

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Organizadora

com a especial colaboração de

Ely Caetano Xavier Junior

prefácio de

Diego P. Fernandez Arroyo

DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

colaboradores

Ana Cristina Paulo Pereira
Bruno Fernandes Dias
Bruno Rodrigues de Almeida
Carmen Tiburcio
Clarissa Brandão
Colin Crawford
Denis Borges Barbosa
Eduardo Santos Rente
Ely Caetano Xavier Junior
Emília Lana de Freitas Castro
Fábio Morosini
Fernanda Fadda
Fernanda Torres Volpon
Ilana Zeitoune
José Augusto Fontoura Costa
José Enrique Alvarez
Kristina Klykova
Leonardo Cardote

Leonardo Coelho Ribeiro
Lier Pires Ferreira
Luísa Niencheski
Luizella Giardino Barbosa Branco
Marcelo Gustavo Silva Siqueira
Márcio Ávila
Marcos Aurélio dos Santos Borges
Marilda Rosado de Sá Ribeiro
Mônica Antão Xavier
Natasha Suñé
Nikos Passas
Owen L. Anderson
Patrícia Ferreira Baptista
Raphael Carvalho de Vasconcelos
Romulo Brillo
Rudolf Dolzer
Sébastien Manciaux
Welber Barral

UM POUCO SOBRE OS COSTUMES*

José E. Alvarez**

I. Introdução. II. O regime do direito dos investimentos. III. Ensaio crítico dos tratados de investimento como fontes de direito geral. IV. Abordando as objeções; A. *Os TBIs como Lex Specialis*; B. *Os TBIs como Contratos*; C. *Os TBIs como Contratos de Adesão*; D. *Os TBIs como Produto do Dilema do Prisioneiro*; E. *A Intenção dos TBIs*; F. *Variações entre os TBIs*. V. A autoridade das decisões arbitrais; A. *A Prática dos Estados*; B. *Opinio Juris*. VI. Avaliando os efeitos dos TBIs sobre o DIC. VII. As conseqüências mais amplas da opinião de Lowenfeld; A. *O Deficit Democrático*; B. *A Tratadificação*; C. *A Fragmentação*. VIII. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO

Andreas Lowenfeld, juntamente com outros, tais como o ex-juiz da CIJ Stephen Schwebel, argumentou que o regime de tratados de investimento está afetando o direito internacional público geral, de tal forma que, por exemplo, mesmo os Estados que não são partes dos cerca de 3000 (principalmente bilaterais) tratados de investimento podem agora ser sujeitos a algumas regras de investimento internacional emergentes nesse regime.¹¹⁸ O argumento de Lowenfeld é principalmente descritivo mas tem também um aspecto normativo. Ele tenta prever o que árbitros experientes como ele mesmo considerariam ser o direito, numa arbitragem funcionando segundo as regras traçadas pela Convenção Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID, na sigla em inglês), que exige que tais disputas sejam decididas, entre outras coisas, “pelas regras de direito internacional que se mostrarem aplicáveis.”¹¹⁹ O seu argumento é extremamente simples: ao passo que essas regras que controlam o investimento só restaram resolvidas em data recente, no ano 1964, nas décadas seguintes, a conclusão de milhares de tratados bilaterais de investimento (TBIs), combinados com a difundida aceitação das convenções do ICSID e da Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos (MIGA), significou uma mudança por atacado no direito geral

* Traduzido por: Bruno Fernandes Dias, Mestrando em Direito Internacional (UERJ) e Procurador do Estado do Rio de Janeiro; e Christa Maria Calleja, Mestre em Direito Ambiental e Energético (Katholieke Universiteit Leuven) e Advogada.

** *Herbert and Rose Rubin Professor* de Direito Internacional, *New York University School of Law*. O autor agradece a assistência na apta pesquisa de Erik Lindemann, Columbia J.D. (previsto para 2011).

¹¹⁸ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 *Colum. J. Transnat'L*. 123 (2003); SCHWEBEL, Stephen M. *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*, 98 *Am. Soc'y Int'l L.* 27 (2004).

¹¹⁹ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 *Colum. J. Transnat'L*. 123 (2003), pág. 25 (citando a Convenção para a Resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados art. 42, 18 Março 1965, 17 U.S.T. 1271, 575 U.N.T.S. 159 [doravante ICSID]).

aplicável.¹²⁰ Ele conclui que as proteções substantivas de investimento contidas nos TBIs se mudaram “para além da *lex specialis*... até o nível do direito costumeiro eficaz mesmo não signatários”.¹²¹ Lowenfeld reconhece que o seu relato sobre o quê uma terceira parte objetiva consideraria ser o direito, atualmente, é baseado nas tendências da jurisprudência arbitrar e não está totalmente de acordo com as definições usuais quer do direito dos tratados (que só vincula as partes contratantes) ou do direito costumeiro (que requer a prática estatal e a *opinio juris*), mas ele argumenta que tudo isto significa apenas que as definições usuais dessas fontes de direito são “incompletas” e não mais refletem as realidades do processo de criação do direito internacional contemporâneo.¹²²

Embora Lowenfeld reconheça que o novo “consenso” em torno de muitas questões no direito internacional de investimento não resolve muitas dos problemas a respeito das relações entre as empresas multinacionais (EMN) e Estados hospedeiros¹²³, ele, em termos gerais, elogia a mudança no direito desde o período quando a maioria dos Estados apoiavam a Carta de Direitos e Deveres dos Estados, em 1974.¹²⁴ Ele sugere que os países em desenvolvimento mudaram suas atitudes sobre questões tais como a Fórmula de Hull (exigindo pronta, adequada, e efetiva compensação em caso de expropriação) ou os méritos da arbitragem internacional, no que mais daqueles países “vieram a perceber que um clima atrativo de investimento seria necessário se eles desejavam a avançar a escada econômica por meio da entrada de capital estrangeiro.”¹²⁵

Entre os estudiosos, se não árbitros de disputas envolvendo investidor-Estado, as conclusões descritivas e normativas de Lowenfeld permanecem controversas. Muitos advogados público-internacionalistas resistem ao relato descritivo de Lowenfeld, enquanto críticos da globalização afirmam que apenas capitalistas neoconservadores aplaudiriam, como faz Lowenfeld, a proposta de que muitas das regras dos TBIs agora constituem o que

¹²⁰ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat’L. 123 (2003), pág. 125-28.

¹²¹ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat’L. 123 (2003), pág. 129.

¹²² LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat’L. 123 (2003), pág. 128-130.

¹²³ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat’L. 123 (2003), pág. 130.

¹²⁴ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat’L. 123 (2003), pág. 126-127. A Carta, como se sabe bem, tentou estabelecer uma “Nova Ordem Econômica Internacional”, baseada na proposição de que os Estados tinham a liberdade de tratar os investidores estrangeiros, de acordo com os seus próprias leis, livre das limitações impostas pelo direito internacional, incluindo as normas costumeiras sobre responsabilidade do Estado com relação aos estrangeiros. ANDREAS F. LOWENFELD, *INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 491-92* (2ª edição 2008).

¹²⁵ LOWENFELD, Andreas F. *Investment Agreements and International Law*, 42 Colum. J. Transnat’L. 123 (2003), pág. 127.

Lowenfeld chama de “legislação internacional.”¹²⁶ A posição de Lowenfeld é uma afronta àqueles que defendem a vitalidade contínua das fontes de direito internacional previstas no artigo 38¹²⁷ que o Lowenfeld parece pronto para descartar, bem como àqueles que vêem os TBIs como um incentivo deletério a uma “corrida para o fundo” que prejudica os países menos desenvolvidos.¹²⁸

O meu trabalho vai explicar a razão de Lowenfeld provavelmente estar correto e quem vê os tratados de investimento como *lex specialis* desconectados tanto do direito internacional costumeiro (DIC), como dos princípios gerais de direito, errado. Conclui-se que a suposta “morte” de fontes não-convencionais do direito internacional (*non-treaty sources of international law*) tem sido vastamente exagerada¹²⁹ e que Lowenfeld tem um domínio mais sólido do jeito como o direito internacional contemporâneo opera do que os críticos de sua posição. Será, também, sugerido que esta questão tem implicações mais amplas – inclusive no tocante a debates atuais entre os advogados público-internacionalistas sobre os “deficits democráticos” dos regimes do direito internacional contemporâneo, as implicações da proliferação de tratados (“a tratadificação”), e os riscos resultantes da “fragmentação”.

II. O REGIME DO DIREITO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Como a maioria dos advogados internacionalistas sabe, o regime de investimento estrangeiro é em grande parte composto por cerca de 2,600 tratados bilaterais de investimento

¹²⁶ O crítico principal do regime de investimentos, tanto de uma perspectiva descritiva e normativa, é M. Sornarajah. Veja, p. ex., M. SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT* 205-08, 213 (2ª edição 2004) (“Existe tanta divergência nas normas dos tratados bilaterais de investimento que é prematuro concluir que eles dão origem a qualquer regra significativa do direito internacional.”). Para mais críticas, veja também Peter Muchlinski, *Policy Issues*, no *OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 3, 17 (Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer editores, 2008) (“Talvez a questão central seja sobre o que pode ser adquirido, elevando-se padrões baseados em tratados para o direito costumeiro. Com efeito, isso vincularia todos os países àquilo que poderia permanecer sendo padrões mínimos internacionais de tratamento contestados, independentemente de tais países terem assinados os AII [acordos de investimento internacionais]. Isso impediria a liberdade de escolha dos países quanto à extensão e natureza dos seus compromissos... Dada a ampla aplicação de normas de outra forma contestadas como obrigações decorrentes dos tratados, não se afigura necessária para fazê-lo, e, nesta área política hipersensível, poderia produzir uma resposta política desfavorável, retardando a integração econômica e desenvolvimento.”)

¹²⁷ Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Artigo 38, 26 de junho de 1945, 59 Stat. 1055, 33 U.N.T.S. 993 [doravante Estatuto da CIJ].

¹²⁸ Como discutido abaixo, nas Partes II-III, Andrew Guzman manifestou essas duas objeções. Andrew T. Guzman, *Why LDCs Sign Treaties that Hurt them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, 38 VA. J. INT’L 639 (1998). Mas veja Lowenfeld, *supra* nota 1, pag 126 (rejeitando os argumentos de Guzman como “não convincentes” e “convincente só se se conclui que atrair empresas multinacionais é, de fato, a pesca de fundo”).

¹²⁹ Mas veja, p. ex., KELLY, Patrick, *The Twilight of Customary International Law*, 40 VA. J. INT’L L. 449 (2000) (argumentado que a noção do direito internacional costumeiro, como fonte de direito internacional, deveria ser descartada.)

(TBIs) e um adicional de 300 ou mais tratados regionais para promover a integração econômica, que incluem tanto o comércio, como disposições sobre investimento (como o NAFTA e uma série de outros tratados de livre comércio (TLCs)).¹³⁰ Os objetivos mais óbvios desses tratados de investimento são proteger os investidores estrangeiros, afirmando proteções substantivas concedidas nos termos do direito internacional costumeiro, fornecendo garantias suplementares baseadas em tratados (como o tratamento nacional e o da nação mais favorecida), e fornecendo um fórum internacional (arbitral) para resolver disputas entre investidores e os seus Estados hospedeiros.¹³¹ No final de 2006, pelo menos 177 países eram parte de pelo menos um desses tratados.¹³² As regras internacionais que regem o investimento também estão contidas em outros acordos multilaterais (como o *Energy Charter Treaty*), ou existem dentro de organizações internacionais precipuamente concebidas para outros fins (como os Acordos TRIMs, GATS, e TRIPS, da OMC, a Convenção ICSID do Banco Mundial, e o Código de Movimentos de Capitais da OCDE).¹³³ Os TBIs e os capítulos de investimento dos TLCs tipicamente concedem a investidores estrangeiros dos respectivos países contratantes direitos relativos contra a discriminação e algumas garantias mínimas absolutas (geralmente expressas como exigências de se conceder “um tratamento justo e equitativo” (TJE), “proteção integral e de segurança”, justa, pronta e adequada indenização em caso de expropriação, um tratamento não menos favorável do que o exigido pelo direito internacional, indenização em caso de desapropriação de acordo como exigido pelo direito internacional e o direito de repatriar os lucros decorrentes da operação de sua empresa).¹³⁴ Muitos destes tratados também aplicam o que, argumentavelmente, é o conjunto mais eficaz de remédios de qualquer regime internacional existente: a garantia de que os investidores lesados têm um recurso direto a uma arbitragem internacional vinculante, para afirmar qualquer dos seus direitos baseados em tratados, sem, em muitos casos, qualquer necessidade ou de esgotamento dos recursos locais no estado hospedeiro em que eles estão localizados ou

¹³⁰ Veja, p. ex., ECONOMOU, Persephone; DUNNING, John H; e SAUVANT, Karl P. *Trends and Issues in International Investment* no YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT & POLICY 2008-2009 3, 17 (Karl P. Sauvant ed., 2009) nas partes que seguem INVESTMENT YEARBOOK] (citando os dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) sobre o número de acordos internacionais de investimento que foram celebrados).

¹³¹ Veja, em geral, KENNETH J. VANDEVELDE, *United States Investment Treaties: Policy and Practise* 7-22 7-22 (1992).

¹³² VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements. In: The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows* 3, 28 (Karl P. Sauvant & Lisa E. Sachs editores, 2009) (citando números do UNCTAD).

¹³³ Veja, em geral, LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law* 94-97, 102-07, 115-30, 456-61 (2002).

¹³⁴ Para descrições destes direitos, juntamente com acordos e casos relevantes, consulte em geral, BISHOP, R. Doak; CRAWFORD James & REISMAN W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* 1007-1169 (2005).

de buscar a cooperação de seu Estado de origem (como no caso da tradicional proteção diplomática).¹³⁵ Ao contrário da OMC, onde os Estados apresentam queixas um contra o outro, no mundo dos investimentos os investidores estrangeiros são efetivamente como advogados-gerais privados, encarregados de fazer valer os direitos do tratado diretamente contra seus Estados hospedeiros.¹³⁶

Os TBIs, juntamente com outros aspectos do regime de investimento internacional, procuram promover o livre fluxo de capitais por entre as fronteiras. Esses fluxos de capital também são promovidos por instituições financeiras internacionais, como a Corporação Internacional Financeira do Banco Mundial,¹³⁷ o Fundo Monetário Internacional,¹³⁸ organizações regionais, como a OCDE,¹³⁹ as seguradoras de risco político, a americana *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) ou a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA),¹⁴⁰ agentes de mercado que avaliam a capacidade de crédito ou risco político,¹⁴¹ e, claro, os próprios investidores estrangeiros que podem segurar as garantias dos

¹³⁵ Veja, em geral, BISHOP, R. Doak; CRAWFORD James & REISMAN W. Michael. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* 1007-1169 (2005). 1391-1514. Para uma comparação interessante de remédios entre os regimes internacionais, com foco no regime de investimentos, veja HARTEN, Gus Van; LOUGHLIN, Martin. *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, 17 EUR. J. INT'L L. 121 (2006).

¹³⁶ Mas a analogia aos advogados-gerais privados pode ser inexata. Há um debate em curso, inclusive entre árbitros de disputas entre investidor-Estado, sobre se os investidores sob TBIs e TLCs são efetivamente terceiros beneficiários cujos direitos sob estes tratados não são mais dependentes em qualquer aspecto das partes estatais que negociaram estes tratados (e, portanto, sujeitos por aproximação do direito internacional a título próprio) ou se eles permanecem sendo meros executores de direitos sujeitos a um controle soberano (incluindo a possível renúncia à proteção de investimento entre as partes estatais dos tratados subjacentes). Veja, p. ex., BRAUN, Tillmann Rudolf, *Globalization: The Driving Force in International Investment Law*, no *The Backlash Against Investment Arbitration* (WAIBEL, Michalel; KAUSHAL, Asha; e CHUNG, Kyo-Hwa, editores, previsto 2010).

¹³⁷ Veja, p. ex., o anual Reportagem "Doing Business" publicado pela Corporação Financeira Internacional do Banco Mundial. *Doing Business*, [HTTP://www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org) (classificando países mais altamente se suas economias, juntamente com as leis e os tribunais nacionais, aderiam a determinados valores do Estado de Direito que coincidem com muitas garantias de investimentos contidas nos TBIs e TLCs).

¹³⁸ Veja p. ex., KALDERIMIS, Daniel. *IMF Conditionality as Investment Regulation: A Theoretical Analysis*, 13 SOC. & LEGAL STUD. 103 (2004) (que descreve como as condições impostas pelo FMI, assim como os TBIs e TLCs, como sendo uma forma de regulação do investimento internacional).

¹³⁹ Assim, por exemplo, o Código de Movimentos de Capitais de OCDE impõe exigências de liberalização sobre os membros da OCDE, as quais reproduzem algumas daquelas impostas sob TBIs e TLCs. A versão mais recente do código está disponível online em <http://www.oecd.org/dataoecd/57/47/43387900.pdf>.

¹⁴⁰ Para uma descrição do MIGA, veja LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law* 94-97, 488-93 (2002). Como TBIs e TLCs, esquemas de seguro contra o risco político, como OPIC ou a tentativa da MIGA, oferecem aos investidores estrangeiros garantias contra muitas formas de risco político. Para uma discussão sobre como o direito internacional referente à compensação para empresas por tomadas de propriedade pode ser influenciadas por determinações feitas ou arbitragens conduzidas sob as seguradoras políticas de risco, como OPIC e não apenas por decisões arbitrais em TBIs e TLCs, veja, RATNER, Steven R. *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, 102 AM. J. INT'L L. 475 (2008). Para uma consideração sobre como as decisões de seguradores de risco político podem influenciar a determinação de compensação numa série de cenários, veja KANTOR, Mark. *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (2008)

¹⁴¹ Para sugestões de avaliadores privados de risco político, não menos do que a disposição de um país de ratificar TBIs e TLCs, disseminam sinais sobre a abertura de um país a respeito de seu regime de investimento, veja, por exemplo, BÜTHE, TIM; Milner, Helen V. *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct*

Estados hospedeiros (como por meio de cláusulas de estabilização contidas nos contratos de investimento ou no direito local) e tentam fazê-los cumprir mediante outros métodos, além da arbitragem envolvendo investidor-Estado, sob TBIs ou TLCs.¹⁴² Todos esses mecanismos que constituem partes do regime mais amplo de investimento internacional permitem, assim como TBIs e TLCs, que os Estados apresentem compromissos melhores ou mais críveis para os investidores estrangeiros que poderiam estar desconfiados de se submeterem, e o seu capital, ao direito e aos tribunais locais.

Com menos de 3.000 tratados de proteção de investimento em vigor, o regime de investimento não cobre todos os possíveis emparelhamentos bilaterais dos Estados. No momento, não há, por exemplo, qualquer tratado de proteção ao investimento em vigor entre os Estados Unidos e os países do BRIC (Brasil, Rússia, Índia ou China) – apesar do enorme fluxo de capital proveniente de dentro dos BRICs. Além disso, os tratados de investimento podem ser extintos de acordo com os seus termos e alguns Estados têm procurado se retirar de alguns desses tratados ou do ICSID.¹⁴³ Como tudo isso sugere, um grande número de investidores e Estados têm interesse em saber se Lowenfeld está certo em sustentar que Estados que não sejam partes de tratados de investimento podem, ainda assim, ser objeto de algumas das regras de investimentos internacionais contidas nesses tratados ou que são elaboradas em decisões arbitrais envolvendo investidor-Estado.

III. CRÍTICAS AOS TRATADOS DE INVESTIMENTO COMO FONTES DE DIREITO GERAL

Investment: A Political Analysis, in The Effect of Treaties Double Taxation Treaties, and Investment Flows, pág. 171.

¹⁴² Veja, p.ex., KURUK, Paul. Renegotiating Transnational Investment Agreements: Lessons for Developing Countries from Ghana-Valco Experience, 13 MICH. J. INT'L L. 43 (1991) (histórico de rejeição de um governo de, entre outras coisas, cláusulas de estabilização negociadas em contratos de investimento por um regime anterior); LOUIS T. WELLS & RAFIQ AHMED, MAKING FOREIGN INVESTMENT SAFE: PROPERTY RIGHTS AND NATIONAL SOVEREIGNTY (2007) (históricos de tentativas de investidor/estado hospedeiro de negociar, particularmente a respeito as promessas feitas em contratos de investimento). Alguns TBIs e TLCs contêm cláusulas “guarda-chuva” em que os investidores estrangeiros garantem os direitos de intentar ações em caso de violação de seus contratos de investimento, mediante mecanismos de resolução de litígios investidor-Estado. Veja em geral, BISHOP, CRAWFORD & REISMAN, supra nota 17, à 1095-1104.

¹⁴³ Veja, p.ex., Damon Vis-Dunbar, Luke Eric Peterson & Fernando Cabrera Diaz, Bolívia Notifies World Bank of Withdrawal from ICSID, Pursues BIT Revisions, bilaterals.org, maio 9, 2007, [HTTP://www.bilaterals.org/article.php?id_article=8821](http://www.bilaterals.org/article.php?id_article=8821) (relatando a retirada da Bolívia do ICSID); International Law Reporter, Ecuador's Notification Pursuant to Art. 25(4) da Convenção do ICSID (Dez. 16, 2007), <http://ilreports.blogspot.com/2007/12/ecadors-notification-pursuant-to.html> (afirmando que o Equador ameaçou revisar vários de seus TBIs e não reconhecer a jurisdição do ICSID quanto a certos litígios)

Certamente não é o caso de todos os Estados que entraram em um TBI terem subscrito o mesmo conjunto de obrigações. Apesar das semelhanças em linha de princípio geral, estes tratados permanecem sendo acordos bilaterais com variações textuais que refletem diferenças nos textos que servem de modelo para negociação dos Estados e as diferenças no poder de barganha, como digamos, Canadá, México, e os Estados Unidos (os quais negociaram o Capítulo Onze do NAFTA) ou os Estados Unidos e Granada (os quais concluíram um TBI em 1986 que era praticamente idêntico ao modelo americano de então, apenas três anos após a invasão do país pelos Estados Unidos).¹⁴⁴ Ao contrário do regime de comércio, não existe um único tratado multilateral abrangente sobre o investimento; nem há um “modelo” aceito para um acordo de proteção ou promoção de investimentos, em comparação com tratados bilaterais de extradição. A última tentativa de se negociar um tratado de investimento multilateral, no âmbito do OCDE, terminou em 1998, após uma impressionante campanha de *lobby* por uma série de ONGs.¹⁴⁵ Além disso, o TBI típico é um documento relativamente conciso (e talvez algo enigmático), em comparação com os volumosos detalhes substantivos e processuais contidos nos acordos abrangidos pelo âmbito do GATT.

Conseqüentemente, não é surpreendente que os esforços para extrair do regime de investimento regras gerais aplicáveis às partes não signatárias, como os de Lowenfeld, encontrem séria objeção. A seguir se listam sete relevantes razões apresentadas para se mostrar que a tese de Lowenfeld está errada, seja como uma questão descritiva ou normativa.

(1) Aqueles que vêem TBIs ou TLCs como instâncias em que se elaboram regras específicas aplicáveis apenas às partes específicas de tais tratados partem da premissa fundamental de que os tratados vinculam apenas os Estados que com eles consentem, e que por isso uma rede de tratados bilaterais ou regionais, por definição, vincula apenas os Estados parte.¹⁴⁶ Assim, muitos estudiosos, talvez a maioria, vêem TBIs ou TLCs como ofertas especiais ou *lex specialis* que se aplicam apenas entes as respectivas parte. Nesse sentido,

¹⁴⁴ Para uma descrição dos modelos em evolução dos acordos de proteção de investimentos utilizados pelos Estados Unidos e China, veja José E. Alvarez, *The Evolving BIT*, 6 *TRANSNAT'L DISP. MGMT.* (previsto no 2009).

¹⁴⁵ Veja EDWARD M. GRAHAM, *FIGHTING THE WRONG ENEMY: ANTIGLOBAL ACTIVISTS AND MULTINATIONAL ENTERPRISES* 47-48 (2000) (discutindo as controvérsias geradas pelo acordo multilateral proposto e os esforços dirigidos contra ele por ONGs nos principais países da OCDE).

¹⁴⁶ Veja Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 34, aberto para assinatura no 23 de maio de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 [doravante Convenção de Viena] (“Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento.”)

TBIs e TLCs são *quid pro quos* específicos— ofertas que não foram destinados a, e não podem gerar regras gerais de costume ou princípios gerais de direito.¹⁴⁷

(2) Relacionada com o ponto (1), mas conceitualmente distinta é a alegação de que os tratados de investimento são mais como “contratos” do que tratados “legislativos”. Ao contrário, por exemplo, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que afirma explicitamente sua intenção de codificar e desenvolver progressivamente a direito geral,¹⁴⁸ os TBIs e TLCs não dizem nada parecido. Eles dependem e são baseados na reciprocidade específica para sua legitimidade e execução, e não evidenciam objetivos comuns de serem aplicados por meios comuns.¹⁴⁹

(3) Os TBIs e TLCs não são *meros* contratos. Eles são mais como contratos de adesão ou “tratados desiguais”, pois no caso “típico” (veja-se, por exemplo, o TBI EUA-Granada mencionado acima), esses acordos são impostos pelos exportadores de capitais ricos aos Estados pobres, desesperados por capital e insuficientemente preparados para saber o que eles estão assinando.¹⁵⁰ Esses países não têm, na realidade, quaisquer intenções comuns compartilhadas, e muito menos alguma que afete as regras do jogo para o planeta. De fato, sugere-se que comumente o país pobre é tão mal informado que ele frequentemente se vê angustiado após o fato, quando descobre, assim como consumidores enganados por um

¹⁴⁷ P.ex., M. Somarajah, *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, 20 J. WORLD TRADE 79, 82 (1986) (“Cada tratado é nada mais que *lex specialis* entre as partes, destinado a criar um regime mútuo de proteção do investimento. Tal *lex specialis* é necessária simplesmente por causa da incerteza no direito de proteção do investimento, mas tal incerteza não pode ser removida numa base universal por esses tratados, dado que eles não apóiam consistentemente os princípios definidos.”); M. SORNARAJAH, *THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 2006-07* (2ª edição 2004) (“Existe tanta divergência nas normas dos tratados bilaterais de investimento que é prematuro concluir que eles dão origem a qualquer regra significativa do direito internacional.”); Muchlinski, *supra* nota 9, à 17 (“Elevar padrões baseados em tratados baseados em padrões para o direito costumeiro... vincularia todos os países àquilo que poderia permanecer sendo padrões mínimos internacionais de tratamento contestados”); Guzman, *supra* nota 11, à 684-86 (“Os argumentos daqueles que vêem TBIs como prova do direito costumeiro são equivocados.”).

¹⁴⁸ Convenção de Viena, *supra* nota 29, PMBL (“Acreditando que a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito dos tratados alcançados na presente Convenção...”).

¹⁴⁹ Veja, p.ex., SURYA P. SUBEDI, *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW RECONCILING POLICY AND PRINCIPLE* 103 (2008) (descrevendo o “caráter contratual” dos TBIs); Guzman, *supra* nota 11, à 686 (observando que os TBIs não contêm qualquer expressão que explicitamente reconheça que seu objetivo seja apenas o de codificar o direito internacional costumeiro).

¹⁵⁰ Veja, p. ex., SORNARAJAH, *supra* nota 9, 207-08 (sugerindo que os TBIs são “tratados desiguais”, e que coerção pode ser mostrada com relação à sua conclusão “onde a assinatura do tratado é subordinada à concessão de auxílios empréstimos ou preferências comerciais”). Alguns podem tirar uma conclusão semelhante das descrições do autor sobre antigas negociações americanas de TBIs. Veja, p.ex., José E. Alvarez, *Remarks [on the Proceedings of the 86th Annual Meeting of the American Society of International Law]* 86 AM. SOC’Y INT’L L. PROC. 550, 552-53 (1992) (argumentando que os países “se voltam para o TBI americano com o equivalente a uma arma do FMI apontado para a cabeça,” que para muitos “uma relação de TBI dificilmente é voluntária, sem coação”, e que a negociação não é uma discussão entre soberanos iguais). Mas veja José E. Alvarez & Kathryn Hkamsi, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, em *INVESTMENT YEARBOOK*, *supra* nota 13, à 379, 473-77 (Karl P. Sauvant ed., 2009) (desafiando a afirmação de que o TBI Estados Unidos-Argentina seja um contrato de adesão).

vendedor de carros sem escrúpulos, que o que ele realmente alcança por meio da conclusão dum TBI é uma maior exposição aos riscos financeiros inesperados, e não o fluxo maior de capital.¹⁵¹ De acordo com este ponto de vista, o fato de que um grande número de países menos desenvolvidos foram atraídos a aderirem aos tratados, sob a impressão equivocada de que esta é a única maneira de aumentar a credibilidade de seus compromissos perante investidores estrangeiros não demonstra a universalista “prática geral aceita como lei” necessária a provar o costume.¹⁵²

(4) Uma distinta mas relacionada razão para resistir à conclusão de Lowenfeld é sugerida pela explicação que mais amplamente se cita para a origem e propagação dos TBIs, a saber a proposta de Andrew Guzman, baseada na teoria dos jogos, sobre a razão pela qual os países menos desenvolvidos (PMDs) voltaram-se para os TBIs, conquanto estivessem “simultaneamente” engajados na resistência às regras contidas em tais tratados por meio de seus esforços na Assembléia Geral da ONU.¹⁵³ Guzman argumenta que os TBIs foram celebrados pelos PMDs só *depois* de tal grupo de Estados haver demolido o direito costumeiro relevante,¹⁵⁴ mediante suas ações coletivas para estabelecer a Nova Ordem Econômica Internacional (NOEI), na Assembléia Geral da ONU em 1970. Naquela altura, segundo Guzman, não havia algo como um padrão mínimo internacional ao qual todos os investidores estrangeiros tinham direito ou a Fórmula de Hull assegurando compensação pronta, adequada, e efetiva em caso de expropriação.¹⁵⁵ Deste ponto de vista, mesmo que alguns tratados pudessem, em princípio, refletir o direito costumeiro existente,¹⁵⁶ não se pode

¹⁵¹ Veja, p.ex., SORNARAJAH, supra nota 9, à 218-19 (destacando a desigualdade de poder de barganha e de conhecimento entre as partes num TBI). Para um esforço empírico questionando até que ponto TBIs promovem um aumento dos fluxos de IED, veja Mary Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT... And They Could Bite*, em THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, supra nota 15, à 349.

¹⁵² Veja, p.ex., Jason Webb Yackee, *Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality*, 32 FORD-HAM INT’L L.J. 1550, 1552 (2009) (argumentando que TBIs não vão além de reconhecer que as promessas que os Estados fazem para os investidores são presumivelmente aplicáveis, e que, portanto, argumentos de que constituem um direito internacional costumeiro de investimento universal, de tamanho único, obrigatório para todos os Estados, são erradas); Matthew C. Porterfield, *An International Common Law of Investor Rights?*, 27 U. PA. J. INT’L ECON. L. 79 (2006) (expressando ceticismo quanto ao fato de que TBIs estabeleçam um direito comum e universal para o investimento).

¹⁵³ Guzman, supra nota 11. Recentemente Guzman atualizou o seu relatório. Veja Andrew T. Guzman, *Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, em THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, supra nota 15, à 73.

¹⁵⁴ Guzman, supra nota 36, à 77, 94-96.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ C.f. Convenção de Viena, supra nota 29, art. 38 (“Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.”).

dizer dos TBIs que servissem para codificar ou refletir essas regras, porque a Assembléia Geral havia minado o consenso global em favor de tais regras no momento em que a maioria dos TBIs entraram em vigor.

(5) Mesmo aqueles que poderiam resistir ao sustentado por Guzman, quanto à da morte de regras costumeiras, no acordar da NOEI, podem encontrar nessa história uma outra razão para serem céticos em relação à alegação de Lowenfeld: qual seja, a de que os TBIs e TLCs, ao contrário, por exemplo, de certas convenções multilaterais que declaram nos preâmbulo a sua pretensão a codificarem ou desenvolverem progressivamente o direito costumeiro, não têm essa intenção. Guzman argumenta que os PMDs aderiram aos TBIs por uma única razão: eles estavam desesperados por capital e não tinham intenção de ressuscitar tais regras costumeiros (mesmo se isso fosse possível com a conclusão dum tratado).¹⁵⁷ Ele argumenta que os PMDs entraram em tais tratados apenas para assegurar a perspectiva de uma melhora nos fluxos de IED duma parte de um TBI em especial, e certamente não para se afastar de sua oposição estabelecida às proteções tradicionais, como a Fórmula Hull, que favoreceu investidores.¹⁵⁸ Para Guzman, cada negociação TBI era apenas uma tentativa por um PMD, como um prisioneiro individual a desertar da posição do Sul Global tomado na ONU, mas sem qualquer intenção de minar a posição comum dos PMDs em favor da NOEI.¹⁵⁹ Longe de constituir uma tentativa de afirmar o direito geral tradicional, TBIs foram, pelo contrário, concluídos precisamente por causa, como argumenta Sornarajah, “duma ausência de um consenso para criar multilateralmente normas aceitáveis.”¹⁶⁰ Assim, a existência desses tratados não pode substituir os esforços (inexistentes) multilaterais para restaurar o desterrado e antigo DIC.¹⁶¹ Guzman argumenta que a única maneira de restabelecer as regras costumeiras tradicionais que favorecem os investidores, asquais foram demolidas, seria, portanto, implantar os mesmos métodos pelos quais essas regras antigas foram demolidas: ou seja, por meio de esforços globais, tais como a resolução da Assembléia Geral da ONU, repudiando as antigas resoluções da NOEI, e reafirmando, por exemplo, a Fórmula Hull.¹⁶²

¹⁵⁷ Guzman, *supra* nota 36, págs. 85-86, 95-96.

¹⁵⁸ *Id.* pág. 95-96.

¹⁵⁹ *Id.* pág. 86-88.

¹⁶⁰ SORNARAJAH, *supra* nota 9, pág. 212.

¹⁶¹ Guzman, *supra* nota 36, pág. 84.

¹⁶² *Id.*

Uma outra forma de dizer o mesmo ponto é simplesmente que a adesão aos TBIs e TLCs não evidencia a “*opinio juris*” necessária para estabelecer o DIC, de modo que a rede de tais tratados não tem efeito sobre o direito geral aplicável a países não signatários.¹⁶³

(6) Outra razão mais simples para resistir ao argumento descritivo de Lowenfeld repousa sobre os conteúdos diferentes dos TBIs e TLCs. O argumento é simplesmente que esses tratados diferem muito em conteúdo para produzir regras aplicáveis coerentes e gerais.¹⁶⁴ Nem todos os tratados de investimento, por exemplo, exigem que os Estados admitam investidores estrangeiros num regime anti-discriminatório; a maioria impõe apenas essa regras em tratamento pós-entrada. Apenas alguns acordos de investimento proíbem requisitos de desempenho (assim como requisitos para exportar). Tratados de investimento diferem em outras maneiras, como a definição aplicável para investidor ou investimentos elegíveis, ou acerca dos requisitos necessários ao início de uma arbitragem envolvendo investidor-Estado. E mesmo quando eles pretendem conceder um tratamento similar, como quando eles garantem o TJE, num olhar mais atento, também essas disposições de tratados são muitas vezes formuladas em termos diferentes, ou usando uma linguagem diferente e não podem, portanto, consideradas como significando a mesma coisa e necessariamente gerar regras gerais consistentes.¹⁶⁵

(7) A utilização por Lowenfeld das decisões dos tribunais arbitrais envolvendo investidor-Estado é também sujeita a escrutínio crítico. Para advogados internacionalistas tradicionais e positivistas, para quem tais decisões constituem na melhor das hipóteses evidência “subsidiária” de obrigações internacionais que deveria ainda depender de tratados, costumes, ou princípios gerais,¹⁶⁶ o fato de que alguns árbitros têm parecido concordar com o Lowenfeld ao decidir certas disputas não significa nada.¹⁶⁷ Cada um desses painéis *ad hoc*

¹⁶³ Id. à 94-96. Veja também *United Parcel Serv. of America v. Canadá*, adjudicação sobre Jurisdição § 97 (NAFTA Arb. Trib. 2002), disponível em [HTTP://nafta.claims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSAwardOnJurisdiction.pdf](http://nafta.claims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSAwardOnJurisdiction.pdf) (“Embora [TBIs] sejam numerosos, a sua cobertura é limitada; e... em termos de *opinio juris*, não há uma indicação de que eles refletem um senso geral de obrigação.”); *Sedco, Inc. v. Nat’l Iranian Oil Co.*, 10 Iran-U.S. C1. Trib. Rep. 180, 184-185 (1986) (comparando TBIs a requerimentos de pagamento único e sugerindo que ambos refletem “a negociação num contexto em qual a ‘*opinio juris*’ parece uma estranha.”)

¹⁶⁴ Para um esforço detalhado de explicação, veja Bernard Kishoiyian, *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*, 14 NW. J. INT’L L. & BUS. 327 (1994).

¹⁶⁵ Para um estudo dos diferentes termos de TBIs e TLCs com relação ao TJE, veja IOANA TUDOR, *THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT* 15-52 (2008) (identificando cinco variações principais da obrigação TJE nos tratados).

¹⁶⁶ Veja Estatuto da CIJ, *supra* nota 10, art. 38 (listando as três principais fontes de direito internacional e fontes ‘subsidiárias’).

¹⁶⁷ De fato, apesar da tendência dos árbitros responsáveis por disputadas entre Estado-investidores de confiar nas decisões anteriores, há muitos casos em que decisões arbitrais anteriores, incluindo algumas que tratam diretamente da mesma questão, foram ignoradas ou não seguidas, e ninguém afirma que os árbitros são obrigados a seguir as decisões anteriores, como se essas constituíssem um regra vinculante. Para exemplos de

compostos de três árbitros está encarregado, afinal, só de interpretar um tratado em particular que lhe seja submetido e não de se pronunciar sobre o direito geral. Nem este regime tem um único tribunal de apelação ou processo para reconciliar interpretações conflitantes de arbitragem até do mesmo tratado de investimento, ao contrário da OMC. Decisões arbitrais envolvendo investidor-Estado não são nem precedentes vinculantes para outros tribunais e nem fontes de obrigações internacionais eles próprios.¹⁶⁸ Nesse sentido, decisões arbitrais, não importa o quão bem fundamentadas, nunca podem ser substituídas pela elementos reais do costume – prática dos Estados e *opinio juris* – e tais decisões não constituem o que a maioria dos advogados consideram ser as fontes relevantes para se determinarem os “princípios gerais de direito” aplicáveis.¹⁶⁹

IV. ABORDANDO AS OBJEÇÕES

A seção seguinte trata, por vez, de cada uma das sete objeções à conclusão de Lowenfeld, mas dedica mais atenção à crítica mais saliente, ou seja, a de que o que quer que os TBIs e TLCs sejam, eles não constituem elementos do direito internacional costumeiro.

A. TBIs como Lex Specialis

Teses de que os TBIs são “*lex specialis*”, não são “legislativos”, ou que lhes falta um conteúdo comum apresentam escolhas artificialmente restringidas a uma dualidade preto/branco, as quais têm pouca semelhança com as complexidades das interações entre fontes decorrentes tratados e aquelas não convencionais, ou existentes no processo de criação do direito internacional. Essas não são qualidades que existem em algum tipo de botão liga/desliga. Há aspectos dos TBIs que são *lex specialis* – ou seja, com a intenção de excluir a aplicabilidade das regras gerais em sentido contrário. Este é o caso, por exemplo, no que diz

decisões conflitantes, veja Todd J. Grierson-Weiler e Ian A. Laird, Standards of Treatment, em THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, supra nota 9, pág. 259.

¹⁶⁸ Objeções ao alegado valor jurisprudencial das decisões arbitrais são múltiplas. Veja, p. ex., Patrick M. Norton, A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation, 85 AM. J. INT’L L. 474, 475, 486 (1991) (discutindo objeções à aplicação de decisões arbitrais, incluindo aquelas feitas por um número de juízes iranianos dissidentes no U.S-Iran Claims Tribunal). Notavelmente, muito embora Norton defenda a aplicação pelos árbitros de decisões arbitrais anteriores, ele não afirma que estas decisões sejam mesmo o direito costumeiro ou princípios gerais de direito. Id. à 498 (notando que na “doutrina aprovada”, decisões arbitrais são meios auxiliares para a determinação das regras de direito).

¹⁶⁹ Compare C. Brown, The Protection of Legitimate Expectations as a ‘General Principle of Law’: Some Preliminary Thoughts, 6 TRANSNAT’L DISP. MGMT. (2009) disponível em http://www.transnational-dispute-management.com/members/articles/tdm_detail.asp?key=1303 (buscando no direito comparado uma orientação sobre “princípios gerais de direito”).

em respeito aos requisitos processuais particulares que cada um destes tratados requer para a o início da solução da disputa entre investidor-Estado.¹⁷⁰ Algumas disposições dos TBIs refletem *quid pro quos* particulares – assim como a cláusula no TBI do EUA – Argentina do 1991, que prevê que a Argentina não precisa fornecer aos montadores de automóveis americanos todos os benefícios que os montadores argentinos recebem.¹⁷¹ Ninguém está sugerindo que todas as garantias substantivas contidas nos TBIs e TLCs agora fazem parte dos princípios do DIC ou princípios gerais do direito. Nem muitos afirmariam que os requisitos processuais específicos refletidos nesses acordos – assim como provisões do TBI que permitem que até os acionistas minoritários possa fazer uma reclamação em nome de uma empresa – refletem o direito geral.¹⁷² Por outro lado, há muitas outras disposições nesses tratados que explicitamente ou implicitamente confiam no direito internacional geral ou refletem uma intenção de seus autores de afirmarem princípios tradicionais da responsabilidade do Estado perante estrangeiros.

Desta maneira, o TBI EUA-Argentina prevê, no artigo II(2)(a), que “[i]nvestment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.” Em segundo lugar, prevê que nos casos de desapropriação, os investidores têm o direito de ser tratados “de acordo com o devido processo legal e os princípios gerais de tratamento previstos no artigo II(2).”¹⁷³ Em terceiro lugar, o TBI afirma que os investidores sujeitos a expropriação têm o direito a uma pronta revisão por parte de autoridades judiciais ou administrativas competentes do Estado hospedeiro, as quais, entre outras coisas, devem certificar-se de que qualquer compensação “esteja em conformidade com as disposições do presente Tratado e dos princípios do direito internacional.”¹⁷⁴ Por fim, o tratado afirma que o investidor tem direito ao melhor de qualquer tratamento concedido nos termos, entre outras

¹⁷⁰ Para um esforço interessante no sentido de delinear quando disposições de um TBI devam ser tratadas como *lex specialis* e quando elas devam ser interpretadas à luz do direito internacional geral, veja Campbell McLachlan, *Investment Treaties and General International Law*, 57 INT'L & COMP L.Q. 361 (2008). Veja também Alvarez & Khamsi, *supra* nota 33, pág. 427-40.

¹⁷¹ Tratado A Respeito do Incentivo Recíproco e Proteção de Investimento, EUA-Argentina, Protocol § 9, 14 de novembro 1991, 31 I.L.M. 124, disponível em [HTTP://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/argentina_us.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/argentina_us.pdf) [doravante TBI EUA-Argentina].

¹⁷² Veja geralmente RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 56-59 (2008) (resumindo divergências entre os tribunais arbitrais e outros tribunais sobre a possibilidade de acionistas apresentarem demandas); Markus Perkams, *Piercing the Corporate Veil in International Investment Agreements*, em *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN CONTEXT* 93 (August Reinisch & Christina Knahr, editores, 2008) (comparando o direito de demandas de acionistas sob o direito internacional costumeiro e sob acordos de investimento).

¹⁷³ TBI EUA-Argentina, *supra* nota 54, art. IV(1).

¹⁷⁴ *Id.* art. IV (2).

coisas, “das obrigações jurídicas internacionais.”¹⁷⁵ (Outras disposições do TBI, como uma cláusula que exige que os Estados não “prejudiquem através de medidas arbitrárias e discriminatórias, a gestão, operação, manutenção, uso, desfrute, aquisição, expansão, ou venda dos investimentos,”¹⁷⁶ concedendo aos investidores, “meios eficazes de apresentar pleitos” em fóruns locais,¹⁷⁷ ou determinando que os Estados tornem “públicas” todas as leis relevantes¹⁷⁸, são convites abertos para a implantação do DIC relevante ou princípios gerais do direito, haja vista, por exemplo, os princípios emergentes para promover o devido processo, a transparência, ou *accountability* através dum número de regimes, incluindo aqueles que envolvem direitos humanos.¹⁷⁹)

Como essas cláusulas demonstram, tratados de investimentos são, pelo menos em parte, os esforços explícitos para oferecer aos investidores proteções tradicionais do direito costumeiro, inclusive o padrão mínimo internacional, a proteção integral e segurança, e proteção contra a negativa de justiça.¹⁸⁰ Cláusulas, tais como aquelas enumeradas acima, são esforços para incluir proteções costumeiras como parte das proteções do TBIs, e não para *excluir* essas regras jurídicas gerais ordinariamente aplicáveis, como seria o caso de uma *lex specialis*.¹⁸¹ Isso está certamente de acordo com o que sabemos das intenções anunciadas do programa de TBIs dos EUA (e, presumivelmente, os programas dos outros Estados

¹⁷⁵ Id. art. X.

¹⁷⁶ Id., art. II(2)(b). Cf. *Elettronica Sicula (E.U.A. v. Itália)*, Julgamento, 1989, C.I.J. 15, 76 (20 de julho) (definindo “arbitrário” em termos comparáveis à forma como o caso *Neer* definiu o padrão mínimo internacional, ou seja, como “uma violação deliberada do devido processo legal, um ato que choca, ou pelo menos surpreende um senso do propriedade judicial”).

¹⁷⁷ TBI EUA-Argentina, supra nota 54, art. II(6).

¹⁷⁸ Id. art. II(7).

¹⁷⁹ Veja, p.ex., *TUDOR*, supra nota 48, à 154-181 (examinando as muitas maneiras pelas quais padrão TJE foi aplicado, incluindo a sobreposição com obrigações dos Estados para exercer a devida diligência e proteção, para proporcionar o devido processo e respeitar a equidade processual, a respeitar as expectativas legítimas das partes, a evitar a coerção e assédio, a oferecer um quadro legal estável e previsível, e evitar tratamento arbitrário e discriminatório). Os árbitros não foram os únicos a relacionar o “padrão mínimo internacional” aos princípios dos direitos humanos. Veja, p.ex., *SUBEDI*, supra nota 32, à 11 (afirmando que “sob os princípios do direito internacional dos direitos humanos, cada indivíduo, pessoas físicas e jurídicas, e seja nacional ou estrangeiro, residente em qualquer país, tinha direito a seus direitos humanos fundamentais, incluídos os direitos de propriedade” e afirmou que este aspecto da agenda de direitos humanos “suplementam e complementam” o direito de investimento estrangeiro, de modo que a propriedade não poderia ser expropriada sem compensação).

¹⁸⁰ Veja, p.ex., *Noble Ventures, Inc. v. România*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/01/11, Decisão § 164 (2005) (equiparando proteção integral e segurança ao dever geral de devida diligência para proteger os estrangeiros no direito internacional costumeiro).

¹⁸¹ Por isso, pode ser um pouco enganoso afirmar, como um dos principais livros de jurisprudência fala, que TBIs “[são] uma *lex specialis* entre as partes... suplantam qualquer direito internacional costumeiro inconsistente e pode abraçar ou excluir qualquer normas incipientes.” *BISHOP, CRAWFORD & REISMAN*, supra nota 17, à 1007. A linguagem da maioria dos TBIs acolhe ou ainda mais exige a aplicação residual do DIC; é muito mais difícil apontar casos concretos em que TBIs explicitamente o tenham excluído. Para uma análise da razão pela qual a aplicação supletiva do direito costumeiro tem importância no contexto dum conjunto particular de disputas, veja *Alvarez & Khamsi*, supra nota 33 (discutindo a defesa da necessidade da Argentina em um número de casos).

exportadores de capital que agora largamente imitam as disposições dos TBIs americanos).¹⁸² Negociadores americanos dos TBIs afirmaram em comentários acadêmicos, em depoimentos perante o Congresso, e mais importantemente, no curso das negociações dos TBIs, que estes tratados procuraram reafirmar, não derogar, o direito costumeiro relevante.¹⁸³ Além disso, é sabido que os TBIs americanos, assim como TBIs e TLCs modernos, procuram conferir aos fóruns arbitrais o poder de adjudicar com relação a regras costumeiras que de outra forma dependem, para a sua aplicação, da intervenção política dos governos (a qual, no passado, levaram à diplomacia das canhoneiras). Para este fim, esses tratados definem “disputas de investimento” que poderiam ser trazidas à arbitragem internacional como incluindo as violações de qualquer direito “conferido” pelo tratado (ou seja, onde apenas o fórum é fornecido pelo tratado mas direitos pré-existentes sob DIC são aplicáveis) e não apenas aqueles “criados” pelo tratado.¹⁸⁴ Só isso explica porque as referências a DIC nestes tratados não são supérfluas.¹⁸⁵

B. *TBIs como Contratos*

Decisões arbitrais interpretando essas cláusulas, pelo menos na medida em que aplicam o direito costumeiro, não estão apenas interpretando um tratado-contrato particular entre as partes – como é sugerido pela segunda objeção à tese de Lowenfeld, como notado na Seção III. Isto é ainda mais o caso hoje em dia sob o NAFTA, o qual, pelo menos depois que

¹⁸² Veja em geral VANDEVELDE, supra nota 14, à 7-22. Para um exame da “americanização” gradual do programa chinês de TBIs, o segundo maior no mundo, veja Stephan W. Schill, *Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People’s Republic of China*, 15 *CARDOZO J. INT’L & COMP. L.* 73 (2007).

¹⁸³ Desta maneira, um dos primeiros negociadores dos TBIs dos EUA e acadêmico de destaque sobre o programa TBI dos EUA afirmou: Um dos mais importantes dos padrões absolutos exige que o investimento coberto desfrute de um tratamento não menos favorável do que o exigido pelo direito internacional. Esta disposição incorpora o direito internacional costumeiro no TBI, para que qualquer violação do direito internacional costumeiro também viole o TBI. A implicação prática é que os mecanismos de disputas dos TBIs, que se aplicam a violações dos tratados, podem ser usadas para remediar violações do direito internacional costumeiro. Kenneth J. Vandeveld, *The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal*, 86 *AM SOC’Y INT’L L. PROC.* 532, 537 (1992). Vandeveld também atribui a resistência dos Estados Unidos a fazer concessões em relação às disposições do tratamento ao desejo de usar estes tratados para “reforçar” DIC. *Id.* à 536, 537. Ele indica que, pelo contrário, como as disposições do tratamento nacional e nação mais favorecida não foram fundamentadas no DIC, os Estados Unidos estavam mais dispostos a fazer concessões sobre essas disposições (como no que diz respeito às derrogações da NMF quando os parceiros do BTI eram membros das uniões aduaneiras). *Id.* em 537.

¹⁸⁴ TBI EUA-Argentina, supra nota 54, art. VII(1) (“violação de qualquer direito conferido ou criado por este Tratado.”)

¹⁸⁵ Para saber mais sobre como os TBIs procuraram de “despoliticizar” as disputas de investimento, veja SUBEDI, supra nota 32, à 96-98. Não é plausível argumentar, como faz M. Sornarajah, que TBIs e TLCs se referem ao DIC por causa da ausência de consenso sobre questões como o padrão mínimo internacional. SORNARAJAH, supra nota 9, 212, 328-32. Se esta fosse a intenção, estes tratados teriam feito mais do que simplesmente confiar em regras que Sornarajah (e Guzman) dizem que não existem; eles teriam continuado a definir tais padrões, juntamente com o tratamento justo e equitativo.

os Estados parte emitiram a primeira interpretação conjunta do tratado, agora *igual* o significado do TJE ao padrão mínimo internacional costumeiro.¹⁸⁶ Pelo menos depois dessa interpretação, decisões arbitrais do NAFTA no assunto são *necessariamente* esforços para interpretar e aplicar o direito costumeiro. É significativo ver que a maioria das decisões foram relutantes em aceitar alegações de pelo menos alguns dos Estados parte de que o padrão mínimo internacional permanece o mesmo desde quando a *U.S Mexican Claims Commission*, no famoso Caso Neer em 1927, decidiu que o governo mexicano não tinha violado o padrão ao exibir uma deficiência de diligência devida na investigação e persecução do assassinato de um nacional dos E.U.A em seu território.¹⁸⁷ A maioria dos tribunais envolvendo investidor-Estado tinham recusado de aderir aos padrões rigorosos do Neer, estabelecendo que Estados podem evadir às suas responsabilidades, a menos que a conduta deles era “notoriamente injusta” ou “chocante.”¹⁸⁸ Assim, as interpretações do padrão TJE do NAFTA faz exatamente o que o Lowenfeld diz que eles fazem: *eles refletem, e aplicando o padrão aos fatos mutante, também afetam* a interpretação em curso dos fontes do lei que não derivam do tratados. A linguagem da interpretação da Comissão do NAFTA foi incorporada no Modelo TBI do E.U.A do 2004 e parece em todos os TBIs e TLCs concluídos pelos Estados Unidos desde 2004. Além disso, aquilo acordo modelo também equivale suas garantias de expropriação para aqueles previstas pelo direito internacional costumeiro.¹⁸⁹

Mais significativo para os meus propósitos aqui é que os árbitros de disputas entre investidor-Estado, mesmo aqueles que operam fora do contexto dos tratados do NAFTA ou

¹⁸⁶ De acordo com a Interpretação da Comissão do NAFTA de 31 de Julho 2001, que é vinculante para árbitros envolvidos em disputas investidor-Estado:

1. Artigo 1105(1) prescreve o padrão mínimo do direito costumeiro internacional do tratamento dos estrangeiro como o padrão mínimo de tratamento a ser dispensado aos investimentos dos investidores de outra Parte.
2. Os conceitos do “tratamento justo e equitativo” e “a proteção e segurança plena” não necessitam de tratamento além delas ser o que é exigido pelo padrão mínimo de direito costumeiro internacional do tratamento dos estrangeiros.

Comissão do Comercio Livre NAFTA, Notas de Interpretação de Determinadas Disposições do Capitulo 11, 31 de julho 2001, disponível em [HTTP://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=en).

¹⁸⁷ Neer v. México, 4 R. Int'l Arb. Awards 60 (U.S.-Mex. Gen. Claims Comm'n 1926). Para a mais recente tentativa dum tribunal investidor-Estado a considerar a pertinência do caso Neer aos interpretações contemporâneos de “tratamento justo e equitativo” veja Glamis Gold Ltd. v. Estados Unidos, Decisão ¶§598-617 (NAFTA Arb. Trib. 2009) (concluindo que o padrão do Neer – requerendo a conduta do governo que é notório, escandaloso, ou chocante – continua a aplicar, mas que a visão da comunidade internacional quantos aos tipos das ações que podem ser descritos podem ter sido evoluídos desde 1926).

¹⁸⁸ P.ex., Mondev Int'l, Ltd. v. Estados Unidos, Decisão ¶§116, 125 (NAFTA Arb. Trib. 2002). Esse tribunal observou que a interpretação da Comissão, constituída do direito internacional “cujo conteúdo é formado pela conclusão de mais de dois mil tratados bilaterais de investimento e muitos tratados de amizade e comercio”. Id. §125. Mas veja Glamis Gold ¶§598-617 (encontrando o padrão do Neer aplicável).

¹⁸⁹ Modelo E.U.A 2004 TBI Anexo B(1), disponível em <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (“Artigo 6 ... Tem por objetivo refletir o direito costumeiro internacional sobre a obrigação dos Estados em respeito a expropriação.”).

qualquer outro tratado do investimento que explicitamente equipara os padrões do tratado com aqueles no DIC, também tendem a borrar distinções rígidas entre uma garantia de TJE num tratado de investimento e o direito costumeiro. A maioria das decisões arbitrais emitidas até esta data sobre o assunto explicitamente equiparam os dois padrões, sugerem que os dois são em grande medida equivalentes, ou pelo menos indicam que o padrão do TJE previsto em tratado precisa ser informado pelas regras aplicáveis do direito internacional, tais como o padrão mínimo internacional (assim como seria sugerido pelas regras de interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados).¹⁹⁰ Assim, quando os tribunais afirmam que, por exemplo, tanto o TJE e como direito internacional costumeiro exigem uma certa conduta governamental e que essas determinações sugerem, como é discutido mais abaixo,¹⁹¹ um padrão cada vez mais crescente do que os investidores estão autorizados a esperar dos governos aderentes ao estado de direito, é difícil resistir à conclusão de que as normas costumeiras, incluindo as expectativas em torno do padrão mínimo internacional, têm evoluído, juntamente com as expectativas em torno dos direitos humanos gerais para todos os governos. Desta maneira, a decisão *Azurix v. Argentina* sugeriu que a questão sobre se o TJE foi concebido para ser uma garantia adicional ao investidor pode ser acadêmica, pois, na substância, os direitos concedidos por ele podem ser os mesmos que concedidos pelo direito costumeiro.¹⁹² E no caso *Sempra Energy v. Argentina*, os árbitros sugeriram que o significado do TJE, nunca exato desde o início, “evoluiu ao longo dos séculos” e que “o direito

¹⁹⁰ Os casos especiais são aqueles que contrastam com as regras dos tratados de investimento com aqueles no DIC. P. ex., *Glamis Gold* ¶§608-11 (casos contrastantes que dependem no direito costumeiro da aqueles que definam um “padrão autônomo” sob determinadas TBIs). Veja também *Asian Agric. Prods. Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/87/3, Decisão (1990) (semelhante contrastando regras de tratado com as regras de direito costumeiro).

¹⁹¹ Veja as notas infra 143-144 e texto acompanhante (sobre as conclusões alcançadas em *Waste Management II* e *TECMED* quanto ao significado do TJE).

¹⁹² Este é, certamente, agüentado por uma pesquisa da decisão arbitral estado-investidor que aplica o padrão TJE, com tais decisões freqüentemente borrar distinções rígidas entre o TJE como um padrão standard do tratado e princípios subjacentes ou relacionados do DIC ou princípios gerais do direito. Veja em geral Tudor, supra nota 48. Alguns exemplos específicos são: *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/01/12, Decisão §364 (2006) (“A questão de saber se o tratamento justo e equitativo é ou não é adicional ao requerimento do tratamento mínimo sob o lei internacional é uma questão sobre o conteúdo substantivo do tratamento justo e equitativo e, por qualquer lado do argumento se leva, a resposta para a questão pode, em substância, ser a mesma.”); *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/02/8, Decisão ¶§293, 299 (2007) (concluindo que o direito costumeiro evoluiu desde o *Neer* e não é ainda necessário mostrar má fé ou intenção maliciosa por parte do estado hospedeiro); *Pope & Talbot Inc. v. Canadá*, Decisão de Indenização ¶§59-62 (NAFTA Arb. Trib. 2002) (rejeitando o padrão do *Neer* na interpretação do direito internacional costumeiro ou a TJE e sugerindo que os mais de 1800 TBIs são reflexo da prática do estado); *MCI Power Group L.C. v. Equador*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/03/6, Decisão §369(2007) (notando que o TJE “obriga os Estados-partes do TBI de respeitar os padrões de tratamento requisitos pelo direito internacional”); *Saluka Invs. BV (Países Baixos) v. Republica Checa*, Decisão Partial §292 (UNCITRAL Arb. 2006), disponível em [HTTP://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170_306.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170_306.pdf) (notando que o padrão mínimo internacional costumeiro é “em qualquer caso vinculante” e que o padrão TJE “pode em verdade prever não mais duma proteção “mínima”).

costumeiro internacional, tratados de amizade, comercio e navegação, e mais recentemente tratados bilaterais de investimento, têm contribuído para este desenvolvimento.”¹⁹³ Aquele tribunal turvou ainda as águas, sugerindo que o TJE, assim como o padrão mínimo internacional, era essencialmente um preenchedor de lacunas intencionado a permitir que árbitros cumpram o “principio da boa fé” no curso da aplicação casuística.¹⁹⁴ Alguns estudiosos têm lido essas e outras decisões arbitrais como dando “uma expressão moderna ao principio geral do devido processo” ou até a “requerimentos mínimos do estado do direito,” e têm sugerido que “alguns dos elementos do regime dos direitos humanos podem fornecer uma fonte do principio geral de que a obrigação de tratamento justo e equitativo pode ser dada um conteúdo contemporâneo.”¹⁹⁵ Embora tais esforços para retirar dos tratados distintos e regras de costume podem ser atribuídos ao pensamento superficial, essas interpretações quase não são surpreendentes, dados os requisitos em muitas TBIs ou TLCs que investidores se concedem o benefício do “tratamento em conformidade com o direito internacional.”

C. TBIs como Contratos de Adesão

Num outro ensaio, eu também abordei o rumor de que consequências jurídicas surgem do fato de que *algumas* negociações de TBIs, especialmente nos primeiros anos, pareciam-se mais com sessões de treinamento realizadas pelos países ocidentais, exportadores de capitais, do que como negociações entre soberanos iguais. O direito internacional não afirma que tratados sejam nulos ou anuláveis se uma das partes do tratado sucumbiu à pressão econômica.¹⁹⁶ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados não reconhece a categoria

¹⁹³ *Sempra Energy Int'l v. Argentina*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/02/16, Decisão §296-7 (2007). Na verdade, mesmo a decisão mais resistente a encontrar noções em evolução do direito costumeiro embutidas nos acordos de investimento, o caso do Glamis, concluiu que o TJE é, contudo, sujeito a uma “mudança [evolucionaria] na visão do que é chocante e escandaloso.” *Glamis Gold* §613.

¹⁹⁴ *Sempra Energy* §297.

¹⁹⁵ CAMPBELL MCLACHLAN, LAURENCE SHORE & MATTHEW WEINIGER, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION* 203-05 (2008); Campbell McLachlan, *Investment Treaties and General International Law*, em *INVESTMENT TREATY LAW: CURRENT ISSUES* III 105, 143 (Andrea K. Bjorklund, Ian A. Laird & Sergey Ripinsky, editores, 2009). Veja também AN & L. P, L, NDREW EWCOMBE LUIS ARADELL AW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARD OF TREATMENT 252 (2003) (argumentando que algumas medidas que afetam os investidores estrangeiros podem violar o direito internacional dos direitos humanos e que “em respeito aos direitos processuais, pode haver sobreposição significativa entre as alegações de violações de direitos humanos, por um lado, e as alegações de denegação de justiça e devido processo, de outro”); TUDOR, *supra* nota 48, à 154-81 (discutindo a sobreposição entre o TJE e outras obrigações dos Estados, incluindo a garantia ao devido processo). Alguns sugeriram que o padrão TJE também coincide com as garantias anti-discriminatórias dos TBIs e TLCs. P.ex., SUBEDI, *supra* nota 32, à 57.

¹⁹⁶ Como é sabido, uma proposta para incluir “pressão econômica ou política” no artigo 52 (sobre coerção), na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi derrotado, mas só depois de uma “declaração” neste tratado foi anexado condenando a ameaça ou o uso dessa pressão para concluir um tratado. Veja Richard D. Kearney & Robert E. Dalton, *The Treaty on Treaties*, 62 AM. J. INT'L L. 495, 532-35 (1970). A maioria tem

de “tratados-contratos de adesão” sujeitos a regras distintas de interpretação; nem há regras especiais relativas à interação entre tratado e costume para tais casos.¹⁹⁷

D. TBIs como Produto do Dilema do Prisioneiro

A descrição de Guzman da ascensão e disseminação de TBIs, um exemplo excelente do clássico Dilema do Prisioneiro, continua sendo apenas isto: um exercício acadêmico elegante dotado de pouca semelhança com o mundo real. Num outro ensaio, refutei o relato descritivo de Guzman sobre como os PMDs terminaram, nas palavras dele, celebrando individualmente tratados que os prejudicam coletivamente.¹⁹⁸ Aqui, é suficiente contestar a sua afirmação de que a rede de tratados de investimento não poderia afirmar o direito geral porque no momento em que foram concluídos esses tratados, aquele direito já não existia. Guzman ignora numerosas decisões arbitrais que, consistentemente com um considerável questionamento acadêmico acerca do impacto normativo das resoluções relevantes Assembléia Geral, concluíram que as regras costumeiras tradicionais de responsabilidade do Estado, incluído o padrão mínimo internacional, não foram afastadas por alguns dos esforços dos PMDs para estabelecer a NOEI.¹⁹⁹ Como muitos árbitros e acadêmicos têm apontado, as resoluções da Assembléia em que Guzman se apóia para concluir que o direito costumeiro relevante já não existia foram apoiadas só por um segmento da comunidade internacional e nunca receberam o apoio dos Estados especialmente afetados, ou seja, os exportadores capitais ocidentais.²⁰⁰ Não houve um consentimento universal demonstrável no sentido de derrubar as regras universalmente aplicáveis que eram o objetivo de resoluções da Assembleia, como a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, e poucos observadores objetivos desses eventos concluíram que tais esforços da Assembléia tiveram

tratado esta declaração como um compromisso político com nenhuma influencia sobre a lei tradicional, que nem o motivo dum estado nem desigualdade no poder de barganha é relevante para determinar a validade dum tratado. Assim, mesmo M. Sornarajah, que enfatiza o status desigual dos partes num TBI, reconhece que a “visão melhor” é que isso não afeta a validade dum tratado. SORNARAJAH, supra nota 9, à 218. O autor não tem conhecimento de qualquer parte num TBI tentando de levantar como uma defesa assim numa reivindicação dum TBI.

¹⁹⁷ Veja, p. ex., SORNARAJAH, supra nota 9, à 219 n. 36 (reconhecendo que “o direito do tratado não passa por trás do tratado e para examinar tais matérias” dada a “ficção ... de que Estados são iguais”).

¹⁹⁸ José E. Alvarez, *The Once and Future Investment Regime*, em *LOOKING TO THE FUTURE: ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW IN HONOR OF W. MICHAEL REISMAN* (Mahnoush Arsanjani et al. eds., previsto para 2010).

¹⁹⁹ Veja p.ex., *Sedco Inc. v. Nat’l Iranian Oil Co.*, 10 Irã-EUS Cl. Trib. Rep. 180 (1986); *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Líbia*, 17 I.L.M. 1 (Int’l Arb. Trib. 1978).

²⁰⁰ Veja, p.ex., IAN BROWNLIE, *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 543 (4ª edição 1990) (concluindo que se o Artigo 2 da Carta dos Direitos e Obrigações Econômicas dos Estados tenta mudar a lei relevante com respeito à compensação em caso de expropriação, Estados que objetaram a resolução não seriam obrigados porque eles se tornaram oponentes persistentes).

esse efeito. Da mesma forma, tampouco houve uma necessidade demonstrável de rejeitar formalmente as resoluções da NOEI na Assembléia ou em outros fóruns multilaterais, de modo que a ausência de tais esforços não nos conta nada sobre o *status* das normas costumeiras relevantes ou sobre a relevância dos TBIs para essas normas.

Guzman tampouco está correto ao dizer que os PMDs estavam “simultaneamente” fazendo coisas diferentes com relação aos TBIs e na ONU. A era do uso dos TBIs como dispositivos de compromisso críveis (especialmente por meio do recurso à efetiva solução da disputa entre investidor-Estado) veio *depois* que a NOEI morreu, ou seja, com o fim da Guerra Fria. Até o final dos anos 1970, os relativamente poucos TBIs existentes (menos de 400) continham proteções ao investimento relativamente fracas e, crucialmente, não continham cláusulas sobre a solução de disputas abrangendo o consentimento dos Estados, com antecedência, à arbitragem.²⁰¹ A onda moderna dos TBIs chegou quando países como os Estados Unidos deram início a TBIs relativamente fortes (em meados dos anos 1980), mais tarde imitados pela maioria de outros signatários de TBIs, os quais se destinavam justamente a *afirmar* as regras tradicionais da responsabilidade dos Estados perante estrangeiros; adicionar proteções de tratado suplementares não presentes no direito geral (como o TN e NMF); e garantir que tanto os direitos costumeiros, como os previstos em tratados, poderiam ser executados por meio de uma arbitragem internacional vinculante.²⁰² A tese de Guzman de que é preciso explicar o porquê de os PMDs terem aderido individualmente aos TBIs, enquanto coletivamente eles os minavam na ONU, é, portanto, baseada numa premissa equivocada. A maioria dos PMDs voltaram-se para os TBIs *depois* de tentar (sem sucesso) alterar as regras tradicionais que protegem os investidores estrangeiros (e os estrangeiros em geral), num momento em que o mundo estava se voltando, coletivamente, para abordagens baseadas no mercado consistentes com os TBIs e TLCs.²⁰³

E. A Intenção dos TBIs

²⁰¹ Veja Jason Webb Yackee, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?* 42 LAW & SOC'Y REV. 805, 815 fig. 1 (2008) (que indica o número de TBIs, subdividido em TBIs fortes e TBIs fracos, em vigor, ao longo do tempo).

²⁰² Veja, p.ex., Alvarez, *supra* nota 81; Vandeveld, *supra* nota 15, à 19-28 (discutindo a “era global” de acordos internacionais de investimento, que começou no final da década dos 1980). Para uma análise das motivações daqueles que estabeleceram o programa dos E.U do TBI, veja em geral, Kenneth J. Vandeveld, *Of Politics and Markets: The Shifting Ideology of the BITs*, 11 INT'L TAX & BUS. LAW 159 (1993). Nota que, como demonstram essas fontes, a inclusão das normas costumeiras nos TBIs nem foi supérfluo na natureza (desde inclusão habilitou tais regras de ser executadas por meio de arbitragem investidor-Estado) nem evidenciam que os signatários dos TBIs, ao contrário, se sentiram obrigados por aqueles regras costumeiras.

²⁰³ Veja, p.ex., Vandeveld, *supra* nota 15, à 21 (alegando que a onda moderna dos TBIs acompanhou e foi em grande parte motivada pela “vitória de ideologia de mercado” pós-Guerra Fria).

Embora Guzman esteja correto ao dizer que a maioria dos TBIs não afirmam, em tantas palavras, sua intenção de codificar ou desenvolver progressivamente o direito geral, muitos deles fazem a segunda melhor coisa: eles incluem expressamente as proteções estendidas pelo direito costumeiro e as tornam sujeitas à solução de disputas entre investidor-Estado.²⁰⁴ Guzman, portanto, está errado em sugerir que o conteúdo dos TBIs não sugere uma intenção de afirmar o direito costumeiro.

Guzman também está muito provavelmente errado em sugerir que os PMDs (ou qualquer parte em um TBI) entrem num tratado dessa natureza só por razões “econômicas”. Na maioria dos casos os Estados têm um sem-número de razões pelas quais entrar em obrigações internacionais – desde políticas até altamente legalistas. Os TBIs e TLCs não são exceção. A visão mono-casual de Guzman sobre as razões pelas quais os Estados celebram TBIs não é apoiada pelas provas que nós temos. Pelo menos depois do fim da Guerra Fria, quando a explosão da celebração dos TBIs realmente começou, os Estados tinham inúmeras razões para concluir tais tratados. A literatura sugere que alguns PMDs escolhem fazer isso para enviar um sinal de que viraram uma nova página com relação ao tratamentos de todos os investidores, inclusive os seus próprios empreendedores.²⁰⁵ Alguns aderiram a TBIs fortes para enviar um sinal mais forte de que eles estavam dispostos a construir instituições nacionais favoráveis ao mercado, bem como para encorajar mais ajuda de parceiros dos TBIs; ou para mostrar ao FMI a sua seriedade com relação a satisfazer as pré-condições estruturais de ajuste daquela organização.²⁰⁶ Outros provavelmente aderiram aos TBIs com um ou mais Estados em particular para sinalizar uma disposição política de se alinharem com tais Estados em matérias econômicas ou de outro tipo. E, em alguns casos, as ratificações dos TBIs parecem ter respondido a pressões domésticas, como os esforços políticos de certas elites para amarrar as administrações futuras (incluído o partido rival) ao mastro do mercado livre/estado de direito; a desejos de manter investimentos existentes ou de responder a ameaças de alguns

²⁰⁴ Veja supra Parte III. A (discutindo disposições do TBI U.E.A – Argentina).

²⁰⁵ Veja, p.ex., SORNARAJAH, supra nota 9, à 215 (explicando a política geral e o pensamento atrás dos TBIs). Veja em geral, THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES AND INVESTMENT FLOWS, supra nota 15 (especialmente Capítulo 8, Peter Egger & Michael Pfaffermayr, The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment; Capítulo 11, Susan Rose-Ackerman, The Global BIT Regime and the Domestic Environment for Investment; e Capítulo 16, Deborah L. Swenson, Why Do Developing Countries Sign BITs).

²⁰⁶ Veja, p.ex., W. Michael Reisman & R.D. Sloane, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation, 74 BRIT. Y.B. INT’L L. 115, 118 (2004) (anotando que “os TBIs buscam o lado macro-jurídico das políticas estruturais de reajustamento macroeconômicas incentivados pelas instituições financeiras multilaterais”). Veja em geral Robert Grosse & Len J. Trevino, New Institutional Economics and FDI Location in Central and Eastern Europe, em THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, supra nota 15, à 273 (procurando uma correlação positiva entre as celebrações dos TBIs e mudanças institucionais recomendados pelas instituições financeiras internacionais).

desses investimentos de sair do país, e a demandas de entidades empresariais domésticas de se voltar para um estado de direito nacional fortalecido.²⁰⁷ É claro que, considerando outros desenvolvimentos globais que coincidiram com a rápida explosão dos TBIs nos 1990 – como a desintegração do bloco soviético e o fracasso das esperanças dos modelos de desenvolvimento de cunho socialista, a crise da dívida, a consolidação do regime de comércio, e o afastamento dos modelos de substituição de exportação – não deveria surpreender a ninguém o fato de os PMDs se voltarem para tratados de proteção ao investimento com um desejo sincero de liberalizar fluxos de mercado e capital em geral, como é de fato explicitamente afirmado em muitos dos preâmbulos destes tratados, e não meramente com respeito a parceiros específicos dos TBIs, tratado a tratado.²⁰⁸

É claro que investigações sobre as motivações dos Estados são inerentemente especulativas. E, no entanto, as ações dos Estados, antes de concluir um TBI e ao implementar tais tratados, apóiam a conclusão de que a adesão a tais tratados sempre foi parte de uma orientação geral (ou re-orientação) em favor de fluxos abertos ou liberais de capital, e que os TBIs não eram meramente acordos ‘olho por olho’ para garantir fluxos de IED oriundo de parceiros em particular. Como será discutido abaixo, o comportamento dos signatários dos TBIs, inclusive os PMDs, é inteiramente consistente com a proposição de que havia seriedade naquilo que foi dito no momento da celebração: ou seja, que as suas leis nacionais e práticas, consistentemente com as obrigações assumidas em tratados, iriam acolher e proteger investidores estrangeiros em geral, mesmo que isso não fosse a prática anterior usual.²⁰⁹ O que sabemos hoje é que, quase todos os Estados, inclusive aqueles que ainda formalmente aderem a um sistema do governo “comunista”, têm cada vez mais reformado suas leis nacionais e compromissos internacionais de modo a melhor agir em consonância com a teoria de David Ricardo da vantagem comparativa. O ônus da prova parece recair diretamente sobre

²⁰⁷ Esta motivação ajudou para explicar por que os Estados, como a Argentina, logo após da Guerra Fria, entrou em múltiplas TBIs, e não só com os Estados Unidos. Os esforços no início dos anos 1990 para emendar os seus leis, participar na privatização, e concluir um número de TBIs são amplamente interpretados como um tentativa de reorientar tal estado com mais firmeza em direção dum mercado e não como um esforço dum olho para um olho para selecionar alguns parceiros dos TBIs para tratamento especial. Veja Alvarez & Khamsi, supra nota 33, à 408-17 (discutindo o objeto e a finalidade do TBI E.U.A – Argentina); veja também SORNARAJAH, supra nota 9, à 215-17 (mencionando exemplos da Argentina e Sri Lanka). Para o trabalho empírico sugerindo que uma razão por qual alguns países em desenvolvimento celebram TBIs é para manter os investimentos existentes, veja Deborah L. Swenson, Why do Developing Countries Sign BITs?, em THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, supra nota 15, à 437.

²⁰⁸ Vandeveld, supra nota 15, à 10-11.

²⁰⁹ Veja texto infra acompanhando as notas 118-133 (discutindo as mudanças conformadas nas leis nacionais). Veja RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 13 (2008) (discutindo a dependência da Arbitragem Lema Goldfields sobre o enriquecimento injusto).

aqueles que aparentemente sustentam que, de algum modo, os PMDs não pretendiam genuinamente fazer o que suas próprias leis os tratados deles indicavam que estavam fazendo.

Mas uma resposta mais fundamental para a proposição de que os TBIs poderiam ter sido motivados apenas por razões “econômicas” é que, mesmo que assim fosse, isso não necessariamente enfraquece o impacto que a rede de tais tratados e a sua aplicação pelos tribunais envolvendo investidor-Estado hoje em dia têm sobre o direito geral. Que os Estados tenham ou possam ter tido razões “econômicas” para celebrar um tratado que não exclui outros efeitos normativos produzidos pela entrada em vigor desses tratados, pela prática subsequente sob a sua égide, ou pelos esforços em aplicá-los. Embora acadêmicos da escolha racional dissessem que todas as regras do direito internacional são baseadas no interesse próprio dos Estados, incluindo o interesse econômico próprio, o impacto normativo de um tratado ou de uma rede deles não é delimitado, de uma vez por todas, pela razões originárias aventadas quando da sua conclusão. Tampouco o impacto normativo de uma onda cada vez mais crescente de decisões envolvendo investidor-Estado é limitada pelas motivações originais dos Estados quando estabeleceram tais tribunais, ao consentirem antecipadamente a uma arbitragem, ou ao celebrarem os tratados multilaterais relevantes que tornam tais arbitragens possíveis. A “intenção original” por trás da assinatura dos TBIs vai se tornando, ao longo do tempo, crescentemente irrelevante – quando eventos subsequentes e ações provocados pela ratificação dos TBIs e TLCs, inclusive as mudanças no direito local, ocorrem, e outras oportunidades surgem para os Estados demonstrarem suas visões e reações. São esses últimos, e não a intenção original dos TBIs, os pontos relevantes para a determinação da prática dos Estado e *opinio juris*. Como é abordado abaixo, independentemente de os PMDs ou outros terem entrado, ou não, nos TBIs por ganância, altruísmo, ou outras considerações políticas “internas”, isso nada nos diz sobre o estado atual da costume ou princípios gerais do direito.

F. *Variações entre os TBIs*

Que os TBIs e TLCs se diferenciam em *alguns* conteúdos não nos conta quais são os seus efeitos a respeito daquelas disposições que sejam idênticas ou semelhantes, tais como a aplicação, em geral comum, do TJE, da “proteção e segurança constantes” ou “plenas”, ou referências subsidiárias ao “direito internacional.” Nem a diferença no conteúdo entre tratados de investimento nos conta muito sobre a tendência daqueles que os interpretam, especialmente os árbitros, de tentar encontrar princípios gerais comuns subjacentes a muitas

das garantias dos tratados, como quando os árbitros sugerem que o TJE, assim como o padrão mínimo internacional, deveriam ser interpretados no sentido de evitar o “enriquecimento ilícito”²¹⁰ ou no de proteger as “expectativas legítimas” das partes estatais ou dos investidores estrangeiros, mesmo se as formas pelas quais a obrigação do TJE seja lançada sejam diferentes em alguns aspectos nos TBIs e TLCs.²¹¹ É importante que o esforço principal para negar o impacto dos TBIs sobre o direito internacional costumeiro, com base nessa visão, tenha sido publicado em 1994,²¹² antes da onda de decisões envolvendo investidor-Estado às quais o argumento de Lowenfeld responde. Aquela tentativa não podia levar em consideração a extensão em que os TBIs e TLCs produziram uma jurisprudência arbitral harmoniosa, pelo menos em relação a algumas questões, ou qual foram as implicações normativas dessa jurisprudência.

V. A AUTORIDADE OS DECISÕES ARBITRAIS

Grande parte do argumento de Lowenfeld depende daquilo que os árbitros de disputas envolvendo investidor-Estado decidiram. Como ele observa, uma série de decisões arbitrais não tiveram dificuldades para igualar algumas disposições dos TBIs e TLCs às fontes gerais de obrigações não previstas em tratados, isso sendo feito na interpretação de tais tratados e ao aplicar o direito aos fatos, assim influenciando o direito geral.²¹³ É claro que o mero fato de muitos árbitros parecem concordar com Lowenfeld não significa que ele esteja, desde um ponto de vista objetivo, correto. Isso não significa que num outro caso, um outro árbitro neutro, no curso de um processo da CIJ ou numa arbitragem envolvendo investidor-Estado, afirmará a conclusão a que um árbitro precedente haja alcançado sobre o estado do direito geral.

Lowenfeld é prudente ao não sugerir que decisões arbitrais, nem individual e nem coletivamente, constituem fontes de obrigações internacionais. Ao mesmo tempo, ele sugere, posto diplomaticamente, que a lista das fontes positivas previstas no art. 38 da CIJ, e a sua

²¹⁰ Para uma discussão completa do uso pelos árbitros das “expectativas legítimas” para este e outros fins em interpretando os acordos de investimento, veja WALTER, André Von. *The Investor’s Expectations in International Investment Arbitration*, em *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN CONTEXT*, supra nota 55, à 173.

²¹¹ Kishuiyian, supra nota 47.

²¹² Lowenfeld, supra nota 1, à 130 n. 24 (citando do caso, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/01/8, Decisão sobre a Jurisdição §48 (2003)).

²¹³ Estatuto da CIJ, supra nota 10, art. 38 (1) (“O Tribunal ... aplicará: ... as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.”).

sugerida equivalência relativamente a todas as decisões judiciais e os escritos de publicistas,²¹⁴ pode não ser a última palavra em matéria de formas contemporâneas de criação do direito internacional.

Lowenfeld sem dúvida está correto em dizer que, na prática, decisões arbitrais publicamente disponíveis, inclusive aquelas produzidas por árbitros em disputas envolvendo investidor-Estado, são mais do que “meios subsidiários de determinação das regras do direito.”

A sugestão do artigo 38 de que decisões arbitrais são apenas provas de obrigações jurídicas que devem ser encontradas em outros lugares, nas fontes “reais” do direito, é uma afirmação tão enganosa, relativamente ao mundo da prática internacional a respeito das decisões envolvendo investidor-Estado, como seria se aplicada para descrever o impacto legal dos julgamentos da CIJ. No mundo de hoje, os Estados – e não meramente colegas árbitros de disputas de investimento – prestam uma deferência consideravelmente maior às decisões relevantes das organizações supranacionais de solução de disputas do que o fazem em relação a um artigo de doutrina jurídica.. Nós não precisamos dar às decisões arbitrais um valor formal de precedente, como se estivéssemos num sistema de *common law*, para reconhecer a extensão até a qual todos os profissionais do direito internacional e diplomatas, seja de países do *common law* ou *civil law*, quotidianamente recorrem a ou confiam em tais decisões.²¹⁵ Decisões arbitrais, como outras decisões prolatadas por organismos internacionais respeitados de solução de disputas, alcançaram tanta influência no direito internacional porque são frequentemente melhores do que os poucos lugares alternativos que nós temos para procurar orientação a respeito daquilo que seja o direito. Elas são, no mínimo, tão influentes como os padrões de *soft law* que críticos do regime de investimento sustentam estarem adquirindo a natureza de *hard law* e que precisam ser considerados ao se avaliarem as obrigações internacionais dos EMNs.²¹⁶

Como fica claro quando advogados internacionalistas tentam codificar as regras relevantes do direito internacional – como fez o ILC quando elaborou os seus Artigos sobre a

²¹⁴ ?

²¹⁵ Veja Andrea K. Bjorklund, *Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante* (UC Davis Legal Studies Research Paper No. 158, 2008), disponível em [HTTP://ssrn.com/abstract=1319834](http://ssrn.com/abstract=1319834) (discutindo o papel das decisões arbitrais no estabelecimento duma “jurisprudência persistente”).

²¹⁶ Para uma descrição dos julgamentos internacionais, inclusive arbitragens, como “soft law”, veja JOSE’ E. ALVAREZ, *INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS* 505-06 (2005); Andrew T. Guzman & Timothy L. Meyer, *International Common Law: The Soft Law of International Tribunals*, 9 *CHI. J. INT’L L.* 515 (2009). Assim, é irônico que Peter Muchlinski, quem denegri o impacto do regime de investimento estrangeiro no direito geral, simultaneamente se baseia nos padrões da “soft law” por esta finalidade. Muchlinski, *supra* nota 9, à 18-19

Responsabilidade do Estado e lançou os seus comentários²¹⁷ – decisões arbitrais e judiciais são freqüentemente os únicos esforços críveis a estarem publicamente disponíveis e que podem tratar certas questões, inclusive “lacunas” no direito. Eles fazem isso simplesmente porque destes órgãos necessariamente se exige a aplicação do direito aos fatos concretos e a operação, em geral, dentro de uma tradição que desencoraja resultados de “*non-liquet*”.²¹⁸ Além disso, no âmbito do direito internacional dos investimentos, as decisões arbitrais sempre foram tratadas como mais relevantes para determinar as regras do DIC, do que, por exemplo, acordos de pagamento únicos (*lump sum agreements*) – os quais nos contam somente com o que o último conjunto de Estados estava disposto a se contentar, e não o que é o direito. Elas também são mais propensas a oferecer uma orientação “neutra” útil para os intérpretes do direito do que ações diplomáticas feitas por Estados interessados em si mesmos. Embora seja possível que modernos intérpretes do direito se envolvam num tipo de pesquisa histórica sobre a prática diplomática do Estado, levada a cabo, por exemplo, pelos juízes da Suprema Corte dos E.U.A no famoso caso *Paquete Habana*, concentrar-se exclusivamente na correspondência entre os Estados é demorado e, dadas as habilidades variadas dos Estados de gravar suas visões dessa forma, susceptível de conduzir a acusações de que somente a algumas práticas dos Estados ou visões da *opinio juris* é concedidos importância.²¹⁹ Dessa maneira, as declarações de ministérios estrangeiros, incluídas em seus noticiários de práticas estatais como citado no *Paquete Habana*, não têm uma “objetividade” comparável àquela de um árbitro neutro encarregado de resolver o mesmo problema.

Como isso sugere, muitas alternativas à aplicação das decisões arbitrais simplesmente têm menos legitimidade. Como Patrick Norton indica, é pouco surpreendente se aqueles encarregados de resolver disputas recorrerem a outros que tenham resolvido disputas semelhantes.²²⁰ Uma decisão arbitral acertadamente feita, como decisões judiciais

²¹⁷ Veja U.N. Int'l Law Comm'n, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, no Report of the International Law Commission to the General Assembly, 56 U.N. GAOR Supp. (No. 10), U.N. Doc. A/56/10 (2001) disponível no [HTTP://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

²¹⁸ Veja Gavan Griffith & Christopher Staker, The Jurisdiction and Merits Phases Distinguished, em INTERNATIONAL LAW, THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE AND NUCLEAR WEAPONS 59, 76 (Laurence Boisson de Chazournes & Philippe Sands editores, 1999) (notando as declarações ilíquidáveis não são considerados apropriados nos casos contenciosos).

²¹⁹ Assim, também os esforços amplamente elogiados no *Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900), tem sido criticados pela aparente inabilidade de considerar as praticas dos Estados dos outros alem dos Estados Unidos e alguns Estados Europeus. Para preocupações sobre como as formas tradicionais de encontrar costume tendem a privilegiar os pontos de vista e ações de apenas alguns Estados, veja Brigitte Stern, Custom at the Heart of International Law, 11 DUKE J. COMP. & INT'L L. 89 (2001).

²²⁰ Norton, supra nota 51, à 499-501. Pode ser, como foi dito pelos árbitros num caso, que os árbitros investidor-Estados confiam em casos anteriores porque eles acreditam que eles têm “o dever de procurar de contribuir para o desenvolvimento harmonioso do direito do investimento e assim, atender as expectativas legítimas da

acertadamente emitidas por qualquer tribunal, nacional ou internacional, pretende convencer ambos os litigantes que confiaram o caso a uma adjudicação por terceiros, e a comunidade mais ampla a quem os julgadores devem a sua legitimidade.²²¹ É raro encontrar o tipo de raciocínio detalhado e explicação do como o direito se relaciona com a realidade que se encontram nos esforços de julgamento. Além disso, os tipos de explicações do direito encontrados nas decisões arbitrais são os mais persuasivos para os *stakeholders* relevantes, precisamente quando os árbitros escrevem laudos como se eles “[tivessem] o dever de procurar contribuir ao desenvolvimento harmonioso do direito do investimento, e assim satisfazer as expectativas legítimas da comunidade dos Estados e investidores no sentido de uma certeza do estado do direito.”²²² Como Norton afirma, confiar numa série de decisões adjudicativas similares é também atraente para os árbitros, de vez que isso desvia a acusação de que eles estão engajados numa legislação judicial.²²³ Poderosas razões culturais e sociológicas, por conseguinte, explicam a “preferência por precedentes” neste e em outros regimes jurídicos internacionais.²²⁴

A posição de Lowenfeld tem o mérito de sublinhar estas verdades sem necessariamente menosprezar a busca concomitante por outras formas de práticas estatais e *opinio juris*. Enfrentaremos esse ponto a seguir.²²⁵

A. A Prática dos Estados

comunidade dos Estados e investidores voltado ao estado do direito.” Saipem S.p.A. v. Bangladesh, ICSIDC (Banco Mundial) Caso No. ARB/05/07, Decisão sobre a Jurisdição §67 (2007).

²²¹ Veja, p.ex., KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, em 50 YEARS OF THE NEW YORK CONVENTION, ICCA CONGRESS SERIES NO. 14 (Albert Jan Van Den Berg editores, vindouro 2009). Veja geralmente MARTIN SHAPIRO, COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS (1981).

²²² Saipem S.p.A §67.

²²³ Norton, supra nota 51, à 500. Veja geralmente, Shapiro, supra nota 104.

²²⁴ Norton, supra nota 51, à 497-99.

²²⁵ Como Lowenfeld e outros sugeriram, a questão mais difícil pode não ser se o regime do investimento afetou o direito internacional geral publico, mas até qual extensão as mudanças ocorreram ou estão ocorrendo através regras de costume em evolução, através a categoria de principio gerais freqüentemente ignoradas, ou através de qualquer outro processo único de regime do investimento. Lownefeld, supra nota 1, à 129-30; Tudor, supra nota 48, à 53-104. Tudor examina as muitas maneiras que a interpretação do padrão FET no TBIs parece ter confiado sobre o principio do lei geral. Id. à 85-104. Uma vez que, em alguns aspectos, é mais fácil examinar as conexões entre o padrão TBI com o FET e os princípios da lei gerais, assim como o principio da boa fé, eu abordo o problema mais difícil de considerar uma possível conexão entre estes acordos e o DIC. Num caso concreto aplicando o padrão FET, pode ser difícil, como sugere Tudor, de separar a extensão até quais os árbitros se apóiam no DIC ao contrário as princípios gerais do direito. Id. RESTATEMENT (THIRD) OF THE FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES § 102 (I) (1987).

E a alegação de que nem uma rede de tratados bilaterais nem uma série de decisões arbitrais, mesmo decisões que se propõem a interpretar o direito costumeiro, estabelece o requisito geral necessário da prática dos Estados para formar o DIC?

O *Restatement on Foreign Relations* dos E.U.A., para o qual Lowenfeld foi um dos três únicos relatores associados, estabelece a análise relevante. Nele se lê:

Uma rede ampla de acordos bilaterais semelhantes sobre um assunto pode constituir uma prática e também resultar em direito costumeiro. Se um acordo internacional é declaratório de, ou contribui ao, direito costumeiro, a sua extinção pelas partes, por si só, não afeta a força destas regras como direito internacional.²²⁶

Se a questão é o estado do direito costumeiro relevante num momento determinado, precisamos examinar o que os Estados estão fazendo de verdade, e não meramente sua retórica. O fato é que hoje quase todos os países do mundo entraram em pelo menos um TBI. Hoje em dia, mais países entraram em pelo menos um acordo de proteção ao investimento do que ingressaram na OMC ou aderiram à maioria das convenções sobre direitos humanos.²²⁷ Os TBIs e TLCs não mais se limitam a proteger o capital do Ocidente que migra para o resto. O regime de investimento de hoje se aproxima da participação universal. Nele se incluem países que já aderiram à doutrina Calvo e resistiram proposições básicas que agora são afirmadas em tratados do investimento, tais como o padrão mínimo internacional ou o recurso a mecanismos internacionais de solução de disputas em vez de tribunais nacionais. Hoje, quando 27 por cento dos TBIs existentes são entre países em desenvolvimento²²⁸ e uma porção considerável dos fluxos de capital vai ao Ocidente, bem como vem do Oriente, acordos de investimento não podem ser explicados simplesmente como variações dos acordos de capitulação unilaterais celebrados, no passado, entre poderes coloniais e a periferia.

Embora os modelos de acordos de investimento da Europa e dos Estados Unidos tenham servido como molde da rede mundial de um pouco mais de 3.000 acordos de

²²⁶ Veja a U.N. Conference on Trade & Dev. [UNCATD], *The Development Dimension of International Investment Agreements*, §6, U.N. Doc. TD/B/C.II/MEM.3/2 (2 de dezembro, 2008) (notando que desde Junho 2008, existiam 179 países são partes dos TBIs). Assim, dois dos instrumentos amplamente consideradas essenciais pela carta internacional dos direitos, o *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 de dezembro 1966, 999 U.N.T.S. 302 (165 partes), têm menos países partes do que o número dos Estados que participam em pelo menos um TBI.

²²⁷ Lisa E. Sachs & Karl P. Sauvart, *BITs, DTTs and FDI Flows: An Overview*, em *THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES AND INVESTMENT FLOWS*, supra nota 15, à xxvii, xxxiv.

²²⁸ Veja geralmente Stephan W. Schill, *Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of the People's Republic of China*, 15 *CARDOZO J. INT'L & COMP. L.* 73 (2007).

investimentos, aqueles que entram nesses acordos hoje fazem parte de um grupo cosmopolita. O segundo maior signatário de TBIs, depois da Alemanha, é a China – dificilmente um exemplar do capitalismo Ocidental, e, ainda assim, um estado cujos tratados de investimento mais recentes parecem ser cada vez mais inspirados pelos modelos dos E.U.A..²²⁹ Além da China, signatários eminentes dos TBIs incluem também países como o Egito e Cuba. De fato, Cuba – cuja revolução já foi definida por sua oposição aos direitos dos investidores estrangeiros²³⁰ – agora já concluiu quase tantos acordos da proteção de investimento quanto os Estados Unidos (62).²³¹ E os TBIs de Cuba não são tão diferentes do modelo de TBI americano, altamente protetivo do investidor, do ano de 1984.²³²

Como os tratados da proteção de investimento de Cuba e da China sugerem, o desejo de usar o direito (o nacional, bem como o internacional) para permitir a circulação livre de capital é agora amplamente compartilhado, como é também o reconhecimento da teoria da vantagem comparativa, inclusive entre Estados que aderiram a alguns TBIs. A participação nos TBIs e TLCs agora inclui governos que não se identificam como capitalistas. É insustentável descrever a rede dos TBIs e TLCs como uma iniciativa que exclui o Sul Global como participantes dispostos.²³³ Qualquer outra coisa que tenha sido, o direito do investimento *agora* não é uma série de ferramentas unilaterais para a imposição do poder Ocidental. Os principais jogadores do regime, como a China e os Estados Unidos, que frequentemente são exportadores e importadores de capitais, aderem a esses acordos tanto para proteger seus próprios investidores no exterior, como para proteger os estrangeiros em seus territórios. Este regime não pode ser atribuído a, e nem serve só um segmento especializado de Estados.

É cada vez mais difícil apontar qualquer Estado, mesmo entre os poucos que não aderiram aos TBIs, que seja um exemplo crível de um objeto persistente a respeito de alguns

²²⁹ ?

²³⁰ Veja, p.ex., Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964) (abordando créditos decorrentes da desapropriação de imóvel de propriedade estrangeira que ocorreram após a revolução cubana).

²³¹ La Industria Cubana, [HTTP://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inver.htm](http://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inver.htm) (última visita 22 de outubro de 2009).

²³² O TBI Cuba–Camboja de 2001, por exemplo, inclui uma definição muito ampla da definição do investimento protegido (inclusive todas as formas da propriedade, ações, pretensões de dinheiro ou desempenho sob contrato, e direitos da propriedade intelectual.). Acordo entre o Governo do Reino da Camboja e o Governo da Republica da Cuba Sobre a Promoção e a Proteção dos Investimentos, Camboja – Cuba, art.I (1), 28 de maio 2001, disponível no [HTTP://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba_cambodia.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba_cambodia.pdf). Isso protege os investidores assim como os retornos; concede um tratamento justo e equitativo e uma proteção e segurança plena; e contém disposições dos nações mais favorecidos. Id. artigos II, III. Inclui também uma disposição sobre a expropriação que afirma, assim como fazem os TBIs americanos, a necessidade de estender “uma compensação pronta, adequada e efetiva.” Id. artigo IV.

²³³ Para uma refutação mais detalhada do argumento que o regime do investimento ficou atolado numa paradigma do Norte/Sul, veja José E. Alvarez, The Contemporary International Investment Regime: An “Empire of Law” or the “Law of Empire”?, 60 ALA, L. REV. 943 (2009).

dos princípios jurídicos básicos afirmados nos acordos da proteção ao investimento, tais como a proposta de que o direito internacional, e não meramente o direito nacional, governa a compensação que é devida ao investidor estrangeiro no caso de a sua propriedade ser expropriada.²³⁴ Isso é assim porque, na era da globalização econômica, nenhum país está imune aos fluxos de capital transnacionais, e parece que nenhum, nem aqueles que formalmente aderem a economias não-capitalistas, desejam tal isolamento. Todos os países participam *de facto* no regime do investimento internacional, e por isso todos estão interessados no que o último órgão arbitral envolvendo investidor-Estado determinou como sendo exigência do direito internacional, em termos, por exemplo, de compensação em casos de expropriação – mesmo se alguns deles (como o Brasil) não tenham aderido a um só TBI. Em contraste com a NOEI – que provocou a ira de um número de Estados –, a participação no regime de investimento contemporâneo, inclusive as regras costumeiras subjacentes e os princípios gerais do direito, se aproxima de uma genuína universalidade, uma vez que os Estados não têm escolha a não ser demonstrar apoio (ou objetar persistentemente) às regras que governam o fluxo transnacional do capital, inclusive a legalidade do recurso à arbitragem internacional nos casos de litígios com investidores estrangeiros.

Mais do que isso, ao contrário do que passou em 1974, quando muitos Estados se manifestaram em apoio às resoluções da Assembléia Geral acerca da NOEI e hostis às regras tradicionais de proteção dos investidores estrangeiros, a posterior onda de ratificações de TBIs nos anos 1990 foi, em geral, acompanhada por uma prática estatal além da mera conclusão dos TBIs e TLCs. A extensa rede de acordos de investimento não existe num vácuo.

Como os estudos do período de 1977-87 sugerem, uma tendência liberalizadora geral em favor do fluxos mais livres do capital e distante das economias planejadas e políticas de substituição de importação entre os PMDs precedeu a explosão de negociações dos TBIs.²³⁵ Apesar de algumas dessas mudanças no direito nacional e nas práticas terem precedido as ratificações dos TBIs pelos Estados, elas não eram infensas à rede dos acordos de proteção do investimento. Como o veterano negociador dos TBIs americanos, Kenneth Vandevolve, notou, muitas negociações TBIs entre países ocidentais e PMDs foram formalmente

²³⁴ Como declarado na Resolução da Assembléia Geral 1803, que hoje é amplamente considerada uma afirmação do direito costumeiro. G.A. Res. 1803, §4, GAOR, Sessão 17º Supp. No. 17, U.N. Doc. A/5217 (14 de dezembro 1962).

²³⁵ Veja VANDEVOLVE, Kenneth J. *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 501, 523, no. 99 (1998) (indicando os resultados desse estudo, citando RICHARD E. CAVES, *MULTINATIONAL ENTERPRISE AND ECONOMIC ANALYSIS* 220, (2ª edição 1996)).

concluídas só depois que negociadores TBIs foram convencidos de que o PMD em questão tinha “decidido como matéria da política interna tratar o investimento estrangeiro na maneira exigida pelos TBIs.”²³⁶ Ele confirma que os negociadores americanos dos TBIs, pelo menos, tendiam a empenhar-se em negociações serias só com países cujas leis ou planos de reformas lhes permitam viver à altura dos termos da TBIs.²³⁷ Ele explica que ter feito contrário teria levado somente a investidores estrangeiros decepcionados e a uma onda de perturbadores pleitos arbitrais envolvendo investidor-Estado.²³⁸ O que isso significa é que as reformas protetoras dos investidores nas leis de muitos Estados, ainda quando hajam precedido a as ratificações dos TBIs, foram realizadas em antecipação da assunção de compromissos internacionais relevantes, os melhores para serem seguidos e evitar litígios previsíveis entre investidor-Estado. Tais mudanças nos direitos nacionais e práticas podem ser atribuídas aos mecanismos de execução extraordinariamente eficazes contidos na maioria dos tratados de investimentos modernos. Ao contrário do caso referente à ratificação da convenção multilateral dos direitos humanos, os quais são sujeitos somente à mobilização de mecanismos da execução por vergonha, a ratificação da maioria dos tratados de investimento requer um compromisso forte quanto a uma dura execução. Aqueles que negociam TBIs e TLCs não podem se permitir ratificarem esses tratados hipocritamente, como alguns sugerem que acontece a respeito de convenções sobre os direitos humanos.²³⁹

Por estas razões, uma onda bem documentada de reformas de leis relevantes e práticas que acompanharam as ratificações dos TBIs e TLCs é necessariamente parte do regime do investimento contemporâneo internacional e é um pano do fundo essencial às conclusões de Lownefeld sobre o impacto do regime sobre o direito geral.²⁴⁰ Assim, segundo a UNCTAD,

²³⁶ VANDEVELVE, Kenneth J. *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Bilateral Investment Treaties*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 501, 523, no. 99, pág. 523 (1998).

²³⁷ Vandeveld, supra nota 14, à 31.

²³⁸ “Alguém poderia argumentar,” Vandeveld escreve, “que nenhum país exportador do capital deveria entrar num TBI com um país importador do capital, se a celebração do TBI é necessário para assegurar que o país importador do capital terá ações como previstos pelo TBI. Se um estado hospedeiro está proporcionando segurança para um investimento estrangeiro apenas porque um TBI está requerendo isso, então se o estado hospedeiro não tem o clima de investimento favorável que o TBI pretende refletir e o país exportador do capital pode ser bem aconselhado a não celebrar o TBI com tal estado hospedeiro.” Vandeveld, supra nota 118, à 523. Vandeveld afirma que a contribuição principal dum TBI é simplesmente para converter o tratamento favorável já em vigor com uma questão de direito interno para uma obrigação internacional, assim estabilizando “um clima de investimento favorável que existe como matéria de política no estado hospedeiro no momento quando o estado hospedeiro entre num TBI.” Id.

²³⁹ Veja geralmente Oona A. Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 YALE L.J. 1935 (2002).

²⁴⁰ Este é, assim que as mudanças ocorreram na estréia das celebrações dos estados dum TBI, ou se as mudanças na lei nacional conformou as mudanças da lei nacional foi em expectativa da celebração dos acordos pelos estados hospedeiros, ou também por um outro estado onde os investidores estrangeiros seriam, em caso contrário, para investir. Veja geralmente THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT

das 2.533 mudanças em leis versando o IED, da 1991 até 2006, 91 por cento das mudanças foram no sentido de fazer o ambiente de investimento mais acolhedor para o IED.²⁴¹ Essas mudanças no direito, intencionadas ou antecipadas pelas conclusões dos tratados de investimento, são muitas vezes executadas pelos mecanismos de disputas envolvendo investidor-Estado dos TBI's.²⁴² De fato, segundo as disposições relevantes da escolha do direito, geralmente não faz diferença para os árbitros responsáveis por disputas entre investidor-Estado se os direitos dos investidores relevantes são respeitados segundo o direito nacional ou internacional, e às vezes essas decisões consideram as duas fontes a um só tempo.²⁴³ Tendo em conta que o tratamento dispensado aos investidores estrangeiros, assegurado pelo direito nacional agora está cada vez mais incorporado numa obrigação internacional que pode ser sujeita à execução internacional, é difícil negar que mudanças para conformação aos TBIs nos direitos nacionais e práticas, abraçando práticas administrativas, bem como ações pelo poder executivo, são parte das “práticas do Estado” que precisam ser analisadas a respeito da direito costumeiro relevante e/ou princípios gerais do direito.²⁴⁴ De fato, a interação cada vez mais evidente entre as obrigações internacionais contidas nos TBIs e as ações de “revisão judicial” tomadas pelos árbitros encarregados por disputadas envolvendo investidor-Estado para executar essas obrigações, e agentes do direito nacional e reguladores que necessariamente devem responder e possivelmente mudar suas práticas à sombra da ameaça de arbitragem investidor-Estado, tem levado alguns comentaristas a

INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, *supra* nota 15.

²⁴¹ Sachs & Sauvant, *supra* nota 111, à xlix, I tbl. 3.

²⁴² Na verdade, alguns decisões arbitrais investidor-Estado contam com a aplicação do tanto a lei nacional do estado, quanto as obrigações internacionais, assim como antecipado pela disposição da escolha do direito na Convenção ICSID. Por ex., CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID (Banco Mundial) Caso no. ARB/01/8, Decisão (2005). Em alguns casos, mudanças nas leis e praticas nacionais foram entre os objetos daqueles procurando a ratificação do TBI. Para um exemplo mais específico do uso dos TBIs como um dispositivo para melhorar as condições de todos os investidores, nacionais e estrangeiros, veja Schill, *supra* nota 112, à 92-93 (discutindo os esforços chineses para usar os TBIs retificar as deficiências do estado do direito local).

²⁴³ Veja, p.ex., CMS Gas Transmission ¶§200-46 (considerando, *inter alia*, a lei aplicável argentina sobre o pleito de necessidade feito pelo estado).

²⁴⁴ Virando-se pela lei estadual relevante nesse sentido, é, naturalmente, sancionado pela pratica duradoura. Veja, p.ex., IAB NROWNLIE, THE RULE OF LAW IN INTERNATIONAL AFFAIRS: INTERNACIONAL LAW AT THE FIFTIETH ANNIVERSARY OF THE UNITED NATIONS 141 (1998) (citando a resposta do Hull ao Ministro das Relações Exteriores do México na pauta famosa sobre a expropriação, como segue: “clausulas nas constituições de quase todos os nações hoje, e em particular, nas constituições das republicas Americanas, encarnam o principio da compensação justa. Esses, de suas formas, são declaratórias dos princípios parecidos nas leis dos nações.”) De fato, aqueles que estabeleceram o programa TBI americano fizeram assim precisamente porque eles “acreditaram que uma rede do tratados abraçando este princípio [da regra Hull] seria uma forma altamente visível de construir a pratica do estado em apoio à posição tradicional.” Vandeveld, *supra* nota 66, à 534.

descreverem o regime como um modelo exemplar da “governança global” ou “direito administrativo global.”²⁴⁵

Não existe prova de que os textos dessas leis e as intenções por trás delas tenham sido direcionadas exclusivamente ao benefício somente dos investidores estrangeiros oriundos de determinados parceiros em TBIs, como seria sugerido pela visão de Guzman. Embora investidores estrangeiros algumas vezes recebam benefícios especiais (tais como paraísos fiscais) sob o direito local, esses benefícios especiais usualmente não são vedados por TBI's e TLC's, e na prática é raro, impraticável e muitas vezes politicamente inaceitável estender muitas das garantias contidas em TBIs (tais como os direitos a um tratamento não discriminatório ou TJE) *somente* a investidores estrangeiros (ou somente a investidores de determinados países). É claro que as garantias da NMF dos TBIs e TLCs também ajudam a assegurar que padrões uniformes e elevados prevaleçam ao menos entre investidores estrangeiros, tornando tentativas de discriminação entre investidores estrangeiros difíceis.

Além disso, como é cada vez mais verdade que, sob os TBIs e TLCs, garantias de investimento não abrangem apenas as empresas estrangeiras registradas numa das partes contratantes, mas também a maioria e também a minoria dos acionistas, não é possível prever quais empresas ou indivíduos são elegíveis à proteção do tratado. Como Bart Legum, ex-negociador dos TBIs americanos, sugere, isso estabelece uma dinâmica em que

a única maneira de cumprir o tratado, pelo Estado hospedeiro, é presumir que *todos* os investidores – todas as empresas – são cobertos pelos padrões mais elevados de um TBI em vigor no Estado. A realidade de que o capital estrangeiro é altamente fungível e a amplitude das definições dos investidores e investimento assim se combinam para transformar de modo eficaz as obrigações, a princípio bilaterais, dos TBIs, numa obrigação que o Estado hospedeiro deve considerar potencialmente aplicável para todos os investidores.²⁴⁶

Que os Estados em geral, e não meramente os signatários dos TBIs,²⁴⁷ tenham mudado as suas práticas para permitir um maior respeito pelos direitos dos empresários privados,

²⁴⁵ Ex., Kingsbury & Schill, supra nota 104; Van Harten & Loughlin, supra nota 18.

²⁴⁶ SUBEDI, supra nota 32, à 92 (citando Barton Legum, Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim? 4-5 (Presentação no Symposium do Paris, organizado pelo ICSID, OECD & UNCTAD, 12 de dezembro 2005), disponível em [HTTP://www.oecd.org/dataoecd/51/10/36370461.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/51/10/36370461.pdf)).

²⁴⁷ Assim, o fato que desde agosto 2009 não há tratado da proteção do investimento entre os principais países exportadores (e importadores) como os Estados Unidos e qualquer um dos BRICs (Brasil, Rússia, Índia e China) não reduziu o compromisso do qualquer um desses países pelas subjacentes garantias de investimentos contidos nos TBIs.

domésticos e estrangeiros, inclusive investidores estrangeiros, é também um testemunho de outros eventos globais significativos, tais como o estabelecimento da OMC em 1994, juntamente com regras complementares para reduzir a aplicação de medidas de investimento relacionadas ao comércio (TRIMs); proteger o comércio nos serviços (GATS); e proteger os direitos de propriedade intelectual (TRIPs). O Acordo TRIMs ajudou a encorajar a inclusão de restrições comparáveis nos requisitos de desempenho que distorçam o comércio no âmbito de acordos de investimento, e há uma sobreposição significativa entre os objetivos buscados pelos acordos TRIPs e GATS também.²⁴⁸ Adicionalmente, outros jogadores no regime de investimento internacional mais amplo – tais como as instituições financeiras internacionais – também encorajam o tratamento geralmente favorável e não discriminatório para todos os investidores, nacionais e estrangeiros, como parte das reformas do “estado do direito” ou indicadores de “boa governança” utilizados, por exemplo, na imposição de condições pelo FMI.²⁴⁹ Algumas das mudanças no direito nacional e práticas que paralelizam ou complementam as garantias nos acordos do investimento também poderiam ter sido encorajadas ou apoiadas por jogadores privados do mercado, tais como avaliadores do risco político e do crédito – assim como outros atores transnacionais servem de aplicadores *de facto* dos regimes do direito internacional sobre direitos humanos.²⁵⁰ É claro: que estas práticas estatais harmonizadoras tenham sido encorajadas, induzidas, ou mesmo executadas por outros atores, e não simplesmente inspiradas pela entrada em vigor dos TBIs ou TLCs, é irrelevante até o ponto em que estas práticas estatais harmonizadas existam. Tal prática, independentemente de suas causas subjacentes, apóia a conclusão principal de Lowenfeld, ou seja, a de que o direito do investimento global realmente existe e que é cada vez mais parecido com as proteções substantivas concedidas por TBIs e TLCs. O que isso significa é que alguns dos tratamentos que investidores têm direito a receber sob os acordos de investimento é cada vez mais o tipo de tratamento que todos os empresários estão, pelo menos formalmente, autorizados a ter sob as leis e práticas nacionais. É difícil ver o porquê de estas leis e práticas nacionais não serem prática do Estado relevantes para determinar o DIC (ou para determinar o princípio geral do direito aplicável).

²⁴⁸ Para uma pauta sobre o impacto desses desenvolvimentos, veja geralmente, Vandeveld, supra nota 15, à 19-28.

²⁴⁹ Veja geralmente Kalderimis, supra nota 21; Doing Business, supra nota 20.

²⁵⁰ Veja geralmente MARGARET E. KECK & KATHRYN SIKKINK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS: ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS* (1998) (descrevendo as redes da advocacia que aplicam os direitos humanos).

B. *Opinio Juris*

É claro que as mudanças relevantes no direito nacional na direção de um regime liberal de investimento poderia apoiar um argumento com base nos princípios gerais do direito, mas o DIC tipicamente requer um elemento adicional: a prova da *opinio juris*, ou seja, alguma prova de que o que Estados estão fazendo resulta de um senso de que eles estão aderindo ou seguindo uma obrigação jurídica. Uma resposta fácil à tese de que aos tratados de investimento falta a necessária *opinio juris* relevante para a criação do DIC é meramente destacar a extensão em que TBIs ou TLCs simplesmente aplicam o DIC existente, como argumentado antes.²⁵¹ Se se concorda que, ao contrário do sustentado por Guzman, a *opinio juris* estabelecendo proposições básicas do direito do investimento internacional (como no tocante ao padrão mínimo internacional ou à proposição geral de que a compensação em caso de expropriação é regulada pelo direito internacional e não somente pelo direito nacional) foi deixada intacta pelos esforços da Assembléia referentes à NOEI, a rede dos subsequentes TBIs e TLCs que afirmam estas regras somente oferece provas adicionais da *opinio juris* e dificilmente se afastam dela. Nesse ponto, a tese central de Lownefeld está correta na medida em que a rede dos tratados de investimento e arbitragens envolvendo investidor-Estado aplicam (e necessariamente desenvolve, assim como fazem todas as adjudicações) as antigas regras do costume e princípios gerais relevantes.

Uma outra resposta mais complexa é reconhecer que no mundo real, a prova da *opinio juris* é geralmente elaborada a partir das práticas reais dos Estados, pelo menos quando essas práticas sejam, de outra forma mais difíceis de serem explicadas, e que raramente ocorre de haver provas distintas ou explícitas das intenções subjetivas por trás das ações de um estado para além daquilo que pode ser inferido das ações do Estado.²⁵² De fato, a maioria tem

²⁵¹ Claro que, mesmo que os TBIs e TLCs foram vistos apenas como codificações das regras costumeiras pré-existentes, isso não impede os aspectos legislativos que necessariamente acompanham arbitragem investidor-Estado, e na verdade são inerentes as todas as formas da adjudicação. Como Martin Shapiro, entre outros, argumentou convincentemente, todos os esforços adjudicativos para aplicar a lei para um fato concreto resulta numa dada evolução da lei, ou seja, alguns (frequentemente não reconhecidos) legislativos judiciais. Veja geralmente SHAPIRO, supra nota 104.

²⁵² De fato, é mais comum encontrar exemplos em que o estado saiu de seu caminho para indicar que vai tomar uma ação que não deveria ser tratado como prova do costume, porque foi feita *ex gratia*. Veja, p.ex., Harold G. Maier, *Ex Gratia Payments and the Iranian Airline Tragedy*, 83 AM. J. INT'L. L. 325 (1989) (detalhando os esforços dos Estados Unidos a pagar as vítimas dos bombardeiros duma companhia área iraniana sem estabelecer que tinha o dever sob o direito costumeiro para fazê-lo.) Como este exemplo indica, o governo dos Estados Unidos aparentemente acreditava que fazer tais pagamentos na ausência duma declaração removendo a implicação do *opinio juris* teria sido tomada como indicando que os Estados Unidos acreditavam que foram obrigados juridicamente para fazer tais pagamentos segundo o direito internacional. A implicação é clara: estados normalmente não pagam dinheiro a um outro na falta duma obrigação de fazê-lo; este é um dos tipo de

presumido que a prova da *opinio juris* normalmente precisa ser extraída a partir da prática do próprio Estado (inclusive a inferência de que o Estado não teria realizado a ação em questão, senão com base na suposição implícita de que era necessário fazer isso).²⁵³ Às vezes, a prova da *opinio juris* é encontrada na aquiescência silenciosa dos Estados em resposta às ações dos outros, uma vez que, no caso típico, os Estados não têm incentivo para proclamar suas visões acerca do direito existente (a menos que estejam tentando objetar persistentemente uma norma emergente, o que todos reconhecem ser uma ocorrência extremamente rara). Essas foram algumas das inferências do grupo de especialistas da *International Law Association* sobre a formação do DIC, que concluiu, no ano de 2000, que muitas vezes era “difícil ou mesmo impossível separar”²⁵⁴ o elemento objetivo do costume (prática do Estado) do elemento subjetivo (*opinio juris*), e que é raro tanto para os tribunais internacionais quanto para os Estados examinarem provas cabais desse último.²⁵⁵

Neste caso, o fato que os Estados estão escolhendo ou são obrigados pelas circunstâncias externas (da força do mercado até as injunções do FMI) a tomar ações nacionais e internacionais para incentivar e proteger os fluxos de capital livre, e que essas ações são afirmadas tanto por suas obrigações jurídicas nacionais e internacionais (como no caso do TBIs), dá prova, em si mesmo, de que tanto a prática dos Estados e a *opinio juris* – não menos do que, por exemplo, o compromisso do Estado A de pagar ao Estado B uma compensação pelos danos que o Estado A causou, pelo menos na hipótese de ausência de uma declaração de que tal compensação é *ex gratia* e que não foi empreendida por causa de uma obrigação jurídica.²⁵⁶ Devemos presumir que, quando Estados rotineiramente concordam com decisões arbitrais que concluem que eles devem compensar por danos em caso de violação de

ações dos estados que (na ausência duma declaração clara ao contrário pelo estado tomando a ação) pode ser presumida a envolver *opinio juris*.

²⁵³ Veja COMM. ON FORMULATION OF CUSTOMARY INT’L LAW, INT’L LAW ASS’N, STATEMENT OF PRINCIPLES APPLICABLE TO THE FORMATION OF GENERAL CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 34 (2000), disponível em [HTTP://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEC-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376](http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEC-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376) (notando que o critério da *opinio juris* é mais útil para distinguir ações dos estados quer deveriam contar as precedências durante a formação duma regra de costume daqueles que não fazem).

²⁵⁴ Id. à 7.

²⁵⁵ Id. à 31-34. Para estes razões, aqueles definições do DIC pela Comissão omite referência à *opinio juris* completamente. Afirma que “a regra do direito costumeiro internacional é uma que é criada e sustentada pela prática constante e uniforme do Estado e outros sujeitos do direito internacional que impingem sob as relações jurídicas internacionais, nas circunstâncias que dão origem a uma expectativa legítima de conduta igual no futuro.” Id. à 8. Para conclusões iguais entre o tema do investimento internacional, veja TUDOR, supra nota 48, à 80-83.

²⁵⁶ Veja geralmente Maier, supra nota 135, (discutindo, no contexto dos pagamentos aos vítimas da tragédia da companhia área, como declarações indicando que a compensação é *ex gratia*, serve para distinguir tal ação daquela que é feita por um senso de obrigação jurídica).

um TBI e de uma obrigação costumeira internacional, tal aquiescência ela própria constitui prova da *opinio juris*.²⁵⁷

Este não é um argumento de que a quantidade de ações complexas que os Estados empreendem em conformidade com, ou que são atribuídas ao “Washington Consensus”, na sua totalidade, sejam DIC ou apoiados pela *opinio juris*.²⁵⁸ É uma proposição, no entanto, de que, como sugere Lowenfeld, *alguns* direitos ora afirmados nos TBIs e TLCs têm essa qualidade. Considere-se, como um experimento mental, se é provável que qualquer Estado no mundo hoje afirmaria ter direito legal, sob o direito internacional e independentemente de ser uma parte no TBI relevante, de tratar investidores “injustamente e inequitativamente.” Embora, como sabemos, Estados (juntamente com os árbitros) debatam vigorosamente o que o TJE significa, é altamente improvável que um Estado afirmasse o seu direito de, sob as regras internacionais, negar tal tratamento a um investidor estrangeiro – ao contrário de negar que, em verdade, teria engajado tal tratamento. Se alguns (se é que algum) Estados afirmariam o direito de tratar investidores estrangeiros injustamente e inequitativamente, o quão diferente é essa situação de se sustentar que leis nacionais afirmando a ilegalidade da tortura seriam prova da *opinio juris*? Se bem que os Estados possam, às vezes, violar tanto as suas leis de tortura como as suas leis estabelecendo o devido processo legal como direito dos investidores, uma vez tais obrigações sejam codificadas tanto no direito nacional, como no internacional, (tal como a proibição da tortura e o padrão mínimo internacional hoje em dia o são), julgadores objetivos se encontram autorizados a tomar tais pronunciamentos formais em caráter *prima facie* e aceitar que os desvios de conduta relativamente aos compromissos assumidos pelos Estados não são constitutivas do direito, mas sim falhas que nada nos contam acerca da questão se o direito ao devido processo (para investidores nacionais ou estrangeiros) ou o direito de não ser submetido à tortura são apoiados pelo requisito da *opinio juris*.²⁵⁹

Nem, como se referiu, há provas, como seria sugerido pela explicação “econômica” de Guzman sobre a celebração dos TBIs por PMDs, de que a maior parte das mudanças nas leis nacionais e práticas em favor do mercado – a prática relevante do Estado – têm procurado

²⁵⁷ A afirmação que se os estados achavam que eles foram já vinculados pela DIC eles não teriam celebrados os TBIs, e que por isso os TBIs faltam da *opinio juris*, é uma non-sequitur. Como notado, TBIs incluem uma mistura dos direitos costumeiros e baseados nos tratados. Ambos são incluídos pelo menos uma razão: de garantir execução através do reivindicção dos litígios autorizado e de deslocar medidas alternativas de execução, como a proteção diplomática. Por isso, incluindo o DIC e os princípios gerais do direito num TBI não é um ato supérfluo, e que diz nada sobre a falta da *opinio juris*.

²⁵⁸ Para uma delineação das mudanças no pensamento desenvolvido *mainstream*, veja David Kennedy, *The “Rule of Law,” Political Choices, and Development Common Sense*, no *THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A CRITICAL APPRAISAL 95* (David M. Trubek & Álvaro Santos, editores, 2006).

²⁵⁹ Cf. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876, 884 n. 15 (2d Cir. 1980) (afirmando que os leis em vigor e acordos barrando a tortura são mais determinativos da existência do DIC do que as violações rotineiras daqueles leis).

beneficiar apenas uma parte de investidores oriundos de alguns membros específicos de países parte em TBIs. Como mencionado anteriormente, as provas que temos sugerem, ao contrário, que a maioria das mudanças nas leis nacionais têm sido na direção de beneficiar investidores em geral, compartilhando uma intenção comum de agir de uma forma anti-discriminatória (como agora é exigido pela maioria dos tratados de investimento).

VI. AVALIANDO O EFEITO DOS TBIs SOBRE O DIC

Se as decisões arbitrais entre investidor-Estado merecerem ser acreditadas, pareceria que Lowenfeld está claramente correto ao sugerir que a propagação de tratados de investimento, decisões arbitrais e mudanças nas leis e práticas dos Estados não deixaram o estado do direito internacional público geral inalterado. Mas o que Lowenfeld não aborda é exatamente como a rede de TBIs e TLCs e decisões entre investidor-Estado que daí resultam têm afetado a substância do direito dos investimentos. Uma avaliação preliminar dos efeitos do regime de tratado sobre o direito geral parecia importante quando menos porque parte da resistência às conclusões de Lowenfeld decorre do medo sobre o que este impacto pode se configurar. Preocupações sobre a tese de Lowenfeld podem refletir preocupações sobre o que árbitros envolvidos em disputas entre investidor-Estado estão dizendo que a o direito "geral" é.

Preocupações de que o regime contemporâneo de investimento às vezes pode exigir demais dos Estados hospedeiros não são injustificadas. Considerem-se dois resumos sobre o TJE, atualmente os mais frequentemente citados pelos tribunais de disputas entre investidor-Estado do mundo inteiro.

Do caso *Waste Management II*:

O padrão mínimo de tratamento de tratamento justo e equitativo é violado pela conduta imputável ao Estado e prejudicial ao reclamante se a conduta é arbitrária, manifestamente indevida, injusta ou idiossincrática, é discriminatória e expõe o reclamante ao preconceito setorial ou racial, ou envolve uma falta de devido processo que conduz a um resultado que ofende o decoro judicial – como pode ser o caso de uma manifesta falha de justiça natural em processos judiciais ou uma completa falta de transparência e justeza em um processo administrativo. Na

aplicação deste padrão é relevante que o tratamento esteja em violação de representações feitas pelo Estado hospedeiro nas quais o reclamante haja razoavelmente confiado.²⁶⁰

E em *Tecmed v México*, os árbitros declararam que o TJE requer que um Estado:

forneça aos investimentos internacionais um tratamento que não afete as expectativas básicas que foram tidas em conta pelo investidor estrangeiro para fazer o investimento. O investidor estrangeiro espera que o Estado hospedeiro aja de uma forma consistente, livre de ambigüidades e totalmente transparente nas suas relações com o investidor estrangeiro, de modo que se possam saber de antemão todas e quaisquer regras e regulamentos que governarão os investimentos, bem como os objetivos das políticas relevantes e práticas administrativas ou diretrizes, para ser capaz de planejar seu investimento e cumprir tais regulamentos. Toda e qualquer ação do Estado em conformidade com esses critérios devem se relacionar não só com as normas, diretrizes ou exigências emitidas, ou com as resoluções aprovadas no seu âmbito, mas também com os objetivos subjacentes a tais regulamentos. O investidor estrangeiro também espera que o Estado hospedeiro atue de forma consistente, ou seja, sem revogar arbitrariamente quaisquer decisões pré-existentes ou licenças emitidas pelo Estado nas quais investidor haja confiado para assumir os seus compromissos, bem como para planejar e lançar suas atividades comerciais e negociais. O investidor também espera que o Estado utilize os instrumentos legais que regem as ações do investidor ou o investimento de acordo com a função usualmente atribuída a esses instrumentos, e para não privar o investidor do seu investimento, sem a necessária indenização.²⁶¹

Não se tem que concordar com cada aspecto dessas extensas enumerações do que aparentemente o TJE e o DIC agora exigem para reconhecer que, mesmo que alguns desses requisitos sejam agora amplamente esperados em relação aos governos, o direito público internacional geral passou por uma grande alteração, desde quando no caso *Neer* se reconheceram apenas as mais básicas exigências mínimas dos Estados. Parece, com base nas decisões arbitrais disponíveis sobre o TJE, que, hoje, um Estado não precisa ter tomado uma

²⁶⁰ *Waste Management, Inc. v. México*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB(AF)/00/3, Decisão §98 (2004).

²⁶¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB(AF)/00/2, Decisão §154 (29 de maio 2003).

ação concreta de má-fé para ser culpado de uma violação desse padrão – ou do padrão mínimo internacional subjacente. Hoje, a falha de um Estado em agir, sobretudo para fornecer um remédio quanto a uma violação de representações do próprio Estado para um investidor, poderia fundamentar uma violação do direito internacional geral.²⁶²

Como é sugerido pela jurisprudência acerca do TJE, as diferenças textuais entre TBIs e TLCs não prejudicam seu possível impacto sobre direito internacional público geral. Este é também o caso no que diz respeito a outros padrões substantivos de proteção ao investimento contidos nesses tratados. Está claro, desde algum tempo, por exemplo, que os árbitros internacionais encarregados de aplicar o direito internacional relevante em matéria de expropriação nem sempre explicaram claramente se suas noções de "propriedade" são baseados no direito costumeiro ou em particulares disposições de tratados; um resultado é que, atualmente, a maioria presume que o direito costumeiro sobre desapropriação protege contra algumas interferências governamentais aos direitos "adquiridos" ou a direitos contratuais "concedidos", e não apenas aos direitos relacionados a bens imóveis tangíveis.²⁶³

Observa-se também que, não obstante algumas diferenças entre esses tratados com respeito a exatamente o tipo de compensação que o investidor tem o direito de esperar em caso de expropriação (uma vez que nem todos os TBIs ou TLCs declaram explicitamente que os investidores têm o direito à "pronta, adequada e efetiva compensação"), pode haver um crescente consenso no que diz respeito ao tipo e qualidade do *processo* que investidores (e outros) estão legitimados a esperar quando os governos tentam tomar sua propriedade.²⁶⁴

²⁶² Veja, p.ex., *Wena Hotels Ltd. v. Egito*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/98/4, Decisão ¶85 (2000) (notando que "assim que Egito não instiga ou participa na apreensão dos dois hotéis ... há prova suficiente para considerar que Egito ... não tomou ações para prevenir as apreensões ou de restaurar imediatamente o controle da Wena sobre os hotéis"); *LOWENFELD*, supra nota 7, à 558-59 (descrevendo o resultando do *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/87/3, Decisão (1990), que declarou que Sri Lanka tinha falhado de tomar medidas precatórias apropriadas para proteger os interesses duma empresa britânica ferida durante o combate entre o governo e forças rebeldes). Existem paralelos aqui com uma crescente profundidade dos compromissos dos estados com respeito aos direitos humanos. Veja *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 1988 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, à 29-33 (interpretando os deveres dos estados para "garantir" o exercício dos direitos humanos na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, disponível para assinatura no 22 de novembro 1969, O.A.S.T.S. No. 36, e declarando que o dever requer os estados de investigar os atrocidades cometidas pelas milícias privadas). Notara que a ênfase em muitos casos do FET sobre a necessidade para respeitar "as expectativas legítimas" do investidor, particularmente quando são baseados em promessas específicas feitas pelo estado ao investidor, muitas sugerem que também os TBIs que não têm uma "clausula de guarda-chuva" protegendo os contratos dos investidores podem servir como veículo para proteger tais contratos sob a clausula GET ou também sob uma disposição residual protegendo o investidor "sob o direito internacional." Veja, p.ex., *TUDOR*, supra nota 48, à 193-200.

²⁶³ August Reinisch, *Expropriation*, em *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, supra nota 9, à 407, 411.

²⁶⁴ Na verade, tanto o regime do investimento e o regime dos direitos humanos partilham preocupações comuns de devido processo sobre tais matérias. Veja, p.ex., *Casos Conjuntos C-402/05 P & C-415/05 P*, *Kadi v. Conselho*, 2008 E.C.R. I-0000 (declarando que as sanções contra o terrorismo impostas originalmente pelo Conselho de Segurança e enforcados pela lei da União Européia violava o devido processo individual do direito

Também pode estar se formando um entendimento comum com respeito a questões outrora contestadas, tais como se um decreto formal de nacionalização ou expropriação é necessário, e até mesmo no que diz respeito aos princípios aplicáveis para o cálculo do valor "integral" da propriedade expropriada.²⁶⁵ Apesar das diferenças sobre pontos tais como se e quando deve se reconhecer o pagamento de lucros futuros, há um crescente acordo quanto ao fato de que os investidores expropriados têm direito a um montante que se aproxima do " justo valor de mercado " daquilo que eles perderam e que esta medida usualmente requer ir além do " valor contábil " do investimento.²⁶⁶ É claro, a tendência de que as decisões arbitrais interpretando as garantias sobre expropriação de um TBI ou um TLC igualem esses direitos àqueles protegidos sob o DIC é ainda maior quando o tratado em questão equipara explicitamente os dois (como fazem os tratados de investimento americanos celebrados depois de 2004).²⁶⁷

Pelo menos algumas dessas conclusões sugerem que o regime de investimento genericamente ampliou os direitos dos investidores em detrimento do "espaço regulatório" atribuído aos Estados hospedeiros. Na medida em que este seja o caso, não é surpresa alguma que se alguns procuram conter o dano ao tentar encapsular TBIs e TLCs como puramente *lex specialis*. Mas há um outro lado da história.

A perspectiva de que o regime de tratados de investimento agora afeta e se reflete a no direito geral não é um via de mão única em favor dos investidores. Uma série de decisões arbitrais recentes representam a proposição de que as garantias substantivas dos TBIs, incluindo o padrão internacional mínimo ou o TJE, prerrogativas de tratamento não-discriminatório ou nacional, bem como o dever de compensar desapropriações indiretas, devem ser todas interpretadas de modo a não interferir na capacidade dos Estados de

de propriedade); veja também SUBEDI, supra nota 32, à 75 ("Agarrar sem o processo devido do lei implicaria um agarramento em violação do principio da equidade perante a lei, uma audiência justa e outros princípios da justiça natural geralmente reconhecidos pelos sistemas jurídicas principais do mundo.").

²⁶⁵ Veja Reisman e Sloan, supra nota 89, à 121 (sugerindo que o que importa é o efeito funcional da conduta do governo e não a existência dum decreto formal de expropriação); SUBEDI, supra nota 32, à 125-29 (resumindo a jurisprudência arbitral sobre os casos quando um valor total da propriedade expropriada é devido); veja também S.D. Myers, Inc. v. Canadá, Decisão Parcial capítulo XI (NAFTA Arb. Trib. 2000) (discutindo os princípios de compensação).

²⁶⁶ Veja SUBEDI, supra nota 32, à 126 (discutindo o valor contábil e outros fatores geralmente considerados na determinação do tamanho duma decisão). Num mínimo, a prevalência dos TBIs e TLCs com disposições de expropriação comparáveis se torna muito menos sustentável de sugerir, como outros estados fizeram num durante uma época, que a questão da compensação em alguns dos casos é puramente uma questão da lei nacional não governada pelo direito internacional. Veja, p.ex., CME Czech Republic B.V. v. Republica Checa, Decisão Final ¶§497-98 (UNCITRAL Arb. 2003), disponível em [HTTP://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf) ("A possibilidade de pagamento da compensação determinado pelo lei do estado hospedeiro.... sumiu do direito internacional contemporâneo, como é expresso em tratados internacionais numerosos, com tais disposições concordantes, como ter reformulado o corpo próprio do lei costumeiro internacional.").

²⁶⁷ Modelo TBI dos E. U. 2004, supra nota 72, anexo B (1) ("Artigo 6 ... pretende refletir a lei internacional consuetudinária sobre a obrigação dos Estados em respeito da expropriação.").

continuar a regular o interesse público de forma não discriminatória; notavelmente, essa exceção tem sido aplicada mesmo quando nenhuma exceção existe explicitamente num tratado de investimento.²⁶⁸ Se essa regra "geral" existe, trata-se de algo que devemos, pelo menos em parte, às decisões arbitrais envolvendo investidor-Estado, bem como às disposições de alguns TBIs e TLCs²⁶⁹ – e ao reconhecimento por árbitros de que a interpretação desses tratados precisa levar em conta o direito geral, porque é parte deste direito geral. Quando seja os TBIs, seja os árbitros, conectam ou igualam certas garantias previstas em tratados às existentes no DIC ou nos princípios gerais, tanto os investidores como os Estados podem enfrentar concepções em evolução a respeito do que as partes estatais (assim como os investidores) poderiam ter presumido estar dentro do legítimo "espaço regulatório nacional" ou dentro do "direito de regular" do soberano.²⁷⁰ Alguns tribunais envolvendo investidor-Estado estão aplicando (e descobrindo) as noções de "regulação pública transnacional" ou princípios gerais de direito para tornar inadmissíveis pleitos "não feitos em boa-fé, alcançados, por exemplo, mediante deturpações, encobrimentos ou corrupção, ou configurando um abuso do sistema de arbitragem internacional do ICSID."²⁷¹ Ainda em outros casos, parece que o recurso ao DIC para interpretar algumas disposições de TBIs, tais como a exigência veiculada no tratado de se conferir "proteção integral e segurança", pode servir para limitar o âmbito dos deveres dos Estados.²⁷² Além disso, princípios interpretativos

268

²⁶⁹ Ex., S.D. Myers, Decisão Parcial §261 (declarando que o padrão mínimo internacional não é uma licença para "fazer segunda leituras do processo decisório do governo"); Saluka Invs. BV (Neth.) v. Republica Checa, Decisão Parcial §305-06 (UNCITRAL Arb. 2006), disponível em [HTTP://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf](http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf) (notando que o conceito das expectativas legítimas exige ponderação das "expectativas legítimas e razoáveis" do investidor, contra o "interesse legítimo e regulatório" do estado); Methanex Corp. v. Estados Unidos, Decisão Final sobre a Jurisdição e Méritos, pt. 4, capítulo D, §7 (NAFTA Arb. Trib. 2005), disponível em [HTTP://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf), (citando o lei internacional costumeiro pelo princípio que o prejuízo econômico causado pela regulação da boa fé entre os poderes policias dum estado não exige compensação); Feldman v. México, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB(AF)/99/1, Decisão §103 (2002) (declarando que o direito costumeiro internacional reconhece que "os governos devem ser livres de agir no interesse publico mais amplo", e devem ser capazes de empreender "a regulação governamental razoável"); veja também SUBEDI, supra nota 32, à 173-75 (contendendo que os padrões FET requerem árbitros para "equilibrar" os direitos concorrentes dos estados e os investidores).

²⁷⁰ Ex., o Modelo TBI dos E.U 2004, supra nota 72, anexo B(4)(b) ("Exceto em circunstâncias raras, ações regulatórias feitas para uma Parte que não são discriminatórias que são projetados e aplicados para proteger os objetivos do bem-estar publico, assim como a saúde publica, a segurança, e o meio ambiente, não constituem expropriações indiretos.").

²⁷¹ Muchlinski, supra nota 9, à 14. Para uma descrição da natureza evolutiva e ideologia do Modelo TBI dos E.U ao longo do tempo, veja Alvarez, supra nota 81.

²⁷² World Duty Free Co. v. Quênia, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/00/7, Decisão (2006) (recusando de enforçar um acordo adquirido através dum suborno, desde isso teria violado a política publica transnacional); Phoenix Action, Ltd., v. Republica Checa, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/06/5, Decisão §100 (2009) (anotando que o objetivo dos TBIs é de proteger os investimentos de "boa fé"). Para outros casos arbitrais investidor-Estado que se confiam ao princípio da boa fé, veja Von Walter, supra nota 94, à 195-97. Enquanto os decisões arbitrais investidor-Estado recusando de aplicar investimentos adquiridos através de fraude ou corrupção as vezes são fundamentadas em disposições dos TBIs específicos que limitam as coberturas dos

extraídos ou do DIC ou dos princípios gerais do direito, tais como a proteção das "legítimas expectativas" ou o "dever de mitigar o risco" também podem ser benéficos para os Estados réus quando se trata do cálculo dos danos.²⁷³

Ademais, o exame das decisões arbitrais emitidas até o momento sob o regime de investimento revela que o impacto normativo desse regime pode se estender para além das questões de interesse apenas para os advogados de investimento, e deve ser avaliado sob bases distintas daquelas consideradas agora em debates sobre os direitos relativos dos investidores estrangeiros e seus Estados hospedeiros. Como todos os tratados, os TBIs e os TLCs contêm inúmeras lacunas, e os adjudicadores que os interpretem precisam recorrer às "normas relevantes do direito internacional" para preencher essas lacunas, de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, no artigo 31 (3) (c). Essa regra de "integração sistêmica" significa, por exemplo, que as arbitragens envolvendo investidor-Estado estão a se tornando um importante fórum - talvez o mais freqüente - para interpretações cada vez mais sutis de regras do direito internacional público geral, como as contidas na minuta da ILC sobre a Responsabilidade dos Estados, incluindo regras de atribuição aos Estados, o significado de remédios tais como "reparação" ou "restituição", e o escopo do afastamento de ação ilícita, como a defesa do estado de necessidade.²⁷⁴ Como a maioria dos fóruns judicantes internacionais, arbitragens envolvendo investidor-Estado

tratados aos investimentos feitos "de acordo com" a lei do estado hospedeiro, também aqueles casos podem recorrer aos princípios gerais, assim como a necessidade dos partes de agir em "boa fé", ou a máxima do Latim, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar de seu próprio erro), para chegar nessa conclusão. Veja, p.ex., *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/03/26, Decisão ¶¶231-32, 242-43 (2006) (confiando na boa fé e a máxima do Latim); veja também id. §246 (confiando na política pública internacional); id. à ¶§254-57 (confiando no enriquecimento sem causa). Veja, ex., *Noble Ventures, Inc. v. România*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/01/11, Decisão §164 (2005) usando o direito costumeiro internacional para interpretar a proteção e segurança e declaração ampla, consistente com o costume, que este padrão só impõe apenas um dever de diligência devida e não responsabilidade objetiva).

²⁷³ Para considerações do como o conceito das "expectativas legítimas" podem afetar as determinações de compensação, veja, p.ex., Thomas W. Walde & Borzu Sabahi, *Compensation, Damages, and Valuation*, em *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, supra nota 9, à 1049, 1088-89. Para casos em que a responsabilidade do estado hospedeiro parece de ter sido afetado para considerações equitativas, veja *Von Walter*, supra nota 94, à 188-91 (discutindo *Am. Mfg. & Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/93/1, Decisão (1999), uma decisão que sugeriu que um investidor tinha voluntariamente assumido o risco quando investiu em Zaire durante tempos instáveis); *Alvarez & Khamisi*, supra nota 33, à 404-07 (discutindo as determinações dos danos em alguns casos da Argentina). Os árbitros não foram claros se o princípio interpretativo da "expectativa legítima", muitas vezes implementadas em apoio das interpretações desses padrões FET, é baseado numa linguagem específico nos TBIs (assim como a referência a um preâmbulo a um ambiente jurídico "estável") ou é baseado no costume, os princípios jurídicos gerais, ou todos esses. Para uma discussão da possibilidade que os árbitros poder redescobrir outros "elementos de redução da compensação" uma vez implementados antes do aumento dos TBIs, assim como o abuso dos poderes, veja *Walde e Sabahi*, supra nota 156, à 1095-99, 1103-05.

²⁷⁴ Veja geralmente *Alvarez & Khamisi*, supra nota 34, à 427-449 (discutindo o papel da regra consuetudinária da necessidade em alguns casos contra a Argentina).

também são locais para interpretar ou elaborar muito do direito internacional público, incluindo os princípios gerais, tais como o dever de mitigar danos e doutrinas equitativas como a do *estoppel*, aquiescência, *unclean hands*, e abuso de direitos.²⁷⁵ Arbitragens envolvendo investidor-Estado também são locais onde a necessidade de realização de um processo ordenado, valendo-se de regras processuais rudimentares (como aquelas que se aplicam sob o ICSID ou a UNCITRAL), por vezes, exige que seus árbitros apliquem "regras comuns de procedimento internacional" utilizadas por outros tribunais internacionais, mais uma forma de fontes fora dos tratados.²⁷⁶

Por todas estas razões, é arriscado tentar antecipar (ou prevenir) o impacto normativo do regime de investimento no direito geral. Uma vez que a maioria das decisões envolvendo investidor-Estado surgiram nos últimos cinco anos, o regime de investimento ainda é jovem, e é prematuro antecipar sua evolução, inclusive no que diz respeito ao seu impacto sobre todas as regras relevantes do direito internacional geral. É igualmente prematuro sugerir que só um obstinado neo-conservador, excessivamente enamorado da ideia de proteger investidores estrangeiros a todo custo, endossaria a proposição que árbitros responsáveis por julgar disputas envolvendo investidor-Estado aplicam e afetam o direito internacional público geral, no bojo de aplicarem TBIs e TLCs.

VII. AS CONSEQUÊNCIAS MAIS AMPLAS DA POSIÇÃO DE LOWENFELD

A visão de que pelo menos algumas das regras em TBIs e TLCs podem afetar e se refletir no direito geral tem consequências não apenas para aqueles que litigam em disputas de investimento. Como sugerido abaixo, as conclusões de Lowenfeld sobre o provável impacto do regime de investimento também têm implicações mais amplas para aqueles que debatem se o direito internacional sofre de um déficit "democrático"; se está melhorando por meio de "tratadificação"; ou se está minando sua legitimidade por meio de uma indevida fragmentação. Os argumentos de Lowenfeld dentro do contexto do regime de investimento do complicam o assunto para aqueles que concluiriam, de forma simplista, que os regimes

²⁷⁵ Veja Grierson-Weiler & Laird, *supra* nota 50, à 272-87 (discutindo o recurso dos árbitros ao princípio de boa fé, confiança prejudicial, justiça regulamentar, e abuso do poder); Christina Knahr, *Investments 'in Accordance with Host State Law'*, em *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN CONTEXT*, *supra* nota 55, à 27, 32-34 (discutindo o recurso do tribunal à boa fé, *nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, política pública, e enriquecimento injusto em *Inceysa Vallisoletana*).

²⁷⁶ Os árbitros investidor-Estado não são incomuns em confiar, e mesmo assim afetar, o direito internacional geral, inclusive em respeito ao processo. Veja ALVAREZ, *supra* nota 99, à 485-502 (discutindo como outros árbitros internacionais confiam e afetam o direito internacional público).

contemporâneos de tratados internacionais são mais "democráticos", mais "precisos", mais "coerentes", ou mais "legítimos do que o direito costumeiro à moda antiga.

A. *Deficit* democrático

Numerosos críticos, quase sempre nos Estados Unidos, têm argumentado que as fontes de direito internacional fora dos tratados são simplesmente anti-democráticas e devem ser rejeitadas por essa razão, pura e simplesmente. Assim, John McGinnis afirmou que o DIC é antidemocrático porque: (1) as nações não concordam afirmativamente com ele, mas podem ser consideradas como tendo concordado por ausência de objeção; (2) nações anti-democráticas, e mesmo totalitárias, desempenham um papel igual em sua formação; (3) tais regras são apenas promessas vazias que são rotineiramente desrespeitadas, pois, ou não existem, ou são fracos os mecanismos para executar essas fontes informais, ao contrário de regras que sejam aprovadas pelo Congresso e codificadas no direito doméstico; (4) o conteúdo e até mesmo a existência dessas regras são imprecisos; e (5), essas fontes não são transparentes, e mesmo desconhecidas, para a média dos americanos.²⁷⁷

As teses de McGinnis não se comprovam no regime de investimento – em que, como já observamos, tratado, DIC, e princípios gerais estão inexoravelmente interligados e que são, no que diz respeito a algumas questões (como TJE), de difícil separação. Dadas as implicações acima sugeridas entre os tratados, fontes de obrigação internacional fora dos tratados, e o direito e práticas nacionais, seria decididamente enganoso sugerir que os princípios relevantes do costume aplicados em disputas de investimento não foram objeto de consentimento; não foram examinados por legislaturas ou parlamentos; são menos legítimos porque as sociedades totalitárias participaram em sua formação; ou são encontrados apenas em retóricas resoluções da Assembléia Geral da ONU. E se os padrões de tratados, tais como o TJE e o padrão mínimo internacional costumeiro, são imprecisos, no caso de ambos isso está se alterando, à medida que lhes são dados efeitos concretos por meio de decisões arbitrais em processos entre investidor-Estado. Em qualquer caso, esses padrões, quer se encontrem em costumes ou em tratados, não são mais incertos (ou "anti-democrático") do

²⁷⁷ John O. McGinnis, *The Comparative Disadvantage of Customary International Law*, 30 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 7, 9-11(2006).

que conceitos como "devido processo" em leis ou constituições nacionais, os quais também alcançar a precisão em grande parte em decorrência de uma aplicação casuística.²⁷⁸

McGinnis está ao dizer que as regras de direito internacional não são transparentes, mas as implicações entre tratados e costumes torna as distinções entre essas duas fontes, nessa matéria, um exercício duvidoso – pelo menos neste regime. Em qualquer caso, as regras relevantes (e as decisões arbitrais) que regulam o regime de investimento internacional estão cada vez mais sujeitas ao escrutínio público, não só por membros do Congresso, mas por uma bateria de representantes da sociedade civil.

Explorar, como Lowenfeld faz, as interconexões entre TBIs costumes é um exercício útil para aqueles que pensam que linhas rígidas podem ser colocadas entre tratados e outras fontes "menos democráticas" de obrigação internacional. Como o governo dos EUA recentemente aprendeu com as reações globais à "guerra ao terror", normas costumeiras alegadamente "vagas" que proíbem os maus-tratos a estrangeiros podem ter tanto ou ainda mais legitimidade e poder de fazer do que as obrigações de tratados, e essas normas não convencionais coexistem com compromissos textuais que têm sido objeto de formas mais explícitas de aprovação "democrática", como os das Convenções de Genebra e da Convenção contra a Tortura.

B. *Tratadificação*

O direito internacional, incluindo mais especialmente o direito dos investimentos estrangeiros, está se tornando, sem dúvida, cada vez mais "tratadificado". Enquanto que, em período recente como o da década de 1970, a Corte Internacional de Justiça chegou a comentar sobre o "surpreendente" fato de que o direito dos investimentos estrangeiros ainda não havia cristalizado, apesar do crescimento do IED,²⁷⁹ poucos sugeririam isso hoje, com cerca de 3.000 tratados em vigor. A maioria, como McGinnis, acha que isso é uma coisa boa, uma vez que o "movimento em direção aos tratados" torna o direito mais completo (por exemplo, esclarecendo o direito de transferir lucros para fora do país hospedeiro); esclarece quando o direito entra em vigor (nomeadamente quando da ratificação); torna as regras mais legítimas; torna o seu conteúdo mais certo, preciso e menos sujeito à variação de

²⁷⁸ Veja, p.ex., Prosper Weil, *The State, The Foreign Investor and International Law: The No Longer Stomy Relationship of a Menage' A Trois*, 15 ICSID REV.: FOREIGN INV. L.J. 401, 415 (2000) ("O padrão do tratamento justo e equitativo é claramente não é menos operativo do padrão do 'devido processo da lei,' e vai ser para pratica futura, jurisprudência, e comentários para transmitir uma intenção específica por isso.").

²⁷⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgica v. Espanha)*, 1970 I.C.J. 3, 46-47 (5 de fevereiro).

interpretação; e evita muitas das incertezas associadas ao costume (como determinar se a *opinio juris* importa e o que afinal ela é, se alguma coisa).²⁸⁰ É claro, a tratadificação é uma melhoria evidente em relação ao DIC, na medida em que é acompanhada por um mecanismo de execução eficaz, como se dá com relação à maioria dos TIBs e TLCs. A celebração de tratados é, afinal, um discreto, claramente identificável esforço legislativo, o qual é fadadamente diferenciado do que, para muitos, são menos legítimos esforços para estabelecer o direito para o mundo, envolvendo tentativas muito mais subjetivas para distinguir o DIC das práticas de Estados ou para derivar princípios gerais de direito de exercícios de direito comparado²⁸¹. Para outros, a tratadificação é a melhor esperança para realmente influenciar o comportamento dos Estados, pois, para citar dois principais críticos do direito internacional "o DIC como uma força normativa independente tem pouco ou nenhum efeito sobre o comportamento nacional".²⁸²

Uma opinião contrária é a de que, como Wolfgang Friedman sugeriu há muito tempo em suas palestras de Haia, fontes de obrigações internacional decorrentes de tratado e fora de tratados são inseparáveis e se sobrepõem numa densa rede, particularmente como aplicados no processo jurídico transnacional.²⁸³ Isso é sugerido pelo cânone de interpretação implantado por tribunais internacionais, que, a menos que as partes do tratado hajam sido explícitas, os intérpretes do tratado não devem presumir que um tratado dispensa a aplicação das regras fundamentais do direito internacional costumeiro, como o princípio pelo qual se exige o esgotamento dos remédios locais.²⁸⁴ A inevitável interação entre tratados e costumes lança

²⁸⁰ Veja, p.ex., SALACUSE, Jeswald W. The Treatification of International Investment Law, 13 LAW & BUS. REV. AM. 155, à 157-58 (2007) (anotando que os regimes de tratados "impuseram uma disciplina no tratamento dos investidores estrangeiros aos estados hospedeiros" e autorizaram as partes a procurarem reparações numa maneira previsível); KELLY, Patrick, *The Twilight of Customary International Law*, 40 VA. J. INT'L L. Pág. 451 (2000) (o DIC "não pode funcionar como uma fonte legítima de normas jurídicas substantivas num mundo de nações descentralizados, sem uma base ampla de valores partilhadas."); Mc Ginnis, supra nota 160, à 10, 13 (anotando a maior certeza dispõe pelos acordos internacionais como comparados ao direito internacional costumeiro).

²⁸¹ Veja KELLY, Patrick, *The Twilight of Customary International Law*, 40 VA. J. INT'L L. 449 (2000) (discutindo os problemas de condensar a ideia do DIC)

²⁸² Jack L. Goldsmith & Eric A. Posner, *Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law*, 40 VA. J. INT'L L. 639, 641 (1999).

²⁸³ WOLFGANG FRIEDMAN, *GENERAL COURSE IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 131-36 (1969); veja também PHILIP C. JESSUP, *TRANSNATIONAL LAW* (1956) (discutindo que as relações humanas são regidas por redes cada vez mais complexas da lei "transnacional").

²⁸⁴ Veja, p.ex., *Sempra Energy Int'l v. Argentina*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/02/16, Decisão ¶378 (2007) ("Nem o Tribunal acredita que por causa que [o tratado] não fez uma referencia expressa pelo direito costumeiro, estes fontes dos direitos e obrigações se tornam inaplicáveis."); *Legal Consequences for States of a Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276*, Opinião Consultiva, 1971 I.C.J. 16, 47 (21 de junho) ("O silencio dum tratado ao existência dum tal direito não pode ser interpretado como a implicação duma exclusão dum direito que tem fonte fora dum

dúvidas sobre algumas das conclusões superficiais tiradas do "movimento em direção aos tratados". As teses de Lowenfeld dão suporte à visão mais complexa de Friedman sobre a interação entre as fontes de obrigação internacional decorrentes de tratados e aquelas não baseadas em tratados e fornecem razões para ser cético sobre os supostos benefícios da tratadificação .

Um gênio mordaz uma vez sugeriu que um tratado é um desacordo reduzido a escrito. Se isso pode ser um exagero com respeito aos acordos de investimento, voltar-se para os TBIs e TLCs , como é sugerido aqui, não implica *necessariamente* uma mudança rumo a regras mais precisas ou textualmente mais determinadas. Este não é certamente o caso, na medida em que estes tratados apenas afirmam que em investidores têm direito ao "TJE" ou têm direito a uma indenização quando tenham sido submetidos a uma tomada "indireta", sem definir um ou outro termo . Enquanto algumas garantias - como o TN - podem ser consideradas como relativamente precisas em conteúdo, uma disposição num TBI prevendo o TJE sem indicar , por exemplo, qual a compensação pode ser devida em decorrência de um dano, não é, em si , um movimento em direção à clareza textual.

Aqueles que se concentram na "tratadificação" – e sua suposta superioridade sobre o processo de criação do direito internacional costumeiro – arriscam-se a fixar-se nas fontes de obrigação à custa de não levar em conta o processo de resolução de litígios e de interpretação do tratado. Como a ênfase de Lowenfeld no trabalho de tribunais arbitrais indica, a clareza textual (ou falta dela) das garantias inseridas em TBI ou TLCs (ou do DIC neles contido) é menos significativo se existe um processo legítimo para resolver ambigüidades, quando essas surgirem. O regime de investimento não dá suporte à proposição de que a tratadificação por si só constitui um progresso inegável no direito internacional ou de que os Estados só são susceptíveis de cumprir aquilo com que especificamente hajam anuído fazer em um tratado. Se isso é verdade em relação ao regime de investimento ainda está em aberto e pode depender se a evolução das interpretações do direito proferidas por tribunais investidor-Estado

tratado, no direito geral internacional, e que é dependente na ocorrência das circunstâncias que não são normalmente consideradas quando um tratado é celebrado."); *Loewen Group, Inc. v. Estados Unidos*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB (AF)/98/3, Decisão §160 (2003) ("Um principio importante do direito internacional não deve ser realizada de ter sido tacitamente dispensado por acordo internacional, na ausência" duma declaração clara para esse efeito); veja também GEORG SCHWARZENBERGER, *INTERNATIONAL LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS* 248 (3ª edição 1957) ("Ainda que o padrão do tratado nacional está previsto num tratado, a presunção que foi a intenção dos partes de garantir aos seus nacionais nessa maneira vantagens adicionais, mas não de privá-los tais direitos, em qualquer caso, eles teriam o direito de desfrutar sob o direito costumeiro internacional ou os princípios do direito gerais reconhecidos pelas nações civilizados.").

continuarão a ser vista como legítima e a ser cumprida.²⁸⁵ Pode ser que a falta de clareza com relação a algumas garantias previstas em TBIs e TLCs seja realmente uma coisa boa, especialmente se a ambigüidade permite aos intérpretes dos tratados evitar os excessos que alguns associam ao liberalismo de mercado.²⁸⁶ O que está claro das interpretações emitidas por esse tribunais até o momento é que, como afirma Lowenfeld, o movimento em direção a tratados de investimento não afasta o recurso aos princípios gerais e do DIC.

Lowenfeld nos mostra que a tratadificação, pelo menos neste regime e ao contrário das expectativas de pelo menos um comentarista, não demonstra o " crepúsculo do direito internacional costumeiro."²⁸⁷ Na verdade, os debates sobre o conteúdo do direito internacional costumeiro estão agora mais vivos do que nunca, apesar tratadificação.²⁸⁸ E, apesar das sugestões de alguns céticos do direito internacional, não há evidências de que os Estados estejam distinguindo, em termos de sua prontidão para cumprir as decisões arbitrais, entre aquelas cujas fontes sejam baseadas em tratado e aquelas que não o sejam.²⁸⁹ De fato, a relativa falta de resistência a tais decisões subjaz às implicações normativas mais amplas da rede de TBIs e TLCs.

²⁸⁵ O regime de investimento está mostrando sinais de retrocesso político. Veja Karl P. Sauvant, *A Backlash Against Foreign Investment?*, em *WORLD INVESTMENT PROSPECTS TO 2010: BOOM OR BACKLASH?* 71 (Laza Kekic & Karl P. Sauvant, editores, 2006), disponível em [HTTP://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/wip_2006.pdf](http://graphics.eiu.com/files/ad_pdfs/wip_2006.pdf) (anotando alguns sinais dum retrocesso político ao investimento direito estrangeiro).

²⁸⁶ C.f. KARL POLANYI, *THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF OUR TIME* (1944) (argumentando que um foco excessivo aos correções dos imperfeições do governo gera uma inevitável contra-movimento de recuperar o papel próprio da intervenção governamental num mercado de economia).

²⁸⁷ O mesmo acadêmico, J. Patrick Kelly, argumenta que o DIC deve ser "eliminado como fonte do direito internacional na época moderna." KELLY, Patrick, *The Twilight of Customary International Law*, 40 VA. J. INT'L L. 540 (2000).

²⁸⁸ Isto é demonstrado pelo esforço recente de uma acadêmica, Ioana Tudor, de enquadrar a jurisprudência arbitral emergente sobre a definição do TJE. Este estudo sem dúvida gasta um tempo considerável explorando a extensão em que o TJE agora reproduz e mudou o DIC ou princípios gerais do direito. IOANA TUDOR, *THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE INTERNATIONAL LAW OF FOREIGN INVESTMENT* 15-52 (2008).

²⁸⁹ Embora que alguns estados resistam a pagar as decisões arbitrais proferidas contra eles e a conformidade pode as vezes demorar (como faz, ocasionalmente, com respeito à OMC) decisões arbitrais investidor-Estado geralmente ganham conformidade de rotina. De fato, a eficaz relativa do esquema do regime da execução é uns destes característicos únicos. Veja Van Harten & Loughlin, supra nota 18 (anotando as características únicas correticas da arbitragem investidor-Estado). Em comparação, Goldsmith e Posner se confiam na teoria da escolha racional para argumentar que conformidade com o DIC, assim, não existe. Goldsmith & Posner, supra nota 165, à 661-63. Eles escrevem que "o DIC é a etiqueta que nós colocamos aos alguns regularidades comportamentais que resultam dos nações perseguindo os próprios interesse; isso não causa ou constrange nada." Id. à 662. Além que Goldsmith e Posner reconhecem que funcionários do governo usam a linguagem do DIC, eles afirmam que isso é apenas "conversa fiada" que "serve uma função de coordenação importante que pode facilitar cooperação." Id. à 664. A alegação deles – que quando nações perseguem os próprios objetivos procurando o poder e interesse nacional, o DIC como "uma força normativa independente," id., sai do esquema – parece inconsistente com o argumento que ainda se for os estados celebram os TBIs para "razoes econômicas," a rede dos TBIs influenciam o DIC e serve para aplicar a lei.

Se o regime de investimento serve de alguma indicação, os propalados benefícios da tratadificação foram algo exagerados. Tratados não são necessariamente “completos”, menos vagos ou incertos, ou passíveis de uma execução perfeita. Mesmo quando o movimento em direção aos tratados seja acompanhado por um movimento em direção a um processo de adjudicação baseado em tratado, as in- interpretações delegadas a tribunais de árbitros *ad hoc* podem não ser coerentes e podem extrapolar o conteúdo do direito contestado – como se dá com o ainda altamente controvertido padrão do TJE em TBI’s, apesar de uma crescente ênfase numa *jurisprudence constante*. Mais do que isso, inobstante os impressionantes mecanismos de execução dos TBIs e TLCs , as lutas em curso para impor laudos de arbitragens envolvendo investidor e Estado contra alguns Estados recalcitrantes (como a Argentina)²⁹⁰ nos lembram que esse particular Calcanhar de Aquiles do direito internacional ainda não foi totalmente superado.

C. Fragmentação

Advogados internacionalistas agora estão debatendo se os regimes jurídicos que se proliferam estão produzindo disjunções ou inconsistências que ameaçam a coerência do direito internacional. A fragmentação é geralmente vista como o “lado negro” de tratadificação. O estudo da ILC sobre fragmentação destaca uma série de maneiras pelas quais os riscos de fragmentação pode ser atenuados.²⁹¹ A ILC sugere que esses riscos são diminuídos à medida que o direito internacional é visto como um sistema legal e não como um conjunto de “auto- contidas” sub-especialidades. Especificamente, o Relatório da ILC recomenda que: na aplicação e interpretação dos tratados, seria útil aplicar o princípio harmonizador sugerido por normas tais como o artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (a exigir a aplicação residual quando da interpretação de “regras pertinentes do direito internacional ”) ; que à regra da *lex specialis* seja dada uma interpretação “contextual”, em particular considerando que sua aplicação “normalmente não extingue o direito geral relevante”; que o direito geral seja usado para preencher lacunas mesmo em relação a regimes “especiais”; e que este direito geral é especialmente

²⁹⁰ Veja, p.ex., *Sempra Energy Int’l v. Argentina*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic’s Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award §§ 105, 112-13 (2009) (decidindo que uma suspensão contínua da execução do laudo subjacente dependeria de a Argentina realizar um depósito de segurança numa conta *escrow* para assegurar que o pagamento seria feito, caso o laudo não fosse anulado).

²⁹¹ Int’l Law Comm’n, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, U.N. Doc. A/CN.4/L/702 (18 de julho 2006).

recomendado quando as regras relevantes do tratado forem "imprecisas" ou "de textura aberta".²⁹²

As conclusões de Lowenfeld sobre o provável impacto do regime de investimento no direito geral aproveitam-se de todas as recomendações da ILC, quer implícita ou explicitamente. Sua tese de que as interpretações de TIBs e TLCs muitas vezes refletem os princípios gerais de direito internacional público, incluindo o costume e os princípios gerais de direito, reconhece: que as interpretações de tais tratados, feitas por árbitros, precisam levar em conta as regras pertinentes do direito internacional; que é muito simples concluir, na ausência de uma interpretação cuidadosa atenta ao contexto, que tais tratados são *lex specialis*; que o regime de investimento não é auto-suficiente, mas contém lacunas que precisam ser preenchidas pelo direito geral; e que disposições vagas nesses tratados (como TJE) têm uma textura aberta que exige o recurso ao direito geral. Aqueles que dizem que Lowenfeld está errado, pelo contrário, iriam renunciar as recomendações antifragmentação da ILC, a fim de promover uma visão de TBIs e TLCs como sendo um regime auto-suficiente ou *lex specialis*, alheio ao direito geral e que seria de pouco interesse a outras pessoas que não as partes nos tratados de investimento particulares objeto de interpretação em casos específicos. Aqueles que tomam essa posição precisam nos dizer a razão pela qual tratar o mundo de TBIs e TLCs como um domínio especializado alheio a outras partes do direito internacional público (desde os direitos humanos até outros princípios de responsabilidade do Estado), uma postura que certamente contribui para a fragmentação do direito internacional, seria mais desejável, no contexto desse regime, do que seria em qualquer outro.²⁹³

VIII. CONCLUSÃO

Ao tomar uma posição sobre o impacto do regime de investimento sobre partes não-estatais em TBI e TLCs, Lowenfeld sabiamente evitou tirar conclusões definitivas sobre se este impacto ocorre como resultado do DIC, dos princípios gerais de direito, ou de algumas outras características únicas do regime de investimento. Este ensaio tenta, talvez imprudentemente, fazer convencer acerca da primeira proposição, ou seja, que o regime de

²⁹² Id. pt. C. Alguns árbitros investidor-Estado não foram reticentes em aplicar tais mecanismos de integração sistemática, como o artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena sobre a Lei dos Tratados. Veja, p.ex., Saluka Invs. BV (Neth.) v. Republica Checa, Decisão Parcial §254 (UNCITRAL Arb. 2006), disponível em <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CV%20Partial%20Award%20170306.pdf> ("Na interpretação de um tratado, deve-se ter em conta 'quaisquer normas pertinentes ao direito internacional aplicável nas relações entre as partes...'") (citando a Convenção de Viena, supra nota 29, art. 31(3)(c)); McLachlan, supra nota 53 (discutindo o papel do artigo 31(3)(c) como ferramenta da integração sistemática).

²⁹³ Veja, em geral, SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, 17 EUR. J. INT'L L. 483 (2006) (criticando argumentos em favor dos "regimes auto-controlados").

investimento reflete e afeta o DIC. Essa tentativa é feita em função das características tradicionais do DIC, a saber, a prática estatal e a *opinio juris* – sob a premissa de que estes dois elementos de costume são demonstrados mediante a celebração de tratados de investimento por uma diversidade de nações, pela edição de leis nacionais (incluindo muitas promulgadas com as obrigações do TBIs e TLCs em mente), e pela prática de Estados tanto de defender as disputas investidor-Estado, como de, em geral, aquiescer com os resultados de arbitragens que, não raro, aplicam fontes de direito decorrentes e não decorrentes de tratados.

Ao mesmo tempo, como este ensaio reconhece, boa parte do argumento de Lowenfeld repousa sobre a autoridade de decisões de arbitragens entre investidor e Estado. Este ensaio tenta explicar a razão de tais laudos tenderem a ser persuasivos para aqueles que são chamados a determinar objetivamente qual é o direito, especialmente árbitros também envolvidos em arbitragens investidor-Estado. Ao mesmo tempo, deve ser reconhecido que, na medida em que decisões arbitrais entre investidor e Estado abordem a questão das fontes relevantes, eles são freqüentemente imprecisas sobre se elas estão aplicando o DIC, princípios gerais, ou meramente decisões arbitrais anteriores sobre o ponto. Árbitros poderiam fazer um trabalho melhor ao explicar a base para seu raciocínio, incluindo a base para quaisquer conclusões sobre o porquê de o tratado ou disposição do tratado interpretados de fato refletirem noções em desenvolvimento do direito costumeiro ou princípios gerais de direito. Nada obstante, em alguns casos, há uma boa razão para a ambigüidade. Não é totalmente claro, por exemplo, se o princípio da boa-fé é um princípio do DIC ou um princípio geral de direito. Com efeito, pode ser ambos. Em outras ocasiões, especialmente no que diz respeito à aplicação do TJE, os árbitros parecem estar aplicando o que eles chamam de um "padrão", em oposição a uma "regra"; eles estão aplicando uma regra de direito que, ela própria, requer a aplicação de princípios equitativos e é mais susceptível a uma aplicação casuística do que a uma articulação *a priori*. Isto não é sugerir que os árbitros estejam usando o TJE para exercer um poder não autorizado de decidir disputas *ex aequo et bono*. Como André von Walter sugeriu, há uma diferença entre a aplicação da equidade como uma questão de justiça abstrata e a aplicação de um padrão (como o TJE) que se baseia em princípios equitativos como a confiança legítima, a boa-fé, ou a teoria de *unclean hands*.²⁹⁴

Tampouco há algo de intrinsecamente errado com a aplicação casuística do padrão do TJE.²⁹⁵ O TJE não é um princípio menos legítimo do que o devido processo sob o direito

²⁹⁴ WALTER, André Von. The Investor's Expectations in International Investment Arbitration, em INTERNATIONAL INVESTMENT LAW IN CONTEXT, pág. 194-95.

²⁹⁵ Mas veja KINGSBURY, Benedict; SCHILL, Stephan. Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law, em 50 YEARS OF THE

constitucional americano. Que o TJE seja impreciso não é uma condenação do regime de investimento; mas é um lembrete da razão pela qual os intérpretes de questões relacionadas a investidor-Estado sente a necessidade de recorrer a princípios complementares, desde princípios gerais ou do DIC (especialmente quando estes houverem sido utilizados anteriormente por árbitros), para dar à aplicação do TJE uma maior coerência e legitimidade. O mesmo é verdade acerca de outras garantias inseridas em TBI's e TLC's, os quais são menos que precisos, como o conceito de "proteção integral e segurança", ou de uma tomada "indireta".

A conclusão de Lowenfeld quanto ao impacto jurídico do regime de investimento não deve ser vista, como às vezes o é, como um triunfo do Norte Global sobre o Sul, ou dos interesses dos investidores sobre os dos Estados hospedeiros. Como notado, o regime dos TBI e do TLC's é por demais universal em escopo e inclui muitos pioneiros proeminentes do "Sul Global" para continuar a ser visto em tais termos, apesar de sua origem.²⁹⁶ Além do mais, como este ensaio sugere, é arriscado prever quando aplicação, quer pelos tratados, quer pelos árbitros, do DIC ou dos princípios gerais resultarão em benefício aos investidores ou aos países hospedeiros. Em princípio, o uso de fontes fora dos tratados está aberto a todos os participantes no regime, desde Estados hospedeiros (do Norte e do Sul) enfrentando ações do tipo investidor-Estado até ONG's autorizados a participar como *amici*, e desde árbitros nomeados pelo Estado nessas disputas até Estados emitindo interpretações conjuntas de seus tratados (como pode ser feito sob o NAFTA). Dado o fato de que a maioria das disputas investidor-Estado e laudos surgiram recentemente, parece prematuro tirar conclusões sobre quem deverá se beneficiar da aplicação, no regime, de fontes fora dos tratados.

Nem a conclusão de Lowenfeld nem os argumentos mais precisos aqui lavrados devem ser visto como sugestões de que a proliferação de TBIs legalizaram a demarcação excessivamente rígida da "boa governança" embutida no chamado "Consenso de Washington". Os árbitros que estão usando (e desenvolvendo) o DIC e os princípios gerais para emitir interpretações de TBIs e TLCs que sejam mais "harmoniosas" com as "expectativas legítimas" da comunidade internacional, provavelmente não acreditam que estejam apenas envolvidos na aplicação do Consenso de Washington.²⁹⁷ Nem é esta a motivação levando ONGs que estão incitando os Estados a modificarem seus TBIs para incluir, de acordo com os fundamentos da ILC em seu projeto de fragmentação, maiores

NEW YORK CONVENTION, ICCA CONGRESS SERIES NO. 14 (Albert Jan Van Den Berg editores, vindauro 2009). (criticando a abordagem "eu sei quando eu vejo" em relação à obrigação do TJE).

²⁹⁶ Veja, em geral, ALVAREZ, José E. Alvarez, *The Contemporary International Investment Regime: An "Empire of Law" or the "Law of Empire"?*, 60 ALA, L. REV. 943 (2009) (argumentando que a proliferação dos TBIs, inclusive muitos acordos Sul-Sul, contradiz qualquer noção de que os TBIs sejam um equivalente dos acordos de capitulação modernos).

²⁹⁷ *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, ICSID (Banco Mundial) Caso No. ARB/05/07, *Decision on jurisdiction* § 67 (2007).

referências a princípios costumeiros de direitos humanos ou de proteção ambiental, ou pedindo a árbitros que façam o mesmo ao decidirem disputas. Isso tampouco é o que governos tão diferentes como as da China e dos Estados Unidos provavelmente têm em mente quando negociam tratados de investimento que equiparam o TJE ao DIC. Todos esses desenvolvimentos são provavelmente projetados para fazer esses tratados mais, e não menos, sensíveis às diversas necessidades regulatórias dos Estados.

Quanto àqueles que criticam a conclusão de Lowenfeld não em razão de sua precisão como uma descrição do que árbitros estão fazendo ou são susceptíveis de fazer, mas por acreditarem que isso é normativamente indesejável, uma questão que certamente deve ser respondida é: quais são as alternativas realistas ao regime contemporâneo de investimentos internacionais? O ideal que alguns promoveriam em vez do *status quo* – a quimera de um tratado multilateral de investimento conjuntamente com uma única corte de investimento²⁹⁸ – é politicamente difícil em um mundo que falhou repetidamente em anteriores tentativas comparáveis.²⁹⁹ Além disso, tal regime único e multilateral atingiria regras mais harmoniosas à custa da flexibilidade. Qualquer outra coisa que seja, a mistura de TBIs e TLCs –sujeita, como é, a textos de tratados que mudam ao longo do tempo, bem como à extinção dos compromissos existentes, e, em alguns casos, a interpretações de tratados existentes baseadas em autorizações estatais- é mais fácil de se adaptar em resposta às diversas necessidades dos reclamantes e Estados hospedeiros do que qualquer regime multilateral único, por bem concebido que seja. O regime atual, com todas as suas falhas e riscos de fragmentação interna, permite que o direito – dos TBIs e TLCs, ambos em evolução, juntamente com a jurisprudência arbitral – se adapte constantemente às necessidades de todas as partes afetadas. A ausência de um texto único e instituição da OMC responsável por investimento permite uma maior saída e voz. E o regime atual de investimento certamente acomoda melhor os direitos dos países menos desenvolvidos do a sistemática que o precedeu – uma época em que a proteção a investimentos estava sujeita a regras costumeiras desenvolvidas antes de a maioria dos PMD conseguir a independência, quando as poucas regras que existiam tendiam a ser executadas unilateralmente por grandes potências, e em que poucos mecanismos neutros de adjudicação existiam para permitir mudanças ao longo do tempo.

²⁹⁸ Veja, p.ex., HARTEN, Gus Van. Investment Treaty Arbitration and Public Law 180-84 (2007) (descrevendo um tribunal do investimento internacional).

²⁹⁹ Mas veja SAUVE, Pierre. Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible? 9 J. INT'L ECON. L. 325 (2006) (sugerindo medidas possíveis para encorajar as negociações de investimento multilaterais).