



**Universidade Federal de Ouro Preto
Escola de Direito, Turismo e Museologia**

Thomaz de Miranda Rosa Raymundo

**A construção jurisprudencial da noção de “Expropriação Indireta” no
contexto da arbitragem internacional.**

**Ouro Preto
2019**

Thomaz de Miranda Rosa Raymundo

**A construção jurisprudencial da noção de “Expropriação Indireta” no
contexto da arbitragem internacional.**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jose Luiz Singi Albuquerque

Ouro Preto

2019



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**FOLHA DE APROVAÇÃO****Nome do autor**

Thomaz de Miranda Rosa Raymundo

Título do trabalho

A construção jurisprudencial da noção de “Expropriação Indireta” no contexto da arbitragem internacional

Membros da banca

José Luiz Singi Albuquerque – Doutor – UFOP (Orientador)
Claudio Henrique Ribeiro da Silva – Doutor – UFOP
Bárbara Cândido de Carvalho – Bacharel – UFOP

Versão final

Aprovado em 09 de dezembro de 2019

De acordo

Professor (a) Orientador (a)

José Luiz Singi Albuquerque



Documento assinado eletronicamente por **Jose Luiz Singi Albuquerque**, **COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO**, em 20/12/2019, às 16:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0030131** e o código CRC **45F250B0**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.204244/2019-75

SEI nº 0030131

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

Resumo

Um dos temas mais desafiadores do direito internacional na atualidade é a maneira pela qual os tratados de proteção ao investimento permitem que investidores estrangeiros processem o Estado anfitrião perante tribunais arbitrais internacionais para exigir indenização pela alegada “expropriação” de seus investimentos causadas por ações do Estado. O mecanismo conhecido como Investor-State Dispute System (ISDS) muitas vezes tem propiciado a empresas privadas a possibilidade de processar Estados por políticas públicas legítimas que promovem interesses coletivos como medidas de proteção da saúde e do meio ambiente. O principal problema deste fenômeno é a maneira pela qual a noção de “expropriação indireta” foi sendo desenvolvida pela jurisprudência dos casos de ISDS, longe de qualquer controle democrático e muitas vezes submetendo os Estados anfitriões à condenações de pagamento de indenizações consideráveis, debilitando o orçamento público e comprometendo a capacidade desses Estados de promover o bem-estar comum. Neste contexto, faz-se necessário estudar a jurisprudência do sistema ISDS.

Para permitir a materialização desse objetivo, essa monografia estuda a arbitragem comercial internacional, abordando a forma como o sistema de solução controvérsias ISDS surgiu, suas características, quais são as críticas da sociedade civil internacional e a relação da América Latina e do Brasil com essa prática. Principalmente, faz um estudo jurisprudencial de dez decisões prolatadas pelo “Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos” (ICSID), uma instituição de arbitragem internacional estabelecida em 1966 como parte integrante do Grupo Banco Mundial a fim de promover a resolução jurídica de controvérsias. A análise é focada no termo “expropriação indireta” e como a noção desse termo foi sendo construída, identificando quais seriam seus conceitos, critérios e parâmetros, como ele é entendido e interpretado e quais os seus alcances e limites na jurisprudência arbitral internacional. Ademais busca-se determinar, dentro dos limites dos casos em estudo, se há consistência terminológica jurídica do referido termo, delimitando, portanto, a medida pela qual esse instituto pode servir de instrumento questionador da soberania e autodeterminação dos Estados signatários e de suas políticas públicas.

A sistematização deste conhecimento possibilitaria tanto uma atuação preventiva na elaboração de tratados de investimentos que não deem margem para abusos, quanto uma ação proativa na preparação de uma estratégia processual melhor embasada para investidores ou Estados em disputas ISDS.

Palavras chave: Arbitragem Internacional. Direito Internacional. Investor-State Dispute System (ISDS). Tratados. Proteção de Investimentos. Jurisprudência. Expropriação.

Abstract

One of the most challenging issues of international law nowadays is the way investment protection treaties allow foreign investors to sue the host State before international arbitral tribunals to seek compensation for the alleged “expropriation” of their investments caused by that State’s actions. The mechanism known as the Investor-State Dispute System (ISDS) has often provided private companies with the ability to sue States for legitimate public policies that promote collective interests such as health care and environmental protection measures. The main problem with this phenomenon is the way in which the notion of “indirect expropriation” has been developed by the jurisprudence of ISDS cases, far away from any democratic control and often subjecting host States to awards determining the payment of considerable compensation, weakening the public budget and undermining the ability of these States to promote the common welfare. In this context, it is necessary to study the case law of the ISDS system.

In order to materialize this goal, this monograph studies international commercial arbitration, addressing the way in which the ISDS dispute settlement system emerged, its characteristics, what are the criticisms of international civil society, and the relationship between Latin America and Brazil with this practice. Mainly, it makes a case law study of ten awards issued by the “International Centre for Settlement of Investment Disputes” (ICSID), an international arbitration institution established in 1966 as an integral part of the World Bank Group to promote legal settlement of disputes. The analysis focuses on the expression “indirect expropriation” and how the notion of this expression was constructed, identifying what its concepts, criteria and parameters would be, how it is understood and interpreted and what its scope and limits are in international arbitration jurisprudence. In addition, it seeks to determine, within the limits of the cases under study, whether there is legal terminological consistency about the expression, thus delimiting the extent to which this institute can serve as a tool for questioning the sovereignty and self-determination of signatory States and their public policies.

The systematization of this knowledge would enable both preventive action in the elaboration of investment treaties that do not give rise to abuse, as well as proactive action in the preparation of a better procedural strategy based on investors or States in ISDS disputes.

Keywords: International Arbitration. International Law. Investor-State Dispute System (ISDS). Treaties. Investment Protection. Jurisprudence. Expropriation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- **AAPL:** Asian Agricultural Products Ltd.
- **ACFI:** Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimento
- **APPI:** Acordo de Proteção e Promoção de Investimentos
- **API:** Acordo de Proteção de Investimentos
- **ASEAN:** Associação de Nações do Sudeste Asiático
- **BIRD:** Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
- **CAASA:** Companhia de Águas do Aconquija S.A.
- **CDSE:** Companhia do Desenvolvimento de Santa Elena S.A.
- **CNI:** Confederação Nacional da Indústria
- **COTERIN:** Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales S.A.
- **DESONA:** Desechos Solidos de Naucalpan S.A.
- **ENAPU:** Empresa Nacional de Puertos
- **EUA:** Estados Unidos da América
- **FAJ:** Formulário de Análise Jurisprudencial
- **FMI:** Fundo Monetário Internacional
- **GE:** General Electric Co.
- **ICC:** International Chamber of Commerce (Câmara de Comércio Internacional)
- **ICS:** Investment court system (Sistema judicial de investimentos)
- **ICSID:** International Centre for Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos ou Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos)
- **IED:** Investimento Estrangeiro Direto
- **IISD:** International Institute for Sustainable Development (Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável)
- **ISDS:** Investor-state dispute settlement (Solução de controvérsias entre investidores e Estados)
- **NAFTA:** North American Free Trade Agreement (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio)
- **OCDE:** Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
- **OGETH:** Organização Geral Egípcia de Turismo e Hotéis
- **OMC:** Organização Mundial do Comércio

- **ONG:** Organizações Não Governamentais
- **ONU:** Organização das Nações Unidas
- **OPSA:** Observatório Político Sul-Americano
- **PMDR:** Países de Menor Desenvolvimento Relativo
- **Serendib:** Serendib Seafoods Ltd.
- **SPP:** Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd.
- **STF:** Supremo Tribunal Federal
- **TBI:** Tratado Bilateral de Investimento
- **TNI:** Transnational Institute (Instituto Transnacional)
- **UNCITRAL:** United Nations Commission on International Trade Law
(Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional)
- **UNCTAD:** United Nations Conference on Trade and Development
(Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento)
- **UNCTADSTAT:** United Nation Conference on Trade And Development
Statistics (Estatísticas da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e
Desenvolvimento)
- **VSPL:** Vacuum Salt Products Ltd.

Lista de figuras:

Figura 1 Modelo de F.A.J.....	38
Figura 2 Gráfico de competência arbitral do ICSID	71
Figura 3 Gráfico de origem do investidor.....	72
Figura 4 Gráfico de sentença 1	72
Figura 5 Gráfico de sentença 2	73
Figura 6 Gráfico do tipo de expropriação	73
Figura 7 Gráfico de setores comerciais	74
Figura 8 Gráfico de tipos de medidas estatais	75
Figura 9 Países destinatários do investimento	75
Figura 10 Gráfico de continentes destinatários do investimento.....	76

SUMÁRIO

Introdução	11
1. A arbitragem comercial no contexto do ISDS	17
1.1 Acordos de investimentos e a cláusula de arbitragem	17
1.2 Críticas ao sistema ISDS.....	20
1.3 Casos de arbitragem de grande repercussão e outras críticas	23
2. Diferenciação entre expropriação direta e indireta	29
3. Estudo jurisprudencial	37
3.1 Metodologia	37
3.2 Síntese processual dos casos analisados	39
3.2.1 Southern Pacific Properties Vs Egito	39
3.2.2 Asian Agricultural Products Limited Vs Sri Lanka	41
3.2.3 Vacuum Salt Products Ltd. Vs Gana	42
3.2.4 Tradex Hellas S.A. Vs Albânia.....	44
3.2.5 Compañía del Desarrollo S.A. Vs Costa Rica	47
3.2.6 Metalclad Corporation Vs México	49
3.2.7 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. Vs Argentina	51
3.2.8 Robert Azinian Vs México	54
3.2.9 Eudoro Olgúin Vs Paraguai	57
3.2.10 Waste Management Vs México	60
4. Análise dos resultados averiguados	65

4.1 Síntese dos casos no que se refere à expropriação	65
4.2 Análise da consistência do termo “expropriação indireta”	69
4.3 Levantamentos estatísticos a partir do F.A.J.....	70
5 História e relações dos países do hemisfério sul com os TBIs	77
5.1 América do Sul.....	77
5.2 A relação Brasileira com os APIs e o ICSID	84
6. Conclusão.....	93
Referências.....	99
Anexo 1 – F.A.J. SPP Vs Egito	107
Anexo 2 – F.A.J. AAPL Vs Sri Lanka	108
Anexo 3 – F.A.J. VSPL Vs Gana	109
Anexo 4 – F.A.J. Tradex Hellas Vs Albânia	110
Anexo 5 – F.A.J. CDSE Vs Costa Rica	111
Anexo 6 – F.A.J. Metalclad Vs México	112
Anexo 7 – F.A.J. CAASA Vs Argentina	113
Anexo 8 – F.A.J. Robert Azinian Vs México	114
Anexo 9 – F.A.J. Eudoro Olguín Vs Paraguai.....	115
Anexo 10 – F.A.J. Waste Management Vs México	116

Introdução

Em 2010, a multinacional Philip Morris International – grande produtora de tabaco com um faturamento que chega a várias dezenas de bilhões de dólares ao ano – decidiu processar o Uruguai, pequeno país em desenvolvimento da América Latina, em sede arbitral internacional, requerendo uma indenização multimilionária. A alegação da empresa consistia na tese de que o governo daquele país estaria, àquela ocasião, expropriando indiretamente seus investimentos ao exigir que fosse informado aos seus consumidores os riscos à saúde causados pelo consumo do tabaco.

Com base num¹ “tratado bilateral de investimentos” (TBI) no qual foi firmada uma cláusula arbitral que prevê o mecanismo Investor-State Dispute System (ISDS) no caso de expropriação indireta, a empresa supracitada processou o país por conta de uma medida sanitária que estabeleceu a obrigatoriedade de que em 80% da superfície dos pacotes de tabaco estivessem relatados os riscos acarretados pelo hábito de se fumar. De acordo com a empresa, essa medida descumpria com as cláusulas do TBI ao expropriar, ainda que indiretamente, investimentos feitos pela empresa no Uruguai.

A possibilidade de tal tipo de questionamento é em si, alarmante para quem valoriza o exercício democrático e a capacidade regulatória soberana dos Estados. Apesar de, no caso do Uruguai, a sentença do tribunal ter sido desfavorável à pretensão da Philip Morris, em outros casos essa lógica não prevalece, como por exemplo o caso da Vattenfall, uma empresa sueca que distribui e comercializa energia e gás. A empresa questionou, através do sistema ISDS, medidas ambientais adotadas pelo governo alemão, que foi obrigado a abandonar as restrições regulamentares provenientes de uma diretiva da União Europeia sobre qualidade de água e que afeta todas as indústrias ao longo dos rios alemães.

Afim de evitar uma condenação bilionária, o país chegou a um acordo com a empresa abandonando os requisitos regulatórios ambientais, emitindo as licenças para a empresa operar sem atender os padrões exigidos. Os acordos

¹ Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 7 out. 1988.

de proteção de investimentos (APIs), sejam eles bilaterais ou multilaterais tipicamente contam com cláusulas arbitrais estipulando o sistema ISDS, que permite esse tipo de questionamento.

A necessidade de facilitar o comércio entre os Estados Nacionais fez com que tratados dessa natureza estipulassem novos institutos que visam proteger o investidor estrangeiro no país receptor de investimentos. Nos mesmos moldes dessa tendência econômica neoliberal, foram criadas organizações internacionais que tinham por objetivo a promoção de um ambiente amigável ao Investimento Estrangeiro Direto (IED), o que, supostamente acarretaria no enriquecimento e desenvolvimento dos povos.

Entre essas organizações, o Banco Mundial criou o “Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos” (ICSID), um tribunal arbitral internacional no qual investidores de países signatários dos TBIs poderiam demandar Estados em sede arbitral sem a necessidade de prévio consentimento de outro Estado signatário do tratado. O objeto dessas demandas seriam políticas discriminatórias contra os investidores estrangeiros. Dessa forma, o investidor poderia ter sua controvérsia analisada por árbitros internacionais imparciais contornando, assim, o poder judiciário nacional do país receptor do investimento.

Havia uma preocupação com a possível parcialidade do judiciário nacional em prol do Estado e contra o investidor estrangeiro. Além disso, a longa demora dos sistemas judiciais é um problema que aumenta a insegurança jurídica. Por fim, às vezes os Estados de fato expropriavam investimentos de maneira abusiva sem que os investidores tivessem algum recurso eficaz para se defenderem. O chamado “fato do príncipe” diz respeito a um ato imprevisto emanado do Poder Público que pode tornar um contrato mais oneroso ou impossível de ser cumprido, causando efeito de forma indireta. Um exemplo disso seria a criação de um tributo que torne determinado investimento mais oneroso.

A insegurança jurídica relacionada a este tipo de conflito do investidor “frágil” contra o Estado soberano e “poderoso” teoricamente seria um fator que limitaria a disposição das empresas de correr riscos investindo em países onde o Estado de Direito não fosse efetivamente consolidado. O objetivo de todo esse

aparato internacional seria dar maior segurança aos investidores, facilitando a promoção de investimentos internacionais.

A expropriação legal – ato de nacionalização de determinada propriedade pelo Estado, com o objetivo de atingir a algum fim de interesse público, mediante a devida indenização do proprietário – difere da expropriação indireta na medida em que a segunda, visa expropriar, desapropriar ou nacionalizar ativos privados de forma dissimulada, sem que haja o devido pagamento ou compensação previstos em lei (Supremo Tribunal Federal, 2019; Migalhas, 2019). O termo “*creeping expropriation*” ganhou grande uso no meio comercial nas últimas décadas e se refere a essa prática estatal fraudulenta. O problema abordado pelo presente trabalho diz respeito, sobretudo, à expressão “expropriação indireta” e seu significado vago nos tratados de investimentos internacionais.

A falta de definição desse termo em documentos oficiais como tratados e leis tem permitido ao setor privado valer-se, nas últimas décadas, dessa lacuna jurídica para contestar todo tipo de medidas estatais que possam representar algum empecilho as suas agendas econômicas, tais como as medidas antitabaco do Uruguai. A expropriação indireta tem se tornado a base sob a qual investidores estrangeiros podem questionar juridicamente medidas regulatórias, ambientais, sanitárias e de segurança, causando o chamado “*regulatory chill*” ou o afrouxamento de medidas regulatórias dos Estados, que temem demandas e condenações arbitrais multimilionárias. Os pagamentos estipulados por tribunais arbitrais podem, em tese, drenar os recursos do Estado, comprometendo sua capacidade de promover o bem-estar social e limitando, assim, a liberdade política para a implementação de novas medidas regulatórias. Ainda que não comprometa essa capacidade, obrigar um Estado a pagar uma indenização abusiva por promover políticas públicas legítimas é um problema em si.

Com o objetivo de lançar luz sobre as questões acima mencionadas, esse trabalho aborda como a jurisprudência de casos ISDS no ICSID foi consolidando um entendimento sobre a questão da expropriação. O primeiro capítulo irá abordar as instituições em discussão, a forma como surgiu o tribunal e os agentes que incentivaram a agenda neoliberal que tinha como objetivo aumentar o fluxo de comércio internacional. Serão exemplificados, além disso, outros vários casos polêmicos que colocam em questão a legitimidade desse sistema de solução de controvérsias.

No segundo capítulo será abordado como o termo cerne do presente trabalho é definido por diferentes fontes. Além disso, serão salientadas as diferenças entre a expropriação formal e a expropriação indireta e a maneira como os casos em estudo tratam dessa definição.

No terceiro capítulo, com o objetivo de analisar a própria jurisdição do ICSID delimitando como sua jurisprudência tratou a questão da “expropriação indireta”, será feito um estudo de dez casos que abordam o tema da expropriação. Para este fim, metodologicamente, privilegiou-se aqui os dez casos que primeiro foram disponibilizados ao público com sentença em língua inglesa e na qual a questão da expropriação indireta foi abordada pelo tribunal. As informações colhidas no estudo de casos serão utilizadas para alimentar uma tabela denominada Formulário de Análise Jurisprudencial, que contará com diversos dados relacionados às disputas em estudo. A metodologia será explanada no início do referido capítulo e o formulário preenchido com as informações será anexado à monografia, que fará referência ao formulário sempre que for necessário para que o leitor possa verificá-lo.

O quarto capítulo tratará primeiramente de sintetizar os casos estudados no que se referirem à expropriação para depois correlacionar e comparar as informações obtidas e utilizadas para o preenchimento do Formulário de Análise Jurisprudencial, tirando conclusões acerca da construção jurisprudencial do termo “expropriação indireta” no tribunal do ICSID e, por fim, trazendo gráficos estatísticos com relação aos casos analisados.

O quinto capítulo, por sua vez tratará da maneira com a qual os países latino americanos, em especial o Brasil, lidam com essa temática e seus desdobramentos. Abordará também o novo modelo de acordos de investimentos que vem sendo construído pelo Brasil, como o momento histórico influenciou a criação desses acordos, quais suas principais diferenças e quais são as críticas feitas a eles, para no sexto capítulo ser explanada a conclusão. A pergunta que se faz nessa análise é como a construção jurisprudencial do tribunal entende a “expropriação indireta”, quais os requisitos e características necessárias para que se configure o referido instituto. Ademais, busca-se aqui a resposta para a questão de se essa construção terminológica dentro dos limites dos casos em estudo, é de definição vaga como afirmam muitos acadêmicos e, portanto, representa uma lacuna jurídica que pode ser explorada pelo setor privado no

contexto de investimentos internacionais ou se ela se mostrará consistente e incapaz de produzir interpretações contraditórias.

A busca é pelo significado que a expressão tomou e se houve evolução do significado desse termo, atentando-se também a quais outras conclusões e variáveis que podem ser deduzidas das informações colhidas que os dez casos escolhidos fornecerão.

1. A arbitragem comercial no contexto do ISDS

O primeiro capítulo será dividido em três partes, a primeira delas tratará de introduzir o tema, abordar o contexto histórico que criou a tendência internacional que culminou na criação do ICSID e do modelo de solução de controvérsias ISDS. A segunda parte abordará as principais críticas feitas a esse modelo por representantes da sociedade civil, de ONGs e ativistas de direitos humanos, trazendo à discussão os riscos que essa prática oferece ao exercício democrático pleno e a soberania dos Estados. A terceira e última parte aprofundará a discussão e ilustrará as críticas feitas abordando casos polêmicos e de grande repercussão da jurisprudência do ICSID.

1.1 Acordos de investimentos e a cláusula de arbitragem

O Direito internacional tem sido uma ferramenta cada vez mais utilizada na comunidade internacional para a solução de disputas pacificamente. Desde o final da Segunda Guerra Mundial o mundo tem presenciado a proliferação de organizações internacionais que tem como objetivo dirimir conflitos e evitar conflagrações entre grandes nações mais uma vez. A teoria liberal defende a tese de que o livre-comércio associado aos sistemas democráticos tendem a reduzir a possibilidade de conflitos internacionais e promover a paz internacional. Além disso defende também que os conflitos comerciais dão margem ao surgimento de conflagrações militares. Considerando isso, com a intenção de evitar o surgimento de tais conflitos e promover o comércio internacional, o cenário liberal no pós-guerra proporcionou o surgimento de mecanismos, tais como tratados de redução de barreiras alfandegárias e acordos de proteção e facilitação de investimentos na ordem internacional (RODRIGUEZ,2015).

A grande revolução tecnológica experienciada nesse período, aliada ao fenômeno da globalização cultural e a transnacionalização dos mercados auxilia na formação de redes e fluxos econômicos transnacionais, que por sua vez leva os Estados à celebração de acordos internacionais a fim de reduzir barreiras comerciais e criar mecanismos de facilitação do comércio. Os Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos (APPs) surgem nesse contexto com o objetivo de criar mecanismos que não somente facilitem, mas estimulem a

promoção de investimentos transnacionais. Dentre os mecanismos criados nesses acordos, existe um mecanismo para resolução de conflitos entre investidores e Estados através da arbitragem internacional conhecido como “Investor-state dispute settlement” - ISDS (Solução de controvérsias investidor-Estado) ou “investment court system” – ICS (sistema de corte de investimento), na qual os investidores podem processar Estados por alegadas práticas abusivas. A criação desse mecanismo foi motivada, também, tendo em vista a ineficiência de uma outra resposta ao problema das práticas expropriatórias, trata-se da Proteção Diplomática.

A Proteção Diplomática é uma reação ao problema da expropriação, porém essa solução não é ideal para os investidores por vários motivos. A prática da Proteção Diplomática implica que um investidor particular pode pedir soluções diplomáticas ao seu Estado de origem contra o Estado que hospedou seus investimentos e que promoveu alguma política pública, ou medida que lhe causou prejuízo. Tal prática, porém, está condicionada ao esgotamento dos remédios legais existentes no local em que o investimento foi promovido. Além disso, o Estado de origem do investidor tem a discricionariedade de escolher ou não apoiá-lo baseando-se na conveniência política. Portanto, é difícil para que o investidor tenha a controvérsia resolvida de forma satisfatória com esse mecanismo.

A fim de solucionar este empecilho à promoção de investimentos internacionais, o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), criado em 1944 pelos Acordos de Bretton Woods e que hoje faz parte do ‘Grupo Banco Mundial’ propôs a celebração da “Convenção de Washington” em 1965 que criou o Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID), um tribunal arbitral internacional isento de interferências políticas para materializar a solução de controvérsias investidor-Estado (CASTELAN, 2012).

A ideia de tal mecanismo é que um investidor proveniente de um Estado signatário do tratado com cláusula de ISDS, que detenha investimentos internacionais no outro Estado signatário, pode processar esse segundo por alegadas práticas abusivas em sede de arbitragem internacional. Ambos, Estado e investidor, serão tratados em pé de igualdade em termos processuais arbitrais. A premissa desse sistema é a presunção de que os sistemas judiciais de um

Estado não só podem como tendem a cometer práticas discriminatórias, prolatando sentenças parciais em favor do Estado e em detrimento do investidor estrangeiro. Dessa forma, o sistema tenta equilibrar essa tendência ao promover a arbitragem internacional imparcial, apesar de existir a possibilidade de a arbitragem também ser parcial, só que pró-investidor. A segunda possibilidade é mais remota, porém, pois a lógica do ISDS de que o Estado aceita a arbitragem e participa na escolha dos árbitros, refutaria, em tese, essa parcialidade da arbitragem.

A relevância dos tratados de investimentos tem se acentuado no cenário internacional nos últimos anos tendo em vista que cada vez mais as nações buscam atrair investimentos estrangeiros. Para atingir tal objetivo – a atração de investimentos estrangeiros – busca-se dar aos investidores segurança jurídica. O receio existente no meio comercial acerca da promoção de investimentos, de adquirir e de desenvolver infraestrutura além das próprias fronteiras permeia uma quantidade significativa de fatores de risco como as condições físicas, comerciais e culturais acerca da região, além dos aspectos jurídicos daquele determinado país, tais como leis trabalhistas, a estabilidade e regime políticos, as barreiras alfandegárias, as relações com o país sede assim como a confiabilidade no sistema jurídico do Estado receptor do investimento.

O cálculo que leva determinado investidor a decidir-se pela promoção de investimentos no estrangeiro passa pela busca de vantagens que permeia uma mescla de incentivos e barreiras. Em seu artigo “Multinational Enterprises and the Global Economy”, de 1993, o economista britânico John Harry Dunning identifica quatro tipos de motivos de investimentos estrangeiros diretos (COSTA, 2006, p. 64):

A) Busca de recursos: Podem ser recursos naturais tais como minérios, matérias primas ou áreas de cultivo para agricultura e pecuária e a mão-de-obra por ser barata ou especializada.

B) Busca de mercados: A procura é de mercados anteriormente servidos por importações ou com altas barreiras à importação e fornecedores que acompanham seus clientes em expansão para o exterior.

C) Busca de eficiência: Significa a integração e racionalização vertical ou horizontal das cadeias produtivas.

D) Busca de ativos estratégicos: Visa-se aqui aquisições, fusões e alianças com objetivos estratégicos de longo prazo.

Os destinos dos investimentos são escolhidos em virtude da presença desses elementos, incluída a estrutura jurídica. Dessa forma, as políticas governamentais que visam a atração de investimentos estrangeiros buscam contemplar, de maneira diversa, os diferentes elementos que possam influenciar a uma decisão positiva de investidores estrangeiros. Dentre eles, podemos destacar a criação de estabilidade macroeconômica e o estabelecimento de um marco regulatório adequado (COSTA, 2006, p. 65). Desta forma a internacionalização de estruturas regulatórias, materializadas, para o contexto deste trabalho, na adoção de Tratados Bilaterais de Investimento (TBIs) com cláusulas arbitrais de ISDS, pode ser uma alternativa tentadora para atrair capital externo.

1.2 Críticas ao sistema ISDS

A confiabilidade do Judiciário tem sido historicamente uma fonte de atrito e desgaste à promoção de investimentos internacionais uma vez que a prática comercial conclui que a máquina pública tende a decidir em favor de políticas públicas em detrimento de investidores estrangeiros. Dessa forma, essa suposta parcialidade do judiciário das diferentes nações contribui para o cálculo de investidores estrangeiros na hora de escolher onde aplicar seus recursos. Para tentar proporcionar uma imparcialidade jurídica a fim de atrair esses investimentos, o Direito Internacional criou o já mencionado mecanismo ISDS, que dá a um investidor a possibilidade de acionar o Estado alvo do investimento em sede de arbitragem internacional, no qual o investidor e o Estado serão tratados como iguais e com a desejada imparcialidade.

Esse mecanismo tem se proliferado e mais tratados têm sido assinados, porém muitos se questionam se a prática arbitral no contexto desses tratados revela que existe a tendência de grandes transnacionais questionarem políticas públicas. Muitas vezes, políticas relacionadas à saúde e ao bem-estar social estariam, segundo o setor privado, causando um prejuízo injustificado aos investidores estrangeiros que alegam “expropriação” por parte do Estado no qual

realizam investimentos, demandando reparações multimilionárias. A passagem a seguir ilustra com clareza a situação anteriormente descrita:

Há uma importante crítica a respeito do funcionamento desses acordos, a qual denuncia seu caráter assimétrico, favorecendo, antes de mais nada, os investidores de países industrializados, em detrimento da possibilidade de regulamentação soberana dos investimentos. (COSTA, 2006, p.70)

Segundo Sornarajah:

A assimetria é inerente à formação destes tratados. Às vezes tratados bilaterais sobre investimentos são sustentados pela manutenção de promessas ou ameaças de sanções. Outras vezes, o tratado é feito como condição para um empréstimo. Nesse último caso, o problema da iniquidade é acentuado. (SORNARAJAH, 2004, p. 218 apud COSTA, 2006, p.70)

Apesar da suposta pretensão de equilíbrio, Organizações Não Governamentais (ONGs) têm se manifestado há anos contra o uso de TBIs, alegando que tais tratados não levam em consideração os padrões e obrigações de proteção ao meio ambiente, direitos trabalhistas, questões sociais ou recursos naturais. Eles permitem que empresas transnacionais contornem sistemas judiciais nacionais e processem Estados soberanos, gerando um custo milionário aos contribuintes em despesas legais e possíveis indenizações impedindo que os governos ajam no melhor interesse dos seus cidadãos (The Transnational Institute, 2011).

Defensores da sociedade civil internacional afirmam que APIs permitem às corporações multinacionais o direito de contestar políticas regulatórias governamentais de cunho social, ambiental e econômico, se tais políticas podem vir a ser consideradas ameaças à lucratividade de seus investimentos. Os mecanismos de solução de controvérsias ISDS, que são tipicamente parte integral dos TBIs, permitem aos investidores contornar o sistema judiciário doméstico do Estado anfitrião do investimento e acionar esse Estado em sede de arbitragem internacional. Essa prática já custou milhões de dólares em despesas legais e indenizações a muitos países², grande parte dos quais são

² Em 2015, a Bechtel e a GE receberam valores somados de US \$ 160.000.000 (cento e sessenta milhões de dólares) em acordos firmados com o governo indiano no caso da Dabhol que será explanado mais adiante.

países em desenvolvimento, que não tem a mesma capacidade litigante dos enormes departamentos jurídicos de algumas das transnacionais que procuram a arbitragem em vias de receber compensação por seus investimentos “expropriados”. Esses custos legais acabam erodindo a possibilidade dos governos de agir para o bem comum da população sob sua tutela.

Ativistas afirmam³, pronunciadamente, que os TBIs são uma ameaça à política pública, à governança democrática e ao interesse público e que devem, por isso, alarmar quaisquer pessoas interessadas em políticas ambientais e sociais. Movimentos sociais, defensores de direitos humanos, organizações ambientais e de desenvolvimento, bem como sindicatos, têm se manifestado e pressionado por uma política de investimento equilibrada que não se preocupe apenas com os direitos dos investidores, mas que responsabilize os investidores e promova e proteja os interesses públicos, os direitos humanos e a sustentabilidade ambiental (TNI, 2011).

Os TBIs tipicamente contêm cláusulas de não-discriminação – dispõe que o investidor estrangeiro não será discriminado em função dessa condição – tratamento geral de nação mais favorecida – dispõe que a nação beneficiada terá garantidas as mesmas vantagens comerciais que qualquer outra nação recebe– compensação no caso de dano ou expropriação ao investimento – dispõe que o investidor receberá justa e adequada indenização nesses casos– e garantias para a livre transferência de capital –são cláusulas que permitem a remessa de lucro a outro Estados–. Os termos em que tais cláusulas são formuladas tendem a conter termos legalmente bem imprecisos, tais como “expropriação indireta”, “medidas equivalentes à expropriação” e legítimas ‘expectativas do investidor”. Isso tem permitido aos investidores construir um entendimento jurisprudencial favorável aos seus interesses, estendo assim, seus privilégios ao passo que dificultam – para os Estados anfitriões – o reconhecimento dos limites de seus direitos e obrigações com quaisquer medidas de certeza.

³ A autora Roeline Knottnerus do Transnational Institute (TNI) uma ativista contra os TBIs e o sistema do ISDS, a consultora em direito internacional Suzy H. Nikièma, entre outros.

1.3 Casos de arbitragem de grande repercussão e outras críticas

Os impactos mais prejudiciais dos TBIs são observados nos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento, mas existem casos controversos que desafiam políticas ambientais e fiscais também na Europa. Em 2009, a Vattenfall, uma empresa estatal sueca com sede em Estocolmo, líder na produção, distribuição e comercialização de energia elétrica, gás e calefação urbana, levou o governo da Alemanha em sede de arbitragem diante do tribunal do ICSID por alegadas violações de um acordo multilateral que rege os investimentos no setor de energia, o Energy Charter Treaty (Tratado da Carta da Energia), fundado em Bruxelas em 1991. A empresa questionava, àquela ocasião, a introdução de medidas ambientais que restringissem o uso e descarga de água de resfriamento para a usina a carvão em construção à época. Entre as alegações feitas, afirmava-se que os novos regulamentos contrariavam as garantias anteriores dadas pelas autoridades públicas da cidade de Hamburgo e que prejudicavam a viabilidade econômica do projeto. Tais restrições regulamentares, porém, foram o resultado de uma diretiva da União Europeia que dispôs sobre qualidade de água e que, em última análise, afeta todas as indústrias ao longo dos rios alemães (KNOTTNERUS, 2011).

Diante do astronômico pedido de indenização da empresa estimado em €1.400.000.000 (um bilhão e quatrocentos milhões de Euros) por danos ao seu investimento de €2.6.000.000 (dois bilhões e seiscentos milhões de Euros), o governo Alemão, para evitar a incerteza, chegou a um acordo com a Vattenfall em 2010. O acordo dispôs que o governo de Hamburgo deveria abandonar seus requisitos ambientais adicionais e emitir as licenças contestadas necessárias para que a planta industrial continuasse em atividade. Assim sendo, a usina de carvão da Vattenfall em Hamburgo começou a operar em fevereiro de 2014. Pagamentos extraídos dos contribuintes alemães no acordo não foram divulgados (Stop Investor-State Dispute Settlement, Resources for movements, 2019).

Energia, meio ambiente e direitos humanos são os temas envolvidos em outro polêmico litígio arbitral que surge de um TBI com previsão de ISDS entre Índia e a República de Maurício. O maior investimento estrangeiro na Índia na época no valor de US \$ 3.000.000.000 (três bilhões de dólares), a usina

termoelétrica Dabhol, que chegou a empregar quinze mil trabalhadores na sua construção, foi objeto de reinvidicação arbitral por parte de dois investidores minoritários que buscavam recuperar a perda de seus investimentos relacionadas ao empreendimento. A Bechtel Enterprises Holdings, a maior companhia de construção dos Estados Unidos e a General Electric, um grande conglomerado multinacional americano detinham, conjuntamente, 20% das ações da usina de Dabhol por meio de afiliadas com sede nas Ilhas Maurício, abrindo assim o caminho para as empresas americanas apresentarem suas reivindicações sob um TBI entre Maurício e Índia, embora os Estados Unidos jamais houvessem concluído um TBI com a Índia.

Cada uma das partes acima mencionadas buscava reparações de US \$ 600.000.000 (seiscentos milhões de dólares), tendo em vista os prejuízos gerados com as alegações de corrupção entre investidores e autoridades locais indianas que foram causa de paralisação da obra por diversas vezes, assim como a suspensão do pagamento à empresa feito pelo governo do estado de Maharashtra devido ao alto custo de energia cobrado. Isso, somado ao escândalo e falência da Enron, um de seus principais investidores, levou o projeto da Dabhol a grande controvérsia. Diversos processos, negociações e arbitragens acarretaram, em maio de 2001, no término do contrato de compra de energia entre as partes. Além disso, houve por parte de importantes grupos internacionais de direitos humanos (Stop Investor-State Dispute Settlement, Resources for movements, 2019), acusações de violações desses mesmos direitos cometidos pelas autoridades indianas a grupos que se posicionavam criticamente à usina. Dabhol foi adquirida pela Ratnagiri Gas and Power, que finalizou sua construção e a opera com sucesso. Em 2015, a Bechtel e a GE receberam valores somados de US \$ 160.000.000 (cento e sessenta milhões de dólares) em acordos firmados com o governo indiano como resultado da arbitragem em que se buscou as reparações pela suposta “expropriação indireta”. Outras informações sobre o procedimento arbitral não foram divulgadas (Investment Policy Hub, 2019).

Os autores Andrew Grant e Paul Baker em seu artigo “Creeping towards expropriation” da revista InsideLegal afirmam que:

A falta de clareza em torno de eventos expropriatórios, acoplados com formulações políticas de risco que não definem “Expropriação” para a finalidade política, podem resultar em significativa investigação pós-reivindicação e litígio. (GRANT; BAKER, 2014)

Pode-se perceber, portanto, que a falta de uma definição legal pode levar à insegurança e instabilidade jurídica, quando do momento de um investidor decidir promover investimento em um Estado estrangeiro signatário de tratado bilateral de proteção de investimentos com cláusula arbitral. Essa insegurança pode, segundo⁴ defensores do ISDS, ocasionar uma redução do fluxo de investimentos estrangeiros ou uma redução de compromissos desse calibre firmados por países, a fim de se proteger de possíveis sentenças arbitrais que os condenem ao pagamento de indenizações sob o pretexto de terem políticas públicas “expropriatórias”.

De acordo com os autores, o termo “*creeping expropriation*” é definido pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) como “uma lenta e incremental usurpação de um ou mais dos direitos de propriedade de um investidor estrangeiro que diminui o valor do seu investimento” e tem sido utilizada por investidores no ICSID para questionar políticas públicas. A necessidade de formular uma definição mais robusta e cientificamente embasada do termo “expropriação” surge como necessidade no meio comercial internacional, para limitar e definir o que é “*creeping expropriation*”, a fim de dar segurança jurídica para futuros compromissos.

A autora Roeline Knottnerus do Transnational Institute (TNI) uma ativista contra os TBIs e o sistema do ISDS afirma:

Os TBIs estão preocupados principalmente com a proteção dos direitos dos investidores. As obrigações dos investidores são amplamente excluídas. Os TBIs normalmente não contêm padrões para proteger o meio ambiente, direitos trabalhistas, provisões sociais ou recursos naturais. Como resultado, estes raramente são levados em consideração pelos tribunais de arbitragem, cujas decisões são finais e vinculativas, mesmo que os casos sejam geralmente conduzidos a portas fechadas, longe do escrutínio público.” (KNOTTNERUS, 2011)

⁴ A questão de se a adoção de acordos com cláusula ISDS é determinante para atrair investimentos será aprofundada no quinto capítulo.

Ela ainda informa que as arbitragens já desafiaram uma ampla gama de regulamentos ambientais, incluindo a proibição de vários produtos químicos por razões ambientais e recusas de licença de aterro de resíduos perigosos. A maior parte das arbitragens lançadas nesse sistema alvejam, na maioria dos casos, países em desenvolvimento com controvérsias centradas em serviços públicos, incluindo água, eletricidade, telecomunicações e gestão de resíduos e recursos naturais. Os custos envolvidos nesses casos podem drenar orçamentos governamentais e colocam sérios desafios à responsabilidade dos Estados de promover o bem-estar social e ambiental. Isso pode levar ao chamado “*regulatory chill*”, onde os Estados temendo ser arrastados por processos arbitrais abandonam propostas de regulamentação social ou ambiental (KNOTTNERUS, 2011).

Outro polêmico caso arbitral do ICSID diz respeito a uma decisão que questionou o direito humano de acesso à água, ou o igualou em importância à necessidade de preservar investimentos estrangeiros consagrados em TBIs. Uma grande crise financeira assolou a Argentina no final da década de 1990 e como forma de lidar com a situação o governo tomou várias medidas, algumas das quais foram questionadas por um grupo de investidores europeus que operavam uma concessão de 30 anos para fornecer serviços de água e esgoto em Buenos Aires e seus arredores. Os TBIs com Espanha, Reino Unido e França foram a fundamentação legal para requererem indenizações com base em alegações de que as medidas da Argentina destruíram o valor de seu investimento e que, portanto, violaram as obrigações de proteger seus interesses como investidores estrangeiros. Apesar do tribunal do ICSID, em sua decisão de 2010, reconhecer que o país passara por uma grave crise econômica que poderia justificar suas medidas defensivas, afirmou também que a Argentina poderia ter tomado outras medidas para responder à crise que não violariam os direitos dos investidores. O país instou o tribunal a levar em conta o fato de que a concessão tratava da água e afetava o direito humano a esse recurso, porém o tribunal não reconheceu a preferência de direitos humanos sobre os direitos dos investidores e em sua decisão afirmou que os Estados devem respeitar igualmente os direitos humanos e as obrigações de tratados (KNOTTNERUS, 2011).

Depois da decisão sobre responsabilidade de 2010 no caso supracitado em que o tribunal reconheceu a responsabilidade do Estado argentino ao violar obrigações estabelecidas em três TBIs que previam o tratamento justo e equitativo dos investimentos estrangeiros, conforme exigido pelos tratados aplicáveis, a sentença (International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2019) de 2015 estipulou a indenização no valor de US \$ 383.600.000 (trezentos e oitenta e três milhões e seiscentos mil dólares), dos US \$ 843.100.000 (oitocentos e trinta e quatro milhões e cem mil dólares) requeridos à título de indenização pelas Reclamantes, alegando entre as violações a expropriação direta e indireta (Investment Policy Hub, 2019). O próximo capítulo tratará do entendimento acerca do termo “expropriação indireta” e sua diferença para o instituto formal da “expropriação direta”. Trará também do entendimento de acadêmicos acerca do termo, sua formulação nos TBIs com cláusula arbitral, e possíveis soluções à falta de definição encontrada.

2. Diferenciação entre expropriação direta e indireta

A expressão em análise, cerne do presente trabalho acadêmico, a “expropriação indireta” possui um significado composto, bidimensional. Cabe aqui distinguir a diferença entre a expropriação direta e a chamada expropriação indireta. Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1994, p. 303), a “desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular para o Poder Público ou seus delegados, por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização.” De acordo com o vocabulário jurídico do Supremo Tribunal Federal (STF), a desapropriação, sinônimo de expropriação, é um procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo por justa indenização. É forma originária de aquisição da propriedade, pois não prevê nenhum título anterior”.

Já o dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, em sua versão impressa do ano de 1986 dispõe que expropriação é: “1. Ato de expropriar. 2. Coisa expropriada”, enquanto expropriar é: “Desapossar, alguém, de sua propriedade segundo as formas legais e mediante justa indenização”. A consultora em direito internacional Suzy H. Nikièma (2012), afirma que o conceito de expropriação sempre foi cercado de controvérsias desde sua origem no direito internacional, pois a desapropriação representa a violação mais séria dos direitos de propriedade privada e o manifesto exercício da soberania do Estado. Ela traz uma definição acerca do conceito de expropriação direta ou formal, que já há muito tempo é reconhecida e regulamentada no direito internacional dos investimentos e nas legislações nacionais, ao fazer referência às sentenças arbitrais do ICSID: *Sempra Energy International v. Argentina* e *Enron Corporation e Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina* das quais extrai a definição como “a retirada formal dos direitos de propriedade para o benefício do Estado ou para pessoas privadas designadas pelo Estado”.

De acordo com Peter D. Isakoff (2013), “Casos de expropriação direta são geralmente facilmente identificáveis e implicam a tomada explícita do governo de um investimento estrangeiro. A expropriação direta é geralmente aberta e

deliberada, com o Estado envolvido em confisco total de instalações de propriedade estrangeira ou exigindo uma transferência obrigatória de título”.

Na maioria das definições encontradas, pode-se verificar que a expropriação é um ato do Poder Público, pautada em interesse público e que se faz através de justa indenização ao particular proprietário do bem expropriado. Entre as expropriações diretas que ocorreram na história nacional, pode-se destacar a estatização de 11 de junho de 1937 do Lloyd Brasileiro, pelo decreto nº 1.708, que explorava a navegação de cabotagem de médio e longo curso. Outro exemplo é a nacionalização de bens dos “súditos alemães, japoneses e italianos”, que serviriam, segundo o Decreto-Lei 4.166, como uma garantia até o pagamento das indenizações pelo governo alemão. A medida abarcava propriedades de todos os cidadãos de países do Eixo, sem exceções, como uma resposta do governo Vargas ao alegado não cumprimento da Alemanha da promessa de indenizar o Brasil pelo ataque ao cargueiro Taubaté e por ter provocado novos prejuízos ao país com ataques a outros navios. É válido mencionar, também, a Lei de Retomada dos Serviços Telefônicos sancionada em 1960 pelo então governador Leonel Brizola, pela qual o Estado passou a subscrever 51% das ações da empresa.

A expropriação direta representa um ato de soberania do Estado limitando a propriedade privada, ela é abrupta, autoritária e radical, como pode ser notado nos exemplos anteriores. Ela exige, porém, uma indenização de forma clara, os proprietários expropriados exigem esse ressarcimento no ato expropriatório, já a expropriação indireta ocorre de forma mais sutil, encoberta, incidental ou colateral. Apesar da previsão legal, não é incomum no Brasil que o Poder Público realize um apossamento de áreas particulares para servir ao Interesse Público, muitas vezes sem a devida contraprestação, ou seja, a indenização. Isso se dá por diversos fatores como a falta de planejamento das políticas públicas e déficits orçamentários. Ao iniciar obras de fins público, o direito à oposição imediata do proprietário àquele ato fica impedido. O dicionário jurídico Ivan Horcaio dispõe que desapropriação indireta é: “Desapropriação de fato, operada mediante o apossamento unilateral, pela Administração Pública, de bem pertencente a particular”. (HORCAIO, 2008. p. 590). A legislação brasileira prevê que diante desse cenário, o particular tenha o direito de figurar no polo ativo de uma ação judicial chamada “desapropriação indireta”. Essa ação está prevista no

DECRETO-LEI Nº 3.365, a chamada Lei de Desapropriação, e visa condenar o Poder Público a pagar a mesma indenização que pagaria na desapropriação regular (Migalhas, 2019).

Daí a previsão legal no ordenamento jurídico nacional da expressão que mais se aproxima do termo cerne da presente análise, qual seja, a expropriação indireta. De acordo com Suzy H. Nikièma, consultora do Instituto Internacional para o Desenvolvimento Sustentável (International Institute for Sustainable Development – IISD):

A expropriação indireta ocorre quando um Estado assume o controle efetivo de, ou interfere no uso, aproveitamento ou benefício de um investimento, depreciando fortemente seu valor econômico, mesmo sem o apossamento direto da propriedade. Mas não existe uma definição comumente aceita de expropriação indireta; determinar se ela ocorreu dependerá dos fatos e da linguagem do tratado e de como ambos são interpretados pelo órgão de solução de controvérsias. (NIKIÈMA, 2012)

Nikièma (2012) segue discutindo o conceito, afirmando que “o simples reconhecimento do direito soberano do Estado de regular pode não ser suficiente para abordar a definição de expropriação indireta, uma vez que as disposições de expropriação não proíbem a regulamentação”. Ao invés disso, essas disposições determinam o pagamento de indenizações em casos expropriatórios, porém dentro de um contexto onde as definições sobre expropriação são vagas, e políticas legítimas podem ser enquadradas como tal, as referidas disposições podem passar a representar um empecilho ao direito soberano do Estado de regular, pois ele busca evitar a condenação arbitral de indenizar investidores. Desta forma Estados podem abrir mão de políticas legítimas afim de evitar tais demandas que, em geral, são custosas para o orçamento público.

A consultora ainda recomenda, no mesmo artigo, que se as partes negociantes considerarem incluir a cláusula de expropriação indireta, deveriam considerar algumas alternativas como, por exemplo, elaborar cuidadosamente a definição de "expropriação indireta", algo que pode salvaguardar o espaço político do Estado para implementar regulamentos legítimos de aplicabilidade geral para fins de desenvolvimento sustentável. Também podem incluir critério de apropriação estatal, que é o critério que requer que o efeito prejudicial sobre o investimento tenha resultado em benefício econômico para o Estado ou para

uma agência ou intermédio do Estado ou de terceiros para configurar a expropriação indireta. Essa última pode excluir, por exemplo, uma situação em que um Estado proíba o uso ou a produção de uma substância tóxica.

Isakoff diz que às vezes as ações regulatórias dos Estados podem transcender os poderes de polícia e subir ao nível de expropriação indireta, porém os tribunais arbitrais enfrentaram dificuldades práticas para distinguir entre regulação não compensável e expropriação indireta compensável. Ele defende que a “*creeping expropriation*” geralmente ocorre quando um Estado procura obter o mesmo resultado que a expropriação direta por meio de medidas regulatórias que se estendem por um período de tempo. Ainda leciona:

As provisões de expropriação de muitos TBIs e outros tratados internacionais de investimento referem-se a medidas “equivalentes a” expropriação. Essa linguagem tem sido frequentemente interpretada de maneira restrita para evitar a expansão da definição de expropriação; com isso, pretende-se simplesmente incluir expropriações que ocorrem em substância, mas não em forma. De fato, alguns tribunais arbitrais trataram “medidas equivalentes à expropriação” como o equivalente funcional da expropriação. (ISAKOFF, 2013, p. 193-194.)

Em seu artigo, Isakoff propõe um padrão uniforme para identificar a expropriação indireta, tendo em vista o esforço que os tribunais arbitrais têm na diferenciação entre regulação não compensável e expropriação indireta compensável, aplicando uma ampla gama de padrões para reconhecê-la. A fim de evitar a abordagem radical de alguns estudiosos que propõem o fim da compensação pela expropriação indireta, dada a ambiguidade dos padrões atuais e podendo, os Estados, deixar de reconhecer reivindicações legítimas desse tipo de expropriação, ele propõe que os tribunais a reconheçam mediante averiguação de duas situações:

A) Desde que a ação estatal prive completamente um investidor estrangeiro da capacidade de lucro de seu investimento e

B) Desde que a ação estatal não seja razoavelmente previsível para o investidor.

Esse padrão, segundo ele, remediaria grande parte da ambiguidade dos atuais padrões de expropriação indireta, além de poder ser facilmente aplicado à reivindicações de expropriação contemporâneas e promover o uso geral da arbitragem entre o investidor e o Estado como um mecanismo de resolução de

controvérsias. O questionamento que muitos poderiam ter acerca dessa definição é qual seria a abrangência do que poderia entender-se por uma ação “razoavelmente previsível para o investidor”, uma vez que tal conceito não possui definição jurídica precisa e está aberto a todo tipo de interpretações, o que não muda em nada o problema acerca da definição do termo.

Nikièma aprofunda a discussão, segundo seu artigo em que cita fontes de 2013 da UNCTAD, a maioria dos tratados de investimento existentes no mundo contém uma cláusula de expropriação, cobrindo ambas as formas direta e indireta. Segundo ela “A definição de expropriação indireta é, sem dúvida, atualmente uma das questões mais importantes no direito internacional dos investimentos”, pois as regras legais que regem a expropriação indireta destinam-se a proteger os investidores nos casos em que não haja violação formal e óbvia de seus direitos. Os árbitros e juízes devem examinar “o conteúdo da medida e não a sua forma”, conforme explicado pelo tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso de *Sporrong e Lönnroth v. Suécia*. Ela leciona o seguinte:

Um Estado pode tentar "ocultar" sua intenção de prejudicar um investimento por trás de uma medida que é, aparentemente, legítima e aparentemente inócua. No entanto, devido ao fato de os atuais tratados internacionais de investimento oferecerem proteção substancial aos investimentos estrangeiros privados, a incerteza pendente sobre a definição de expropriação indireta suscita preocupações sobre a capacidade dos Estados que hospedam tais investimentos em manter seu espaço regulatório e político. Há boas razões para acreditar que um Estado pode decidir não agir no interesse público, se temer que tais medidas possam se qualificar como expropriação indireta e, como tal, exigir que o Estado pague uma compensação substancial.
(NIKIÈMA, 2012, p.2)

Em seu artigo ela ainda examina a suposta diferença entre expropriação direta e medidas equivalentes à expropriação, pois esse tipo de terminologia é geralmente encontrado em tratados assinados por países da América do Norte, América Latina e Suíça. Isso levanta questionamentos acerca de se esses termos estão sujeitos a um conjunto diferente de critérios. Se sim, os tribunais de arbitragem precisarão avaliar as evidências em três etapas: expropriação direta, expropriação indireta e medidas equivalentes à expropriação. Porém ela conclui (NIKIÈMA, 2012, p.6) que em geral, os tribunais veem as duas expressões “expropriações indiretas” e “medidas equivalentes à expropriação”

como abrangendo o mesmo conceito. No caso *Feldman Vs México*, em sua interpretação do artigo 1110º do NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio), o tribunal considerou "o escopo de ambas as expressões como funcionalmente equivalentes". Portanto, a distinção criada por esse segundo tipo de cláusula é artificial. Conclui ainda no mesmo artigo que "A definição de expropriação indireta permanece vaga no direito internacional dos investimentos. As abordagens diferem e as sentenças de arbitragem podem variar. Existe, afinal, um problema de consistência, certeza e previsibilidade".

Para resolver esse problema, ela propõe algumas soluções possíveis por meio da reformulação de cláusulas em tratados de investimento e por sua interpretação por tribunais de arbitragem. Primeiramente, aconselha as partes do tratado de investimentos que estabeleçam mais detalhadamente a definição de expropriação indireta, possivelmente reformulando disposições que especifiquem o papel e o local do critério do efeito prejudicial e o papel e o local de outros critérios, tais como, por exemplo, a introdução do critério de apropriação do Estado, que requer que ele ou outra pessoa se beneficie do ato expropriatório, além de causar efeito prejudicial ao investidor. De qualquer forma, se os Estados optarem por desenvolver critérios para a qualificação ou criar exceções, as novas disposições devem ser mais explícitas e eficazes do que aquelas incluídas em alguns tratados recentes.

Para Nikièma, não basta criar uma presunção em favor de certas medidas regulatórias, deve-se especificar que algumas medidas, como medidas de poder de polícia, não são expropriatórias, independentemente de seu impacto adverso nos investimentos, o que poderia trazer maior segurança e certeza para investidores estrangeiros e Estados. Para isso, deve se definir o conceito de medidas de poder de polícia com mais clareza, redigindo uma cláusula sobre seus critérios. Além disso, sugere desenvolver uma lista de fatores a serem levados em consideração pelos tribunais para definir a expropriação indireta, desde que seja evitada a referência extremamente vaga às "expectativas legítimas / razoáveis" do investidor e que seja explicada a "natureza" da medida, além também da introdução de uma hierarquia entre critérios. Aconselha também que os tribunais distingam medidas que visem diretamente o investimento daquelas não discriminatórias e cujo impacto negativo no investimento é de natureza mais colateral. Destaca que é importante considerar

critérios que incorporem fatores que levem em consideração as necessidades e os interesses públicos do Estado anfitrião, uma vez que o investidor tem o direito de proteger seus ativos, mas o Estado deve manter a capacidade de proteger o interesse público de que é garantidor em seu território.

Ela termina seu artigo concluindo que a lei internacional de investimentos foi interpretada por meio de várias controvérsias para favorecer os direitos dos investidores privados sobre a discricção regulatória dos Estados anfitriões. Nikièma considera ainda que, diante do desenvolvimento de um novo campo de acordos de investimentos no cenário internacional, é cada vez mais aparente que a lei precisa ser reequilibrada e que agora deve ser receptiva às considerações de interesse público do Estado anfitrião do investimento, juntamente com os interesses econômicos dos investidores.

Fica claro ao se analisar os critérios que são levados em consideração pela jurisprudência arbitral internacional no contexto do ISDS, que a definição de expropriação indireta ou, como também é chamada, de “medidas equivalentes à expropriação” não são uniformes. A intenção por trás das cláusulas de expropriação indireta é, em sua origem, uma salvaguarda contra políticas abusivas e discriminatórias dos Estados de modo a evitar a fraude e a intenção de prejudicar de forma discriminatória determinado investidor estrangeiro ao agir por meio de atos camuflados de interesse público. Interesses privados aparentemente se utilizaram de uma falta de definição conceitual do termo, tanto no contexto das cláusulas de TBIs, quanto no contexto da jurisprudência arbitral de cortes de arbitragem internacionais, para incluírem no campo de abrangência da expropriação indireta, políticas regulatórias e de interesse público que possam vir a ser prejudiciais a seus interesses.

A análise dos dez casos objeto de estudo da presente monografia demonstraram, dentro dos parâmetros desses casos, que não somente os critérios para que se configure a prática da expropriação indireta são incertos e de definição vaga, mas que os mesmos critérios, em alguns casos são inconsistentes e, flagrantemente, incompatíveis.

No próximo capítulo será explanada a metodologia e os parâmetros a serem utilizados na análise dos dez casos da jurisprudência do tribunal, objetos de estudo do presente trabalho, seguido do resumo dos fatos pertinentes e do histórico processual desses casos.

3. Estudo jurisprudencial

Este capítulo contará com duas partes. A primeira parte tratará de pormenorizar a metodologia que foi utilizada na análise dos dez casos da jurisprudência do ICSID, explicando e exemplificando o formulário de análise jurisprudencial. Na segunda parte será feita uma síntese dos procedimentos arbitrais de cada um dos dez casos analisados.

3.1 Metodologia

O objetivo dessa monografia consiste na análise sistemática de dez casos da jurisprudência arbitral do ICSID a fim de averiguar o sentido dado a expressão “expropriação indireta”, de forma a comparar e contrastar os resultados para tirar conclusões acerca da construção jurisprudencial desse termo no referido tribunal arbitral. A seleção dos casos, portanto, passou por diferentes critérios. Deviam ter disponibilidade de sentença ao público, as sentenças encontram-se disponíveis no site do ICSID (<https://icsid.worldbank.org/en>), deviam ser redigidas na língua inglesa por conta de conveniência de pesquisa e deviam ser casos que contenham a invocação do termo cerne do trabalho, “expropriação”.

Foram selecionados os primeiros dez casos (dentro dos já referidos critérios) em que a expressão foi utilizada a fim de detalhar e analisar o conceito e limite desse termo partindo do início de sua utilização por investidores no ICSID. A análise de cada caso foi feita se utilizando de um documento denominado “formulário de análise jurisprudencial” (FAJ).

Esse documento compreende vários campos com diferentes informações acerca do caso em estudo, nele serão descritos nome referencial de cada caso, o ano da propositura da disputa arbitral pelo investidor contra o Estado, o ano da decisão da disputa, o país de origem do investidor, o país receptor do investimento, o tema jurídico acerca daquela disputa, ou seja, o motivo que levou o Estado a promover uma medida pública que supostamente causou prejuízo ao investimento estrangeiro, a classificação da atividade econômica desenvolvida pelo investidor estrangeiro naquele país, qual parte teve a sentença favorável e, por fim, o conceito de “expropriação” adotado pelo tribunal na sentença ou durante o curso processual arbitral.

A análise de cada caso a partir do FAJ permitiu a construção de um banco de dados com uma coleção dos resultados alcançados em que as informações puderam ser sistematicamente correlacionadas às demais, possibilitando assim uma pesquisa quantitativa e estatística dos casos no que diz respeito à expropriação indireta. O marco teórico utilizado como aporte é a literatura que questiona a prática do sistema de solução de controvérsias investidor-Estado, como já foi amplamente exemplificado.

A pesquisa produziu, através da combinação e comparação das informações colhidas no FAJ, uma quantidade de conhecimento primário, apontando gráficos que levantam estatísticas acerca do universo de casos estudados e conclusões acerca dos significados encontrados para a expressão “expropriação indireta”.

Segue o modelo do formulário de análise jurisprudencial que serviu de base para a análise de cada um dos dez casos:

Figura 1 Modelo de F.A.J.

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	

Fonte: Elaborado pelo autor a partir dos dados da pesquisa.

3.2 Síntese processual dos casos analisados

O atual capítulo tratará dos dez casos escolhidos para configurarem o universo de estudo jurisprudencial do ICSID. Nele serão abordados o nome simplificado de cada caso, um resumo dos procedimentos arbitrais, uma breve apresentação das partes, a natureza do investimento estrangeiro e a natureza da medida estatal que trouxe o prejuízo. As informações colhidas aqui alimentaram o FAJ, que foi anexado ao trabalho para que o leitor o possa consultar quando necessário.

3.2.1 Southern Pacific Properties Vs Egito

O primeiro caso a ser analisado teve início no ano de 1984, quando uma corporação proveniente de Hong Kong, a Southern Pacific Properties (Middle East) Limited, a ser abreviada por “SPP”, protocolou um requerimento de arbitragem. O pedido de arbitragem contra a República Árabe do Egito requereu que o tribunal ICSID:

- a) Determinasse que o Egito incorreu em deveres e assumiu obrigações para com a Reclamante (SPP), de acordo com os termos da Lei de número 43, bem como por um acordo de 1974 e um acordo complementar firmados por um membro do governo com a Reclamante.
- b) Determinasse que o Egito violou suas obrigações em função do acordo ao praticar os atos que levaram ao término do projeto de investimento.
- c) Determinasse a responsabilidade do Egito de compensar a SPP pela rescisão de seus contratos de investimento e conceder a SPP a medida completa de indenização por conta da destruição do investimento, aumentada pelos custos adicionais, incluindo todos os custos diretos e custos indiretos do presente processo, bem como juros e taxas comerciais.

Em 23 de setembro de 1974, um contrato foi firmado entre o Reclamado, representado pelo Ministro do Turismo através da Organização Geral Egípcia de Turismo e Hotéis (OGETH) e a SPP, uma companhia no desenvolvimento de turismo e instalações de Resorts. A OGETH era na época uma empresa do setor público sob o controle do Ministro do Turismo. No contrato, ambas as partes se comprometeram a incorporar uma empresa de joint venture egípcia para

desenvolver complexos turísticos na área das Pirâmides, perto do Cairo, e em Ras El Hekma, na costa do Mediterrâneo. O Ministério do Turismo concordou em garantir o título de propriedade e a posse de terras necessárias para o desenvolvimento dos projetos propostos, enquanto a SPP concordou em obter o financiamento necessário para os projetos e fornecer ou providenciar todo o conhecimento técnico necessário para o design, construção, gerenciamento e comercialização dos projetos. No final de 1977, a comunidade de resorts multimilionária, o “Pyramids Oasis”, com vista para as Grandes Pirâmides de Gizé começou a encontrar oposição no Egito e tornou-se objeto de uma investigação parlamentar.

Os opositores do projeto alegaram que ele representava uma ameaça para antiguidades não descobertas. Em um decreto emitido em 27 de maio de 1978, o Ministério da Informação e Cultura declarou que a terra ao redor das Pirâmides era "propriedade pública (Antiguidade)". Este decreto foi emitido por recomendação da Autoridade Egípcia de Antiguidades, que confirmou a presença de antiguidades na parte ocidental da região das Pirâmides de Gizé. Um anúncio oficial divulgado na imprensa do Cairo citou o presidente Anwar Al Sadat como tendo dito que "a herança histórica do Egito deve ser preservada" e ordenando que sentimentos nacionais sejam considerados no planejamento de futuros projetos econômicos. De acordo com o *The New York Times* (1978) “Muitos egípcios achavam que um projeto elaborado por estrangeiros tão próximos das pirâmides violava seus tesouros e identidade históricos. Ele foi atacado repetidamente na imprensa. O semanário *Rose el-Youssef* o chamou de ‘catástrofe nacional’”. No mesmo ano um decreto presidencial cancelou o decreto anterior que declarava que o terreno fosse utilizado para atividades turísticas.

Em dezembro de 1978 um pedido de arbitragem foi protocolado pela SPP na Câmara de Comércio Internacional (ICC) em Paris. Em 1983 o tribunal prolatou sentença condenando o Egito a pagar a quantia de US \$ 12.500.000 (doze milhões quinhentos mil dólares) à Reclamante, o Reclamado apelou à “Cour d'appel” francesa que, no ano seguinte anulou a sentença da ICC, alegando que o Reclamado não era parte do acordo de dezembro e, portanto, não estava vinculado à cláusula compromissória nele contida. Os procedimentos junto ao ICSID se iniciaram no mesmo ano e a sentença foi prolatada em 20 de

maio de 1992, reconhecendo a expropriação de investimentos da Reclamante e condenando o Reclamado ao pagamento de US \$ 27.661.000 (vinte e sete milhões e seiscentos e sessenta e um mil dólares) mais juros. O entendimento do tribunal na sentença acerca de expropriação pode ser traduzido como uma transferência compulsória de direitos de propriedade, podendo estender-se a qualquer direito que possa ser objeto de uma transação comercial.

3.2.2 Asian Agricultural Products Limited Vs Sri Lanka

O segundo caso objeto do presente estudo surgiu da destruição no Sri Lanka da principal fazenda produtora de camarão da Serendib Seafoods Ltd. (Serendib), uma empresa do Sri Lanka na qual a Reclamante era acionista. A Reclamante – Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) – também é uma corporação sediada em Hong Kong que se utilizou do TBI existente entre a República Democrática Socialista do Sri Lanka e o Reino Unido (que estendeu a abrangência do tratado à Hong Kong em 1981). A destruição ocorreu durante uma operação de contra-insurgência empreendida por forças de segurança governamentais contra rebeldes tâmile em 28 de janeiro de 1987. Após esforços malsucedidos para se chegar a um acordo amigável, a disputa foi submetida pela AAPL ao ICSID.

Em 8 de julho de 1987, o ICSID recebeu o pedido de arbitragem da AAPL contra o Sri Lanka. A Reclamante indicou que a controvérsia surgiu diretamente de um investimento oficialmente aprovado no país que ocorreu em 1983, na forma de participação do capital social da Serendib, uma empresa pública do Sri Lanka criada com o objetivo de promover a carcinicultura – a cultura de camarão no Sri Lanka. De acordo com a Reclamante, a fazenda da companhia, que era o principal centro de produção, foi destruída em 28 de janeiro de 1987 durante uma operação militar conduzida pelas forças de segurança do Sri Lanka contra instalações que reportadamente seriam usadas pelos rebeldes locais. Como consequência direta da referida ação, a AAPL alegou ter sofrido uma perda total de seu investimento e reivindicou ao governo do Sri Lanka uma indenização pelos danos sofridos como múltiplos. As reivindicações apresentadas em 9 de março de 1987 permaneceram pendentes e sem resposta por mais de três meses, prazo previsto no artigo 8º (3) do TBI para chegar a uma solução

amigável, e, portanto, a AAPL passou a ter o direito de instaurar o processo de arbitragem do ICSID.

Os procedimentos arbitrais giraram em torno de questões tais como a lei a ser aplicada no pedido de arbitragem e a maioria do tribunal entendeu que as provisões do tratado entre Sri Lanka e Reino Unido eram a “fonte primária das regras legais aplicáveis”. Outras discussões acerca da responsabilidade do Estado perante as ações de suas forças de segurança e a questão da Segurança Nacional surgiram. O termo “full protection and security” – o dever de fornecer completa proteção e segurança consagrada em uma das cláusulas do TBI, típica de tratados bilaterais, foi invocada pela Reclamante para justificar a responsabilidade do Reclamado e o dever de indenização. Em resposta, o Reclamado arguiu que esta norma legal internacional exige a devida diligência por parte dos Estados e demanda uma justificativa razoável para qualquer destruição de propriedade, mas não impõe responsabilidades estritas. Dessa forma alegou que se a AAPL não conseguisse provar que a ação de segurança era evitável, seu encargo era provar que o Governo causou destruição excessiva na operação de 28 de janeiro 1987.

Na data de 27 de junho de 1990 o tribunal prolatou sentença condenando o Reclamado ao pagamento de R\$ 460.000 (quatrocentos e sessenta mil dólares) mais juros à Reclamante. Apesar das alegações de que as ações governamentais do Sri Lanka constituíram expropriação dos investimentos, o tribunal entendeu que as reivindicações de expropriação não encontram precedentes e não são de relevância no presente caso.

3.2.3 Vacuum Salt Products Ltd. Vs Gana

O terceiro caso diz respeito ao litígio que teve início no dia 28 de maio de 1992 quando a Vacuum Salt Products Limited (VSPL), uma companhia constituída em Gana, iniciou procedimentos arbitrais contra o Governo da República do Gana a respeito de uma controvérsia relacionada ao desenvolvimento de uma instalação de produção e mineração de sal no país. O pedido foi registrado pelo Secretário-Geral do Centro em 11 de junho de 1992. O artigo 25º da convenção do ICSID dispõe que a jurisdição do tribunal se estende a qualquer disputa legal surgida de um investimento estrangeiro

promovida por um cidadão de outro país e um Estado contratante ou uma agência ou subdivisão daquele Estado. De acordo com a Convenção, a nacionalidade de uma pessoa jurídica, como uma empresa, é geralmente determinada por referência ao seu local de incorporação. Contudo, de acordo com o artigo 25° (2) (b) da Convenção, uma empresa registrada localmente pode ser elegível para submeter disputas de investimento com o Estado anfitrião à arbitragem nos termos da Convenção se, "por causa de controle estrangeiro", as partes concordaram em tratar a empresa como nacional de outro Estado Contratante.

O pedido pressupõe a jurisdição *ratione personae* sob o fato de que Gana é um Estado Parte da Convenção do ICSID e que, embora a VSPL seja uma corporação organizada de acordo com o Código das Empresas, 1963 (Ato 179), de Gana no contrato de arrendamento de 1988, as partes concordaram que, como a VSPL é controlada por um cidadão grego, o Sr. Gerassimos Alexis Panagiotopoulos, que, não é contestado, detinha 20% das ações da VSPL em 22 de janeiro de 1988, deve ser tratada como uma corporação estrangeira para os fins da Convenção. O pedido alegou, essencialmente, que a VSPL havia sofrido ambas uma violação e uma expropriação progressiva de seus direitos contratuais para desenvolver uma instalação de produção e mineração de sal na Lagoa Ada-Songor, na República do Gana. Em particular, o pedido alegou uma "violação contínua" pelo Estado de Gana acerca de um contrato de arrendamento entre VSPL e o Estado Ganense datado de 22 de janeiro de 1988, além de um contrato anterior e a expropriação dos negócios e propriedades da VSPL.

O Reclamado baseou sua defesa, primariamente, na contestação da jurisdição do tribunal. Apesar dos alegados motivos de descumprimento de cláusulas do contrato de arrendamento que levaram ao cancelamento do mesmo por parte de Gana, esse mérito não chegou a ser analisado pelo tribunal, uma vez que os procedimentos arbitrais giraram, quase que inteiramente, sob a questão da competência do ICSID. O tribunal, tendo considerado que a empresa não se enquadrava, neste caso, sob a exceção do artigo 25° (2) (b), proferiu em 16 de fevereiro de 1994 uma sentença declinando a jurisdição sobre a controvérsia.

Esse episódio foi o primeiro em que um caso do ICSID chegou a uma conclusão com base em uma objeção jurisdicional sendo confirmada pelo tribunal. Na sentença, o tribunal dispôs que a expropriação, para o caso em referência, constituiu uma progressiva quebra e suspensão de direitos de desenvolver uma instalação de produção e mineração de sal.

3.2.4 Tradex Hellas S.A. Vs Albânia

O quarto caso em estudo começa com um pedido de arbitragem protocolado no dia 2 de novembro de 1994 por uma empresa constituída na Grécia, a Tradex Hellas S.A. (Tradex) que instaurou um processo de arbitragem do ICSID contra a República da Albânia por uma controvérsia relacionada a uma suposta expropriação de uma joint venture agrícola na Albânia. O presente caso foi apresentado pela Tradex com base no consentimento da arbitragem nos termos da Convenção ICSID contida na Lei de Investimentos Estrangeiros de 1993 da Albânia, que forneceu garantias contra a expropriação direta e indireta de investimentos estrangeiros. Após a constituição do tribunal, a República da Albânia levantou, a título preliminar, certas objeções jurisdicionais. Em sua decisão de jurisdição de 24 de dezembro de 1996, o tribunal manteve sua jurisdição, exceto no que diz respeito à questão de saber se uma expropriação havia ocorrido. Essa questão se juntou aos méritos da disputa. Após as alegações escritas e orais sobre os méritos, o tribunal, considerando que a Tradex não tinha sido capaz de provar que uma expropriação havia ocorrido, proferiu em 29 de abril de 1999 uma sentença negando a reivindicação da Tradex.

Os fatos acerca da controvérsia têm início em 1991, quando a Tradex entrou em negociações com a Albânia para realizar um investimento em engenharia industrial e agrícola no país. Quando as negociações terminaram a Albânia apontou uma empresa estatal, a "TB. Torovitsa ", para firmar uma joint venture com a Tradex a fim de realizar o investimento com base em uma participação proporcional de 67% a 33%. A terra seria aportada pela T.B. Torovitsa pelo uso da joint venture. O acordo que estabelecia a joint venture entre Tradex e T.B. Torovitsa foi assinado em 10 de janeiro de 1992, a TB. Torovitsa era a proprietária de 1170 hectares de terras agrícolas em Lezhë,

Albânia, e o objetivo da joint venture foi o uso comercial e agrícola dessa terra, associado ao “desenvolvimento da engenharia agrícola, cultivo de plantas / culturas agrícolas, frutas e legumes nos campos, desenvolvimento de criação de animais / produtos de origem animal e as atividades necessárias relacionadas ao processamento de leite, carne e quaisquer atividades relacionadas à terra e aos produtos por ela produzidos para o mercado interno ou para a exportação” (Art. 2º do Contrato). O investimento foi planejado para uma duração de 10 anos, renovável por comum acordo por outro período de 10 anos. O acordo foi aprovado e a joint venture foi registrada em 7 de março daquele ano.

O investimento incluiu vários pagamentos para a Tradex no valor de US \$ 786.343 (setecentos e oitenta e seis mil e trezentos e quarenta e três dólares), a TB. Torovitsa contribuiu com mais pagamentos e o capital assim estabelecido foi usado para financiar a produção de gado, o cultivo no campo e o pagamento de 700 funcionários. No entanto ocorreram fatos que levaram ao fim da joint venture. A Tradex alega que, em particular, as seguintes medidas tornaram impossível o desenvolvimento da joint venture e deixaram a participação e o investimento na joint venture sem valor, de modo que esses atos devem ser considerados atos de expropriação:

a) Em 22 de agosto de 1992, uma parte mais significativa da fazenda foi formalmente expropriada e transferida para os aldeões pela Albânia, ou seja, 140 hectares, totalizando 15% do total da fazenda e sua área mais fértil.

b) A produção agrícola, o gado e o suprimento de sementes foram roubados pelos moradores a uma taxa quase constante de 15% entre março e outubro de 1992, e o trabalho de gestão da joint venture era quase impossível por causa de ameaças e atos de violência.

c) A partir de dezembro de 1992, a entrada do pessoal da Tradex na fazenda tornou-se completamente impossível devido à apreensão e ocupação da fazenda pelos moradores.

d) Por cartas no final de 1992 e no início de 1993, a Tradex solicitou em vão a intervenção da Albânia como um último esforço para salvar o

investimento, mas a Tradex foi obrigada a entregar os 140 hectares mencionados juntamente com cultivos, gado e suprimentos.

Por conta dessas circunstâncias Tradex e T.B. Torovitsa acharam necessário dissolver a joint venture, e a dissolução foi acordada em 21 de abril de 1993. Com base nisso, a Tradex solicitou que a Albânia fosse obrigada e condenada a pagar:

a) o valor de mercado do investimento expropriado da Tradex no valor de US \$ 2.023.907 (dois milhões e vinte e três mil e novecentos e sete dólares);

b) juros sobre o montante mencionado em juros bancários correntes de 1º de dezembro de 1992 até o pagamento, e

c) honorários e despesas legais da Tradex, a serem calculados posteriormente.

No que diz respeito ao contexto factual, a Albânia, destaca os seguintes aspectos adicionais: Segundo a lei albanesa, a T.B. Torovitsa é uma entidade legal separada com capacidade total para processar e ser processada. O capital fornecido pela Tradex compreendia máquinas, produtos químicos, sementes e investimentos em irrigação, enquanto o capital fornecido pela T.B. Torovitsa compreendia edifícios, máquinas, estoque vitalício e produtos finais, além de outros ativos. Nenhum capital do empreendimento conjunto era de terras. Em particular, a Albânia se refere a um artigo do acordo, que estabelece que as controvérsias entre as partes serão resolvidas por arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC) e que a lei suíça será aplicável. Além disso, a Albânia salienta que a autorização para a joint venture datada de 21 de janeiro de 1992 previa expressamente que a joint venture deveria estar em conformidade com a legislação albanesa em matéria de terras.

No final de seu exame na Seção 5 da sentença, o tribunal concluiu que a Tradex não conseguiu provar que uma expropriação ocorreu em relação ao seu investimento estrangeiro na joint venture, pois estabeleceu que as evidências apresentadas pela Tradex não eram suficientes para sustentar sua alegação de

expropriação. Além disso, tendo em vista essa conclusão, se não há expropriação, não há jurisdição de acordo com o art. 8º da Lei de 1993 e nenhuma compensação é devida à Tradex, de acordo com o art. 4º da mesma Lei. Portanto, não há necessidade de o tribunal examinar o *quantum* de tal compensação. O pedido da Tradex foi negado e cada parte arcou com as próprias despesas. A expropriação, se tivesse sido evidenciada nesse caso, consistiria numa ausência de conduta adequada do Estado Albanês face aos eventos que culminaram no fim do contrato. De modo que, a expropriação indireta se consumaria caso o Estado permitisse a privação do uso da terra de uma joint venture baseada em investimento estrangeiro ou não concedesse proteção contra interferência.

3.2.5 Compañia del Desarrollo S.A. Vs Costa Rica

O quinto caso em análise teve início no dia 31 de maio de 1995, quando a Companhia do Desenvolvimento de Santa Elena S.A. (CDSE), empresa constituída na Costa Rica e de propriedade majoritária de cidadãos norte-americanos, instaurou um processo de arbitragem no ICSID contra a Costa Rica por uma controvérsia relacionada com um ato expropriatório tomado pelo governo do país de uma propriedade da CDSE. O pedido foi registrado pelo Secretário-Geral em 22 de março de 1996. A propriedade está localizada na província de Guanacaste, na Costa Rica, na região noroeste do país. O terreno consiste em mais de 30 quilômetros da costa do Pacífico, além de inúmeros rios, nascentes, vales, florestas e montanhas. Além de suas características geográficas e geológicas, a propriedade abriga uma variedade deslumbrante de flora e fauna, muitas das quais são nativas da região e do habitat da floresta seca tropical pela qual a área é conhecida.

A Reclamante, CDSE, foi formada em 1970 principalmente com o objetivo de comprar Santa Elena, com a intenção de desenvolver grandes porções da propriedade como um resort turístico e uma comunidade residencial. A maioria dos acionistas da CDSE são cidadãos dos Estados Unidos da América. Depois de adquirir a propriedade pelo valor aproximado de US \$ 395.000 (trezentos e noventa e cinco mil dólares), a CDSE começou a projetar um programa de desenvolvimento da terra e realizou várias análises financeiras e técnicas da

propriedade com vistas ao seu desenvolvimento. Em 5 de maio de 1978, a Costa Rica emitiu um decreto de expropriação para Santa Elena. De acordo com uma avaliação da propriedade realizada por uma de suas agências menos de um mês antes, em 14 de abril de 1978, a Costa Rica propôs pagar à CDSE a quantia de aproximadamente US \$ 1.900.000 (um milhão e novecentos mil dólares) como compensação pela expropriação intencional da propriedade.

Conforme consta no decreto da referida data: “...*Artigo 1º: Com base na lei trinta e seis, de 26 de junho de 1896, complementada pelo Decreto Legislativo setenta e oito de 24 de junho de 1934, os bens de propriedade da Companhia de Desarrollo Santa Elena SA descritos na terceira cláusula deste decreto, estão, por meio deste, expropriada...*”. A propriedade foi intencionalmente expropriada, portanto aqui não se fala em expropriação indireta, mas no instituto jurídico da expropriação direta. Conforme declarado no Decreto de 1978, a Reclamante informou o Reclamado que não tinha objeções à expropriação, mas contestou o preço fixado pelo Reclamado. A CDSE reivindicou, como compensação, a soma de aproximadamente US \$ 6.400.000 (seis milhões e quatrocentos mil dólares), de acordo com uma avaliação da propriedade que havia sido encomendada pela CDSE e conduzida pelo Avaliador Chefe do Banco de Costa Rica em fevereiro de 1978, três meses antes do decreto de expropriação.

O motivo que levou ao ato expropriatório por parte do Reclamado foi a sua intenção de promover a conservação de populações estáveis de grandes espécies de felinos da fauna local. Como não houve objeção por parte da Reclamante a este ato, a discussão processual arbitral girou em torno do *quantum* indenizatório. O período de aproximadamente vinte anos desde a data do Decreto de 1978 do Reclamado até o início da arbitragem no ICSID foi marcado por inatividade intermitente e intensos procedimentos legais entre as partes perante os tribunais da Costa Rica.

Após as alegações escritas e orais, o tribunal proferiu sua sentença em 17 de fevereiro de 2000, ordenando à Costa Rica o pagamento de uma indenização no valor de US \$ 16.000.000 (dezesseis milhões de dólares) pela expropriação da propriedade ocorrida em 5 de maio de 1978. A conceituação utilizada pelo tribunal acerca do termo “expropriação” na sentença pode ser definido como: Expropriação legal de propriedade imobiliária mediante adequada e eficaz compensação.

3.2.6 Metalclad Corporation Vs México

A Reclamante do sexto caso em análise, a Metalclad Corporation, uma empresa de Delaware, nos Estados Unidos da América, instituiu procedimento arbitral no dia 2 de janeiro de 1997 contra o Estado do México. A disputa surgiu da construção, por uma empresa de propriedade e controlada pela Metalclad, de um aterro sanitário em Guadalcazar, no estado mexicano central de San Luis Potosí, projetado para o confinamento de resíduos perigosos da área.

Em 1993, a Metalclad, através de uma empresa mexicana que controlava, comprou outra empresa mexicana, a Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (COTERIN), com vistas à aquisição, desenvolvimento e operação da estação de transferência de resíduos perigosos e aterro sanitário no vale de La Pedrera, localizado em Guadalcazar. A COTERIN é a proprietária do registro da propriedade do aterro, bem como das permissões e licenças que estão na base desta disputa. Tendo sido obtidas aprovações nos níveis federal e estadual, a construção do aterro foi concluída em março de 1995, no entanto, ocorreram manifestações na inauguração do aterro que o impedira de abrir. Em novembro de 1995, a Metalclad concluiu um acordo com agências ambientais federais estabelecendo as condições sob as quais o aterro operaria. Entretanto, em dezembro de 1995, o município local emitiu uma recusa de uma licença de construção para o aterro sanitário, que havia sido solicitada 13 meses antes. O município contestou o acordo que a Metalclad havia celebrado com agências federais e obteve uma liminar judicial que impedia a operação do aterro até maio de 1999.

Em 2 de outubro de 1996, a Metalclad entregou ao México um Aviso de Intenção de Apresentar uma Reivindicação de Arbitragem, de acordo com o Artigo 1119° do NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio), instaurando processos em nome de sua empresa integral, a COTERIN, para fins de conformidade com o Artigo 1117° do NAFTA. Em 30 de dezembro de 1996, a Metalclad entregou ao México um consentimento e renúncia por escrito, em conformidade com o artigo 1121° (2) (a) e (b) do NAFTA. Em 2 de janeiro de 1997, e de acordo com o Artigo 1120° do NAFTA, a Metalclad apresentou seu Aviso de Reivindicação ao ICSID e solicitou ao Secretário-Geral do ICSID que aprovasse e registrasse sua aplicação e para que permitisse o acesso ao

mecanismo adicional do ICSID, permissão essa que foi dada no dia 13 de janeiro daquele ano.

As discussões durante os procedimentos arbitrais que se seguiram diziam respeito à legislação do NAFTA a ser aplicada no caso em questão. As alegações de violação pela Metalclad fazem referência, em particular, ao artigo 1105° do NAFTA, que exige que cada parte “forneça a investimentos de investidores de outro membro tratamento de acordo com o direito internacional, incluindo tratamento justo e equitativo e proteção e segurança completas”. Além desse, a Metalclad se valeu também do artigo 1110° do NAFTA, que estabelece que “nenhum membro do NAFTA pode direta ou indiretamente nacionalizar ou expropriar um investimento de um investidor de outro membro em seu território ou tomar uma medida equivalente à nacionalização ou expropriação de tal investimento, exceto: a) Para fins públicos; b) Numa base não discriminatória; c) De acordo com o devido processo legal e com o artigo 1105° (1); e (d) no pagamento da compensação de acordo com os parágrafos 2 a 6 ”. O México nega essas alegações, afirmando que o município tomou medidas para impedir a Metalclad (COTERIN) de operar o aterro em função da inexistência de licença de construção municipal, a fim de garantir a proteção do meio ambiente. Já a Metalclad apontou que não havia evidências de inadequação do desempenho da empresa quanto a qualquer obrigação legal, nem que a mesma violasse os termos de qualquer permissão federal ou estadual, que não havia evidências de que o município havia considerado os relatórios ambientais recentemente concluídos – indicando que o local era de fato adequado para um aterro de resíduos perigosos –, que não havia evidências de que o local, conforme construído, não cumprisse quaisquer requisitos específicos de construção, que não havia provas de que o município alguma vez exigiu ou emitiu uma licença de construção municipal para qualquer outro projeto de construção em Guadalcazar e que, por fim, não havia evidências de que houvesse um processo administrativo estabelecido com relação às autorizações municipais de construção no município de Guadalcazar.

Em 23 de setembro de 1997, três dias antes do término de seu mandato, o governador emitiu um decreto ecológico declarando uma área natural para a proteção de cactos raros. A área natural abrange a área do aterro. A Metalclad conta, em parte, com este decreto ecológico como um elemento adicional em

sua reivindicação de expropriação, mantendo que o decreto impediu de maneira efetiva e permanente a operação do aterro. A Metalclad também afirma que um oficial de alto nível de San Luis Potosi, com relação ao decreto ecológico e conforme relatado pela mídia mexicana, “expressou confiança em fechar dessa maneira, toda a possibilidade da empresa norte-americana Metalclad de operar seu aterro nessa zona, independentemente do resultado futuro de sua reivindicação perante os tribunais arbitrais do tratado do NAFTA”, afirmação esta negada por autoridades mexicanas.

Diante desses fatos, o tribunal do ICSID decidiu que a Metalclad não foi tratada de maneira justa ou equitativa sob a legislação do NAFTA e ela obteve êxito com sua reivindicação nos termos do artigo 1105°. Ainda sustentou que o México expropriou indiretamente o investimento da Metalclad sem fornecer uma compensação à empresa pela expropriação. O México violou, portanto, o artigo 1110° do NAFTA. A sentença proferida em 30 de agosto de 2000 no processo arbitral, foi a primeira a sustentar, por mérito, uma reivindicação submetida à arbitragem sob o capítulo onze do NAFTA, segundo o qual o termo “expropriação indireta” é definido a partir do próprio artigo: Interferência encoberta ou incidental no uso de propriedades que tenha o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou benefício econômico razoavelmente esperado da propriedade, mesmo que não necessariamente para o benefício óbvio do Estado anfitrião.

3.2.7 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. Vs Argentina

O sétimo caso em questão diz respeito a uma controvérsia surgida de um investimento acerca de um contrato de concessão de abastecimento de água e fornecimento de sistema de esgoto. O contrato de concessão de 1995 foi firmado entre Reclamantes, uma empresa francesa, Compagnie Générale des Eaux, e sua afiliada argentina, Companhia de Águas do Aconquija, S.A. (CAASA), e a província argentina de Tucumán. A República da Argentina não era parte no contrato de concessão nem nas negociações que levaram à sua conclusão. A fundamentação legal da demanda é um TBI de julho de 1991 entre Argentina e França, membros da convenção do ICSID, com cláusula arbitral. O contrato de concessão não faz referência ao TBI ou a convenção do ICSID ou aos remédios

legais disponíveis para um investidor estrangeiro francês na Argentina sob esses tratados. Os artigos 3º e 5º do TBI estabelecem que cada uma das partes contratantes concederá "tratamento justo e equitativo, de acordo com os princípios do direito internacional, aos investimentos feitos por investidores da outra parte", que os investimentos devem gozar de "proteção e segurança total em conformidade com o princípio de tratamento justo e equitativo" e que as partes contratantes não deverão adotar medidas expropriadoras ou nacionalizantes, exceto para fins públicos, sem discriminação e mediante pagamento de compensação imediata e adequada. O artigo 8º do TBI argentino-francês prevê que, se surgir uma controvérsia de investimento entre uma parte contratante e um investidor de outra parte contratante e essa controvérsia não puder ser resolvida dentro de seis meses por meio de consultas amigáveis, o investidor poderá submetê-la às jurisdições nacionais da parte contratante envolvida na disputa ou a critério do investidor, à arbitragem sob a convenção do ICSID ou de um tribunal *ad hoc* de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL).

O contrato de concessão surgiu da decisão de 1993 do governo de Tucumán de privatizar suas instalações de água e esgoto que estavam sendo operadas por uma autoridade provincial. Em conformidade com o contrato de concessão, a CAASA assumiu a responsabilidade pela operação do sistema de água e esgoto de Tucumán em 22 de julho de 1995. Não há divergências de que havia sérias deficiências técnicas e comerciais na estrutura e operação do sistema de água e esgoto de Tucumán na época da aquisição da CAASA. Os principais problemas incluíam graves dificuldades operacionais resultantes da infraestrutura inadequada e antiquada, manutenção diferida, tarifas que refletiam inadequadamente o custo das operações e a provisão para dispêndios de capital e falhas na cobrança de usuários de Tucumán, tanto privados quanto comerciais, de uma parte significativa das tarifas efetivamente impostas.

Desde o início, o desempenho da CAASA sob o contrato de concessão, foi objeto de litígio entre ela e as autoridades de Tucumán. Essas disputas tornaram-se objeto de ampla publicidade e controvérsia envolvendo as partes no contrato de concessão e, finalmente, levaram ao envolvimento ativo dos governos da França e da Argentina na tentativa de resolver os problemas que

surgiram. As Reclamantes sustentaram que "desde o início da concessão, ficou claro que, em vez de apoiar a concessão, vários ramos do Governo Provincial procuraram destruí-la", e que, logo após a aquisição do projeto em julho de 1995 e até o final de sua concessão, a CAASA foi submetida a um "fluxo constante de decretos, resoluções, leis e pareceres jurídicos que foram projetados para prejudicar a operação da concessão e retirar a empresa da província ou forçá-la a renegociar o contrato". Além disso, as Reclamantes afirmam que esses atos das autoridades de Tucumán eram parte de um "ataque público combinado contra a CAASA e o contrato de concessão pelas autoridades governamentais de Tucumán, que incluíam uma série de declarações inflamatórias e outros atos que incentivavam os clientes a não pagar suas contas".

A República Argentina contesta essas alegações sobre a substância e os motivos das ações de funcionários de Tucumán e alega que as ações das autoridades de Tucumán foram o resultado de supostas deficiências da CAASA em sua execução no contrato de concessão. Essas falhas, segundo a República Argentina, afetaram a prestação de serviços de água e esgoto nas áreas de Tucumán cobertas pelo contrato de concessão. As especificidades das disputas diziam respeito a questões sob o contrato de concessão, como o método para medir o consumo de água, o nível das tarifas para os clientes, o momento e a porcentagem de qualquer aumento nas tarifas, a solução para o não pagamento de tarifas, o direito da CAASA repassar aos clientes certos impostos e a qualidade da água entregue. Além disso, a República Argentina sustenta que as ações das autoridades provinciais em resposta a essas supostas falhas no desempenho não foram dirigidas, incentivadas ou toleradas pela República Argentina.

Em 2 de maio de 1996, vários meses após o início das negociações entre CAASA e Tucumán, a República Argentina e Tucumán entraram em um acordo mediante o qual o Governo Nacional forneceria assistência e conhecimento para a bem-sucedida renegociação do contrato de concessão. É incontroverso que funcionários da República Argentina estiveram envolvidos nesse procedimento de assistência, com graus variados de intensidade, desde essas iniciativas no começo de 1996 até a perda, em 1998, do contrato de concessão de água e esgoto para uma agência nacional argentina. Essa participação governamental argentina envolveu os esforços da CAASA e Tucumán para a renegociação do

contrato de concessão. Tais esforços se relacionavam a uma ampla gama de aspectos técnicos, políticos e jurídicos dessa renegociação. No final, as Reclamantes e Tucumán não conseguiram concluir uma renegociação do contrato de concessão que era aceitável para ambas as partes.

Em 27 de agosto de 1997, a CAASA notificou o Governador Provincial de Tucumán de que estaria rescindindo o contrato de concessão por ocasião do suposto descumprimento do Estado das cláusulas contratuais. Em 17 de outubro de 1998, uma agência da República da Argentina assumiu a responsabilidade pela operação do sistema de água e esgoto de Tucumán. Em sua sentença de 21 de novembro de 2000, o tribunal considerou que as evidências apresentadas no processo arbitral não fundamentavam a alegação de que a República Argentina não havia se posicionado acerca da situação em Tucumán, tampouco que não havia respondido aos pedidos das Reclamantes, de acordo com as obrigações do governo argentino no âmbito do TBI. A República da Argentina levantou objeções à jurisdição do ICSID. Nesse caso, as Reclamantes prevaleceram sobre a questão jurisdicional, enquanto o Reclamado prevaleceu sobre os méritos, sob a justificativa de que eles deveriam primeiramente ter sido submetidos às cortes de Tucumán conforme a cláusula de eleição de foro do contrato de concessão. A expropriação indireta não foi reconhecida, porém se tivesse sido teria o seguinte significado: Falha em agir perante as ações de funcionários de uma subdivisão política de uma parte contratante ou nacionalização ou qualquer outra medida equivalente que tenha um efeito semelhante à expropriação.

3.2.8 Robert Azinian Vs México

O oitavo caso em questão surge de um pedido de arbitragem interposto por três cidadãos americanos os Srs. Robert Azinian, Kenneth Davitian e Ellen Baca contra o Estado do México. Os Reclamantes invocaram direitos como acionistas de uma empresa mexicana, a Desechos Solidos de Naucalpan S.A. (DESONA) que possuía um contrato de concessão para a coleta e gestão integrada de resíduos sólidos no município de Naucalpan, um subúrbio da Cidade do México. Eles buscaram indenizações resultantes da anulação do contrato de concessão pelo município. A anulação foi declarada com o

fundamento de que a concessão não estava mais vigente devido a declarações falsas ou rescindível por falha de cumprimento de performance. A DESONA procurou, sem sucesso, a reversão da anulação da concessão perante o tribunal Administrativo do Estado e sua Câmara Superior e, depois, perante um tribunal federal mexicano.

A história acerca do investimento começa em 1992 quando o prefeito de Naucalpan e outros membros da Câmara Municipal visitaram Los Angeles sob o convite dos Reclamantes para observar as operações da Global Waste Industries Inc. uma empresa supostamente deles. Em outubro daquele ano o Sr. Azinian escreveu uma carta ao prefeito de Naucalpan como presidente da Global Waste, contendo uma descrição da forma como eles esperavam implementar uma solução integral para o problema do lixo sólido. O investimento era estimado no valor de US \$ 20.000.000 (vinte milhões de dólares), porém a Câmara Municipal não estava, devido a seu próprio mandato limitado, em condições de conceder o contrato de concessão de 15 anos, pois a legislação mexicana exige, nesse contexto, a aprovação de legislatura estadual relevante. Conseqüentemente, o projeto foi apresentado no final de julho de 1993 a um comitê legislativo, e em 15 de agosto, a aprovação legislativa do contrato de concessão proposto foi concedida à DESONA. Em 13 de dezembro, a DESONA iniciou a coleta de resíduos residenciais para a seção satélite de Naucalpan, mas não forneceu os cinco veículos de carga traseira, conforme previsto no cronograma de operações sob o contrato de concessão. Até a rescisão do contrato, os dois carregadores frontais iniciais continuavam sendo as únicas unidades dos 70 veículos “de última geração” exigidos pelo contrato para serem colocados em serviço pela DESONA.

No começo de 1994 uma nova administração da Câmara Municipal de Naucalpan começou a se preocupar com a ausência de veículos novos, o que levou a DESONA a explicar-se relatando dificuldades na obtenção de autorizações de importação pelas quais não podia ser culpada. Em meados de fevereiro, a Câmara Municipal procurou aconselhamento jurídico independente sobre o contrato de concessão e foi avisada de que havia 27 “irregularidades” em relação à conclusão e execução do contrato de concessão. Diante disso, as acusações foram feitas e a DESONA foi instruída a responde-las até 17 de março. Em 15 de março, a DESONA iniciou um processo no tribunal

Administrativo do Estado, pedindo a anulação da decisão da Câmara Municipal de questionar o contrato de concessão e em 21 de março, apesar de um protesto da DESONA de 16 de março, a Câmara Municipal decidiu anular o contrato de concessão. Os Reclamantes foram notificados dessa decisão dois dias depois. Em 14 de junho, o tribunal Administrativo ouviu as alegações da DESONA e as rejeitou por sentença datada de 4 de julho. A DESONA apelou às instâncias superiores do sistema administrativo e depois ao judiciário mexicano, porém seu pleito foi negado em todas elas. Portanto em 17 de março de 1997, os acionistas Reclamantes da DESONA iniciaram o processo arbitral no ICSID contra o Governo do México nos termos do capítulo onze do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), submetendo uma reivindicação à arbitragem nos termos do artigo 1137° (1) (b).

O tribunal arbitral observou que, embora o recurso da DESONA aos tribunais mexicanos não proibisse a submissão da disputa à arbitragem, a jurisdição do tribunal arbitral não era de apelação geral, mas, ao invés disso, limitou-se a determinar se uma obrigação substantiva do Capítulo 11° do NAFTA fora violada. Tais obrigações incluem padrões mínimos de tratamento nos termos do direito internacional e obrigações relacionadas à expropriação. O tribunal considerou que uma mera violação de um contrato de concessão não representava uma violação do Capítulo 11° do NAFTA, e que a questão diante dele era, portanto, se a anulação da concessão poderia ser considerada um ato de expropriação. Observando que a anulação da concessão havia sido considerada pelos tribunais mexicanos em conformidade com as leis mexicanas aplicáveis e que os padrões contidos nessas leis não estavam sendo contestadas, o tribunal arbitral considerou que os únicos motivos para sustentar a demanda seriam: constatação de negação de acesso à justiça ou de pretensão de forma para alcançar um fim, internacionalmente ilegal, por parte dos tribunais mexicanos. O tribunal constatou que as provas anteriores não poderiam sustentar tal conclusão e negou provimento à pretensão dos Reclamantes.

A sentença do tribunal de primeiro de novembro de 1999 decidiu em favor do Reclamado e nela explanou que uma quebra de contrato constitui uma expropriação "se for confiscatória", ou seja, caso o Estado exerça sua autoridade executiva ou legislativa para destruir os direitos contratuais como um ativo. O entendimento é que isso não aconteceu nesse caso.

3.2.9 Eudoro Olguín Vs Paraguai

O nono caso tem como Reclamante um cidadão da República do Peru, o Sr. Eudoro Armando Olguín, que protocolou um pedido de arbitragem no ICSID no dia 27 de outubro de 1997 contra a República do Paraguai por conta de uma controvérsia que surgiu da falência de uma instituição financeira paraguaia na qual o Sr. Olguín havia depositado mais de um milhão de dólares, com o objetivo de estabelecer uma empresa de produção e distribuição de alimentos no Paraguai. O Sr. Olguín invocou em seu pedido, como fonte do consentimento do Paraguai na arbitragem do ICSID, as disposições para solução de controvérsias do TBI de 1994 entre o Paraguai e o Peru. Sobre os méritos, o Sr. Olguín alegou o endosso do Banco Central do Paraguai dos instrumentos de investimento recebidos em troca de seus depósitos, a negligência do Paraguai na supervisão das atividades da instituição financeira beneficiária dos depósitos, a conduta discriminatória do Paraguai sobre a sua situação após a falência dessa instituição financeira, e, finalmente, que todas essas ações da República do Paraguai representaram uma expropriação.

Em carta datada de 21 de maio de 1998, a República do Paraguai notificou o ICSID de sua rejeição ao pedido de arbitragem do Sr. Olguín e:

- a) Negou que as transações efetuadas pelo Reclamante fossem investimentos;
- b) Declarou que desconhecia a existência de garantias que o Reclamante atribui ao Paraguai;
- c) Reconheceu a existência de um pagamento feito ao Sr. Olguín pelo Banco Central do Paraguai como resultado dos fatos em disputa;
- d) Mencionou a renúncia por escrito do Reclamante de seu direito de instaurar qualquer ação adicional contra as autoridades paraguaias em relação a esses fatos;
- e) Mencionou a inadmissibilidade dos mecanismos de solução de controvérsias previstos no TBI Peru-Paraguai, uma vez que o Sr. Olguín optou por iniciar um processo judicial, descartando a possibilidade de arbitragem internacional;

- f) Negou a existência de uma controvérsia entre a República do Paraguai e o Sr. Olguín; e
- g) Mencionou a ausência de consentimento prévio das partes para submeter a disputa à arbitragem perante o ICSID.

Esta carta foi respondida em detalhes pelo Reclamante em outra carta datada de 17 de junho de 1998. Ocorreram discussões e divergências acerca da constituição do tribunal arbitral e depois de decorridos mais de noventa dias a partir da data em que as partes foram notificadas, o Reclamante, em carta de 12 de janeiro de 1999, solicitou que o terceiro árbitro do processo e o presidente do tribunal fossem nomeados pelo presidente do conselho de administração do Centro, nos termos do artigo 38º da convenção ICSID e da regra 4 do regulamento de arbitragem. Somente em 16 de abril daquele ano a primeira sessão do tribunal com as partes foi realizada, em Washington, D.C. Esta primeira fase do processo arbitral sofreu vários atrasos causados pelo não cumprimento da obrigação da República do Paraguai de efetuar os pagamentos previstos na regra 14 do regulamento administrativo e financeiro do ICSID, que o secretário do tribunal havia devidamente solicitado às partes.

O Paraguai levantou objeções à jurisdição argumentando, entre outras coisas, que não havia consentido na arbitragem, que o investimento do Sr. Olguín não estava coberto pelo TBI e que, de qualquer forma, ele havia perdido o direito à arbitragem por ter recorrido aos tribunais locais. Em uma decisão de 8 de agosto de 2000, que faz parte da Sentença, o tribunal considerou que o consentimento do Paraguai estava contido no TBI, que o investimento estava em princípio entre os previstos pelo tratado e que não havia evidências de que o Sr. Olguín havia precluído seu direito à arbitragem sob o mesmo. O Paraguai argumentou mais tarde que a nacionalidade americana de Olguín – que possuía dupla cidadania – prevalecia sobre sua nacionalidade peruana para os fins do TBI. O tribunal considerou que esta alegação não tem fundamento no direito internacional. Após os devidos trâmites processuais arbitrais, a audiência sobre o mérito da controvérsia foi realizada, conforme programado, de 11 a 13 de março de 2001, na sede do ICSID, em Washington, DC.

Na audiência foi esclarecido que em novembro de 1993 o Banco Central do Paraguai ofereceu a oportunidade de investimento e informou, por carta, as

taxas de juros que a companhia financeira “La Mercantil S.A. de Finanzas” estava disposta a conceder ao Sr. Olgúin sobre seus depósitos em dólares dos Estados Unidos e em Guaranis, que eram de 11% e 33% ao ano, respectivamente. Em troca do depósito desses montantes, o Sr. Olgúin recebeu instrumentos de investimento que foram sucessivamente renovados. Até julho de 1995 sete instrumentos de investimentos haviam sido emitidos, referentes a sete depósitos somando o montante de quase ₡ 2.500.000.000 (dois bilhões e quinhentos milhões de guaranis). O Sr. Olgúin afirma que a responsabilidade do Paraguai emerge de quatro distintas causas:

a) Os instrumentos de investimento foram endossados pelo examinador bancário da República do Paraguai, uma agência do Estado do Paraguai.

b) A República do Paraguai e suas agências foram negligentes na supervisão das atividades da La Mercantil, e essa negligência levou à suspensão das operações dessa instituição financeira.

c) A República do Paraguai e suas agências se engajaram em conduta discriminatória, violando as disposições do TBI, particularmente as disposições do artigo 4º, parágrafo 2º do tratado.

d) As ações da República do Paraguai em relação ao investimento do Sr. Olgúin foram equivalentes à expropriação.

Em sua sentença, proferida em 26 de julho de 2001, o tribunal negou provimento integral às reivindicações do Sr. Olgúin, sustentando que não havia base nas evidências ou nos termos da lei paraguaia para sustentar que o Banco Central do Paraguai havia garantido os depósitos do Sr. Olgúin, que apesar das deficiências gerais no sistema jurídico paraguaio e em sua supervisão do setor financeiro, as ações do Paraguai não se encontravam abaixo das normas exigidas pelo TBI. Não houve evidência apoiando a discriminação contra o Sr. Olgúin e as ações do Paraguai não representaram, como alegado por ele, a expropriação de seu investimento, pois para que uma expropriação ocorra, é necessário que haja ações que possam ser consideradas razoavelmente apropriadas para produzir o efeito de privar a parte afetada da propriedade que possui, de forma que quem executa essas ações adquira, direta ou indiretamente, controle ou pelo menos os frutos da propriedade expropriada. A

expropriação requer, portanto, uma ação guiada teleologicamente para que ela ocorra; omissões, por mais notórias que sejam, não são suficientes para que esse fato seja caracterizado como expropriação.

3.2.10 Waste Management Vs México

O décimo caso em questão também envolve o México no polo passivo da demanda arbitral internacional e é o terceiro caso a ser levado ao procedimento arbitral sob o capítulo onze da legislação do NAFTA. O caso foi levado ao ICSID em 29 de setembro de 1998, pela Waste Management Inc., empresa norte-americana constituída sob as leis do estado de Delaware, contra o México, invocando o consentimento desse país para a arbitragem do ICSID, conforme estabelecido no artigo 1122º do NAFTA. A controvérsia envolveu uma concessão pública de serviços de gerenciamento de resíduos de 15 anos, alegadamente violada em seus termos pela Acaverde (subsidiária integral e controlada pela Reclamante), concedida pelo município de Acapulco de Juárez, estado de Guerrero, México, e a suposta expropriação e outras violações dos direitos de concessão da Reclamante por autoridades públicas mexicanas. O México contestou consistentemente a jurisdição do tribunal, alegando que a renúncia deveria ter sido feita *expressis verbis*. Além disso, o México invocou a existência de processos judiciais pendentes sobre o mesmo assunto, iniciados pela Waste Management, Inc. no México, que, em qualquer caso, teriam tornado a renúncia discutível.

Em 22 de julho de 1998, a Baker & Botts, L.L.P., agindo por e em nome da Waste Management e da Acaverde, protocolou no ICSID um aviso de instituição de procedimentos de arbitragem, de acordo com o artigo 2º das regras de arbitragem. Um dos itens do pedido tratou das chamadas condições precedentes estabelecidas pelo artigo 1121º da legislação do NAFTA para a apresentação de uma reivindicação à arbitragem. Essas condições implicam o consentimento da Reclamante na submissão da reivindicação à arbitragem e à renúncia ao seu direito de iniciar ou prosseguir perante quaisquer outras cortes ou tribunais, procedimentos de solução de controvérsias com relação às medidas do Reclamado que são supostamente uma violação da legislação do

NAFTA. A referida renúncia foi submetida pela Reclamante, redigida nos seguintes termos:

Além disso, as Reclamantes renunciam a seu direito de iniciar ou continuar perante qualquer tribunal administrativo ou corte de acordo com a lei de qualquer Parte do NAFTA ou outros procedimentos de solução de controvérsias, qualquer processo com relação às medidas tomadas pelo Reclamado que supostamente são uma violação do Capítulo Onze do NAFTA e regras aplicáveis do direito internacional, exceto para procedimentos de medida cautelar, declaratória ou outra medida extraordinária que não implique o pagamento de uma indenização. Essa renúncia não se aplica, no entanto, a qualquer processo de solução de controvérsias que envolva alegações de que o Reclamado violou deveres impostos por outras fontes de lei, incluindo a lei municipal do México. - a ênfase não é do original – (ICSID, Case Details. Waste Management, Inc. v. United Mexican States, 2019)

O tribunal apontou erros formais acerca da renúncia das Reclamantes, que foram sanados em 29 de setembro de 1999 e estas voltaram a apresentar notificação de solicitação de arbitragem ao ICSID após uma espera de 90 dias, apresentando uma segunda renúncia. Em vista dos termos em que essa segunda renúncia foi expressa, em 3 de novembro de 1998, o ICSID, atuando através de seu consultor jurídico, Sr. Antonio A. Parra, enviou uma carta à Waste Management. O que ele buscava era uma confirmação de que a renúncia oferecida era aplicável a quaisquer procedimentos de solução de controvérsias no México que pudessem envolver alegações que correspondessem, em substância, às alegações de violação nos termos do capítulo XI do NAFTA. Na sua resposta datada do mesmo dia a Waste Management confirmou o questionamento.

Paralelamente a esses eventos, o governo do México emitiu uma série de cartas e expressou repetidamente sua discordância, tanto na forma quanto no conteúdo, com os termos da renúncia apresentada pela Waste Management, alegando que a Reclamante não havia emitido a renúncia nos termos previstos no artigo 1121º da legislação do NAFTA e alegando como prova disso, a existência de processos judiciais pendentes de resolução iniciados pela Acaverde em fóruns internos, a saber, dois processos movidos contra a BANOBRAS e um processo de arbitragem contra a ACAPULCO. O governo do México afirmou que os referidos procedimentos tratavam de medidas que foram citadas pela Waste Management como violações da legislação do NAFTA. Esses

processos tratavam, especificamente, da suposta recusa da Acapulco em pagar as faturas submetidas pela Acaverde sob o contrato de concessão firmado por ambas as partes e a suposta recusa da Banobras em pagar essas faturas, como fiadora da Acapulco.

No que diz respeito aos processos internos iniciados pela Acaverde, a Reclamante alegou que, a esse respeito, o primeiro não havia alegado violação do direito internacional relacionada com o NAFTA nesses processos. Consequentemente, nenhum desses processos poderia ser considerado causador de prejuízo ao México ou forçá-lo a defender alegações duplicadas de violações do NAFTA, simultaneamente. Por seu lado, em 5 de novembro de 1999, o governo do México protocolou um memorial referente à questão da jurisdição do tribunal, enfatizando os defeitos formais e materiais da renúncia apresentados pela Reclamante e a continuidade das ações instituídas pela Acaverde diante de outros tribunais e violação das disposições do Artigo 1121º do NAFTA. A resposta da Waste Management foi apenas que conforme relatado em seu memorial, a Reclamante forneceu essa renúncia em várias ocasiões e em várias ocasiões afirmou que a renúncia é eficaz em toda a extensão do escopo pretendido pelo NAFTA.

Em sua sentença, proferida em 2 de junho de 2000, a maior parte do tribunal declinou a jurisdição, alegando que a Reclamante não cumpria o requisito de isenção estabelecido no Artigo 1121º.1 da legislação do NAFTA. Fazendo uma distinção entre os requisitos formais e materiais da renúncia, a maior parte do tribunal concluiu que, embora os requisitos formais da renúncia (apresentação da renúncia por escrito, entrega à parte controvertida e inclusão na apresentação da reivindicação à arbitragem) tenham sido devidamente cumpridos pela Reclamante, os requisitos materiais (uma certa conduta de acordo com a declaração emitida) não eram. Nessa mesma sentença o tribunal entendeu que a – “*creeping expropriation*” é composta por vários elementos, nenhum dos quais pode – separadamente – constituir o erro internacional. Esses elementos constituintes incluem falta de pagamento, não reembolso, cancelamento, negação de acesso judicial, prática real de exclusão, tratamento inconforme, bloqueios legais inconsistentes e assim por diante.

No próximo capítulo serão contrastadas as definições dos dez casos estudados no que diz respeito à expropriação, e formuladas algumas considerações a respeito do estudo.

4. Análise dos resultados averiguados

O presente capítulo será dividido em três partes. A primeira parte trará um breve resumo da definição de expropriação encontrada em cada um dos dez casos da jurisprudência do ICSID, objetos do estudo. A segunda parte analisará a consistência terminológica do referido instituto diante dos dez resultados encontrados e na terceira parte serão feitos levantamentos estatísticos a partir de outras informações colhidas no FAJ.

4.1 Síntese dos casos no que se refere à expropriação

O primeiro caso, *Southern Pacific Properties Vs Egito*, traz uma discussão que gira em torno de uma medida estatal que visa proteger as antiguidades egípcias, cancelando um empreendimento na área de hotéis e turismo. O entendimento do tribunal acerca de expropriação se traduz como uma transferência compulsória de direitos de propriedade, podendo estender-se a qualquer direito que possa ser objeto de uma transação comercial. Obviamente como a medida não trata de ato de expropriação direta, mas de um cancelamento de contratos acerca do investimento, tanto no pedido da Reclamante quanto na sentença arbitral, reconhece-se a expropriação indireta dos investimentos pelo Estado Egípcio.

O segundo caso, *AAPL Vs Sri Lanka*, trata de uma medida que diz respeito à segurança nacional do Estado do Sri Lanka. Nesse caso, a Reclamante tentou conseguir a condenação da ação das forças de segurança estatais contra rebeldes, pedindo o reconhecimento de uma expropriação indireta através dessa ação. Ora, uma medida que claramente não visa o prejuízo de um investidor estrangeiro, mas visa promover uma das obrigações mais fundamentais de qualquer Estado, a segurança, obviamente não tem respaldo nenhum nas reivindicações de expropriação indireta. O tribunal, desta forma, afirmou que reivindicações de expropriação não encontram precedentes e não são de relevância no presente caso, porém condenou o Estado ao pagamento de uma indenização em decorrência da destruição do investimento da Reclamante.

O terceiro caso, VSPL Vs Gana, lida com medidas de suspensão de contrato de arrendamento e direitos a exploração de uma mina de sal. As medidas dizem respeito à performance da Reclamante, que apesar de ser uma empresa nacional de Gana, tentou se enquadrar como investidor estrangeiro através de um acionista majoritário grego para ter acesso ao tribunal do ICSID em suas reivindicações. O tribunal não reconheceu a Reclamante como investidora estrangeira e declinou competência sobre a disputa. Aqui a reivindicação de expropriação trata de uma suposta expropriação indireta, pois consiste em uma medida de cancelamento de direito de arrendamento. Esta não chegou a ser analisada pelo tribunal por conta da questão da competência, porém pode ser traduzida como uma progressiva quebra e suspensão de direitos de desenvolver uma instalação de produção e mineração de sal.

O quarto caso, Tradex Hellas Vs Albânia, traz uma discussão acerca da falta de medidas tomadas pelo Estado albanês diante de roubos e ocupações levadas a cabo por moradores locais e de uma desapropriação formal de 15% da área fértil da fazenda. Segundo a Reclamante, a inação do Estado, mesmo depois de ter sido demandado, constitui uma expropriação indireta do investimento. Este caso é curioso, pois apesar da reivindicação de expropriação indireta, houve uma desapropriação formal, que diz respeito à uma expropriação direta, porém na demanda arbitral essa discussão não foi aprofundada como parte do mérito, apenas mencionada como parte de um conjunto de eventos mais amplos que pretendem se configurar como expropriação indireta. O tribunal concluiu que a Reclamante não conseguiu provar ou sustentar a reivindicação de expropriação, que consistiria, se fosse o caso, em uma ausência de conduta adequada do Estado Albanês face aos eventos que culminaram no fim do contrato. De modo que, a expropriação indireta se consumaria caso o Estado permitisse a privação do uso da terra de uma joint venture baseada em investimento estrangeiro ou não concedesse proteção contra interferência.

O quinto caso, CDSE Vs Costa Rica, traz um questionamento não acerca da medida expropriatória em si, mas do *quantum* indenizatório. Esse caso não discute uma suposta expropriação indireta, ele parte de um decreto de desapropriação que diz respeito a uma medida de expropriação direta. Os requisitos para uma expropriação legal são o interesse público, que nesse caso

se materializa numa necessidade de conservação de populações estáveis de grandes espécies de felinos da fauna local, e a adequada e eficaz indenização, que é o ponto onde há discordância entre as partes. Na sentença o tribunal define o ato como expropriação legal de propriedade imobiliária mediante adequada e eficaz compensação. Compensação essa que foi revista e o Estado condenado ao pagamento da indenização de US \$ 16.000.000 (dezesesseis milhões de dólares).

O sexto caso, *Metalclad Vs México*, traz uma controvérsia acerca de uma medida governamental que diz respeito à preservação do meio ambiente, onde o Estado do México agiu impedindo a Reclamante de operar um aterro sanitário. A alegação diz respeito à uma série de medidas tomadas por autoridades municipais e estaduais de forma discriminatória que, em conjunto, contribuíram para a materialização de uma expropriação indireta dos investimentos da Reclamante. Diante da aparente falta de tratamento justo e equitativo, o tribunal entendeu que o Reclamado expropriou indiretamente os investimentos da Reclamante e deduziu a expropriação indireta a partir do artigo 1110º do NAFTA. Essa dedução dispõe que expropriação indireta consiste em uma interferência encoberta ou incidental no uso de propriedades que tenha o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou benefício econômico razoavelmente esperado da propriedade, mesmo que não necessariamente para o benefício óbvio do Estado anfitrião. Essa definição abre mão do critério da apropriação estatal uma vez que dispõe que a expropriação indireta é tipificada mesmo sem o benefício óbvio do Estado anfitrião.

O sétimo caso, *CAASA Vs Argentina*, tem por objeto uma controvérsia que envolve várias medidas do Estado argentino, especificamente da província de Tucumán contra a concessão de abastecimento de água e sistema de esgoto a uma empresa francesa. Essas medidas, segundo a Reclamante não consistiram apenas em medidas governamentais relacionadas às alegadas falhas no desempenho do serviço, mas também em ataques abertos e públicos das autoridades contra a empresa. As alegações sugeriram que tais atos constituíram uma expropriação indireta dos investimentos da Reclamante uma vez que levaram ao término do contrato de concessão. O tribunal manteve sua jurisdição diante do questionamento do Reclamado, porém com relação ao mérito o Estado Argentino prevaleceu, uma vez que não foram atendidas

cláusulas do TBI relacionadas à eleição de foro. A expropriação indireta que não foi reconhecida, ficou definida como uma falha em agir perante as ações de funcionários de uma subdivisão política de uma parte contratante ou nacionalização ou qualquer outra medida equivalente que tenha um efeito semelhante à expropriação.

O oitavo caso, Robert Azinian Vs México, diz respeito a um investimento de cidadãos americanos numa empresa que promovia atividades de coleta, tratamento e disposição de resíduos no México. Falhas no desempenho do contrato por parte dos Reclamantes levaram ao término do contrato de concessão. A alegação envolve uma suposta expropriação indireta dos investimentos dos Reclamantes no ato de anulação do contrato de concessão. O tribunal entendeu que não haviam provas para sustentar a expropriação uma vez que não existiam indícios de negação de acesso à justiça ou de pretensão de forma para alcançar um fim internacionalmente ilegal por parte dos tribunais mexicanos, considerando que uma quebra de contrato constitui uma expropriação "se for confiscatória", ou seja, caso o Estado exerça sua autoridade executiva ou legislativa para destruir os direitos contratuais como um ativo.

O nono caso, Eudoro Olguín Vs Paraguai, diz respeito a um investimento de um cidadão peruano no Paraguai no ramo de produção e distribuição de alimentos. O investimento foi oferecido pelo Banco Central do Paraguai e materializado através de instrumentos de investimento, uma vez que a instituição financeira foi à falência os investimentos foram perdidos. A alegação do Reclamante é de que os instrumentos de investimento haviam sido endossados pela instituição estatal paraguaia e que isso juntamente com a conduta negligente da mesma constituem uma conduta discriminatória e equivalentes a expropriação do seu investimento. A decisão do tribunal negou tais reivindicações alegando não haver evidências para sustentá-las. O tribunal dispôs que para que uma expropriação ocorra, é necessário que haja ações que possam ser consideradas razoavelmente apropriadas para produzir o efeito de privar a parte afetada da propriedade que possui, de forma que quem executa essas ações adquira, direta ou indiretamente, controle ou pelo menos os frutos da propriedade expropriada. A expropriação requer, portanto, uma ação guiada teleologicamente para que ela ocorra; omissões, por mais notórias que sejam, não são suficientes para que esse fato seja caracterizado como expropriação.

O décimo caso, *Waste Management Vs México*, tem como controvérsia um contrato de concessão de abastecimento de água, atividades de esgoto, gerenciamento de resíduos e remediação e o encerramento dessa concessão por parte das autoridades mexicanas. A reivindicação de uma suposta expropriação indireta dos direitos da Reclamante não foi analisada como parte do mérito pelo tribunal. Na sentença, o tribunal declinou competência por conta do não cumprimento dos requisitos materiais da renúncia exigida no Artigo 1121°.1 da legislação do NAFTA, explanando ainda sobre a expropriação indireta, fazendo referência ao termo “*creeping expropriation*”, concluindo que a mesma é composta por vários elementos, nenhum dos quais pode - separadamente - constituir o erro internacional. Esses elementos constituintes incluem falta de pagamento, não reembolso, cancelamento, negação de acesso judicial, prática real de exclusão, tratamento inconforme, bloqueios legais inconsistentes e assim por diante, de modo que esse não era o caso.

4.2 Análise da consistência do termo “expropriação indireta”

A análise dos significados dados à expropriação indireta nos casos referenciados neste trabalho nos possibilita tirar algumas conclusões. Em primeiro lugar encontramos uma incoerência em relação ao termo em duas sentenças distintas. Na sentença do caso de número seis, *Metalclad Vs México*, os árbitros traçam uma definição a partir do artigo 1.110° da legislação do NAFTA, delimitando a configuração da expropriação indireta a ocorrência de uma interferência encoberta ou incidental no uso de propriedades que tenha o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou benefício econômico razoavelmente esperado da propriedade, mesmo que não necessariamente para o benefício óbvio do Estado anfitrião. Já na sentença do caso de número nove, *Eudoro Olguín Vs Paraguai*, os árbitros determinam que para que uma expropriação ocorra, é necessário que haja ações que possam ser consideradas razoavelmente apropriadas para produzir o efeito de privar a parte afetada da propriedade que possui, de forma que quem executa essas ações adquira, direta ou indiretamente, controle ou pelo menos os frutos da propriedade expropriada. A expropriação requer, portanto, uma ação guiada

teleologicamente para que ela ocorra; omissões, por mais notórias que sejam, não são suficientes para que esse fato seja caracterizado como expropriação.

Temos aqui uma clara divergência. Na sentença do sexto caso os árbitros dispõem que a configuração da expropriação indireta se dá mediante a privação do proprietário do benefício de seu investimento, mesmo que o Estado anfitrião não necessariamente se beneficie do ato expropriatório, enquanto na sentença do nono caso, a configuração desse instituto fica condicionada à aquisição do controle da propriedade ou ao menos de seus frutos de forma direta ou indireta pelo agente expropriante, ato guiado de forma teleológica ou seja, com o objetivo de obter vantagem. No primeiro caso em questão o Estado deve causar prejuízo ao investimento estrangeiro, independentemente de seu próprio benefício, enquanto no segundo esse benefício se faz necessário, juntamente com o dano ao investidor estrangeiro, para a configuração da expropriação indireta. O critério em referência aqui é o da apropriação estatal, aquele em que para que haja configuração da expropriação é necessário não somente o prejuízo ao investidor, mas a vantagem direta ou indireta do Estado, o agente expropriante. O sexto caso dispõe que esse critério é desnecessário à configuração de expropriação indireta enquanto o nono caso dispõe que esse critério é necessário a configuração do instituto. Ambos os casos reconhecem que o prejuízo ao investidor é critério necessário à configuração de expropriação indireta, porém os casos são não somente divergentes, mas contrários com relação ao critério da apropriação estatal. Isso constitui uma evidência da inconsistência jurisprudencial acerca da definição do termo no tribunal do ICSID.

4.3 Levantamentos estatísticos a partir do F.A.J.

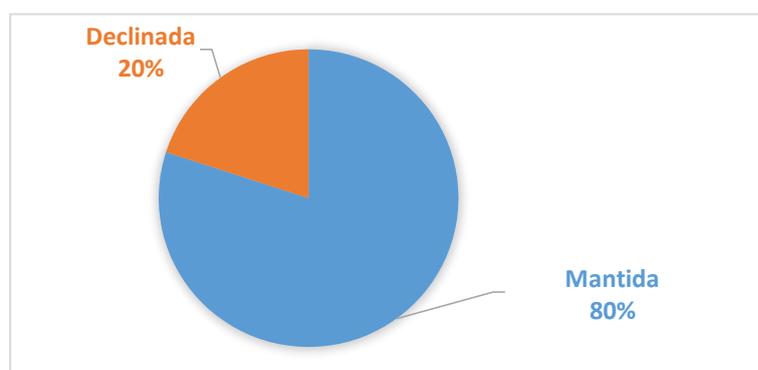
Sob outra perspectiva, pode-se apontar alguns índices com base no estudo dos casos e do preenchimento dos dados no Formulário de Análise Jurisprudencial em anexo, afim de produzir gráficos estatísticos sobre esses casos que vislumbrem uma série de aspectos que serão, agora, discutidos.

A análise acerca das decisões sobre a competência do tribunal pode ser observada no universo de casos objeto do presente estudo, de forma a possibilitar a diferenciação entre as decisões em que a competência foi mantida e as decisões em que foi declinada. Apesar de que em alguns dos casos houve

uma menção a inexistência de jurisdição, como o caso de número 4 (Tradex Hellas Vs Albânia), por exemplo, por conta da não configuração de expropriação conforme a lei aplicável aquele caso, ou o caso de número 7 (CAASA Vs Argentina), que menciona o não cumprimento de uma cláusula de eleição de foro, rejeitando a reivindicação arbitral, as decisões em que o tribunal declinou formalmente sua competência são 2 (terceira e décima decisões) apenas, enquanto as decisões em que o tribunal manteve sua jurisdição, são 8 das 10, conforme dispõe o gráfico a seguir.

Competência arbitral do ICSID:

Figura 2 Gráfico de competência arbitral do ICSID



Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

De acordo com as atuais classificações do FMI e da ONU acerca da classificação das nações por grandeza econômica em países desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos, 8 dos 10 casos arbitrais em análise foram iniciados por investidores provenientes de países desenvolvidos, enquanto 2 foram iniciados por investidores de países em desenvolvimento, enquanto países menos desenvolvidos não figuraram como origem de nenhum dos investidores dentre os casos analisados.

Da mesma forma pode-se perceber que entre os países destinatários de investimentos, dentro da amostragem estudada, todos eram países em desenvolvimento, conhecidos também como países emergentes, sendo que, como a porcentagem indicativa dessa categoria seria de 100%, não há necessidade de elaboração gráfica desse segundo levantamento estatístico (destino do investimento), somente do primeiro (origem do investidor).

Origem do investidor:

Figura 3 Gráfico de origem do investidor

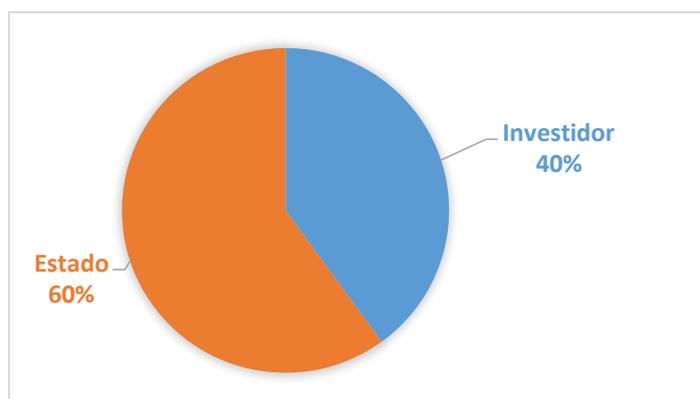


Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Além disso, podemos concluir também, que dentre os casos analisados, o tribunal concedeu a sentença favorável à parte Reclamante – o investidor estrangeiro – em 4 dos 10 casos, enquanto a parte Reclamada – o Estado receptor do investimento – teve sentença em seu favor em 6 dos 10 casos.

Sentença favorável:

Figura 4 Gráfico de sentença 1

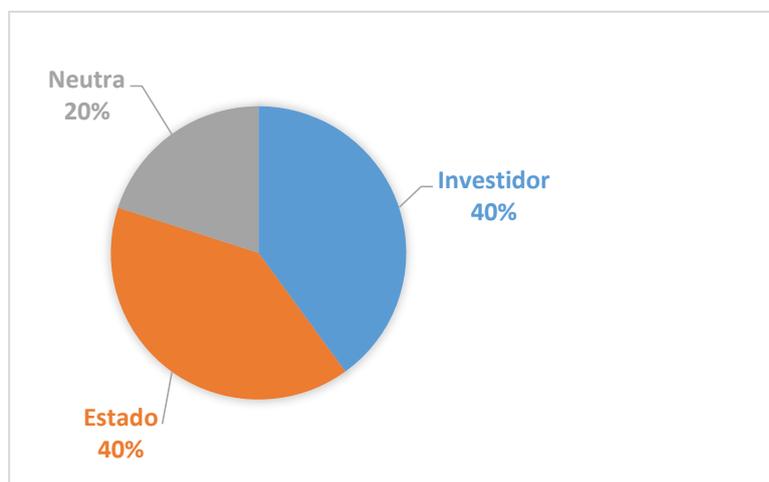


Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Essa conclusão, porém, parte do pressuposto de que as decisões que declinaram a competência do tribunal são favoráveis à parte Reclamada por não

haver condenção de indenização. Mas, se por outro lado, considerarmos que a decisão que declina a competência não favorece a nenhuma das partes, será necessária a elaboração de um novo gráfico:

Figura 5 Gráfico de sentença 2

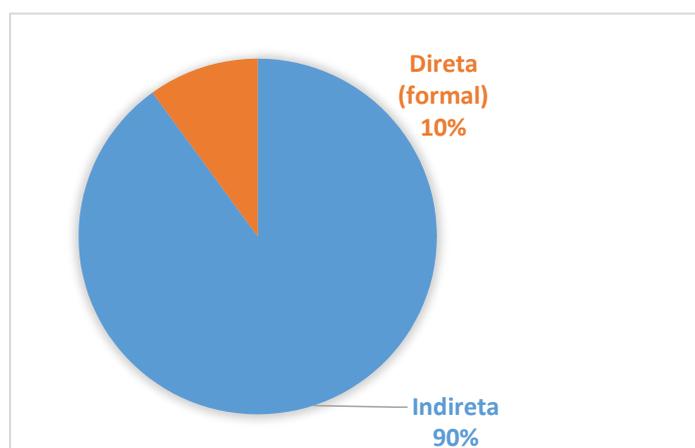


Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Dentre os casos podemos chamar a atenção para a diferença entre a demanda de casos com reivindicações de expropriação indireta e aqueles que dizem respeito à expropriação direta, legal ou formal. Somente um caso, dentre os analisados, diz respeito a essa última.

Tipo de expropriação alegada na demanda:

Figura 6 Gráfico do tipo de expropriação



Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Sob outra perspectiva, pode-se chamar à atenção os setores comerciais em que os investidores operavam. Diz-se o setor de “Alimentos” a agropecuária, criação de camarões e qualquer outra forma de produção de alimentos. O setor de “Tratamento de resíduos” diz respeito ao resíduos sólidos e tratamento de água, já “Turismo” e “Mineração” são literais.

Setores comerciais:

Figura 7 Gráfico de setores comerciais

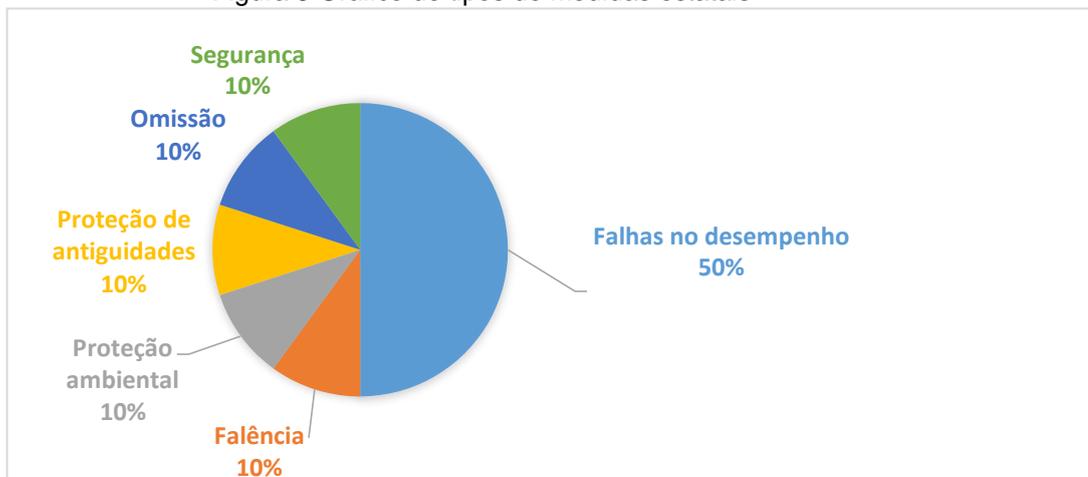


Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Pode-se apontar também a natureza da medida governamental que é supostamente expropriatória. As medidas em questão são diversas e para uma melhor visualização, considerou-se aqui que as medidas governamentais relacionadas à suspensão de direitos de arrendamento, ou medidas estatais com relação ao não cumprimento de contratos de concessão estarão abarcadas sob a categoria denominada “Falhas no desempenho”. Essa categoria diz respeito a cinco decisões: a de número três, VSPL Vs Gana; a de número seis, Metalclad Vs México; a de número sete, CAASA Vs Argentina; a de número oito, Robert Azinian Vs México e finalmente a decisão de número dez, Eudoro Olguín Vs Paraguai. As outras categorias contam com apenas uma decisão cada e elas dizem respeito a medidas de “Segurança” (nacional), a “Omissão” (diante de atos de violação de propriedade), a “Proteção de antiguidades” (ainda não descobertas), a “Proteção ambiental” (de populações de grandes felinos da fauna local) e a “Falência” (de instituição financeira estatal).

Medidas estatais questionadas relacionadas a:

Figura 8 Gráfico de tipos de medidas estatais

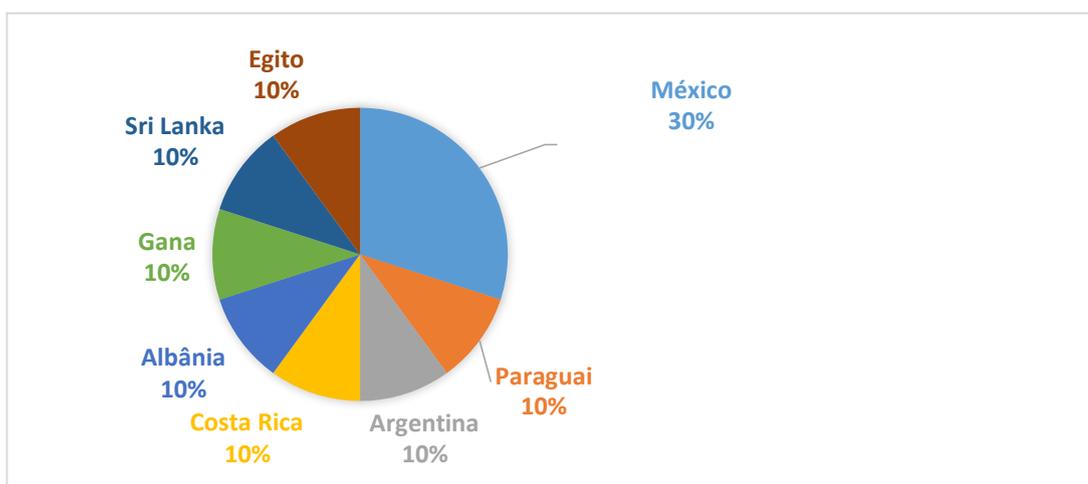


Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

É curioso constatar também que os Estados Unidos Mexicanos foram acionados em sede arbitral em três dos dez casos estudados. Todos os outros Estados contam com apenas um caso do universo amostral.

Destino do investimento por país:

Figura 9 Países destinatários do investimento

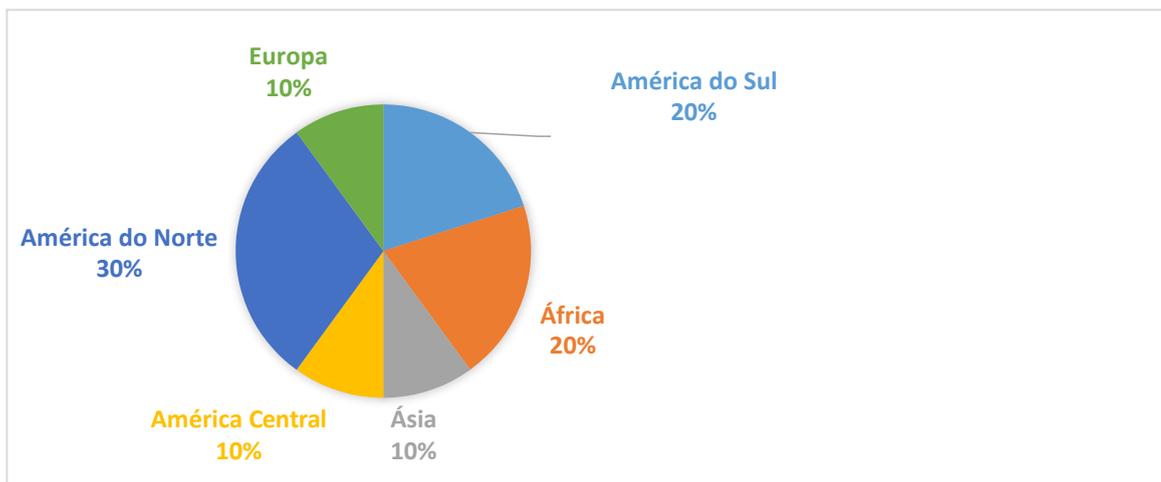


Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Por fim, pode-se utilizar da informação do gráfico anterior para elaborar um gráfico tendo como critério os continentes onde se encontram os países destinatários de investimentos.

Destino do investimento por continente:

Figura 10 Gráfico de continentes destinatários do investimento



Fonte: Elaborado pelo auto a partir dos dados da pesquisa.

Os levantamentos estatísticos aqui apresentados serão pormenorizados na conclusão do presente trabalho, que será explanada no sexto capítulo. Lá serão enumerados alguns dos indícios que esses levantamentos estatísticos trazem, quais afirmações ganham respaldo diante deles e como esses levantamentos podem, portanto, servir de fundamento para essas afirmações.

Já no próximo capítulo será abordada a maneira com a qual os países latino-americanos, em especial o Brasil, historicamente tem lidado com a temática do ISDS, seus desdobramentos e os novos modelos de acordos de investimentos.

5 História e relações dos países do hemisfério sul com os TBIs

Esse capítulo traz uma análise histórica da relação dos países do hemisfério sul com o sistema ISDS, a Convenção de Washington e o ICSID e será dividido em duas partes. A primeira parte tratará mais especificamente dos países sul americanos e suas respectivas experiências com o referido sistema. Na segunda parte será abordada a forma como o Brasil lidou com esse tema e como um novo cenário econômico influenciou um novo modelo de acordos de proteção de investimentos para o país.

5.1 América do Sul

Muitos países do hemisfério sul, face aos possíveis perigos representados pelos TBIs e pelo ISDS, encontram-se, atualmente, em processo de avaliar e revisar suas políticas de investimento. Embora para inúmeras nações em desenvolvimento o Investimento Estrangeiro Direto (IED) tenha se consolidado como importante fonte de capital necessário para o seu crescimento econômico, consequências nocivas dos TBIs têm ganhado cada vez mais a atenção dos Estados à medida em que compreendem também que tais tratados são apenas um dos muitos fatores que afetam as decisões das empresas potencialmente investidoras.

A África do Sul, por exemplo, iniciou nessa última década, um processo de revisão de todos os seus TBIs para ajustá-los de forma mais precisa às suas considerações de desenvolvimento, defendendo que um dos elementos mais fundamentais da soberania de um Estado é o seu direito e o seu dever de regular as atividades econômicas e seus atores no cenário mais amplo de interesse público e que a promoção e a proteção do investimento não devem ser perseguidas em detrimento de outros objetivos estratégicos da política. Essa mesma compreensão do perigo dos TBIs, foi a principal causa política do Brasil não ter ratificado os tratados firmados, apesar de representar um dos maiores receptores de investimento direto estrangeiro na América Latina. Países da América do Sul seguem na mesma tendência. Em 2007 a Bolívia se retirou do ICSID, uma objeção fundamental para isso foi o fato de que o tribunal permite que as multinacionais iniciem acusações contra governos (inclusive pela "perda"

de ganhos futuros), mas não permite que os governos tomem medidas contra multinacionais. O presidente da Bolívia à época, Evo Morales, motivou sua decisão dizendo: "(Nós) rejeitamos enfaticamente a pressão legal, da mídia e diplomática de algumas multinacionais que... resistem às decisões soberanas dos países, fazendo ameaças e iniciando ações em arbitragem internacional (KNOTTNERUS, 2011) ".

De acordo com o pesquisador Daniel Ricardo Castelan em seu trabalho "Acordos de investimento na América do Sul", a participação da América do Sul em tratados de investimentos bilaterais é mais recente do que na Europa, tendo sido o primeiro tratado celebrado em 1968, entre Equador e Suíça. Até 1990 haviam sido assinados apenas dez acordos desse tipo. Durante essa década (1990), as condições econômicas no continente contribuíram para a adoção de 222 compromissos dessa natureza, quase a totalidade dos que vigoram atualmente. Alguns governos latino americanos viram nos tratados de investimentos bilaterais, durante essa década, uma forma de reduzir os riscos políticos aos investidores através de cláusulas que lhes garantiam a livre transferência de capital, a defesa dos direitos de propriedade e regras para a solução de controvérsias. O Brasil, de acordo com a UNCTADSTAT (United Nations Conference on Trade And Development Statistics), assinou 14 acordos nos anos 90, porém esses tratados acabaram não sendo ratificados pelo Congresso.

A crise do endividamento dos anos 80, juntamente com as crises referentes ao comércio do petróleo nos anos 70 afetaram profundamente as políticas de desenvolvimento econômico adotadas nas décadas de 60 e começo da década de 70 por países latino-americanos. Essas políticas se norteavam por meio de práticas de proteção temporária dos mercados internos contra a importação de bens estrangeiros com o objetivo de proteger a frágil e recente indústria interna. Ao mesmo tempo, se endividavam com países desenvolvidos, buscando recursos financeiros para promover investimentos em educação e infraestrutura, como também nos setores de transporte, energia e comunicações. As políticas radicalmente mais liberais do que no passado, adotadas através de um processo relativamente gradual no Reino Unido e nos Estados Unidos a partir de 1979 e 1980, respectivamente, passaram a ser vistas como alternativas aceitáveis ao estado de bem-estar social e ao estado

desenvolvimentista, do ponto de vista ideológico e com a queda do muro de Berlim em 1989 e a dissolução da União Soviética em 1992, essas tendências neoliberais passaram à posição de discurso dominante provocando importantes mudanças na América Latina (COSTA, 2006, p. 61-62).

Nesse contexto, Brasil e Argentina começam, em 1986, a elaboração de um acordo para a criação de um tratado de livre comércio entre ambos os países. A fim de evitar ficarem isolados, por iniciativa do Paraguai e do Uruguai, foram propostas as negociações que culminariam, 5 anos depois, em março de 1991, na assinatura do Tratado de Assunção, criando o Mercado Comum do Sul, o Mercosul. A indicação de sua finalidade é a formação de um mercado comum com a livre circulação de mercadorias, capitais e pessoas, com liberdade de estabelecimento, mas caminha no sentido à formação de uma união aduaneira, com a livre circulação de mercadorias e tarifa externa comum. Dessa forma, o contexto de formação do Mercosul foi fortemente marcado por tendências de liberalização, envolvendo medidas de desregulamentação, ajustes financeiros, privatizações e eliminação de barreiras comerciais em várias medidas pelos governos dos quatro países. Dentro desse contexto liberalizador, o bloco econômico serve aos propósitos de auxiliar num processo de integração regional, pautado em moldes livre-cambistas, como forma de promover a inserção internacional e de fornecer uma alternativa intermediária para aberturas unilaterais ao comércio internacional, ao mesmo tempo em que oferece proteção à indústria dos países membros que talvez não sobrevivessem a uma abertura unilateral ao comércio internacional.

Esse contexto histórico serviu como solo fértil em termos ideológicos (neoliberais) para os países do bloco e muitos outros países latino-americanos começarem a se engajar na prática comercial e jurídica internacional em busca de investimento estrangeiro. A busca do IED é um importante fator para o desenvolvimento dos países. Estudos (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2003) apontam que ele permite a transferência de tecnologia, auxilia a formação de capital humano, contribui para a integração do Estado receptor ao comércio internacional, ajuda a criar um ambiente de negócios mais competitivo e melhora o desenvolvimento de empresas, contribuindo, em tese, para um crescimento econômico que combata a pobreza nos países em desenvolvimento.

Por esse, dentre outros motivos, a década de 90 foi o momento de maior expansão de TBIs na América Latina, que tradicionalmente não tem grande estima por esse tipo de tratado. A pressão diplomática exercida por países proponentes desses acordos, assim como a pressão por parte de *networks* de governança econômica global, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial que condicionavam a concessão de auxílio financeiro à adesão de tratados desse calibre, foram fatores que influenciaram significativamente esse cenário. É curioso notar que a narrativa pró-ISDS sugere que os países em desenvolvimento, sediadores de investimentos é que deveriam buscar esse tipo de tratado a fim de atrair investimentos para o território nacional, no entanto essa pressão anteriormente mencionada sugere que quem tem mais interesse nos APIs com ISDS são os países sede dos investidores. Isso dá uma margem para a indagação a quem esses tratados realmente são mais benéficos.

Assim, muitos países Sul-Americanos aderiram à Convenção de Washington. No final da década de 90, os TBIs entre países desenvolvidos e em desenvolvimento representavam apenas 40% do total de acordos, em contraste com o final da década anterior em que o mesmo tipo de acordo representava cerca de 68%. Os TBIs entre países em desenvolvimento passaram de 44 em 1990 para 653 em julho de 2004, representando 28% do total desses acordos (COSTA, 2006, p. 71) na época. A Argentina que tinha assinado e ratificado dezenas de TBIs, teve uma difícil experiência depois da crise cambial de 2000 e 2001, em que se tornou parte do polo passivo em mais de trinta demandas arbitrais no ICSID. A maioria das disputas contra o país se iniciou entre 2002 e 2004 em função da chamada política de “pesificação” adotada em 2002 como pacote econômico em resposta à crise, em que se converteram dívidas e saldos das contas bancárias em dólar para peso a uma paridade definida pelo governo e, posteriormente, eliminou o regime de câmbio fixo (CASTELAN, 2012, p. 84), medida que foi desfavorável e no sentido contrário a vários compromissos internacionais firmados em TBIs, levando à reclamações junto ao tribunal. Esse processo causou um trauma significativo nos argentinos no que se refere aos acordos de proteção e promoção de investimentos e ao sistema do ISDS, sendo as arbitragens do ICSID constantemente criticadas na imprensa nacional daquele país como resultantes de concessões abusivas (COSTA, 2006, p. 74), exemplo disso foi o já supracitado caso Suez and Vivendi v. Argentina, em que

dois⁵ TBIs foram utilizados como base legal para contestar medidas governamentais acerca de uma concessão de tratamento e distribuição de água em que o tribunal decidiu em favor dos investidores condenando o Estado argentino ao pagamento de uma indenização no valor de US \$ 383.600.000 (trezentos e oitenta e três milhões e seiscentos mil dólares).

Outros países Sul-Americanos que foram alvos de quantidades significativas de demandas arbitrais foram Venezuela e Equador frente ao avanço das nacionalizações da década de 2000. Isso motivou os governos a denunciarem o convênio do órgão, Equador em 2009 e Venezuela em 2012. A Venezuela alegou que “havia atuado com o objetivo de proteger o direito do povo venezuelano a decidir as orientações estratégicas da vida econômica e social da nação, retirando-o de uma jurisdição internacional que julgou 232 vezes a favor dos interesses transnacionais, entre as 234 que conheceu ao largo de sua história (CASTELAN, 2012, p. 84-86)”. As principais medidas de nacionalização no Equador se iniciaram após a aprovação da Lei de Hidrocarbonetos pelo congresso daquele país em 2006, segundo a UNCTAD e do Observatório Político Sul-Americano (OPSA). A lei definiu que a participação do Estado no faturamento da exploração de petróleo que excedesse o acordado nos contratos de partilha seria elevada de 50% para 99%. Isso culminou, em 2010, na renegociação entre o governo e empresas privadas sobre a substituição dos contratos de partilha então vigentes na exploração de petróleo para contratos de prestação de serviço, levando, segundo informações do jornal *El Comercio*, à renegociação de 33 contratos com empresas, inclusive com a Petrobras, o que acarretou em processos arbitrais iniciados por investidores contra o governo.

Bolívia e Peru também não se safaram. Em 2006 a Bolívia iniciou as nacionalizações no setor de hidrocarbonetos, quando, em resposta as privatizações do governo de Hugo Bánzer (1997-2001), seis refinarias foram estatizadas pelo novo governo. No mesmo ano, ocorreram estatizações no setor de geração de energia. Em 2008, a nacionalização do setor de cimentos, controlado por multinacionais mexicanas teve início e em 2010, o então presidente Evo Morales decretou a compra forçada de ações da Fábrica

⁵ FRANCE and ARGENTINA, Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments (1991); AGREEMENT BETWEEN THE ARGENTINE REPUBLIC AND THE KINGDOM OF SPAIN ON THE RECIPROCAL PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENTS (1991)

Nacional de Cimentos, do Departamento de Chuquisaca, em que investidores mexicanos detinham 47% do capital da empresa. O país deixou o ICSID no começo do processo de nacionalização, por isso existiram poucas demandas. O Ministério de Transportes e Comunicações do Peru definiu que, para candidatarem-se para concessões em infraestrutura portuária, empresas estrangeiras deveriam associar-se à Empresa Nacional de Puertos (ENAPU)⁶, o que levou a demandas da mesma forma. Nesses países, marcos regulatórios frágeis, adotados às pressas em momentos de crise fiscal, durante os anos 1990, para atrair investidores para os programas de privatização, sofreram redefinições e não impediram as nacionalizações promovidas na região, “mas definiram um marco legal para que disputas fossem levadas à arbitragem internacional”. (CASTELAN, 2012).

Chegada a crise de 2008, ocorreram mudanças significativas nos fluxos globais de IED e os países em desenvolvimento ganharam destaque na atratividade de investimentos externos. Nas duas décadas anteriores à mencionada crise, entre 1988 e 2007, apenas 28,9% do IED foi promovido em países em desenvolvimento, ao passo que em 2010 esses mesmos países receberam uma quantidade de investimentos externos equivalente a 47,1% da amostragem total, se equiparando aos 47,2% recebidos por países desenvolvidos (CASTELAN, 2012).

No mesmo sentido, a partir do começo da década de 2000 os residentes de países em desenvolvimento começaram a aumentar, significativamente, o fluxo de investimentos no exterior. Com a crise, essa tendência se acentuou e o Brasil, por exemplo, segundo dados da UNCTADSTAT (2012), tinha estoque de IED no exterior no valor de US \$ 54.800.000.000 (cinquenta e quatro bilhões e oitocentos milhões de dólares) em 2003 e cresceu para US \$ 202.600.000.000 (duzentos e dois bilhões e seiscentos milhões de dólares) em 2011. Se nos 20 anos que antecederam a crise a participação desses investidores havia sido em média de 11,5%, após considerável aumento, em 2010, a participação de residentes de países em desenvolvimento chegou a representar 27,5% do IED, sendo a China a principal responsável por esse aumento significativo de fluxo.

⁶Decreto Supremo, no 019-2010-MTC (UNCTAD, 2012a, p. 4-5).

Segundo os dados da UNCTADSTAT (2012), em 2010 cerca de 17% do investimento externo realizado por países em desenvolvimento foi feito pela China, em contraste com o investimento brasileiro e indiano de 3% cada. Pode-se dizer que o país asiático se tornou o mais importante investidor externo entre os países em desenvolvimento, graças à capacidade dos chineses de criarem novos padrões que possam ser mais vantajosos para firmar-se os TBIs.

Em alguns desses tratados recentemente firmados pelos chineses com países Sul-Americanos, as transferências estão sujeitas à leis e regulamentos domésticos, o compromisso de conversão é condicionado às leis domésticas, e não o contrário como é feito pelos Estados Unidos em que as condições de transferência e conversão são estipuladas pelo tratado de forma quase impositiva. Isso é mais atraente para países receptores de investimentos, porém existem medidas desvantajosas no modelo chinês quando comparado ao dos EUA. Um exemplo é que a China, por sua vez, não se compromete em seus acordos a conceder tratamento nacional a investimentos estrangeiros, ou seja, cláusulas que garantam que investidores e investimentos das partes contratantes recebam tratamento igual ao dispensado pelos governos a seus próprios nacionais. Os americanos, geralmente, defendem a adoção de tratamento nacional, porém elencam listas de setores para os quais o tratamento nacional não se aplica. Eles o fazem, com o objetivo de usar as exceções contidas nessas listas como forma de barganha para conseguirem acesso a setores importantes, como por exemplo o da mineração.

A postura do país pode ser bem agressiva quando se trata da proposição de cláusulas em TBIs. Um exemplo disso são as chamadas “cláusulas de programas de conversão *debt-equity*” em que preveem que créditos dos Estados Unidos com o governo do país hospedeiro, ou seja, dívidas com o Tesouro norte-americano, possam ser convertidos em participações de empresas nacionais dos Estados Unidos em empresas domésticas daquele país hospedeiro, promovendo assim, uma forma de apropriação de empresas sem aporte de capital pela conversão de dívidas. Essa postura é bem diferente da postura adotada por outros países que promovem programas de perdão de dívidas para Países de Menor Desenvolvimento Relativo (PMDR), como por exemplo as autorizações do Senado brasileiro para a renegociação e perdão de dívidas de países africanos (Senado Federal, 2016), ou o cancelamento de dívida para os

países mais endividados no orçamento francês (Euractiv, 2015) de 2014, chegando ao valor de €1.790.000.000 (um bilhão e setecentos e noventa milhões de Euros).

Apesar de não ter ratificado nenhum dos 14⁷ tratados assinados nos anos 90, o Brasil é a única exceção no Mercosul ao passo que todos os outros membros firmaram e ratificaram esse tipo de acordo. Dentro do próprio Mercosul, já houve tentativas de estabelecer protocolos de promoção e proteção de investimentos estrangeiros: o “Protocolo de Colônia para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos”, que tinha por objeto a promoção e proteção de investimentos intra-regionais e o “Protocolo de Buenos Aires” sobre a promoção e proteção de investimentos provenientes de Estados Não-Partes do Mercosul. Ambos os acordos foram firmados em 1994, mas não entraram em vigor, porém o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-MERCOSUL, assinado em Buenos Aires, em 7 de abril de 2017, entrou em vigor no dia 30 de julho de 2019 (Itamaraty,2019). O Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos busca criar um arcabouço jurídico para favorecer o fluxo de investimentos intra-bloco e prover segurança jurídica para os investidores estrangeiros contra os chamados riscos não comerciais (Câmara dos Deputados, 2018), tendo em vista o fracasso dos dois protocolos de 1994.

5.2 A relação Brasileira com os APIs e o ICSID

A experiência do Brasil com os acordos de proteção de investimentos internacionais, que tem ganhado novo direcionamento nos últimos anos, começa

⁷ ICSID. World Bank Group. Database of Bilateral Investment Treaties:

1. Brasil-Finlândia 29 de março de 1995
2. Brasil-Reino Unido de 19 de julho de 1994
3. Brasil-Suíça de 11 de novembro de 1994.
4. Brasil-Portugal de 09 de fevereiro de 1994
5. Brasil-Bélgica e Luxemburgo de 06 de janeiro de 1999
6. Brasil-Chile de 22 de março de 1994
7. Brasil-Cuba de 26 de junho de 1997
8. Brasil-Dinamarca de 04 de maio de 1995
9. Brasil-Venezuela de 04 de julho de 1995
10. Brasil-França de 21 de março de 1995
11. Brasil-Alemanha de 21 de setembro de 1995
12. Brasil-Itália de 03 de abril de 1995
13. Brasil-Coréia do Sul 01 de setembro de 1995
14. Brasil-Países Baixos de 25 de novembro de 1998

há algumas décadas. A primeira vez que o assunto chegou a ser examinado no Congresso Nacional foi na década de 1960, durante a criação do tratado de Washington, quando o sistema de solução de controvérsias (ISDS), que estava sendo implementado, foi considerado como um sistema discriminatório contra os investidores nacionais por parte da classe política brasileira à época. Ora, investidores estrangeiros poderiam, além de recorrer ao judiciário brasileiro, ter também o direito – caso tais compromissos fossem assumidos pelo governo brasileiro – de recorrer à arbitragem internacional do ICSID. Além disso, mesmo naquela época em que os acordos começaram a ser criados e as arbitragens eram pouco acionadas, os brasileiros já vislumbravam a possibilidade dos acordos de investimentos ensejarem limitações ou dificuldades para o desenvolvimento de políticas em diferentes áreas, diante da possibilidade do investidor questionar o Estado em sede de arbitragem internacional. O tema voltou a ser discutido novamente durante os anos de 1990, quando a América Latina estava passando pela onda de liberalização que já foi discutida previamente, e o Brasil chegou a assinar quatorze TBIs com as cláusulas ISDS, expropriação indireta e outros dispositivos tradicionais, porém eles não foram aprovados no Congresso Nacional. Os parlamentares viram ressuscitados todos os pontos da discussão da década 1960, além de novos pontos específicos como por exemplo o fato de que a “nova” Constituição brasileira de 1988, desautoriza que a desapropriação para reformas agrária e urbana sejam feitas mediante pagamento efetivo, e sim através de títulos da dívida pública, essa desautorização contraria as típicas cláusulas expropriatórias dos TBIs, que preveem pronto e adequado pagamento efetivo em caso de desapropriação.

O Embaixador Carlos Marcio Bicalho Cozendey explica em sua participação no trabalho “Acordos de Investimentos à Brasileira” de 2015, como certas questões impediram a ratificação dos tratados da década de 1990 pelos parlamentares:

“Fora esses pontos mais específicos, os dois grandes pontos são os mesmos da década de 1960, ou seja, discriminação contra o investidor nacional e o fato de que com o instituto da indenização por expropriação indireta, abria-se o flanco para o questionamento de qualquer tipo de política regulatória. A qualquer momento, o investidor poderia considerar que uma nova medida ambiental, social, regulatória, frustraria a sua expectativa de lucro e que, portanto, ele deveria ser indenizado por ter sido expropriado indiretamente. Claro

que, na origem, a expropriação indireta visava apenas evitar a fraude: o Estado, em vez de expropriar diretamente, criaria outro tipo de medida, para expropriar o investidor sem dizer que estava expropriando, e sem ter que pagar. Só que isso foi feito com base em conceitos vagos, que foram aproveitados pelos investidores para entrar com casos de solução de controvérsia cada vez mais ousados em termos de questionamento das políticas nacionais”.

(COZENDEY, 2015, p. 14)

Os receios expressados pelos parlamentares brasileiros à época provaram-se fundados afinal, tendo em vista os diversos casos de questionamentos de políticas nacionais de cunho social, ambiental, de saúde, referente a direitos humanos, etc, como já foram anteriormente citados nesse trabalho. Outro relevante motivo que levou à retirada desses acordos do Congresso foi a conclusão acerca da qual um grupo de trabalho intergovernamental chegou, de que os investimentos estrangeiros, devido ao grande mercado interno brasileiro e a estabilidade da legislação, já estavam vindo para o Brasil, não sendo necessários esses acordos para atraí-los. Na verdade, a ideia de que são necessários TBIs para atrair investimentos estrangeiros já vem sendo questionada (PICARD, 2015, p. 24) uma vez que o Brasil se converteu no maior receptor de IED da América Latina sem tais tipos de acordo. O mesmo pôde ser observado acerca dos investimentos na e da União Europeia, que esses tratados não são determinantes para se atrair investimentos. O México, por exemplo, com apenas um tratado de livre comércio e um TBI com a União Europeia, foi até 1998, o maior receptor de IED daquela União, perdendo o posto nesse mesmo ano para o Brasil que não detinha nem um nem o outro tipo de tratado com os europeus. A assinatura de tais tratados e de outros semelhantes parece não ter permitido ao México recuperar a posição dianteira na região (PICARD, 2014). No mesmo sentido, temos o exemplo do Equador, que apesar de ter 26 TBIs vigentes em 2015, tinha a maior parte do IED advindo de países com os quais não tem acordos firmados, apontando no sentido de que TBIs não necessariamente atraem investimentos.

Porém como já foi mencionado, durante a década de 2000 e após a crise de 2008, países em desenvolvimento começaram a representar uma porcentagem cada vez maior de investidores em mercados estrangeiros. As empresas brasileiras passaram a investir, operar e criar infraestrutura no exterior (Confederação Nacional da Indústria, 2019; G1 O portal de notícias da Globo,

2013 e 2018; Money Times, 2019) e ressurgiu o interesse por parte de investidores brasileiros (EXAME, 2018) de retomar a discussão acerca de acordos de proteção e promoção de investimentos, não somente como forma de atraí-los, mas de proteger as empresas brasileiras no exterior. Esse cenário tem exigido uma nova reflexão do governo nos últimos anos para a elaboração de novos modelos de acordos de investimentos que levem em conta as preocupações levantadas nos anos anteriores, a fim de que surja um modelo mais equilibrado com relação a direitos e obrigações entre Estado e investidor, que não só proteja, mas promova investimentos, que evite esse tipo de questionamento abusivo de políticas regulatórias e que proponha, também, um modelo de solução de controvérsias que não instigue a litigância dos enormes departamentos jurídicos das grandes transnacionais.

Essa reflexão, que tentou, até determinados limites, criar um modelo de acordo de investimentos que proporcionasse condições para que o investimento estrangeiro promovesse o desenvolvimento e ajudasse nas soluções sem trazer problemas, culminou numa nova modalidade de acordo, que já foi pactuada entre o governo brasileiro e Angola, Colômbia, Maláui, México e Moçambique (COZENDEY, 2015, p.15-16). Cada um desses acordos tem uma história própria de negociações, o Brasil não impôs modelo fechado para nenhum dos países, todos têm suas peculiaridades e variações. Tais acordos contém as cláusulas de “tratamento nacional”, ou seja, o investidor estrangeiro deve ser tratado da mesma maneira com que se trata o investidor doméstico; de “nação mais favorecida”, ou seja, o investidor estrangeiro vai receber o tratamento da mesma maneira com que é prestado o melhor tratamento à países terceiros; e “cláusula de expropriação direta”, cobrindo apenas investimentos diretos (IED), não sendo protegidos investimentos de curto prazo ou de portfólio.

Com relação à solução de controvérsias os acordos preveem a atuação do chamado “Comitê Conjunto” que prevê a participação de membros da sociedade civil, de empresas e de comunidades afetadas para a criação de um espaço institucional de discussão e de manifestação de interesse das diferentes partes, de acordo com a vontade dos Estados. Além disso, ele busca não somente desenvolver atividades relacionadas à promoção de investimento, como também prevenir controvérsias, representando um espaço para que os governos possam tentar resolver a questão de maneira amistosa. Caso os

investidores acreditem estarem sendo discriminados, sua queixa deverá ser encaminhada para um exercício de prevenção de controvérsias e se esta falhar, em última instância haverá a previsão de uma solução de controvérsias arbitral. Porém, diferentemente do modelo do ISDS, a arbitragem pode ser acionada somente entre Estados, e não por um investidor. Esta é uma forma de impedir litígios, uma vez que a causa deve passar por um filtro discricionário político dos governos signatários do acordo, levando-se em consideração questões como a relevância econômica do valor da discriminação, como os possíveis custos legais da causa em comparação com esse valor, se realmente houve essa discriminação, se o investidor nacional é um aliado político, se vale a pena criar a controvérsia com o outro governo signatário, pois “os Estados só iniciam um processo quando há uma consistente fundamentação legal e um interesse econômico suficientemente importante para que venha a assumir essa causa” (COZENDEY, 2015).

Portanto, o modelo de acordo brasileiro não cobre a expropriação indireta, excluindo dessa forma, grande parte das questões debatidas acerca dos impactos dos APPIs, dando segurança para os países membros na criação de qualquer legislação ambiental, social e regulatória, podendo-se introduzir exigências e restrições ao investidor externo e seu investimento, desde que tais exigências e restrições não sejam discriminatórias. “Foi adotada uma solução radical em relação ao problema da interferência na gestão de políticas públicas, pois simplesmente elimina a possibilidade de indenização por expropriação indireta”, conforme explica o Embaixador (COZENDEY, 2015, p. 17).

Apesar das disposições sobre expropriação indireta não constituírem, formalmente, uma interferência na gestão de políticas públicas, elas criam receios acerca da possibilidade de demanda do setor privado, diminuindo a discricionariedade política do Estado na gestão de medidas regulatórias o que materialmente representa uma interferência, mesmo que de forma indireta, na gestão dessas políticas. Essa é uma das principais críticas ao modelo ISDS e representou um dos motivos pelo qual o Estado brasileiro buscou outras alternativas.

Outro marco no modelo brasileiro que difere dos modelos adotados pelos TBIs são as cláusulas de responsabilidade social-corporativa, que propõem que os investidores façam os melhores esforços para cumprir pontos específicos da

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), além da legislação normal. Essas cláusulas de melhores esforços são, porém, recomendatórias, seu cumprimento não é obrigatório, característica que foi alvo de muitas críticas por representantes da sociedade civil, críticas estas que ainda serão, oportunamente, tratadas no presente trabalho. Fora isso, outras críticas dizem respeito ao fato de não haver qualquer menção aos “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” e às questões do “Financiamento do Desenvolvimento” no acordo.

O novo modelo de acordo prevê que a solução de controvérsias deve acontecer entre os Estados (não entre investidor e Estado) e mediante a adoção de uma medida que, na defesa de interesses privados, contraria uma regra do acordo por um dos países signatários, conforme a Solução de Controvérsias da OMC entre Estados. O objetivo é corrigir uma discriminação para com o investidor estrangeiro, porém sem a previsão de indenizações, o árbitro determina que a legislação que descumpra o acordo deverá ser corrigida. No caso da expropriação direta pode haver divergência sobre o valor de indenização. A arbitragem internacional foi tratada de maneira muito genérica nos acordos com Angola e Moçambique, tendo em vista que nesses casos os investidores eram empresas brasileiras. Foi no acordo com o México que esse tema foi aprofundado. Nele está previsto que ambas as partes, se de acordo estiverem, podem requerer à arbitragem para decidir sobre o valor da indenização, evitando assim a necessidade de se recorrer ao judiciário, no qual os processos são demasiado morosos, resolvendo-se assim a questão através de um processo administrativo mais célere.

A chancelaria brasileira chama de “novo marco” para negociações de acordos em matéria de investimentos, várias dessas medidas que buscam divergir das cláusulas padrão dominantes nos TBIs, que resultaram nos chamados “Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos” (ACFIs) com Angola, Colômbia, Maláui, México e Moçambique. Fora o Brasil, já existiram tentativas por parte de outros países de negociar acordos de investimento sob diferentes parâmetros, como por exemplo o “Tratado de Investimentos da Associação de Nações do Sudeste Asiático” (ASEAN) de 2011, o projeto de tratado-modelo para a região África do Sul e os modelos indianos. Outros países tais como Bolívia, Equador e Venezuela, como já foi dito, tomaram medidas

muito mais audazes contra o sistema do ISDS e saíram do ICSID, revisando ou denunciando TBIs vigentes. O motivo particular que leva os brasileiros a buscar alternativas no tema de acordos sobre investimentos é o de proteger as empresas brasileiras no exterior, uma vez que o país não somente se converteu no principal receptor de IED da região, como também se tornou o principal investidor externo da América Latina, quase dobrando sua quantidade de investimentos em menos de cinco anos. Vale lembrar que esse modelo brasileiro foi gestado em um contexto político, econômico e ideológico muito diferente do contexto atual. A tendência, tendo em vista o entusiasmo pró-mercado do atual governo, é que próximos APIs, se firmados forem, não vislumbrem esses aprimoramentos.

Apesar do resultado obtido nos ACFIs que o Brasil firmou, mesmo trazendo novidades que diminuem os impactos prejudiciais em muitos pontos, muitos representantes da sociedade civil, dos direitos humanos e do meio ambiente acreditam que o modelo trazido ainda não representa o modelo pelo qual eles têm lutado nas últimas décadas. Representantes tais como o Grupo de Trabalho sobre investimentos das Américas, a Rede Mexicana de Ação Frente ao Livre Comércio, a Associação Latino-Americana de Micro, Pequenas e Médias Empresas entre outros grupos, alguns dos quais estiveram na frente de luta contra tratados de livre-comércio, acreditam que os objetivos de tratados internacionais acerca de investimentos devem ser mais amplos e distintos dos ACFIs recentemente firmados pelo Brasil, abarcando cláusulas tais como:

- a) Efetivar a supremacia dos direitos humanos sobre os direitos comerciais.
 - b) Conservar as capacidades regulatórias soberanas do Estado.
 - c) Que tenham efeitos positivos sobre o Bem Viver, adotando uma política integral que garanta menos a proteção do investimento e mais os direitos humanos, incluindo os direitos das comunidades originárias, os direitos da natureza, os direitos do trabalho e outros interesses sociais;
 - d) Assegurar a capacidade de impor obrigações e/ou requisitos de desempenho vinculantes aos investidores e seus investimentos.
 - e) Acabar com a disparidade de que apenas as empresas podem acionar os Estados, e não o contrário.
 - f) Manter a capacidade soberana dos Estados para implementar legislação e políticas públicas para evitar fuga de capitais.
 - g) Restringir as possibilidades de interpretações abusivas ou extensivas das cláusulas do tratado.
- (PICARD, 2015, p. 38-41)

Dessa forma o objetivo do tratado para tais grupos (PICARD, 2015, p.38-41) não deve ser atrair investimentos indiscriminadamente, dando proteções e garantias, mas sim permitir que os Estados possam selecionar os investimentos que melhor atendam aos anseios de idoneidade, desenvolvimento social, respeito aos marcos regulatórios ambientais e referentes à saúde e ao bem-estar social e que não tragam problemas e dificuldades para a concretização desses objetivos. É certo que os ACFIs assinados pelo Brasil trazem mudanças substanciais com relação aos TBIs clássicos, por exemplo, restringem os investimentos abrangidos pelo acordo – excluindo os acordos de natureza especulativa –, limitam a retroatividade para investimentos anteriores ao acordo, excluem a “expropriação indireta”, dão liberdade para promover medidas regulatórias no setor financeiro, criam instituições para auxiliar na promoção de investimentos considerados convenientes ao país e que estejam de acordo com o plano de desenvolvimento nacional e, por fim, restringem algumas de suas cláusulas como forma de salvaguarda. As propostas dos mencionados grupos são, porém, diferentes. Elas vão além, propõem que se imponham obrigações e não simplesmente que se protejam os investimentos, que as cláusulas visem preservar a capacidade regulatória de impor obrigações aos investidores e mecanismos para garantir o devido cumprimento. Defendem que as cláusulas de tratamento nacional não devam ser aplicadas, pois deve-se proteger quem é “pequeno e frágil”, deve-se discriminar e não tratar com igualdade aqueles que são desiguais, tendo em vista a capacidade de grandes transnacionais quando comparadas aos pequenos empresários nacionais. Da mesma forma, a cláusula de nação mais favorecida deve ser delimitada ou excluída por completo uma vez que deixará mais tangível os processos de integração regional e favorecimento de alianças geopolíticas.

Esses grupos ainda propõem que os países devam manter a capacidade soberana de desenvolvimento de políticas públicas e políticas de fomento à indústria nacional para impulsionar um desenvolvimento justo e sustentável. Além do mais, as propostas visam manter a capacidade de regular o fluxo de capitais e prover mecanismos a fim de evitar a especulação contra a moeda nacional. Os ACFIs assinados pelo Brasil representam um avanço em relação aos TBIS clássicos, mas ainda estão longe dos anseios de padrões de tratados de investimentos visados pelos referidos representantes da sociedade civil. As

propostas são muitas, porém a materialização desses objetivos representa um grande desafio jurídico uma vez que elas violam várias das normas do direito internacional vigente.

Como podemos perceber, o cenário tende a mudar nos próximos anos com a crescente participação da China na região e à medida em que o Brasil vai lentamente se engajando nessa prática que envolve uma nova forma de disputa arbitral internacional, já que a América do Sul é o espaço onde a exportação do capital brasileiro tem ocorrido com maior intensidade (CASTELAN, 2012, p. 77). Diante desse fenômeno, juristas brasileiros estão passando a lidar com problemas acerca da jurisprudência internacional. Apesar dos recentes tratados brasileiros não vislumbrarem a possibilidade de utilização do instituto da “expropriação indireta”, faz-se necessário um estudo acerca da construção jurisprudencial do ICSID referente a esse termo, com o objetivo de lançar luz em uma área sombria em termos de definição jurídica dentro do contexto arbitral internacional. Esse é o objetivo central do presente trabalho.

O próximo capítulo tratará das conclusões levantadas a partir da presente monografia. Tratará de sintetizar as ideias apresentadas ao longo do trabalho, do estudo jurisprudencial dos casos, da consistência terminológica acerca de expropriação indireta e das deduções a partir do levantamento estatístico dos gráficos produzidos.

6. Conclusão

A prática da arbitragem no meio comercial internacional criou mecanismos que permitem ao setor privado levar demandas que ameaçam, ainda que de forma indireta, a liberdade regulatória plena e a discricionariedade estatal acerca da promoção de políticas de interesse social. A materialização desse fenômeno é possível sob a vigência de tratados bilaterais de investimentos e outros tipos de acordos de investimentos que contêm cláusulas arbitrais, as quais dispõem que investidores podem processar Estados por práticas discriminatórias, requerendo indenizações por atos expropriatórios dos governos dos países sediadores dos investimentos. Representantes da sociedade civil internacional, ativistas sociais, ativistas ambientais, defensores dos direitos humanos e ONGs vêm denunciando a natureza predatória dessa prática e suas graves consequências, sobretudo, para países considerados em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Muitos países latino-americanos se engajaram nesse tipo de prática visando atrair investimentos estrangeiros na década de 1990, seguindo uma tendência liberalizadora, mas foram surpreendidos pelo grande número de demandas arbitrais que foram levadas a cabo no tribunal do ICSID. Investidores internacionais, grandes corporações, departamentos jurídicos gigantescos buscavam reparações por supostas práticas discriminatórias e/ou expropriatórias dos governos latino-americanos. Dezenas de milhões de dólares em custos processuais e em condenações desestimularam vários dos governos, alguns dos quais tomaram medidas radicais e se retiraram da convenção da arbitragem do tribunal. O Brasil, que desde a incipiência do sistema do ICSID, o viu com suspeita e descrença, se provou, em muitos aspectos, sagaz e precavido por se manter fora do escopo da possibilidade de ser acionado por investidores estrangeiros, e mesmo assim, se tornou o principal receptor de investimento estrangeiro direto na América Latina, criando um novo marco regulatório em que novos modelos de acordos de investimento podem ser trabalhados.

A utilização de um Formulário de Análise Jurisprudencial se mostrou uma prática metodologicamente adequada aos objetivos da pesquisa na análise da jurisprudência do ICSID. As informações levantadas nos casos sob diferentes aspectos puderam ser comparadas e o resultado trouxe luz sobre a questão e,

dentro dos limites da pesquisa, apresentou respostas às indagações levantadas. Com relação a indagação de se os conceitos acerca da expropriação indireta formulados a partir dos casos estudados iriam apresentar uma consistência terminológica jurídica, a resposta foi efetivamente negativa. O trabalho encontrou a evidência de uma inconsistência terminológica jurídica acerca do termo cerne do estudo no tribunal do ICSID, que pôde ser demonstrada através da comparação dos significados extraídos das sentenças do caso de número seis e do caso de número nove. Elas mostraram uma diferença no conceito prolatado pelo tribunal no que diz respeito ao critério da apropriação estatal, uma vez que no nono caso a configuração do instituto é condicionada à verificação desse critério e no sexto caso não é.

Além dessa conclusão, os gráficos elaborados a partir do levantamento estatístico possibilitado através do Formulário de Análise Jurisprudencial trazem outros resultados. Com relação às afirmações de consultores, ativistas e acadêmicos ao longo do trabalho apresentado de que o sistema em questão favorece países desenvolvidos em detrimento de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, pode-se atestar que essa é uma afirmativa que se sustenta e tem respaldo diante dos dados colhidos, tendo em vista que em 80% dos casos analisados os investidores são provenientes de países considerados desenvolvidos, enquanto que 100% dos casos envolvem demandas contra governos receptores de investimentos em países em desenvolvimento. Nos dois casos em que os investidores são provenientes de países em desenvolvimento, o caso de número três, VSPL Vs Gana e o caso de número nove Eudoro Olguín Vs Paraguai, os países em questão são Gana - porém o acionista Reclamante é proveniente da Grécia - e Peru - porém o Paraguai acusou a dupla cidadania, denunciando a cidadania americana do Sr. Olguín. A Grécia e os Estados Unidos estão entre os países considerados desenvolvidos, detalhe que agrava o respaldo da afirmativa em questão.

Com relação a questão de se o tribunal tende a favorecer a causa dos investidores em detrimento dos Estados anfitriões do investimento na maioria das demandas arbitrais impetradas no tribunal do ICSID, a resposta - dentro do universo de análise limitado do presente estudo - é negativa. Os dados colhidos mostram, curiosamente, que em apenas 40% dos casos a sentença foi favorável aos investidores estrangeiros - a parte Reclamante - enquanto que os outros

60% de casos tiveram a sentença favorável à parte Reclamada - o Estado anfitrião -. Esta afirmativa, porém, está considerando que a declinação de competência arbitral pelo tribunal é sentença favorável à parte Reclamada. Se, sob uma perspectiva diferente, for afirmado que quando o tribunal declina sua competência isso constitui uma sentença neutra, sem favorecimento a nenhuma das partes, os dados mostram que em 40% dos casos a sentença é favorável à parte Reclamante, em 40% são favoráveis à parte Reclamada e em 20% dos casos é neutra. Isso porque somente dois casos tiveram sentença declinando a competência do tribunal e sob essa perspectiva, o tribunal favoreceu em medidas iguais ambas as partes.

Uma outra análise gráfica leva em consideração a quantidade de casos levados à arbitragem que trazem como reivindicação da demanda, a prática pelo Estado anfitrião da expropriação indireta, e quantos deles tratam da expropriação formal ou direta. Os dados mostram que em apenas um caso foi tratada essa última, e que a conclusão, dentro dos limites desse estudo, é que a expropriação indireta é consideravelmente mais utilizada nas reivindicações por ter um escopo de abrangência muito superior graças ao seu significado vago.

No que diz respeito ao setor comercial em que mais investidores se sentiram injustiçados com relação às posturas adotadas pelos Estados hospedeiros de seus investimentos, pode-se destacar o que setor de tratamento de resíduos tem a liderança com 40% das demandas, seguido pela indústria de alimentos, turismo e mineração. A concessão de serviços públicos sanitários e ambientais em países em desenvolvimento, portanto, se mostra como o setor mais alvejado pelas demandas arbitrais no estudo em questão, o que respalda as afirmativas trazidas pela autora Roeline Knottnerus do TNI.

Fora esse levantamento, pode-se apontar que dentre as medidas estatais questionadas pelos investidores, as que mais causam litígio são as da categoria de falhas no desempenho, representando 50% das demandas e que dizem respeito ao não cumprimento de requisitos de contratos de concessão e de arrendamento. Supostamente, investidores que muitas vezes não atendem aos requisitos governamentais para operarem, por diversos motivos, dentre eles a baixa capacidade competitiva, em teoria, buscam questionar políticas públicas regulatórias legítimas que possam estar lhes causando dificuldades operacionais, o que parece ser preocupante.

Outro levantamento curioso é de que o México, ao contrário de outros Estados demandados que somente contam com um caso no universo amostral, foi demandado em três dos casos estudados. A hipótese que se levanta aqui é de que o motivo para isso se encontra no fato de o referido Estado ter pertencido ao NAFTA, o tratado de livre comércio dos países da América do Norte, e que a legislação pertinente a esse tratado previa disposições específicas acerca do ISDS e do instituto da expropriação indireta de forma a atrair todo tipo de demanda por parte de investidores de Estados-membros, em especial dos Estados Unidos. Por isso, uma última análise gráfica revela o motivo do principal continente destinatário de investimentos ser a América do Norte, detendo 30% dos investimentos estudados. A América do Sul e a África seguem liderando com 20% dos investimentos cada e representam, em sua maioria, países em desenvolvimento e países menos desenvolvidos respectivamente. Ásia, Europa e América Central somente contam com 10%, um único caso de investimento cada.

A análise dos significados extraídos a respeito de “expropriação indireta” constantes no Formulário de Análise Jurisprudencial é capaz de revelar como a construção jurisprudencial desse termo no tribunal do ICSID entende o processo de configuração do mencionado instituto. Pode-se dizer, em primeiro lugar, que a configuração do instituto de expropriação indireta está condicionada à averiguação de uma série⁸ de condutas (não pode se configurar somente através de uma conduta) orientadas teleologicamente⁹, ou seja, objetivando uma causa final, comum a todos os atos de forma progressiva¹⁰. Em segundo lugar a expropriação indireta pode se configurar através de condutas positivas por parte do Estado. Essas condutas positivas podem se materializar através de atos que privem o proprietário do uso ou benefício econômico da propriedade¹¹, ou transfiram compulsoriamente direitos que possam ser objeto de uma transação comercial¹².

⁸ Caso de número 10 do F.A.J.

⁹ Caso de número 09 do F.A.J.

¹⁰ Caso de número 03 do F.A.J.

¹¹ Caso de número 06 do F.A.J.

¹² Caso de número 01 do F.A.J.

Esses atos devem ter natureza confiscatória¹³, ou seja, o Estado deve se utilizar de sua autoridade soberana para destruir os direitos do investidor. Em terceiro lugar, também pode, a expropriação indireta ser configurada através de condutas negativas, tais quais a ausência de conduta do Estado mediante a privação do uso da propriedade, o não oferecimento de proteção contra interferência¹⁴ de nacionais ou perante ações de funcionários de uma subdivisão política daquele Estado¹⁵, ou qualquer omissão que represente uma privação do benefício do investidor da sua propriedade. Em último lugar pode-se dizer que para a caracterização da expropriação, a série de condutas, sejam elas positivas ou negativas, devem ter o efeito semelhante ou equivalente à desapropriação¹⁶ ou nacionalização, sendo materializadas de forma encoberta ou incidental¹⁷, sem que haja a adequada e eficaz compensação¹⁸ prevista para atos de expropriação formal ou legal.

Mais uma vez se faz necessário dizer que as conclusões previamente levantadas estão limitadas ao universo de dez casos analisados no presente estudo. Para tornar mais robustas as soluções aqui encontradas, ou refuta-las à luz de novas informações, faz-se necessário um estudo que vislumbre uma mesma metodologia, porém com um campo de amostragem maior, envolvendo mais casos do ICSID a serem estudados, e mais formulários de análise preenchidos. Formulários esses que podem vislumbrar mais campos a serem preenchidos afim de potencializar a capacidade dedutiva que eles fornecem.

A presente monografia foi capaz de criar resultados que trazem conhecimento de ordem primária acerca do tema da proteção de investimentos no direito internacional. A análise de como se deu a construção jurisprudencial acerca do termo “expropriação indireta” na jurisprudência arbitral do ICSID proveu um conceito melhor elaborado e de maior precisão terminológica, além de apontar sob qual medida o conceito é inconsistente. Esse conhecimento produzido, portanto, poderá ser útil tanto na preparação de uma estratégia processual melhor embasada para investidores ou Estados em disputas ISDS,

¹³ Caso de número 08 do F.A.J.

¹⁴ Caso de número 04 do F.A.J.

¹⁵ Caso de número 07 do F.A.J.

¹⁶ Caso de número 07 do F.A.J.

¹⁷ Caso de número 06 do F.A.J.

¹⁸ Caso de número 05 do F.A.J.

quanto na elaboração de novos modelos de tratados de investimentos. Os levantamentos estatísticos acerca dos casos estudados materializados nos gráficos elaborados podem servir de embasamento argumentativo para futuros trabalhos acadêmicos, da mesma forma que a metodologia utilizada para promover a análise jurisprudencial do tribunal pode ser aplicada em outros estudos jurisprudenciais, dinamizando-se as características dos formulários conforme as informações buscadas.

Referências

CASTELAN, D. R. **Acordos de Investimento na América do Sul**. Boletim de Economia e Política Internacional, v. 12, p. 75-94, 2012.

Confederação Nacional da Indústria (CNI). **Investimentos brasileiros no exterior**. Disponível em:

<<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/assuntos-internacionais/o-que-fazemos/temas-prioritarios/investimentos-brasileiros-no-exterior/>>, Acesso em 11 de out. 2019

COSTA, J.A.F. **Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul**: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos. revista brasileira de política internacional. Rev. Bras. Polít. Int. 49 (2): 60-77 [2006].

COZENDEY, C.M.B. **Acordos de investimento à brasileira**. Instituto Equit – Gênero, Economia e Cidadania Global. Rio de Janeiro, Brasil, p. 14, 2015
Decreto Supremo, no 019-2010-MTC (UNCTAD, 2012a, p. 4-5).

Euractiv. EU News and Policy debates across languages. **France to cancel more debt for the world's poorest countries**. Disponível em: <<https://www.euractiv.com/section/development-policy/news/france-to-cancel-more-debt-for-the-world-s-poorest-countries/>>, Acesso em 03 dez. 2019

EXAME – Negócios, economia, tecnologia e carreira. **Investidores brasileiros buscam segurança financeira no exterior**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/investidores-brasileiros-buscam-seguranca-financeira-no-exterior/>>, Acesso em 11 de out. 2019

EXAME. Mundo. **Uruguai vence Philip Morris, que deverá pagar US\$ 7 milhões**. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/uruguai-vence-philip-morris-que-devera-pagar-us-7-milhoes/>>, Acesso em 03 dez. 2019

FERNANDES, Érika Capella; FIORATI, Jete Jane. **Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil**: uma análise comparada. Revista de informação legislativa: RIL, v. 52, n. 208, p. 247-276, out./dez. 2015. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p247, Acesso em 03 dez. 2019

G1 O portal de notícias da Globo. **Brasileiros têm cerca de meio trilhão de dólares declarados em investimentos no exterior**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/29/brasileiros-tem-cerca-de-meio-trilhao-de-dolares-declarados-em-investimentos-no-exterior.ghtml/>>, Acesso em 11 de out. 2019

G1 O portal de notícias da Globo. **Investimento brasileiro no exterior atinge US\$ 266 bilhões em 2012**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/investimento-brasileiro-no-exterior-atinge-marca-de-us-266-bi-em-2012.html>>, Acesso em 11 de out. 2019

GRANT, Andrew; BAKER, Paul. **Creeping Towards Expropriation**, InsideLegal (www.insidelegal.com). 2014

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Primeira Impressão, 2008. p. 590

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/19)**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/19->>>, Acesso em 03 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/84/3)**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/84/3>>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3)**. Disponível em:<
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/87/3>
>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana (ICSID Case No. ARB/92/1)**. Disponível em:<
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/92/1>
>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2)**. Disponível em:<
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/94/2>
>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1)**. Disponível em:<
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/96/1>
>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1)**. Disponível em:<
[https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/97/1)>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3)**. Disponível

em:<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/3>>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details.

Robert Azinian and others v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2). Disponível em:<

[https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/97/2](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/97/2)>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details.

Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/98/5).

Disponível em:<

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/98/5>)>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case Details. **Waste Management, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No.**

ARB(AF)/98/2). Disponível em:<

[https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/98/2](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/98/2)>, Acesso em 02 out. 2019.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Database of Bilateral Investment Treaties.** Disponível em: <

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx#a21>>, Acesso em 03 dez. 2019

International Monetary Fund. **Debt Relief Under the Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative.** Disponível em: <

<https://www.imf.org/en/About/Factsheets/Sheets/2016/08/01/16/11/Debt-Relief-Under-the-Heavily-Indebted-Poor-Countries-Initiative>>, Acesso em 03 dez. 2019

Investment Policy Hub. **Bechtel v. India. 2003 Bechtel Enterprises Holdings, Inc. and GE Structured Finance (GESF) v. The Government of India.**

Disponível em:< <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/104/bechtel-v-india>>, Acesso em 03 out. 2019.

Investment Policy Hub. **Suez and Vivendi v. Argentina, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II) (ICSID Case No. ARB/03/19).**

Disponível em:< <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/121/suez-and-vivendi-v-argentina-ii->>, Acesso em 03 out. 2019.

ISAKOFF, P.D. **Defining the Scope of Indirect Expropriation for**

International Investments. The Global Business Law Review. Cleveland State University, p. 193-194, 2013.

Italaw. **Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.** 7 out. 1988. Disponível

em<<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6239.pdf>>, Acesso em 02 dez. 2019

KNOTTNERUS, Roeline; Seattle-to-Brussels network (S2B) Programmes. **EU Investment Briefing: Change EU investment policy - now is the time!**. The Transnational Institute (TNI), 2011.

MAGALHÃES, J.C. **Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 34 n. 134 abr./jun. 1997

MEIRELLES, H.L. **Direito municipal brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1994, p. 303.

Migalhas. **Desapropriação Indireta**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274001,31047-Desapropriacao+indireta>>, Acesso em 12 nov. 2019

Ministério das Relações Exteriores. **Entrada em vigor do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-MERCOSUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20687-entrada-em-vigor-do-protocolo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-intra-mercosul>>, Acesso em 08 out. 2019

Money Times. **Investimento brasileiro em imóveis no exterior cresce 240%**. Disponível em: <<https://moneytimes.com.br/investimento-brasileiro-em-imoveis-no-externo-cresce-240/>>, Acesso em 11 de out. 2019

Nikièma, S.H. **Best Practices Indirect Expropriation**. The International Institute for Sustainable Development. Winnipeg, Manitoba, Canada, 2012

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Foreign Direct Investment for Development: maximising benefits, minimising costs**. Paris, OECD Publications Service: 2003.

PICARD, A.A (2013) **“La Inversión Extranjera Directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe”** en ¿Hacia dónde van las relaciones América Latina y la Unión Europea? Ediciones ALOP-México. Re-editado en La Inversión Extranjera Directa entre la Unión Europea, América Latina y el Caribe por Rosa Luxemburgo et al, Equador, fevereiro 2014.

Portal da Câmara dos Deputados. **Aprovado o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-MERCOSUL 28/11/2018 17h08**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/credn/noticias/aprovado-o-protocolo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-intra-mercosul>>, Acesso em 08 out. 2019

RODRIGUEZ, Graciela. **Acordos de Investimento à Brasileira**, Instituto Equit – Gênero, Economia e Cidadania Global. Rio de Janeiro, Brasil, 2015
Senado Federal. Notícias. Senado autoriza governo brasileiro a renegociar dívidas de países africanos Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/09/13/senado-autoriza-governo-brasileiro-a-renegociar-dividas-de-paises-africanos>>, Acesso em 03 dez. 2019

SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**, 2a Edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 207-208.

Stop Investor-State Dispute Settlement, Resources for movements. Case study: Vattenfall v. Germany I. Disponível em:< <https://isds.bilaterals.org/?case-study-vattenfall-v-germany-i&lang=en>>, Acesso em 03 out. 2019.

Stop Investor-State Dispute Settlement, Resources for movements. **Case study: Vattenfall v. Germany I**. Disponível em:< <https://isds.bilaterals.org/?case-study-vattenfall-v-germany-i&lang=en>>, Acesso em 03 out. 2019.

Stop Investor-State Dispute Settlement, Resources for movements. **Case study: Bechtel and GE mount investment treaty claim against India**. Disponível em:< <https://isds.bilaterals.org/?bechtel-and-ge-mount-investment&lang=en>>, Acesso em 03 out. 2019.

Supremo Tribunal Federal. Vocabulário Jurídico (Tesouro). **DESAPROPRIAÇÃO**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=DESAPROPRIA%C3%87%C3%83O>>, Acesso em 03 dez. 2019

The New York Times. **Egypt Cancels Huge Resort Project at the Pyramids**. Disponível em:< <https://www.nytimes.com/1978/05/29/archives/egypt-cancels-huge-resort-project-at-the-pyramids-500-million.html>>, Acesso em 02 out. 2019.

The Transnational Institute (TNI). **Change EU investment policy: now is the time!**. Disponível em: <<https://www.tni.org/en/briefing/change-eu-investment-policy-now-time>>, Acesso em 02 out. 2019.

UNCTAD Investment Policy Hub. **Suez and Vivendi v. Argentina (II)**. Disponível em: < [https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/121/suez-and-vivendi-v-argentina-ii->](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/121/suez-and-vivendi-v-argentina-ii-), Acesso em 03 dez. 2019

Anexo 1 – F.A.J. SPP Vs Egito

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
01- Southern Pacific Properties Vs Egito	1984	1992	Hotéis e turismo	Transferência compulsória de direitos de propriedade, podendo estender-se a qualquer direito que possa ser objeto de uma transação comercial.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China	República Árabe do Egito	Proteção de antiguidades	Reclamante	

Anexo 2 – F.A.J. AAPL Vs Sri Lanka

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
02- AAPL Vs Sri Lanka	1987	1990	Aquicultura marinha	Reinvidicações de expropriação não encontram precedentes e não são de relevância no presente caso.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China	República Democrática Socialista do Sri Lanka	Segurança nacional.	Reclamante.	

Anexo 3 – F.A.J. VSPL Vs Gana

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
03- VSPL Vs Gana	1992	1994	Extração de sal	Progressiva quebra e suspensão de direitos de desenvolver uma instalação de produção e mineração de sal.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
República do Gana – controlada por investidor grego (República Helênica)	República do Gana	Violação de direitos de arrendamento.	Reclamada	

Anexo 4 – F.A.J. Tradex Hellas Vs Albânia

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
04- Tradex Hellas Vs Albânia	1994	1999	Uso comercial e agrícola de terra. Engenharia agrícola, o cultivo de plantas, frutas e legumes, criação de gado, produção de produtos de origem animal e atividades relacionadas.	Ausência de conduta adequada do Estado Albanês face aos eventos que culminaram no fim do contrato. De modo que, a expropriação indireta se consumaria caso o Estado permitisse a privação do uso da terra de uma joint venture baseada em investimento estrangeiro ou não concedesse proteção contra interferência.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
República Helênica (Grécia)	República da Albânia	Falha em conceder proteção.	Reclamada	

Anexo 5 – F.A.J. CDSE Vs Costa Rica

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
05- CDSE Vs Costa Rica	1995	2000	Atividades de acomodação de curta duração e atividades imobiliárias.	Expropriação legal de propriedade imobiliária mediante adequada e eficaz compensação.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
Estados Unidos da América	República da Costa Rica	Conservação de populações estáveis de grandes espécies de felinos da fauna local.	Reclamante	

Anexo 6 – F.A.J. Metalclad Vs México

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
06- Metalclad Vs México	1997	2000	Tratamento e disposição de resíduos perigosos.	Expropriação indireta a partir do artigo 1110 do NAFTA: Interferência encoberta ou incidental no uso de propriedades que tenha o efeito de privar o proprietário, no todo ou em parte significativa, do uso ou benefício econômico razoavelmente esperado da propriedade, mesmo que não necessariamente para o benefício óbvio do Estado anfitrião.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
Estados Unidos da América	Estados Unidos Mexicanos	Proteção do meio-ambiente	Reclamante	

Anexo 7 – F.A.J. CAASA Vs Argentina

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
07- CAASA Vs Argentina	1996	2000	Concessão de abastecimento de água e sistema de esgoto.	Falha em agir perante ações de funcionários de uma subdivisão política de uma Parte Contratante ou nacionalização ou qualquer outra medida equivalente que tenha um efeito semelhante à expropriação.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
República Francesa	República Argentina	Ações das autoridades em resposta a alegadas falhas no desempenho.	Reclamada	

Anexo 8 – F.A.J. Robert Azinian Vs México

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito adotado de “Expropriação”
08- Robert Azinian Vs México	1997	1999	Atividades de coleta, tratamento e disposição de resíduos.	<p>Uma quebra de contrato constitui uma expropriação "se for confiscatória", ou seja, caso o Estado exerça sua autoridade executiva ou legislativa para destruir os direitos contratuais como um ativo.</p>
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
Estados Unidos da América	Estados Unidos Mexicanos	Anulação de concessão devido a declarações falsas ou rescindível por falha no desempenho.	Reclamada	

Anexo 9 – F.A.J. Eudoro Olguín Vs Paraguai

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
09- Eudoro Olguín Vs Paraguai	1997	2001	Produção e distribuição de alimentos	<p>Para que uma expropriação ocorra, é necessário que haja ações que possam ser consideradas razoavelmente apropriadas para produzir o efeito de privar a parte afetada da propriedade que possui, de forma que quem executa essas ações adquira, direta ou indiretamente, controle ou pelo menos os frutos da propriedade expropriada. A expropriação requer, portanto, uma ação guiada teleologicamente para que ela ocorra; omissões, por mais notórias que sejam, não são suficientes para que esse fato seja caracterizado como expropriação.</p>
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
República do Peru	República do Paraguai	Falência do Banco Central	Reclamada	

Anexo 10 – F.A.J. Waste Management Vs México

Caso:	Ano de proposição da disputa:	Ano de decisão da disputa:	Atividade econômica:	Conceito de “Expropriação” adotado:
10- Waste Management Vs México	1998	2000	Abastecimento de água; atividades de esgoto, gerenciamento de resíduos e remediação.	A “creeping expropriation” é composta por vários elementos, nenhum dos quais pode - separadamente - constituir o erro internacional. Esses elementos constituintes incluem falta de pagamento, não reembolso, cancelamento, negação de acesso judicial, prática real de exclusão, tratamento inconforme, bloqueios legais inconsistentes e assim por diante.
País de origem do investidor:	País receptor do investimento:	Tema jurídico:	Sentença em favor da parte:	
Estados Unidos da América	Estados Unidos Mexicanos	Alegada violação de uma concessão de 15 anos concedida pelo Estado de Guerrero e pelo município de Acapulco a Acaverde	Reclamada	