



INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS, CONFLITO INVESTIDOR – ESTADO E A CONEXÃO COM O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

INTERNATIONAL INVESTMENTS, INVESTOR - STATE CONFLICT
AND THE CONNECTION WITH SUSTAINABLE DEVELOPMENT: A
CASE LAW APPROACH

Paula Uematsu Arruda¹

Resumo

O presente artigo busca compreender a tensão entre os interesses dos investidores internacionais e das medidas adotadas pelos Estados para cumprir com as metas de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, investidores internacionais adotam cláusulas de estabilização que podem congelar o poder dos Estados de regulamentação. Abordagens baseadas na doutrina do poder de polícia e do comprometimento estatal com as normas de direito internacional destacam-se como forma de limitar os efeitos negativos das cláusulas de estabilização garantindo o comprometimento dos Estados com o desenvolvimento social e ambiental. Buscamos identificar como tribunais e instituições arbitrais tendem a decidir quando o que está em causa é uma disputa que envolve, por um lado, os interesses dos investidores e por outro, ações estatais baseada no interesse público e do comprometimento com o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave

Investimentos internacionais. Cláusulas de Estabilização. Desenvolvimento Sustentável. Direitos Humanos.

Abstract

This article seeks to understand the tension between the interests of investors and the measures adopted by States to fulfill the sustainable development goals. In this sense, international investors adopt stabilization clauses in order to freeze the states' regulatory power. Approaches based on the police power doctrine and the States' commitments with international law rules stand out as a way of limiting the negative effects of stabilization clauses, guaranteeing states' commitment to social development and environmental. We seek to identify how courts and arbitration institutions tend to decide when what is at stake is a dispute between the interests of investors and states' actions based on the public interest and the commitment to sustainable development.

Keywords

International Investments. Stabilization Clauses. Sustainable Development. Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O artigo explora o conflito entre a autonomia de regulamentação do Estado e a governança do investimento internacional sob a ótica da promoção do desenvolvimento sustentável. Reconhecendo que a conquista do crescimento econômico não pode estar dissociada do desenvolvimento social e cultural uma vez que investimentos internacionais são especialmente essenciais para os países em desenvolvimento, onde os aportes de capitais estrangeiros são fundamentais para o avanço de suas economias.

Nesse sentido os conflitos existentes entre investidores e Estados hospedeiros muitas vezes refletem o enorme desafio entre adotar medidas que visam o desenvolvimento social, da saúde e do meio ambiente e que também respeitemos acordos de investimentos estabelecidos.

Assim, identificamos a existência de dois movimentos divergentes. O primeiro, baseado nas doutrinas *sole effects* e da regulamentação expropriatória, busca a proteção dos interesses dos investidores internacionais promovendo a inclusão de cláusulas de estabilização nos contratos cujo principal efeito é o congelamento das medidas estatais. O segundo, com raízes na doutrina do poder de polícia, reconhece a importância das medidas adotadas em favor do interesse público. Argumentamos também que normas estatais em prol do desenvolvimento sustentável teriam o efeito de excepcionar as cláusulas de estabilização.

Através de uma abordagem jurisprudencial buscamos identificar como tribunais e instituições arbitrais tendem a decidir quando o que está em causa é uma disputa que envolve, por um lado, os interesses dos investidores e por outro, ações estatais baseada no interesse público.

Com essa finalidade, selecionamos jurisprudências que abordam temas importantes como o direito à água, controle do tabaco, uso de agrotóxicos, *proteção à saúde* e outros que estão correlacionados com as dimensões do desenvolvimento social.

O artigo está dividido em três seções. Na primeira seção abordaremos a conexão existente entre investimentos internacionais e desenvolvimento sustentável.

Na segunda seção tratamos do conflito existente entre o poder/dever de regulamentação dos Estados e as cláusulas estabilizadores presentes em alguns contratos de investimento internacionais.

Na terceira e última seção investigamos se as medidas estatais baseadas no interesse público possuem o condão de restringir os efeitos das cláusulas estabilizadoras.

2. A CONEXÃO ENTRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

O conceito jurídico de desenvolvimento sustentável evoluiu ao longo das últimas décadas, principalmente no campo do direito ambiental internacional e dos direitos humanos. O termo foi difundido internacionalmente com o *Report of the World Commission on Environment and Development* de 1987, conhecido por “Nosso Futuro Comum” que define desenvolvimento sustentável como “o desenvolvimento que atende às necessidades dos presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. Desde a sua difusão através desse relatório, o conceito tem aparecido em diversos instrumentos internacionais.

Os acordos internacionais sobre investimento mais recentes passaram a adotar cláusulas relativas ao desenvolvimento sustentável visando alcançar um melhor equilíbrio entre os objetivos estatais, as políticas públicas e os interesses dos investidores estrangeiros. De acordo com a análise feita pela UNCTAD, dos textos disponíveis de tratados bilaterais de investimentos assinados em 2013, sete faziam referência, no preâmbulo, ao meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos humanos, direitos trabalhistas e proteção à saúde. (SÁ RIBEIRO, XAVIER, 2017, versão Kindle).

No âmbito da União Europeia um acordo de parceria entre a Comunidade Europeia e o CARIFORUM, um subgrupo formado por Estados da África, Caribe e Pacífico, menciona o desenvolvimento sustentável no seu artigo 3.1 (*Economic Partnership Agreement Between the*

CARIFORUM States and the European Community and Its Member States). Na África do Sul podemos citar o 2012 *Model BIT of the Southern African Development Community (SADC)* que estabelece explicitamente o dever dos investidores e de seus investimentos de não violarem os direitos humanos. Na Índia o artigo 12 *do Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty* contém uma obrigação geral para os investidores estrangeiros de respeitar as leis internas do Estado hospedeiro trazendo um rol não exaustivo de normas trabalhistas e de direitos humanos que devem ser observadas.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada por diversos países em 2015, reconhece a importância de mobilizar fluxos financeiros, em especial do financiamento privado disponibilizado através de fundos públicos internacionais, para a realização do desenvolvimento sustentável. O objetivo número 17 enfatiza o fortalecimento da

mobilização de recursos internos, inclusive através do apoio internacional aos países em desenvolvimento, para melhorar a capacidade nacional para cobrança de impostos e outras fontes de receita, da mobilização de recursos financeiros adicionais para os países em desenvolvimento a partir de múltiplas fontes (Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2015).

Como parte da Agenda 2030 os Estados também adotaram a Agenda de Ação de Addis Ababa, aprovada na Terceira Conferência Internacional sobre Financiamento para o Desenvolvimento no início de 2015, que convida o setor privado a investir em áreas críticas para o desenvolvimento sustentável reconhecendo “a importante contribuição que o investimento direto, incluindo a que o investimento direto estrangeiro, pode trazer para o desenvolvimento sustentável”. Importante ressaltar que a Agenda de Addis Ababa enfatiza a necessidade de respeitar a capacidade dos Estados de regulamentação em busca do desenvolvimento sustentável estabelecendo que:

Respeitaremos o espaço político de cada país e a liderança para implementar políticas para a erradicação da pobreza e desenvolvimento sustentável, permanecendo consistente com as regras e compromissos internacionais relevantes (ONU. Agenda Addis Ababa, 2015).

2.1 A INTERCONEXÃO ENTRE OS TRÊS PILARES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A Declaração de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social (1995) estabeleceu os três elementos que compõem o desenvolvimento sustentável - o desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental, denominados pela declaração de Joanesburgo de 2002 de os “três pilares do desenvolvimento sustentável”.

No âmbito jurisprudencial, o órgão de apelação da Organização Mundial do Comércio, no caso *Shrimp Turtle*, reconheceu a conexão entre esses elementos. “No tocante aos investimentos internacionais há de haver uma interconexão entre economia e as questões sociais e ambientais”.

Também o preâmbulo o antigo NAFTA menciona as metas do desenvolvimento sustentável, assim como o Canadian Model de 2014, o qual, no artigo 15, estabelece expressamente que as partes devem reconhecer como inapropriado o encorajamento de investimentos que deixem de observar medidas de saúde, segurança e ambientais.

A conexão entre meio ambiente e saúde também foi articulada em diversos instrumentos internacionais. O princípio nº 7 da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano estabelece que:

Os países deverão adotar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, prejudicar os recursos vivos e a vida marinha, causar danos às possibilidades recreativas ou interferir com outros usos legítimos do mar (Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, 1972).

O Comentário Geral no. 14 do Comitê sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais das Nações Unidas relativo ao direito ao mais alto padrão de saúde, também reconhece a ligação entre saúde e meio ambiente :

O Artigo 12.2 (b) que trata sobre o ambiente de trabalho também abrange uma habitação adequada e segura, condições de trabalho higiênicas, um fornecimento adequado de alimentos e nutrição adequada, e desencoraja o abuso de álcool e o uso de tabaco, drogas e outras substâncias nocivas (CDESC, Comentário geral nº 14, 2020).

Dessa forma entendemos que o direito humano à saúde, à vida e ao meio ambiente comportam múltiplas dimensões como a de proteger, respeitar e promover o acesso à água, saneamento básico, atendimento hospitalar e médico, acesso à medicamentos assim como medidas de controle ao consumo de tabaco, poluição, uso de agrotóxicos, uso de patentes, entre outros. Quando uma dessas dimensões é negligenciada todas as outras também serão. As decisões arbitrais selecionadas neste artigo versam sobre temas variados refletindo a importância da interconectividade entre essas várias dimensões que comportam a temática do desenvolvimento sustentável.

3. O CONFLITO ENTRE PODER ESTATAL DE REGULAMENTAÇÃO E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

Nas últimas décadas do século XX emerge um novo modelo de Estado como alternativa aos modelos até então existentes (abstencionista e intervencionista), o Estado regulador, promovendo uma reestruturação das suas funções econômicas. A esse novo modelo é atribuída a função de conciliar o mercado com as necessidades sociais, regulamentando as atividades, agindo em nome da defesa do interesse público através da substituição da responsabilidade de execução pela de garantia da prestação. Ao mercado foi transferida a incumbência de operacionalizar e executar os serviços públicos, adotar legislação, impor impostos, fazer cumprir julgamentos e adotar políticas que considera essencial para promover as necessidades básicas de seus cidadãos. Em certos casos, os Estados possuem não apenas o direito regulamentar, mas também o dever de o fazer, devido às obrigações internacionais e regionais assumidas. Nesses casos, a regulamentação tem como função garantir a salvaguarda de valores reconhecidos internacional ou regionalmente, conforme estabelecido em alguns instrumentos internacionais.

Ao cumprir com seu papel de promover e proteger o interesse público o Estado, por vezes, pode adotar medidas que interferem nos direitos dos investidores estrangeiros sendo difícil encontrar uma clara definição sobre o exercício legítimo da soberania estatal e seus limites. As condições para que um Estado possa adotar medidas que sejam consideradas legítimas mesmo que

interfiram nos direitos dos investidores têm sido objeto de debates e controvérsias acerca de dois problemas fundamentais: a) o de estabelecer claramente quais são as situações em que um Estado pode exercer o seu poder soberano sobre o direito de propriedade dos investidores; b) quais medidas e atos normativos adotados pelos Estados geram o dever de compensar o investidor.

Dessa forma, observamos a existência dois movimentos divergentes. O primeiro impõe limites à atuação estatal. Baseado nas doutrinas *sole effects* e da regulamentação expropriatória, visa à proteção dos interesses dos investidores internacionais, através da inclusão de cláusulas de estabilização nos contratos. O segundo, com raízes na doutrina do poder de polícia, reconhece a importância das medidas adotadas em favor do interesse público. Nesse sentido, normas estatais em prol do desenvolvimento sustentável teriam o efeito de excepcionar as cláusulas de estabilização. Nos capítulos seguintes exploramos o desenvolvimento doutrinário, normativo e jurisprudencial dessas duas vertentes.

3.1 LIMITES AO PODER ESTATAL DE REGULAMENTAÇÃO: CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO E A DOCTRINA DA REGULAMENTAÇÃO EXPROPRIATÓRIA

Para confortar os investidores e atrair um fluxo maior de investimentos, desenvolveu-se um aparato de mecanismos legais dentre eles as cláusulas de estabilização e a doutrina da regulamentação expropriatória com o objetivo de alcançar estabilidade, reduzindo o risco político e a imprevisibilidade.

As cláusulas de estabilização visam impedir alterações dos termos e condições de um investimento internacional, contribuindo para gerenciar riscos não comerciais (fiscais, regulatórios), blindando os acordos de mudanças inesperadas. Elas envolvem um compromisso do governo hospedeiro de não alterar a sua estrutura normativa, proporcionando segurança e estabilidade ao investidor ou, em caso de uma nova regra entrar em vigor, prevendo que ela não se aplique aos acordos pré-estabelecidos.

Por outro lado, essas cláusulas também podem provocar distorções na busca pelo alcance das metas do desenvolvimento sustentável, congelando ou paralisando a estrutura normativa do país hospedeiro que, para não entrar em uma disputa com o investidor, deixa de adotar novas regulamentações. Essas cláusulas também são criticadas por ferirem a soberania dos Estados, inibindo a prática de alguns atos legislativos (MORAES, 2017, Versão Kindle).

Dessa forma, os Estados hospedeiros encontram-se constantemente em uma difícil situação na qual possuem a obrigação de, por um lado, honrar com os compromissos contratuais (*pacta sunt servanda*) e, por outro, de cumprir com as obrigações assumidas nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Quando uma medida adotada afeta projetos de investimentos em curso o Estado pode ser compelido a: a) restaurar o equilíbrio econômico do contrato; b) compensar os investidores; c) promover a renegociação do contrato ou d) excluir projetos de investimento em andamento do alcance das novas regulamentações (*regulatory chill*).

O *regulatory chill* é uma manobra que visa postergar os efeitos das medidas adotadas, cuja aplicação só surtiria efeitos para os futuros projetos de investimento. Como forma de evitar conflitos com investidores, alguns os Estados anfitriões optam por excluir projetos de investimento em andamento do alcance de mudanças no aparato normativo. Essa é considerada uma ação

problemática que pode causar prejuízos futuros irreparáveis no desenvolvimento da proteção ambiental e social reflexo da demora na aplicação das regulamentações necessárias.

Também a doutrina da regulamentação expropriatória procura conhecer quais são os limites do poder estatal de regulamentar e de proteger o interesse público em detrimento do direito dos investidores. Uma linha tênue separa a atuação legítima do Estado de proteger o interesse público das medidas e atos que podem interferir injustificadamente no direito de propriedade dos investidores configurando uma expropriação.

É controverso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência quais regulamentações seriam legítimas e, portanto, não compensáveis, e quais geram a compensação.

Essa problemática também é encontrada na falta de um conjunto de instrumentos normativos internacionais, que consagre claramente as hipóteses em que os Estados podem ou não intervir legitimamente no direito de propriedade dos investidores, assim como, em quais casos ensejaria a obrigação de compensar.

O art. 11 da Convenção que estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimento (MIGA) de Seul define expropriação e medidas assemelhadas como sendo:

qualquer ação ou omissão legislativa ou administrativa atribuível ao governo anfitrião que tenha o efeito de privar o titular de uma garantia da sua propriedade ou de seu controle, ou se um lucro substancial provindo de seu investimento - com exceção de medidas não-discriminatórias de aplicação geral que os governos normalmente adotam com a finalidade de regular as atividades econômicas em seus territórios (MIGA, 1985).

De acordo com essa norma, qualquer ato do Estado que minimamente atinja um investimento geraria o dever de compensar. Essa ideia de ampla proteção aos investimentos internacionais também pode ser encontrada na jurisprudência das instituições arbitrais baseada na doutrina do *sole effects*.

3.2 DECISÕES BASEADAS NA DOCTRINA “SOLE EFFECTS”

Essa doutrina determina quando uma expropriação é compensável, considerando unicamente o efeito que uma medida adotada por um Estado pode causar ao investimento estrangeiro. Se a interferência for significativa, como privar o investidor de todos ou da maioria dos benefícios do investimento por, pelo menos, um período razoável de tempo, considera-se que houve uma expropriação. Essa abordagem ignora completamente o propósito regulamentador do Estado anfitrião ou o grau de contribuição da medida adotada para a promoção do bem público (KRIEBAUM, 2007, p. 724).

No caso *Compañía del Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica* o ICSID enfatizou que o fato de as medidas estatais serem tomadas com fins de proteção ambiental, não afetam a sua natureza expropriatória, subsistindo, portanto, a obrigação do Estado hospedeiro de pagar uma indenização:

Embora uma expropriação por razões ambientais possa ser classificada como uma expropriação com fins públicos, e portanto legítima, o fato de o bem ter sido expropriado para essa razão não afeta a natureza ou a medida da compensação a ser paga (...) a obrigação assumida internacionalmente de proteger o meio ambiente não faz diferença (...) medidas ambientais expropriatórias - não importa o quão louváveis e benéficas para a sociedade como um todo - são, nesse caso, semelhantes à qualquer outra medida expropriatória que um Estado possa tomar para implementar suas políticas: onde a propriedade é expropriada, seja para fins ambientais, nacionais ou internacionais, a obrigação do Estado de pagar

compensação permanece (ICSID, *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República da Costa Rica*, 2000).

Outro caso emblemático que adota esse posicionamento é *Metalclad vs. México* que versa sobre a instalação de tratamento de resíduos perigosos. O governo federal mexicano autorizou a Metalclad a operar uma estação de tratamento de resíduos perigosos no estado de San Luis Potosí. Contudo a empresa teve negada uma licença municipal. Estudos indicaram que resíduos tóxicos poderiam infiltrar no subsolo e provocar contaminação. O governo de San Luis Potosí declarou o local parte de uma zona ecológica especial para a preservação da diversidade biológica da área. Metalclad processou o governo do México, alegando expropriação indireta o ICSID decidiu que:

O Tribunal não precisa decidir ou levar em consideração a motivação ou intenção da adoção de uma medida de caráter ecológico. Na verdade, uma decisão de que houve expropriação, com base em um decreto ecológico, não é essencial para a conclusão do Tribunal de que há violação do Artigo 1110 do NAFTA. O Tribunal considera que a implementação de uma medida ecológica constituiria, por si só, um ato análogo à expropriação (...) “a expropriação sob o NAFTA inclui não apenas as expropriações abertas, deliberadas e reconhecidas de propriedade, como apreensão total ou transferência formal ou obrigatória de título em favor do Estado anfitrião, inclui também a interferência acidental no uso de propriedade que tem o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, de obter os benefícios econômicos de sua propriedade que são razoavelmente esperados (ICSID. *Metalclad vs. México*, 2000).

Em *Biwater Gauff vs. Tanzania*, a Tanzânia reclamou que o investidor "criou uma ameaça real à saúde e ao bem-estar público", e que os serviços de fornecimento de água e saneamento são de vital importância, tendo o Estado mais do que o dever de protegê-los, especialmente em situações de crise “tem uma obrigação moral e talvez até legal de fazê-lo”. O ICSID considerou, no entanto, que “não houve necessidade ou propósito público que justificasse a intervenção do governo na forma como ocorreu”.

No caso *Les Laboratoires Servier vs. Polônia*, o argumento baseado no uso do poder de polícia foi rejeitado. O requerente contestou a decisão da Polônia de retirar a autorização de comercialização para certos produtos da Servier alegando que os medicamentos comercializados por essa empresa não apresentaram maior eficácia que os produtos genéricos disponíveis no mercado.

A Uncitral considerou que não renovar a autorização de comercialização é considerado uma expropriação indireta do investimento da Servier, também rejeitou qualquer pedido do Estado polonês baseado na doutrina de "poderes de polícia" considerando que a medida adotada foi desproporcional e discriminatória não sendo, portanto, uma questão de “necessidade pública”.

4. MEDIDAS ADOTADAS EM NOME DO INTERESSE PÚBLICO

Desde o final da Segunda Guerra Mundial os Estados assumiram compromissos internacionais e regionais perante a sociedade internacional de proteger, promover e realizar os Direitos Humanos. É inegável a relação existente entre Direitos Humanos e o Desenvolvimento Sustentável. Os Estados ao serem signatários de Tratados e Convenções nessas áreas estão obrigados a atingir, progressivamente, os mais altos níveis de proteção, promoção e realização desses direitos sendo vedado o seu retrocesso. Dessa forma, medidas adotadas por esses entes, utilizando o seu poder de

polícia, como forma de cumprir com os instrumentos normativos internacionais, são adotadas em nome do interesse público e, portanto, legítimas.

4.1 DECISÕES BASEADAS NA DOCTRINA DO PODER DE POLÍCIA

Uma abordagem baseada no poder de polícia, considera o propósito (finalidade pública) de uma medida para determinar se houve ou não uma expropriação indireta. Segundo esse entendimento não haverá expropriação se a medida servir a um propósito público legítimo, qual seja, de promover uma “finalidade social” ou “bem-estar geral” através das normas adotadas. A existência de uma finalidade que esteja em consonância com a promoção da saúde pública, segurança, moral ou bem-estar normalmente levam a concluir que não há expropriação indireta, assim como, medidas não discriminatórias relacionadas a antitruste, proteção ao consumidor, títulos, proteção ambiental, ordenamento do território são consideradas não compensáveis, uma vez que são essenciais para o funcionamento do Estado.

No plano normativo poucos instrumentos internacionais trazem a previsão de legitimidade das medidas adotadas em nome do interesse público. Citamos como exemplo o antigo NAFTA, o Switzerland-Uruguay BIT e a Resolução nº 1.803 de 1962 da Assembleia Geral da ONU a qual estabelece que: a) a medida adotada pelo Estado deve estar fundamentada no interesse público; b) a medida não pode ser discriminatória, c) a medida deve ser indenizável e d) a medida deve estar de acordo com o devido processo legal.

A nacionalização, expropriação ou requisição dever-se-ão basear em fundamentos ou razões de utilidade pública, segurança ou interesse nacional reconhecidos como superiores aos interesses puramente individuais ou privados, tanto nacionais como estrangeiros. Nestes casos, o proprietário deverá receber uma indenização adequada, de acordo com as normas em vigor no Estado que toma tais medidas no exercício da sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Sempre que a questão da indemnização der origem a controvérsia, dever-se-ão esgotar as vias de recurso no âmbito da jurisdição do Estado que adota as medidas. Contudo, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser dirimido através da arbitragem ou da justiça internacional (Assembleia Geral da ONU, Resolução nº 1803 de 1962).

No caso *Methanex vs. Estados Unidos* o ICSID considerou que as regulamentações não discriminatórias, tomadas em nome do interesse público e de acordo com o devido processo legal, não se qualificam como expropriatórias, a menos que o Estado hospedeiro tenha realizado compromissos específicos para com o investidor estrangeiro. *Methanex* iniciou a arbitragem contra os Estados Unidos da América, pleiteando indenização decorrente de perdas causadas pela proibição do uso de aditivo à gasolina. Como evidência científica mostraram que o MTBE (éter metil terciário butílico) contaminou as águas subterrâneas sendo difícil e caro para limpar, o Estado da Califórnia promulgou uma legislação para impedir a comercialização e uso do MTBE. *Methanex* alegou que o regulamento californiano era equivalente a expropriação. O ICSID decidiu que:

Uma questão de direito internacional geral, uma regulamentação não discriminatória com propósito público, que é promulgada de acordo com o devido processo legal e, que afeta, entre outros, um investidor estrangeiro ou o investimento não são consideradas atos expropriatórios e compensáveis” (...) A proibição da Califórnia foi motivada pela crença honesta, mantida de boa fé e em bases científicas razoáveis, de que as águas subterrâneas contaminadas com MTBE eram difíceis e caras de limpar (*ICSID. Methanex vs. Estados Unidos*, 2005).

Em *Too vs. Greater Modesto Insurance Associates*, o reclamante buscou indenização pelo confisco de sua licença para comercializar bebidas alcoólicas. O tribunal decidiu que:

Um Estado não é responsável pela perda de propriedade ou por outra desvantagem econômica resultante de tributação geral de boa-fé ou qualquer outra ação comumente aceita como dentro do poder de polícia dos Estados, desde que não seja discriminatório e não tenha como objetivo fazer com que o estrangeiro abandone a propriedade ao Estado ou a venda à preço de liquidação (*Iran–United States Claims Tribunal. Caso Too vs. Greater Modesto Insurance Associates e Estados Unidos da América, 1989*).

Na decisão do caso *Chemtura v. Canada* a requerente, fabricante de pesticidas pleiteou compensação ao governo canadense pela proibição do uso da substância lindano que foi banido por seus efeitos para a saúde e meio ambiente. Chemtura iniciou um procedimento arbitral, alegando, entre outros, que a medida representou um ato expropriatório e solicitou a reintegração de todos registros relativos aos seus produtos. A Uncitral considerou que não se pode ignorar o fato de que o uso do lindano já foi proibido por diversos outros países e que a substância está na lista de produtos químicos designados para eliminação da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes e, portanto, não há evidência de má-fé ou falsidade na conduta adotada pelo Canadá. Quanto à alegação de expropriação, o órgão considerou que as vendas de produtos de lindano representaram uma parte relativamente pequena das vendas gerais da Chemtura e, portanto, o investimento realizado não pode ser considerado "substancial".

As medidas impugnadas pelo reclamante constituíram um exercício válido dos poderes de polícia do governo canadense (...) motivado pela crescente conscientização dos perigos apresentados pelo lindano para a saúde humana e o meio ambiente (...) Uma medida adotada em tais circunstâncias é um exercício válido do poder de polícia estatal e não constitui uma expropriação (*UNCITRAL. Chemtura Corporation vs. Canadá, 2010*).

O caso *Philip Morris vs. Uruguai* talvez seja o mais emblemático envolvendo investimentos internacionais e saúde. Do ponto de vista do desenvolvimento sustentável, o caso é extremamente importante. O órgão julgador reconheceu o direito do governo do Uruguai de adotar medidas regulamentadoras conferindo uma ampla margem de apreciação no estabelecimento de medidas relativas à saúde pública. O Uruguai tem uma das maiores taxas de fumantes da América Latina. O consumo de tabaco naquele país gera implicações para a saúde de sua população afetando consideravelmente a economia. Nesse contexto, o Uruguai colocou em prática uma política antitabagista, adotando medidas que visam inibir o consumo de cigarros.

A *Philip Morris* argumentou que as medidas adotadas pelo governo do Uruguai constituíram uma expropriação indireta de seus ativos de marca, incluindo propriedade. De acordo com o Uruguai as medidas não poderiam constituir uma expropriação principalmente porque eram fruto do exercício legítimo de seu poder de polícia para proteger a saúde pública.

O ICSID concordou com a argumentação governamental e aplicou a doutrina do poder de polícia ao estabelecer que um Estado não precisa provar uma relação de causa e efeito direto entre uma medida adotada na área de saúde pública e os resultados alcançados. Enfatizou que é suficiente que as medidas reflitam uma tentativa razoável de abordar uma questão de saúde pública e que sejam adotadas de boa-fé para o cumprimento das obrigações assumidas pelo governo perante a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco da OMS (Organização Mundial de Saúde).

A Philip Morris também alegou que o Uruguai violou o acordo uma vez que é legítima a expectativa criada pela empresa ao realizar o investimento de que o ambiente normativo não mudaria drasticamente. O argumento foi rejeitado, o ICSID afirmou que não poderiam existir expectativas legítimas quando há alterações na legislação como um todo e que há uma preocupação internacional amplamente aceita sobre os efeitos nocivos do tabaco gerando uma expectativa do desenvolvimento progressivo de regulamentações ainda mais rigorosas sobre a venda e uso desses produtos.

4.2 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO HIPÓTESE DE RESTRIÇÃO AO CUMPRIMENTO DAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO

O efeito paralisante das cláusulas de estabilização talvez seja o mais nocivo para a proteção e promoção da saúde e do meio ambiente uma vez que o Estado pode simplesmente deixar de adotar uma medida para não atingir os interesses dos investidores.

Como forma de conter esse efeito, argumentamos que as normas sobre desenvolvimento sustentável teriam um efeito positivo, funcionando como “exceção de direitos humanos às cláusulas de estabilização”, ou seja, as medidas estatais sobre desenvolvimento sustentável agiriam como um “mecanismo de mitigação” do efeito paralisante das cláusulas de estabilização (SHEMBERG, 2008, p.39). Essa exceção pode ser explícita, quando consta expressamente de um acordo, ou implícita quando advém de uma interpretação da norma aplicável. Neste último caso estaríamos diante de uma interpretação evolutiva dos tratados e acordos internacionais, ou seja, um contrato de investimento deve ser aplicado e interpretado em conformidade com as novas normas sobre desenvolvimento sustentável. Essa abordagem facilitaria a aplicação de normas internacionais à projetos em andamento (OECD; CORTULA, 2008 p.15).

Um dos efeitos dessa restrição inclui a promessa dos investidores de não evocar uma cláusula de estabilização em relação às medidas sociais e ambientais adotadas pelo Estado hospedeiro, optando por medidas menos invasivas como a renegociação dos acordos e o reequilíbrio econômico dos contratos.

Um exemplo de exceção explícita de direitos humanos às cláusulas de estabilização é o *BTC Human Rights Undertaking*. Trata-se de compromisso unilateral do consórcio BTC em não interpretar as cláusulas de estabilização contidas em seus contratos de forma a colocar obstáculos a que os Estados hospedeiros exerçam seu poder de adotar normas relativas aos direitos humanos e ambientais.

O comprometimento também obriga o consórcio BTC a não pleitear indenização baseada em cláusulas de equilíbrio econômico.

Com o mesmo objetivo o *Mozambique's Model Exploration and Production Concession Contract* também comporta uma exceção à cláusula de estabilização que consta do contrato. Ou seja, medidas adotadas pelo Estado hospedeiro em matéria de proteção da saúde, segurança, trabalho ou meio ambiente ficam de fora do alcance da cláusula.

A interpretação evolutiva pode ser encontrada na decisão da Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre o caso *Gabčíkovo-Nagymaros*. A CIJ observou que, embora a emergência de nova normas de Direito Ambiental Internacional não prejudiquem os acordos já consolidados, elas devem ser consideradas no momento da implementação desses acordos. Nesse sentido a Corte convidou as

partes a renegociarem o projeto em andamento, principalmente no que concerne às ações relacionadas às questões ambientais.

Cortula (2008) cita também a *Cameroon-COTCO Establishment Convention* que, em seu artigo 13, estabelece o dever da empresa de conduzir seus trabalhos de construção, operação e manutenção de acordo não apenas com a legislação nacional, conforme especificado no contrato, mas também com “os padrões técnicos e de segurança internacionais vigentes na indústria do petróleo relativos à gestão e proteção do meio ambiente visando a proteção da população”.

5. CONCLUSÃO

Medidas adotadas por um Estado hospedeiro que visam elevar os padrões sociais e ambientais podem, muitas vezes, constituir um ato de expropriação ao afetar a viabilidade de um projeto de investimento.

Como resultado, o Estado anfitrião teria que compensar os investidores estrangeiros, cujos ativos ou interesses são afetados negativamente pelas medidas adotadas.

Garantias contratuais apoiadas em cláusulas estabilizadoras, que afetam qualquer movimento estatal no sentido de promover mudanças nos padrões sociais e ambientais, podem paralisar ações estatais nesse sentido.

As tensões entre a proteção do investimento e as metas de desenvolvimento sustentável adquirem maior relevância se considerarmos que os países que mais precisam de investimentos internacionais, como forma de alavancar suas economias, são os países pobres ou em desenvolvimento, os quais, abrigam um amplo contingente de população vulnerável. Ou seja, são os Estados que mais precisam cumprir com as obrigações de proteger, respeitar e promover os Direitos Humanos como forma de elevar seus níveis sociais e econômicos promovendo a redução da pobreza.

São esse os Estados que, através da privatização buscam melhorar os serviços essenciais oferecidos aos seus habitantes. Como exemplo, podemos citar o investimento privado no abastecimento de água que, por vezes, são objeto de procedimentos de arbitragem internacional. O abastecimento de água é uma oportunidade de negócio que envolve considerações econômicas e comerciais, mas que também possui alta conexão com as questões sociais e ambientais.

Nesse sentido, o escopo das cláusulas de estabilização pode ser limitado, tanto com a adoção de uma abordagem baseada no poder de polícia estatal, quanto pela ampliação do uso da “exceção dos direitos humanos às cláusulas estabilizadoras”.

Essa exceção pode ser explícita, como no Compromisso de Direitos Humanos assumido pelo BTC, e no Contrato Modelo de Concessão de Exploração e Produção de Moçambique. Também podem ser consideradas existente mesmo na ausência de uma formulação expressa abrindo espaço para uma interpretação evolutiva como a formulada pela CIJ no caso *Gabčíkovo-Nagymaros*.

Uma abordagem evolutiva permitiria o equilíbrio entre as cláusulas de congelamento ao mesmo tempo em que apresenta uma flexibilidade social e ambiental, afastando seu efeito paralisante uma vez que, por um lado preserva o poder/dever do Estado de adotar medidas em nome do interesse público e, por outro, estimula a renegociação dos acordos e a busca pelo reequilíbrio econômico dos contratos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | REFERENCES | REFERENCIAS

Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: www.agenda2030.com.br/. Acesso em 11 de dezembro de 2020.

AUST, A. **Handbook of International Law** (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2010.

BIONCHE, M. G; JUNGMAN, E. R. Health Policy and the WTO. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, 31(4), p. 529–545. 2003

BRABANDERE De, Eric. Human Rights and International Investment Law in KRAJEWSKI, Markus e HOFFMANN, Rainer Hoffmann (eds), **Research Handbook on Foreign Direct Investment**. Faculdade de Direito. Universidade Erlangen-Nuremberg, Alemanha. 2019.

BTC Human Rights Undertaking. Disponível em: www.subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf. Acesso em 8.dez.2020.

CALISKAN, Yusuf, **The development of international investment law: lessons from the OECD MAI negotiations and their application to a possible multilateral agreement on investment**. School of Law Dissertations. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CIJ. Corte Internacional de Justiça. **Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project**, 1997. Disponível em: www.icj-cij.org/en/case/92/judgments. Acesso em: 8 dez. 2020.

CÔTÉ, Christine. **A chilling effect? The impact of international investment agreements on national regulatory autonomy in the areas of health, safety and the environment**. PhD thesis, The London School of Economics and Political Science (LSE). 2014.

COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidades e possibilidades. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Direito Internacional dos Investimentos**. Rio de Janeiro: Renovar, p.247-270. 2014.

_____. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Modelos de solução de controvérsia investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; SANCHEZ, Michelle Ratton. (Coord.). **Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil**. São Paulo: Aduaneiras. 2007. p. 325-354

_____. **Proteção e promoção do investimento estrangeiro no mercosul - uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?** 2006. Disponível em: www.doi.org/10.1590/S0034-73292006000200004. Acesso em: 01.09.2020.

ESTOCOLMO. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**.1972. Disponível em: www.defensoria.ms.gov.br/images/nudedh/sistemas_onu/21_-_declara%C3%A7%C3%A3o_de_estocolmo_sobre_o_meio_ambiente_humano_-_1972_-_OK-compactado.pdf. Acesso em 6.12.2020.

FAY, M. e MORRISON, M. Infrastructure in Latin America and the Caribbean: Recent Developments and Key Challenges. **World Bank**. 2007.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República da Costa Rica**. ICSID Caso nº. ARB/96/1. 2000. Disponível em: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf. Acesso em 30 de ago.2020

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Metalclad vs. México**. Caso nº ARB(AF)/97/1. Disponível em: www.italaw.com/cases/671. Acesso em 30 de ago.2020.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Biwater Gauff vs. Tanzania**: Caso No. ARB/05/22. Disponível em: www.italaw.com/cases/157. Acesso em: 11 de dez.2020.

ICSID. International Center for Settlement of Investment Disputes. **Methanex vs. Estados Unidos**. 2005. Disponível em: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf. Acesso em: 30 de ago.2020.

ICSID. International Center for Settlement of Investment Disputes. **Methanex vs. Estados Unidos**. 2005. Disponível em: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf. Acesso em 30.08.2020.

ICSID. International Center for Settlement of Investment Disputes. **Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v. Uruguay**. Caso nº ARB/10/7, 2016. Disponível em: www.italaw.com/cases/460. Acesso em: 31.08.2020

Iran–United States Claims Tribunal. **Caso Too vs. Greater Modesto Insurance Associates e Estados Unidos da América**. Caso nº 880, 1989. Disponível em: jsumundi.com/en/document/decision/en-emanuel-too-v-greater-modesto-insurance-associates-and-the-united-states-of-america-award-award-no-460-880-2-friday-29th-december-1989#decision_4039. Acesso em 30.08.2020

GREIL, Christoph. **Integration of Sustainable Development into International Investment Agreements**. Tese de mestrado. Universidade de Viena, 2016.

GLEESON, D., Lexchin, J., Labonté, R. et al. Analyzing the impact of trade and investment agreements on pharmaceutical policy: provisions, pathways and potential impacts. **Global Health** **15**, 78 (2019). www.doi.org/10.1186/s12992-019-0518-2

Grupo Banco Mundial: **Agência Multilateral de Garantia para Investimento (MIGA)**. 1985. Disponível em: www.miga.org. Acesso em: 11 de dezembro de 2020.

HERMAN, Lior: Assessing international trade in healthcare services, **ECIPE Working Paper**, No. 03/2009, European Centre for International Political Economy (ECIPE), Brussels. 2009

HSU, Locknie. Trade, investment and medicines in Trade, Investment, Innovation and their Impact on Access to Medicines: An Asian Perspective. **Cambridge International Trade and Economic Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

KRAJEWSKI, Markus e HOFFMANN, Rainer Hoffmann (eds), **Research Handbook on Foreign Direct Investment**. Faculdade de Direito. Universidde Erlangen-Nuremberg, Germany 2019.

KRIEBAUM, Ursula, Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. **J. World Investment & Trade** 717. 2007.

LABONTE, R. World Trade and Investment Agreements: Implications for Public Health. **Canadian Journal of Public Health / Revue Canadienne De Sante'e Publique**, 89(1), 10-12. 1998. Disponível em: www.jstor.org/stable/41992799. Acesso em: 12 setembro de 2020.

MORAES, Livia Lenz de. As cláusulas estratégicas para proteção do investidor estrangeiro: o caso do Brasil. In: MOROSINI, Fabio. **Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão Kindle

MOREIRA, Vital. **Programa da disciplina de Direito público da regulação**. Universidade de Coimbra Faculdade de Direito. Disponível em: www.estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/24548/1/Programa%20da%20disciplina%20de%20Direito%20p%3%BAblico%20da%20regula%3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 15.07.2020

MOROSINI, Fabio. **Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro**. in MOROSINI, Fabio. **Regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão Kindle.

_____; MARCEAU, Gabrielle. O status do desenvolvimento sustentável no direito da Organização Mundial do Comércio in MOROSINI, Fabio. **Regulação do Comércio Internacional e do Investimento Estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão Kindle.

MORTENSEN, J. International trade in health services: assessing the trade and the trade-offs. Copenhagen, Dinamarca: **Danish Institute for International Studies**. (Working Paper, n. 1). 2008

OMC. **US-Shrimp**. Disponível em: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm
Acesso em: 06.09.2020.

OECD. **Global Forum on International Investment**. CORTULA, Lorenzo. Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development. 2008.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de. O Estado regulador e garantidor em tempos de crise e o direito administrativo da regulação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, p. 163-183, 2016. Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em 04.09.2020

ONU. **Comentário Geral No. 14** do Comitê sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais. 11 de agosto de 2000. Disponível em: www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf. Acesso em 06.12.2020

ONU. Organização das Nações Unidas. **Agenda de Ação Addis Ababa**. 2015. Disponível em: www.un.org/esa/ffd/publications/aaaa-outcome.html. Acesso em 11 de dez.2020.

ONU. Assembleia Geral da ONU. **Resolução nº 1803 de 1962**. Disponível em: www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf. Acesso em: 11 de dez.2020.

SÁ RIBEIRO, Marilda Rosado e XAVIER, Ely Caetano Xavier Junior. Acordos de livre comércio e acordos megarregionais: perspectivas da regulação de comércio e investimento in MOROSINI, Fabio. **Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 2017, Edição do Kindle.

SANTOS, M. A.; PASSOS, S. R. Comércio internacional de serviços e complexo industrial da saúde: implicações para os sistemas nacionais de saúde. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 8, 2010.

SCHREUER, Christoph; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August; and SINCLAIR, Anthony. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge: **Cambridge University Press**, 2 ed. 2009. Doi: 10.1017/CBO9780511596896

SHERARGOLD, Elizabeth and Mitchell, Andrew D. Public Health in International Investment Law and Arbitration (June 5, 2019). **Handbook of International Investment Law and Policy** (Springer), Forthcoming. Available at SSRN: www.ssrn.com/abstract=3399749

SHEMBERG, Andrea. Stabilization Clauses and Human Rights. Washington. **World Bank Group**. 2008. Disponível em: www.documents.worldbank.org/en/publication/documentsreports/documentdetail/502401468157193496/stabilization-clauses-and-human-rights. Acesso em: 06. Dez .2020

THORSTENSEN, Vera Helena. MESQUITA, Alebe Linhares. GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. Regulamentação Internacional do Investimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil. São Paulo: **VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda**. 2018.

UNCITRAL. **Chemtura Corporation Vs. Canadá**, 2010. Disponível em: www.italaw.com/cases/249. Acesso em 06 de dez.2020.

UNCITRAL. **Caso Servier, Biofarma, Les Laboratoires Servier, Arts et Techniques du Progres S.A.S VS. Polônia**. 2012. Disponível em: www.italaw.com/cases/1179. Acesso em: 06 de dez.2020

UNCITRAL. **Chemtura Corporation vs. Canadá**, 2010. Disponível em: www.italaw.com/cases/249. Acesso em: 11 de dez 2020.

VADI, Valentina. **Public Health in International Investment Law and Arbitration**. Routledge, 2012. Disponível em: www.ssrn.com/abstract=2145162. Acesso em 12.dez.2020.

VOON, Tania. Evidentiary Challenges for Public Health Regulation. In International Trade and Investment Law. **Journal of International Economic Law**. 18. 2015.

WINKLER, Inga T. e HERNANDEZ, Matheus de Cervalho, Social Rights and the Sustainable Development Goals. In: BINDER, Christina; HOFBAUER, Jane A; PIOVESAN, Flávia e TORRES, Amaya Ubada. **Research Handbook on International Law and Social Rights**. Edward Elgar. 2020

Paula Uematsu Arruda

*Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Lisboa
Doutoranda em Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Assistente de pesquisa no Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte.
lattes.cnpq.br/6602987216953839
paulauematsu@yahoo.com.br*