, 2003. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf.

As listas de conciliadores e árbitros também compõem o ICSID, são eles que, indicados pelos Estados-partes, podendo ou não ser nacionais destes Estados, irão decidir os conflitos submetidos à Corte. Reunidos normalmente na sede do Banco Mundial, os árbitros ou conciliadores são convocados para analisar determinado caso que, após findo, implica na dissolução daquela sessão. Podem ocorrer ao mesmo tempo várias sessões de arbitragem e conciliação.

1.2 Procedimentos do ICSID

O ICSID se dedica a dois modelos de procedimento, ambos previstos na Convenção de Washington, quais sejam: a arbitragem e a conciliação. Nos dois casos, os procedimentos são iniciados por meio de requerimento escrito de qualquer das partes acordantes, contendo informações sobre o objeto do conflito, qualificação das partes e o consentimento prestado, que demonstra o interesse e aceitação em submeter o diferendo à conciliação ou arbitramento do Centro.

Apresentada a reclamação, compete às partes ou ao Centro a composição da comissão que será encarregada da análise e solução do litígio. Segundo Dário Moura Vicente¹², até dezembro de 2010 haviam sido julgados pelo ICSID 221 (duzentos e vinte e um) processos, encontrando-se pendentes de conclusão 129 (cento e vinte e nove) processos. Refere o autor que cerca de dois terços dos litígios concernentes a investimentos estrangeiros têm sido submetidos ao crivo do ICSID.

Essa opção pelo ICSID pode ser explicada por alguns fatores que distinguem o Centro de outros órgãos voltados à solução de conflitos relativos ao investimento estrangeiro, notadamente no que toca aos procedimentos adotados.

Podem ser apontadas algumas características que diferenciam o modelo ICSID de arbitramento e que acabam por atrair os investidores e os estados para tal órgão:

1. A Convenção, em seu artigo 26, prevê a exclusividade dos meios de solução dos diferendos, ou seja, quando as partes concordam com a arbitragem nos moldes do ICSID, renunciam, salvo estipulação expressa em contrário, a qualquer outra forma jurisdicional de resolução do litígio, o que representa segurança, principalmente para o investidor.

¹² *Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais*, 2011, p. 756. Conferência proferida em 21 de julho de 2011 no V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial.

2. É necessário um duplo consentimento do Estado parte com relação à solução por arbitragem do conflito, ou seja, além da ratificação ou aprovação da Convenção pelos Estados é ainda preciso, de acordo com o artigo 25, nº 1 da Convenção, que haja segunda manifestação escrita referindo a concordância em submeter o caso à arbitragem, o que representa segurança para o Estado receptor do investimento.

3. Outro aspecto importante é a desnacionalização e deslocalização do processo e dos modos de anulação da decisão. A lei que rege o procedimento arbitral no ICSID é a Convenção ICSID, que veda a aplicação de qualquer lei nacional para a solução dos diferendos, caracterizando-se como verdadeiro processo arbitral internacional ou supranacional. Nesse passo, percebe-se a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito interno dos Estados (artigo 42, Convenção ICSID).

4. O reconhecimento automático das decisões prolatadas pela Corte, como está consignado no artigo 54 da Convenção¹³.

Além dessas características, podem ser citadas algumas garantias, não exclusivas do ICSID, mas comum ao modelo de solução de conflitos por arbitramento, que são conferidas aos investidores no sentido de proteger o investimento: a) o tratamento nacional e da nação mais favorecida; b) a proibição de expropriações e nacionalizações com caráter discriminatório e sem indenização; c) a livre transferência do capital e dos rendimentos do investimento; e d) a resolução dos diferendos entre as partes por negociações e, caso estas não sejam suficientes, por arbitragem.

2. Tratados Bilaterais de Investimento (BITs)

O ICSID passou a funcionar ativamente com o crescimento do número de celebrações de BITs, por volta da década de 1990. Esse tipo de tratado passou a ser o veículo propulsor da globalização do capital e do investimento, propagando a ideia de que a volatilidade do dinheiro seria a alavanca para o crescimento econômico de países em desenvolvimento e, por isso mesmo, deveriam ser fomentadas as transações

¹³ “Todo Estado Contratante reconhecerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran”. *Convenio Ciadi, Reglamento y Reglas*, 2003. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf.

internacionais envolvendo empresas – detentoras do capital – e Estados – carentes de capital e com muito potencial a ser explorado.

O investimento estrangeiro direto e as multinacionais tornaram-se poderosas forças capazes de produzir crescimento econômico, reduzir a pobreza e aumentar a demanda para o Estado de Direito¹⁴. Mas trouxe também consigo potencial lesivo ao desenvolvimento econômico por mascarar violações aos Direitos Humanos e, em certos casos, até fomentar.

O poder crescente das multinacionais é reforçado pelos Tratados Bilaterais de Investimento (BITs). Segundo Megan Sheffer¹⁵, os Tratados Bilaterais de Investimento são acordos firmados entre dois Estados, que garantem que os investidores de um Estado-parte gozarão de certos padrões de tratamento no momento de investir no território de outro Estado-parte. Os BITs objetivam incentivar o investimento estrangeiro direto entre dois Estados-partes e, mais ainda, “promover e proteger os investimentos realizados pelos nacionais de cada um dos respectivos Estados-partes no território do outro Estado-parte”¹⁶.

Nesse contexto, destacam-se cinco principais atores: 1º. o "*Host-State*", que é o Estado-parte em que é aplicado o investimento (em geral, são Estados em desenvolvimento pois carecem de investimento estrangeiro direto); 2º. o "*Home-State*", que é o Estado de origem da empresa que está a investir (em geral, são os Estados desenvolvidos); 3º. os "Investidores" (que são as empresas multinacionais naturais do Estado de origem do investimento e que se propõem a fazer um investimento no *host state*); 4º. terceiros não litigantes¹⁷, (que são as pessoas ou instituições que demonstram interesse direto ou indireto na causa); e 5º. os tribunais arbitrais.

Essas partes se relacionam sob o manto de uma grande e caótica teia de normatividades que se desenvolveu como exigência do mercado e que, por conta desse fator, apresenta muitas assimetrias normativas, ou seja, muitas falhas na rede. Os Tribunais arbitrais que julgam os conflitos investidor-Estado referentes a BITs enfrentam desafios que são únicos e não estão presentes em arbitragens comerciais mais tradicionais,

¹⁴ Ruggie, John. *Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 2009, p. 2.

¹⁵ Bilateral Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights? In: *Denver Journal of International Law & Policy*, 2011, p. 5.

¹⁶ VICENTE, Dário Moura. *Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais*, 2011, p. 759.

¹⁷ Megan Wells Sheffer usa a expressão “parte não-estatal impactada”. Essa expressão restringe o alcance da ideia exposta, que deve englobar não apenas as pessoas ou instituições que sofram impactos diretos em decorrência do BIT, mas ainda terceiros que tenham interesse no deslinde da questão. Op. Cit., 2011, p. 2.

que normalmente envolvem duas partes privadas contestando questões comerciais e não incluem Estados soberanos.

Essa assimetria normativa repercute diretamente na relação entre as partes em processo de arbitragem, que também representa uma relação de poder, instalada, primeiramente, entre os Estados que aderem ao modelo de resolução de diferendos sobre investimento estrangeiro e depois, efetivamente em processo, entre o “host state” e o investidor.

Nessa relação, os países em desenvolvimento surgem em desvantagem frente aos países desenvolvidos. Primeiro, por conta da recente entrada dos países em desenvolvimento na economia global, não têm ainda a experiência dos Estados desenvolvidos no que concerne ao investimento estrangeiro, aos tratados de negociação e ao próprio conhecimento da dinâmica dos BITs; em segundo lugar, pela necessidade desses países de atrair o investimento estrangeiro para estimular o desenvolvimento econômico nacional. Assim, é possível afirmar que os países em desenvolvimento são mais frequentemente *host-states* e, conseqüentemente, mais acionados na condição de réus em reclamações de arbitragem BIT.

Essa situação tem levado alguns doutrinadores a apostar em uma "corrida para o fundo", em que as nações em desenvolvimento afrouxam regras de investimento para atrair o investimento direto estrangeiro, restringindo seu poder regulamentar e sua capacidade de proteger o interesse público, resultando, assim, em mais abusos aos Direitos Humanos¹⁸.

2.1 Os Direitos Humanos nos Tratados Bilaterais de Investimento

Diante da crescente utilização e massificação de BITs em todo o mundo e da eficácia dos mecanismos de disputa, a perspectiva do estabelecimento de um quadro eminentemente multilateral de investimentos é preocupante, principalmente não havendo

¹⁸ Segundo o estudo de Anderson e Grusky sobre casos pendentes e concluídos submetidos ao ICSID, “a maioria dos casos foram arquivados contra os países em desenvolvimento: 74% contra países em desenvolvimento de renda média, 19% contra países em desenvolvimento de baixa renda, e apenas 1,4% contra os países do G8. Além disso, verificou-se que a maioria dos casos concluídos foi em favor dos investidores: 36% foram decididos diretamente em favor dos investidores e 34% foram resolvidos fora do tribunal com remuneração ao investidor.” Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It, 2007. Disponível em: http://www.ipsdc.org/reports/challenging_corporate_investor_rule.

modificação no atual regime BIT, com a incorporação em suas cláusulas de temas como interesses públicos, soberania dos Estados e Direitos Humanos.

A ausência de normas globais padronizadas para tornar as corporações (“multinacionais”) responsáveis por violações de Direitos Humanos há muito tempo está na pauta dos ativistas e atualmente vem ganhando muita atenção como parte de um movimento mundial contra os abusos corporativos.

O amplo comércio e a liberalização do investimento têm levado empresas a desfrutar de níveis crescentes de poder econômico e político. Receitas de muitas multinacionais ultrapassam o produto interno bruto de muitos Estados. Um estudo realizado no ano 2000, refere que 51 (cinquenta e uma) das 100 (cem) maiores economias do mundo são corporações, e não Estados¹⁹.

Na verdade, as relações entre Estados já não dominam o ambiente internacional. Em vez disso, os atores não estatais, as empresas supranacionais, detêm uma imensa quantidade de poder financeiro e político. A grande questão que se impõe é que esse poder não vem sendo combinado com grau correspondente de responsabilidade e prestação de contas. Algumas decisões sobre tratados de investimento já vêm incorporando o conceito de obrigações dos investidores de forma paulatina e pontual, diante do aumento de reclamações fundamentadas na proteção dos Direitos Humanos na seara arbitral. Segundo Christoph Schreuer e Clara Reiner²⁰, não é impossível nos tratados de proteção do investimento, como os BITs, haver remissão a cláusulas protetivas dos Direitos Humanos, a despeito de ainda ser uma prática não usual.

Dentro do contexto das arbitragens de investimento, os Direitos Humanos podem surgir invocados por qualquer das partes que figuram, em sentido amplo, no processo de resolução de diferendos, ou seja, podem ser suscitadas reclamações pelo *host state*, pelo investidor, por terceiro não litigante e pelo Tribunal arbitral. Os *host states* normalmente utilizam a proteção dos Direitos Humanos de forma defensiva.

Os Direitos Humanos surgem, então, como justificativa razoável face a medidas adversas adotadas contra os investidores estrangeiros, visto que, ao abrigo dos Direitos Humanos, e da maioria das Constituições estaduais, as falhas na proteção de tais direitos

¹⁹ ANDERSON, Sarah; CAVANAGH, John. *Top 200: The Rise of Corporate Global Power*, 2000, p. 3. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/corpwatch.org/downloads/top200.pdf>.

²⁰ Human Rights and International Investment Arbitration. In: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, p. 83.

podem gerar para o Estado sua responsabilização, principalmente quando em questão a prestação de serviços públicos.

A crise econômica que se abateu sobre a Argentina durante a década de 1990 e início da década 2000 fez com que o País descumprisse vários BITs, principalmente relacionados à prestação de serviços públicos, levando à eclosão de várias reclamações contra o país em cortes internacionais de arbitragem. O principal argumento da Argentina para o descumprimento dos acordos foi exatamente a proteção dos Direitos Humanos fundamentais dos seus cidadãos, que não poderiam sucumbir diante dos tratados de investimento. Como exemplo desses casos, cita-se CMS Gás v. Argentina (ICSID caso nº ARB 01/8), Azurix v. Argentina (ICSID caso nº ARB 01/12), Siemens v. Argentina (ICSID caso nº ARB 02/8) e Sempra Energy v. Argentina (ICSID caso nº. ARB 02/16).

A tendência do ICSID no julgamento dos casos citados foi no sentido de não enfrentar as questões concernentes aos Direitos Humanos, abordando unicamente questões de fundo processual, dando prevalência às obrigações constantes nos acordos de investimentos e se pronunciando como jurisdição não competente para julgar tais questões.

No caso Sempra Energy v. Argentina (ICSID case nº. ARB 02/16), diferentemente dos demais casos, o Tribunal, de forma ainda muito tímida, referiu-se à questão e reconheceu que a relação entre Direitos Humanos e investimento era complexa, mas manteve, ao final, o entendimento dominante, nos seguintes termos:

La discusión acerca de la supervivencia institucional y la preservación del orden constitucional también se ha vinculado con las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de la que Argentina es parte. En la audiencia, un representante de la Demandada formuló la siguiente pregunta a un perito legal: “¿la Argentina estaba obligada por la Convención Americana a mantener su orden constitucional hacia fines de 2001 y en adelante?”. La respuesta del Profesor Reisman fue “[s]í”. **Este debate suscita la compleja relación entre tratados de inversión, la emergencia y los derechos humanos tanto de ciudadanos como de propietarios.** Sin embargo, el verdadero problema en el presente caso es determinar si acaso el orden constitucional y la supervivencia del Estado estuvieron en peligro debido a la crisis, o si por el contrario, el Gobierno aún tenía muchas herramientas a su disposición para hacer frente a la situación. El Tribunal considera que el orden constitucional no estaba al borde de derrumbarse como lo demuestra, entre muchos ejemplos, la ordenada transición constitucional que hizo que el país tuviera cinco presidencias distintas en unos pocos días, seguidas del proceso electoral y el restablecimiento del orden público. Aún cuando se hizo necesario dictar legislación de emergencia en este contexto, los derechos

legítimamente adquiridos podrían aún haberse respetado por medio de medidas temporales y la renegociación²¹. (grifo nosso)

O investidor também pode, em suas reclamações, invocar como fundamento de sua pretensão ofensa a Direitos Humanos perpetradas pelo *host state*. Essa situação é bastante rara e, segundo Schreuer²² pode ser explicada por duas razões, a primeira diz respeito ao fato de que, nas arbitragens de investimento, os investidores normalmente são pessoas jurídicas, não estando amparadas pela rede de proteção dos Direitos Humanos²³ e a segunda razão apresentada pelo autor se refere ao nível de proteção mais elevado proporcionado pelos tratados de investimento em relação aos instrumentos de Direitos Humanos.

No âmbito do ICSID, caso paradigmático trouxe à análise da Corte violação de Direitos Humanos do investidor perpetrada pelo *host state*, foi o caso *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo* (ICSID case nº ARB 99/7). Nesse caso, a despeito de os fatos narrados no tópico referente ao objeto da disputa configurarem violação a Direitos Humanos²⁴, essa questão não foi apreciada pelo tribunal e o caso foi decidido em favor do investidor, mas com base em outros fundamentos, restando as violações aos Direitos Humanos sem qualquer punição.

Vem ganhando destaque no âmbito das arbitragens de investimento a participação de terceiros não litigantes interessados na disputa, notadamente pessoas/comunidades ou instituições diretamente impactadas pela execução dos BITs. Nesse contexto se notabiliza a invocação de Direitos Humanos na fundamentação das petições e a participação ativa do *amicus curiae*, nova figura que foi sendo paulatinamente incorporada aos processos arbitrais.

A participação do *amicus curiae* representa uma abertura dos Tribunais à consideração de questões atinentes a Direitos Humanos no âmbito dos BITs, tendo em vista que, atualmente, muitos processos, iniciados como sendo exclusivamente versando

²¹Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_Sp&caseId=C8.

²² Op. cit., 2009, p. 88.

²³ Exceção feita pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que oferece proteção para a propriedade de pessoas jurídicas no artigo 1º do Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 1952, nos seguintes termos: “Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional”. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

²⁴Case No. ARB/99/7 Decision on the application for annulment of the award. Disponível em: http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/Mitchell%20v%20Congo%20-%20Annulment.pdf.

sobre disputas privadas, em seu desenvolvimento, apresentam importantes questões de interesse público, com alto potencial para atingir e repercutir direta ou diretamente em pessoas/comunidades não ligantes. Essa realidade vem obrigando os tribunais arbitrais a alargarem a transparência e publicidade dos seus procedimentos e a enfrentarem questões de Direitos Humanos surgidas nesse contexto. Por exemplo, na *Uncitral Arbitration Rules* é prevista expressamente em seu artigo 29 a possibilidade de participação do *amicus curiae*, sob a denominação de *experts*. No âmbito do NAFTA, disposição semelhante é verificada no *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation*, que dispõe: “*No provision of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) limits a Tribunal’s discretion to accept written submissions from a person or entity that is not a disputing party (a “non-disputing party”).*”

Referencial sobre esse tema o caso NAFTA Methanex v. USA por ter sido o primeiro caso em que um Tribunal de Arbitragem de Investimento Estrangeiro aceitou a participação do *amicus curiae* e reconheceu o surgimento de questões de interesse público no curso do processo:

Power: The Tribunal concludes that by article 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules it has the power to accept *amicus* submissions (in writing) from each of the Petitioners, to be copied simultaneously to the legal representatives of the disputing parties, Canada and Mexico. (...). **There is an undoubtedly public interest in this arbitration.** The substantive issues extended far beyond those raise by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. **The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully sugested in the Petitions.** There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada; the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. **In this regard, the Tribunal's willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm²⁵²⁶.** (grifos nossos)

²⁵ Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amici curiae*”. <http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexDecisionReAuthorityAmicus.pdf>

²⁶ Em tradução livre: “O Tribunal conclui que, pelo artigo 15 (1) do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, tem o poder de aceitar submissões *amicus* (por escrito) de cada um dos petionários, para serem copiados simultaneamente aos representantes legais das partes em disputa, o Canadá e México. (...). **Há, sem dúvida, um interesse público nesta arbitragem.** As questões de fundo estendem-se muito além daqueles levantadas pela arbitragem transnacional habitual entre as partes comerciais. Isto não se dá apenas porque uma das partes litigantes é um Estado: é claro que há disputas envolvendo os Estados que não são de maior importância pública geral do que um litígio entre particulares. **O interesse público, nesta arbitragem decorre da sua matéria, como poderosamente sugerido nas Petições.** Há também um argumento mais amplo, como sugere o Reclamado e o Canadá; No Capítulo 11, o processo arbitral poderia se beneficiar ao ser percebido como mais aberto ou transparente; ou, inversamente, ser prejudicado se visto como excessivamente secreto. A este respeito, a disposição do Tribunal para receber submissões *amicus*

No âmbito do ICSID, a participação do *amicus curiae* foi apreciada e decidida pelo Tribunal no caso *Suez, Sociedade General de Aguas de Barcelona S.A. And Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID case n°. ARB/03/19)²⁷, como segue:

After receiving the observations of the Claimants and the Respondents on this request, the Tribunal issued an Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae of May 19, 2005 (available at ICSID's website at www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-en.pdf) in which it found that under Article 44 of the ICSID Convention **the Tribunal had the power to grant suitable parties the opportunity to make submissions as *amicus curiae* in appropriate cases and granted the petitioners an opportunity to apply for leave to make *amicus curiae* submissions in accordance with certain stated conditions.** In applying its power to permit *amicus* submissions, the Tribunal stated that it had to take into account three basic criteria: a) the appropriateness of the subject matter of the case; b) the suitability of a given nonparty to act as *amicus curiae* in that case, and c) the procedure by which the *amicus* submission is made and considered (para. 17). With respect to the first criteria, **the Tribunal concluded that this case “involved matters of public interest of such a nature that have traditionally led courts and other tribunals to receive *amicus* submissions from suitable nonparties.”**(para. 20). (...) Finding that the reasons advanced by the Claimants do not support the rejection of the Petition, **the Tribunal concludes that the Petitioners are suitable nonparties to make an *amicus curiae* submission and that this case is an appropriate one to receive such an *amicus* submission in accordance with the limits and conditions stated here in after**²⁸²⁹. (grifos nossos)

pode apoiar o processo em geral, e esta arbitragem em particular; enquanto que uma recusa global poderia causar danos”. (Grifos nossos)

²⁷ O primeiro caso ICSID em que surgiu questão sobre interesse público foi o que envolveu a disputa sobre a água municipal e a concessão de esgoto em Cochabamba, Bolívia (ICSID case n°ARB/02/3), em que mais de 300 pessoas assinaram uma petição requerendo participar como parte da disputa ou, alternativamente, o direito de participar como *amicus curiae* e que fossem realizadas audiências públicas. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_En&caseId=C210)

[requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_En&caseId=C210](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC629_En&caseId=C210)

²⁸ Order in response to a petition by five non-governmental organizations for permission to make an *amicus curiae* submission (february 12, 2007). Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_En&caseId=C19)

[requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_En&caseId=C19](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_En&caseId=C19)

²⁹ Em tradução livre: “Depois de receber as observações dos requerentes e dos requeridos sobre este pedido, o Tribunal emitiu uma ordem em resposta a uma petição para a transparência e participação como *Amicus Curiae* 19 de maio de 2005 (disponível no site da ICSID em www.worldbank.org/icsid/cases/ARB0319-AC-en.pdf) na qual declarou que nos termos do artigo 44 da Convenção ICSID o Tribunal tinha o poder de conceder aos petionários adequados a oportunidade de fazer apresentações como *amicus curiae* em determinados casos e concedeu aos petionários uma oportunidade de apresentar suas observações *amicus curiae*, de acordo com certas condições estabelecidas. Ao aplicar o seu poder para permitir submissões *amicus*, o Tribunal declarou que não tinha de levar em conta três critérios básicos: a) a pertinência do assunto do caso; b) a possibilidade de não-partes para atuar como *amicus curiae*, nesse caso, e c) o processo pelo qual a apresentação de *amicus* é feito e considerado (parágrafo 17). Com relação ao primeiro critério, o Tribunal concluiu que neste caso “matérias que envolvem interesse público de tal natureza que, tradicionalmente, leva os tribunais e outros tribunais a receber submissões de *amicus* não-partes(...)” (Parágrafo 20). (...) Constatação de que as razões levantadas pelos requerentes não suportam a rejeição da petição, o Tribunal conclui que os petionários são não-partes adequadas (legítimas) para fazer uma apresentação de *amicus curiae* e que neste caso o mais acertado é receber tal submissão *amicus* em acordo com os limites e condições estabelecidos aqui em seguida”. (Grifos nossos)

Como se percebe, ao aceitar a participação de terceiros interessados no deslinde das causas submetidas a julgamento em tribunais arbitrais sobre investimentos estrangeiros os tribunais têm dado abertura ao enfrentamento de questões atinentes aos Direitos Humanos, que chegam a eles por via do interesse legítimo dos Estados em proteger os seus cidadãos, principalmente relacionados à prestação de serviços públicos, e pelo aporte de considerações das pessoas/comunidades direta ou indiretamente impactadas pela execução dos BITs.

É relevante a preocupação dos tribunais arbitrais que julgam diferendos sobre investimento estrangeiro com o avanço de temas correlatos aos Direitos Humanos em seu âmbito de atuação, principalmente porque têm sido obrigados a enfrentar e solucionar querelas que fogem a sua legitimidade natural. Mais uma vez, o ICSID desponta como tribunal mais aberto a mudanças. Exemplo disso pode ser visto na utilização de documentos de Direitos Humanos com força de autoridade para a tomada de suas decisões³⁰.

Essa abertura ainda está longe de ser a desejável e necessária para conjugação do investimento estrangeiro com os Direitos Humanos em prol do atingimento do desenvolvimento econômico sustentável. A maioria dos Tribunais ainda adotam procedimentos com pouca ou nenhuma transparência e publicidade, a esconder os verdadeiros interesses que movem a celebração dos BITs e que interditam a responsabilização dos investidores e também dos *host states* quando cometem violações aos Direitos Humanos.

Atualmente, os BITs conferem aos investidores estrangeiros direitos oponíveis ao Estado anfitrião e limitam o poder regulamentar dos Estados na promoção e proteção dos Direitos Humanos. No entanto, já que não se pode negar que os BITs são amplamente utilizados e que os tribunais arbitrais de investimento são muito eficazes, a alternativa seja a reformulação do modelo BIT para eliminar, ou pelo menos diminuir, essa assimetria. Essa reestruturação dos BITs e do próprio sistema de arbitragem transnacional, deverá ter como cerne a criação de obrigações recíprocas entre as partes, levando as empresas multinacionais a agirem com responsabilidade e de forma a respeitar e não violar os Direitos Humanos.

³⁰ Ver: ICSID case n° ARB (AF)/00/2. TECMED S.A. v. Mexico.

3. As falhas do modelo BIT: o que reformar?

Os Tratados Bilaterais de Investimento compõem a vasta rede de normatividades anacionais que rege o comércio de investimento estrangeiro, tendo como figuras centrais empresas transnacionais e Estados. Atualmente essa rede vem sendo desafiada em sua qualidade, legitimidade e efetividade, pela inclusão de discussões que envolvem o interesse público e os Direitos Humanos. E as contestações vem de ambos os lados: investidores e Estados.

Os BITs surgiram para facilitar e promover o comércio global, servindo principalmente como salvaguarda dos interesses dos investidores privados que, para o desenvolvimento de tal atividade, necessitavam do afastamento das influências políticas nacionais. A abertura dos países a esse comércio seguiu a lógica colonial, ou seja, de exploração dos mais fracos pelos mais fortes.

Analisando o modelo ICSID/BIT, vários são os pontos sensíveis e que ensejam reestruturação.

3.1 Direitos Humanos x Direito do Investimento

Direitos Humanos e Direito do Investimento sempre orbitaram em esferas diferentes, cada um submetido a sua peculiar rede de normatividades. Com a aproximação verificada, esses complexos de normatividades estão tendo que ser compatibilizados, fato que vem gerando uma série de conflitos.

Os Estados, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) assumiram a obrigação (legal, social e moral) de proteger os Direitos Humanos e coibir violações aos mesmos em seus territórios, assumindo, inclusivamente, a responsabilidade por atos atentatórios aos Direitos Humanos.

As violações aos Direitos Humanos típicas (trabalhos forçados, extermínios, tortura, escravidão, discriminações, ofensas às liberdades individuais etc) foram paulatinamente sendo normatizadas e julgadas em Cortes Internacionais especialmente criadas para isso. Nessas Cortes, os agentes ativos das violações são principalmente os Estados, que lá são julgados por suas condutas contrárias aos Direitos Humanos, normalmente dos seus próprios cidadãos.

Com o incremento do número de BITs e do comércio transnacional, vem-se descobrindo novo agente ativo ofensor de Direitos Humanos: as corporações

transnacionais, responsáveis por recorrentes abusos aos Direitos Humanos quando levam a efeito a execução dos acordos de investimento firmados com os *host-states*. Nesse contexto, o Estado vê-se duplamente obrigado, de um lado com os Direitos Humanos e de outro com o Direito do Investimento.

Os Estados têm a obrigação de proteger e coibir ofensas aos Direitos Humanos, de qualquer ordem e natureza, e também precisam honrar os seus compromissos comerciais firmados em tratados, principalmente nos BITs. Ocorre que a compatibilização dessas duas esferas não é fácil e tem levado a controverter interesses de grande importância, com clara tendência à ocorrência de afrontas aos Direitos Humanos.

Essa falha de relacionamento entre essas duas ordens normativas começa com a incapacidade dos Estados de, internamente, ligarem esses dois mundos, criando planos e políticas de governo que levem em conta ações conjuntas, fato que se evidencia, por exemplo, pela criação de políticas de investimento totalmente apartadas dos Direitos Humanos, sem qualquer análise sobre os impactos sociais da implementação dessas políticas.

Os Estados têm recorrentemente colocado essas questões em esferas autônomas e separadas, gerando, como diz Megan Sheffer³¹, incoerência horizontal, ou seja, uma falta de coordenação entre as diversas áreas e setores do próprio governo que deveriam agir de forma sincronizada para criar políticas públicas coerentes e efetivas. O fato de que os BITs são geralmente desprovidos de qualquer menção aos Direitos Humanos exemplifica também a incoerência horizontal das políticas dos governos na ordem internacional.

A separação entre Direitos Humanos e Direito do Investimento, na ordem interna e internacional, é ponto sensível e precisa ser tratada de forma adequada como meio de ajuste do sistema. Para que continue operativo e eficaz, sem frustrar ou frear o investimento, mas, principalmente, sem ofender aos Direitos Humanos, é preciso estruturar os BITs no sentido de contemplar a proteção aos Direitos Humanos e fomentar o desenvolvimento econômico sustentável para todos.

³¹ Bilateral Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights? In: *Denver Journal of International Law & Policy*, 2011, p. 7.

3.2 Transparência e Publicidade dos procedimentos

Outro ponto sensível e verdadeiro desafio para os tribunais arbitrais que operam com BITs tem sido implantar e executar procedimentos mais transparentes na sua estrutura, abrindo os casos à participação pública.

Diante da incontestável emergência de questões relativas ao interesse público nos julgamentos de conflitos BITs, os tribunais vêm sendo confrontados com demandas por mais transparência e participação pública, o que vai de encontro à tradicional natureza dos tribunais.

Entre os tribunais arbitrais que apreciam diferendos sobre investimento estrangeiro (BITs), o ICSID oferece o maior nível de transparência³². Todos os casos ICSID, pendentes e concluídos, estão acessíveis ao público. Mas esse acesso está longe de significar que os tribunais arbitrais ICSID sejam completamente abertos. Nesse sentido, revela Megan Scheffer³³:

(...) Information on the parties' arguments, the minutes and other records of the proceeding are not available, and the parties may agree to keep the contents of the final award confidential. n75 Moreover, all proceedings are closed to the public unless both parties agree otherwise, and in the past many ICSID stakeholders have objected to measures for greater transparency³⁴.

Importante compreender o significado e o alcance da transparência que vem sendo demandada dos tribunais arbitrais e dos próprios BITs. Esse ponto vem sendo muito discutido no âmbito dos tribunais arbitrais e das principais organizações econômicas internacionais (WTO, IMF e WB) e levado a algumas mudanças no sentido de modificar o padrão de transparência adotado, entretanto, como mencionam Ngaire Woods e Amrita Narlikar³⁵, “(...) transparency as a mechanism of accountability requires more than the

³² Op. cit., 2011, p. 7.

³³ Op. cit., 2011, p.7.

³⁴ Em tradução livre: “(...) As informações sobre os argumentos das partes, as atas e outros registros do processo não estão disponíveis, e as partes podem concordar em manter o conteúdo da decisão final confidenciais. N75 Além disso, todos os procedimentos estão fechadas ao público, a menos que ambas as partes concordem em contrário, e no passado muitos decisores do ICSID se opuseram a medidas para uma maior transparência.”

³⁵ Governance and the limits of accountability: the WTO, the IMF, and the World Bank, 2001, p. 10. Unesco, Published by Blackwell Publishers

publication of decision, minutes and documents. Real accountability requires active participation”³⁶.

Ainda se está longe de atingir o nível desejado de transparência que permita responsabilizar as corporações transnacionais por ofensas a Direitos Humanos, já que a maioria das medidas voltadas a imprimir transparência aos procedimentos restringe-se ao acesso e à publicidade de alguns documentos e à participação no processo apenas 'por escrito' com a expressa anuência e autorização das partes litigantes.

Nesse sentido, a intensificação da participação dos terceiros não litigantes, mas interessados na disputa (*amicus curiae*), surge como importante instrumento para sedimentar procedimentos mais transparentes, já que o interesse público e os Direitos Humanos extrapolam a seara privada e precisam ser analisados às claras e com a maior participação possível.

3.3 Árbitros e conciliadores com experiência em Direitos Humanos.

Os Direitos Humanos têm surgido cada dia mais na pauta dos tribunais arbitrais e exigido mudança radical na estrutura dos tribunais e dos BITs. Os árbitros que resolvem disputas BIT também podem representar um problema para a promoção e proteção dos Direitos Humanos. Geralmente, nos tribunais de arbitragem investidor-Estado, as partes escolhem os árbitros.

No âmbito do ICSID, a sessão 4 da Convenção ICSID trata da composição das listas de conciliadores e árbitros, nos seguintes termos:

Artículo 12

La Lista de Conciliadores y la Lista de Arbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 13

(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. (2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros. (2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar

³⁶ Em tradução livre: “transparência como mecanismo de *accountability* exige mais do que a publicação da decisão, minutas e documentos. Verdadeira *accountability* exige a participação activa ”.

en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

Pelo artigo 14 da Convenção ICSID, os componentes das listas de conciliadores e árbitros precisam ser pessoas com reconhecida qualificação no mundo do comércio internacional, notadamente no âmbito dos BITs. Mas, como também está claro no artigo supracitado, as habilidades são elencadas de modo genérico, sem qualquer especificação. Esse ponto indica um desacordo entre o momento atual de desenvolvimento dos BITs (que a cada dia atinge quantidade mais diversificada de temas, com repercussões ainda não qualificadas) e a legislação quadro que rege a solução dos conflitos (eminentemente privatística, com primazia da proteção do investidor, sem transparência, sem publicidade e sem mecanismos de responsabilização pela ocorrência de violações a direitos, especialmente Direitos Humanos).

O grande problema surge quando os árbitros são instados a resolver questões de interesse público e de Direitos Humanos. A prática recorrente dos tribunais tem sido a de não apreciar tais causas, alegando que tais assuntos fogem à sua competência (prevista no artigo 25, Capítulo II da Convenção ICSID). Essa fuga à apreciação está ficando dia a dia mais difícil de se sustentar, não podendo mais os árbitros deixarem de apreciar tais questões.

Na arbitragem de investimento, disputas decorrentes de BITs são geralmente tratadas como disputas unicamente comerciais. Direitos Humanos e interesses públicos mais amplos normalmente têm pouco ou nenhum papel nessa seara. Além disso, a jurisdição dos tribunais para tratar de violações de Direitos Humanos fica na dependência dos termos específicos do BIT subjacente.

Então, questiona-se não a qualificação genérica dos árbitros e conciliadores, mas a sua qualificação específica para as demandas que exigem a análise de novas questões que emergem no curso de arbitragens de diferendos sobre investimento estrangeiro.

Disputas que envolvam Direitos Humanos, por exemplo, não podem ser dirimidas sob parâmetros eminentemente econômicos. Os casos têm que ser apreciados por pessoas que tenham comprovada experiência com o assunto em disputa, ou seja, o tribunal deverá privilegiar na sua composição a diversidade não apenas de nacionalidade, mas também de competências.

Alternativa a essa problemática é a formação de listas temáticas de árbitros e conciliadores e a obrigatoriedade da composição do tribunal com pelo menos um *expert*

no tema controverso, identificado a *priori* quando da interposição da reclamação e que pode, inclusive, já ser invocado pela parte reclamante, visto que não é mais possível a negação de respostas às demandas envolvendo interesse público e Direitos Humanos.

3.4. Perda da soberania econômica

Uma das primeiras e principais discussões emergentes nas arbitragens de investimento diz respeito à percepção de que, com o crescimento do comércio global e do número de celebrações de BITs, os Estados, com o objetivo de atrair o investimento estrangeiro direto, tiveram sua capacidade de regulação interna limitada.

Guiados pela lógica do mercado e influenciados por alguns mitos econômicos, notadamente o de que desenvolvimento econômico é sinônimo de desenvolvimento humano, os Estados em desenvolvimento passaram a celebrar acordos com corporações transnacionais nos quais abrem mão de prerrogativas e de direitos em prol do investidor (melhor, do investimento), sem avaliação das repercussões desses acordos a médio e longo prazo.

Importante lembrar que esses BITs geram contratos impermeáveis a uma série de riscos, como, por exemplo, os momentos de crise econômica. Acontece, na verdade, permissividade normativa e o oferecimento de vantagens diretas (isenções, subvenções) como mecanismo de atração de investidores que sejam capazes de superar os riscos provenientes da instabilidade democrática, social e econômica dos países em desenvolvimento.

Essa situação de afrouxamento normativo por parte dos *host-states* para atrair o investimento estrangeiro, com especial ênfase nos setores econômicos e áreas políticas sujeitas à regulação dos governos (água, eletricidade, telecomunicações, gás, mineração etc) representa limitação da soberania dos Estados que firmam BITs leoninos, principalmente da soberania econômica do Estado, que tem sua autonomia normativa e regulatória tolhida pelos termos ajustados nos BITs. Novas leis ou políticas de governo que atentem contra os interesses das corporações podem levar o Estado a enfrentar processo arbitral sob o forte risco ser condenado em sentença milionária, normalmente impossível de ser paga pelos países em desenvolvimento, sem que haja prejuízo à nação.

Essa realidade é, no mínimo, inadequada, pois incentiva o investimento estrangeiro através do enfraquecimento da proteção prevista nas legislações nacionais e da própria soberania, não sendo, assim, um modelo sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas conclusões se impõem quando são confrontados os Direitos Humanos e o Direito do Investimento no âmbito dos tribunais de arbitragem de diferendos sobre investimento estrangeiro (no caso do presente estudo, o ICSID). Podem ser indicadas: a) o investimento estrangeiro direto é uma realidade e traz consigo implicações econômicas, jurídicas e sociais; b) os BITs são instrumentos eficientes e seguros que podem levar ao desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento e não necessariamente ao desenvolvimento humano desses mesmos países; c) Nos Tribunais e Cortes arbitrais que apreciam diferendos sobre investimento estrangeiro vêm sendo arguidas com mais frequência, questões atinentes a Direito Público, com especial relevo aos Direitos Humanos; d) Os Tribunais e Cortes arbitrais que apreciam diferendos sobre investimento estrangeiro não têm se mostrado competentes para julgar ofensas a Direitos Humanos.

A partir do alinhamento dessas constatações, são identificados pontos de tensão entre as redes normativas que envolvem essas temáticas e que se afiguram como assimetrias aparentemente sem solução. No presente estudo, buscou-se analisar a relação conflituosa entre essas redes de normatividade no âmbito do ICSID, Tribunal que se dedica à resolução de conflitos sobre investimento estrangeiro, primeiramente estabelecendo o problema, depois delimitando normas e procedimentos, para, somente então, identificar alguns problemas do modelo ICSID/BIT que indicam a necessidade de reestruturação do modelo.

A reformulação do modelo precisa ser substancial, a partir dos pontos sensíveis expostos no trabalho. O primeiro ponto passível de modificação diz respeito à necessidade de integração das políticas nacionais de Direitos Humanos e de Direito do Investimento. Partindo do pressuposto de que os BITs são desejados pelos Estados, deve-se tentar produzir BIT padrão compatível com as demais políticas internas, evitando incoerências horizontais, com incompatibilidades entre as políticas e leis nacionais no seu momento instituinte. O grande objetivo de se formular um modelo BIT nacional coeso é atingir o equilíbrio entre a justa segurança que deve ser ofertada aos investidores estrangeiros e a legítima proteção dos interesses públicos do Estado e dos Direitos Humanos. Para tanto, é preciso maior racionalidade no momento político instituinte das políticas.

A segunda exigência envolve a transparência real e a efetiva participação pública nas arbitragens. As instituições que possuem tribunais arbitrais cada dia mais vêm se preocupando com o surgimento de questões relativas aos Direitos Humanos em seus processos, fato que tem lançado luzes sobre os procedimentos a portas fechadas característicos dessas cortes. A demanda hoje é por transparência, por portas abertas que possibilitem a todos ver e ter acesso às decisões que direta ou indiretamente vêm repercutindo de forma brutal em partes não litigantes. A partir dessa perspectiva, o simples acesso a documentos não se coaduna com a exigência de transparência e de *accountability*, sendo necessário que os Tribunais passem a adotar em seus procedimentos práticas que efetivem a transparência e possibilitem a responsabilização dos infratores de Direitos Humanos. Quanto a esse aspecto, muito vem contribuindo a participação do *amicus curiae* em vários Tribunais.

O terceiro ponto diz respeito à inclusão nas listas dos tribunais arbitrais de árbitros e conciliadores especialistas em Direitos Humanos. Como não se pode negar que questões relativas a Direitos Humanos emergem no contexto das arbitragens de investimento, exige-se dos tribunais a incorporação de árbitros e conciliadores especialistas nessa área, com a formação de listas temáticas, que subsidiarão a composição de tribunais ecléticos, de modo a contemplar, de forma justa e equitativa, a totalidade dos interesses em litígio.

Outro ponto toca à fragilização da soberania dos Estados no que se refere às imposições do Direito do Investimento. Como as estipulações contidas nos BITs são as normas que regem as disputas, em respeito à máxima *pacta sunt servanda*, para que seja possível confronto com paridade de armas na arena arbitral, é imprescindível que os Estados não abram mão de sua soberania, principalmente no que tange à regulação, seja na produção normativa específica, seja na fiscalização das atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais em seu território, impondo limites razoáveis que tornem possível a proteção do investidor sem desrespeito aos direitos fundamentais da população.

Para concluir, cabe ressaltar que a remodelação pode ser a saída mais coerente e menos radical para atender às demandas dos atores que figuram nas disputas, beneficiando principalmente a sociedade, que não mais admite injustiças e violações não ressarcidas. Essa reestruturação demanda esforço conjunto dos principais atores da relação (*home states, host states*, investidores e tribunais), que devem agir seguindo uma racionalidade sistêmica na qual se proporcione a produção normativa conjunta e a criação

de formas de controle diversificados e consentâneas com a relação entre Direitos Humanos e Direito do Investimento.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Jose E. Empire, Contemporary Foreign Investment Law: An "Empire of Law" or the "Law of Empire"? *Alabama Law Review*, 2009.

ANDERSON, Sarah; CAVANAGH, John. *Top 200: The Rise of Corporate Global Power*, 2000, p. 3. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/corpwatch.org/downloads/top200.pdf>.

ANDERSON, Sarah; GRUSKY, Sara. Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It, 2007. Disponível em: http://www.ipsdc.org/reports/challenging_corporate_investor_rule.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration. *The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 25, number 3, 2009.

_____. An Arbitrator's Perspective of BITs and their Relation to Other International Law Obligations. *Paper given at the Conference 50 Years of Bilateral Investment Treaties – Taking Stock and Look to the Future – Frankfurt, 2009*.

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. *Weekly updates: companies we have invited to respond to concerns*. Disponível em: <http://edit.business-humanrights.org/Documents/Update-Charts>.

CIADI. *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (edición 2013-1)*. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID>.

_____. Convenio CIADI: reglamentos e reglas, 2003. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spaarchive/ICSID_Spanish.pdf.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2012.

FAUCHALD, Ole Kristian; STIGEN, Jo Stigen. *Transnational Corporate Responsibility for the 21st Century: Corporate Responsibility Before International Institutions*, 2009.

FORTIER, L. Yves. International arbitration and the Argentine cases: an evaluation of 10 years of arbitration – institutional aspects. In: *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 6, nº 3, 2012.

FOUCHARD, Philippe. A arbitragem e a mundialização da economia, in: *Filosofia do Direito e Direito Econômico: que diálogo?* 2001.

IISD. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible*, 2005. Disponível em: http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

LATOUCHE, Serge. *Que ética e economia mundiais: justiça sem limites*, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. “*Business and Human Rights: mapping international standards of responsibility and accountability for Corporate acts*”, 2007. Disponível em: <http://www.business-humanrights.org/Documents/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>.

NAFTA. *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation*, 2001. Disponível em: <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, 2003.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*, 2005.

RUGGIE, John. *Human Rights Council, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, 2009.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: limites morais do mercado*. 2012.

SCHREUER, Christoph; REINER, Clara. Human Rights and International Investment Arbitration. In: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009.

SHEFFER, Megan Wells. Bilateral Investment Treaties: a friend or foe to Human Rights? In: *Denver Journal of International Law and Policy*, 2011.

SHIHATA, Ibrahim F. *Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 1986, v. 1.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do Direito. In: *Filosofia do Direito e Direito Econômico: que diálogo*, 1999.

UNCITRAL. *Uncitral Arbitration Rules*, 2010. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

UNIÃO EUROPEIA. Protocolo adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, 1952. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

_____. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

VICENTE, Dario Moura. *Arbitragem de investimento: a convenção ICSID e os tratados bilaterais*. Conferência proferida em 21 de julho de 2011 no V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial.

WOODS, Ngaire; NARLIKAR, Amrita. *Governance and the limits of accountability: the WTO, the IMF, and the World Bank*, 2001, p. 10. Unesco, Published by Blackwell Publishers.