

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Crônicas do Direito  
Internacional dos Investimentos**

Nitish Monebhurrn

VOLUME 12 • N. 2 • 2015  
TEORIA DO DIREITO INTERNACIONAL

# Sumário

<b>CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL .....</b>	<b>2</b>
Sarah Dayanna Lacerda Martins Lima, Carina Costa de Oliveira e Erika Braga	
<b>CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS .....</b>	<b>12</b>
Nitish Monebhurrun	
<b>POR QUE VOLTAR A Kelsen, O JURISTA DO SÉCULO XX ? .....</b>	<b>16</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE COMO CONTEÚDO DA NORMA FUNDAMENTAL (GRUNDNORM) DE Kelsen .....</b>	<b>45</b>
Carlos Alberto Simões de Tomaz e Renata Mantovani de Lima	
<b>A JURIDIFICAÇÃO DE CONFLITOS POLÍTICOS NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO: UMA LEITURA POLÍTICA DA PAZ PELO DIREITO DE HANS Kelsen A PARTIR DO PENSAMENTO POLÍTICO DE CLAUDE Lefort .....</b>	<b>57</b>
Arthur Roberto Capella Giannattasio	
<b>O SINCRETISMO TEÓRICO NA APROPRIAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA E SUA QUESTIONÁVEL UTILIDADE COMO CRITÉRIO PARA A CLASSIFICAÇÃO DO MODELO BRASILEIRO DE INCORPORAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....</b>	<b>78</b>
Breno Baía Magalhães	
<b>DIREITO GLOBAL EM PEDAÇOS: FRAGMENTAÇÃO, REGIMES E PLURALISMO .....</b>	<b>98</b>
Salem Hikmat Nasser	
<b>POR UMA TEORIA JURÍDICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: A INTER-RELAÇÃO DIREITO INTERNO, DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO DA INTEGRAÇÃO .....</b>	<b>139</b>
Jamil Bergamaschine Mata Diz e Augusto Jaeger Júnior	
<b>A TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE COM BASE NA AMÉRICA LATINA.....</b>	<b>160</b>
Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini	

<b>O DIÁLOGO HERMENÊUTICO E A PERGUNTA ADEQUADA À APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CAMINHOS PARA O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>176</b>
Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon	
<b>O DIREITO COMPARADO NO STF: INTERNACIONALIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....</b>	<b>194</b>
Carlos Bastide Horbach	
<b>THE PHILOSOPHY OF INTERNATIONAL LAW IN CONTEMPORARY SCHOLARSHIP: OVERCOMING NEGLIGENCE THROUGH THE GLOBAL EXPANSION OF HUMAN RIGHTS .....</b>	<b>212</b>
Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos e Vinícius Machado Calixto	
<b>OPORTUNIDADES E DESAFIOS DAS TWAIL NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO A PARTIR DE PERSPECTIVAS DOS POVOS INDÍGENAS AO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>227</b>
Fernanda Cristina de Oliveira Franco	
<b>POR QUE UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO? DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO MÉTODO NO BRASIL.....</b>	<b>246</b>
Gustavo Ferreira Ribeiro e Jose Guilherme Moreno Caiado	
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL.....</b>	<b>263</b>
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
<b>RACIONALIDADE ECONÔMICA E OS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO.....</b>	<b>284</b>
Michele Alessandra Hastreiter e Luís Alexandre Carta Winter	
<b>LOOKING FOR A BRICS PERSPECTIVE ON INTERNATIONAL LAW .....</b>	<b>304</b>
Gabriel Webber Ziero	
<b>A INFLUÊNCIA DO DIREITO DESPORTIVO TRANSNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA REPRODUÇÃO DE NORMAS À APLICAÇÃO DIRETA PELA JURISDIÇÃO ESTATAL.....</b>	<b>324</b>
Tiago Silveira de Faria	
<b>CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS .....</b>	<b>342</b>
Alexander Perazo Nunes de Carvalho	

<b>NATIONAL JUDGES AND COURTS AS INSTITUTIONS FOR GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE .....</b>	<b>356</b>
Juízes e tribunais nacionais como instituições para a governança global.....	356
Camilla Capucio	
<b>IS TRADE GOVERNANCE CHANGING? .....</b>	<b>371</b>
Alberto do Amaral Júnior	
<b>OS FUNDOS ABUTRES: MEROS PARTICIPANTES DO CENÁRIO INTERNACIONAL OU SUJEITOS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL? .....</b>	<b>384</b>
Guilherme Berger Schmitt	
<b>SHAREHOLDER AGREEMENTS IN PUBLICLY TRADED COMPANIES: A COMPARISON BETWEEN THE U.S. AND BRAZIL .....</b>	<b>402</b>
Helena Masullo	
<b>REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL: DA RESISTÊNCIA AOS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO À EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO REGULATÓRIO .....</b>	<b>421</b>
Fabio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior	
<b>DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DAS DISTINTAS FORMAS DE PRESTAÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE ANÁLISE DO MARCO REGULATÓRIO INTERNACIONAL .....</b>	<b>449</b>
Daniel Amin Ferraz	
<b>REDEFINING TERRORISM: THE DANGER OF MISUNDERSTANDING THE MODERN WORLD’S GRAVEST THREAT .....</b>	<b>464</b>
Jennifer Breedon	
<b>AS EXECUÇÕES SELETIVAS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES TERRORISTAS .....</b>	<b>485</b>
Alexandre Guerreiro	
<b>INTERNATIONAL CRIMINALS AND THEIR VIRTUAL CURRENCIES: THE NEED FOR AN INTERNATIONAL EFFORT IN REGULATING VIRTUAL CURRENCIES AND COMBATING CYBER CRIME .....</b>	<b>512</b>
Joy Marie Virga	
<b>CRIMINALIDAD TRANSNACIONAL ORGANIZADA EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR: ¿HACIA UN DERECHO PENAL REGIONAL? .....</b>	<b>528</b>
Nicolás Santiago Cordini e Mariano Javier Hoet	

**RUMO À INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE: DOS ECOCRIMES AO ECOCÍDIO ..... 541**

Kathia Martin-Chenut, Laurent Neyret e Camila Perruso

**ENGAGING THE U.N. GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS & THE EXTRACTIVE SECTOR ..... 571**

Cindy S. Woods

**O DIREITO HUMANO À COMUNICAÇÃO PRÉVIA E PORMENORIZADA DAS ACUSAÇÕES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS: O DESPREZO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....590**

Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust

**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE DE DIREITOS HUMANOS: CONFLITO DE INTERPRETAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A LEI DE ANISTIA ..... 612**

Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior

**A CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO DE LIVRE RESIDÊNCIA NO MERCOSUL SOB A PERSPECTIVA TELEOLÓGICA DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS DOS ACORDOS DE RESIDÊNCIA ..... 631**

Aline Beltrame de Moura

**A FUNCIONALIZAÇÃO COMO TENDÊNCIA EVOLUTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E SUA CONTRIBUIÇÃO AO REGIME LEGAL DO BANCO DE DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIL GENÉTICO NO BRASIL ..... 650**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**O DIREITO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM MOÇAMBIQUE ..... 667**

Bernardo Fernando Sicoche

**OBTENÇÃO DE PROVAS NO EXTERIOR: PARA ALÉM DA LEX FORI E LEX DILIGENTIAE.....685**

André De Carvalho Ramos

**A SLIGHT REVENGE AND A GROWING HOPE FOR MAURITIUS AND THE CHAGOSSIANS: THE UNCLOS ARBITRAL TRIBUNAL'S AWARD OF 18 MARCH 2015 ON CHAGOS MARINE PROTECTED AREA (MAURITIUS V. UNITED KINGDOM).....705**

Géraldine Giraudeau

**ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA UCRÂNIA POR VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA QUEDA DO VOO DA MALAYSIA AIRLINES (MH17).....728**

Daniela Copetti Cravo

**NATUREZA JURÍDICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO DIREITO INTERNACIONAL .....739**

Pedro Ivo Diniz

**A INFLUÊNCIA DA SOFT LAW NA FORMAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL.....767**

Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister

**AS COMPLICADAS INTER-RELAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS INTERNOS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO .....785**

José Adércio Leite Sampaio e Beatriz Souza Costa

**NORMAS EDITORIAIS.....803**

# Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos

Nitish Monebhurrin\*\*

## ... E ELES DESCOBRIRAM A ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO.

### 1. INTRODUÇÃO

A atualidade do Direito Internacional Econômico tem sido marcada pelas negociações curiosas entre os Estados Unidos e a União Europeia sobre o Tratado de Livre-Comércio Transatlântico (Transatlantic Free-Trade Agreement, TAFTA): eis porque o tratado está sendo negociado de forma altamente sigilosa, insulado da participação pública e do acesso à informação ao público. Este foi, deveras, informado pela imprensa e, sobretudo, pelos *wikileaks*. A falta de transparência nas negociações do tratado inquietou e frustrou a opinião pública europeia; o aspecto ultra sigiloso não permitiu antever algo de positivo atinente ao acordo econômico — o que despertou uma impressão de traição em um espaço sempre caracterizado por sua abertura democrática. Recentemente, a mobilização da sociedade civil — organizada em um coletivo chamado *Stop TAFTA* — logrou um abaixo-assinado com aproximadamente três milhões de assinaturas, enviado à Comissão Europeia, para interromper as negociações com o objetivo de declarar o tratado letra morta. Em uma União Europeia cada vez mais questionada, o tratado simboliza o pináculo do ultra liberalismo que muitos — Estados e cidadãos — não querem. O tratado que pretende reger o comércio e os investimentos entre os Estados Unidos e a União Europeia foi em especial criticado por conter uma cláusula sobre a arbitragem investidor-Estado no capítulo relativo à proteção dos investimentos. No Direito Internacional dos Investimentos, a maioria dos acordos de proteção dos investimentos prevê a arbitragem entre investidores e Estados como meio de resolução de disputas entre estes: se o investidor estima que os seus direitos protegidos pelo acordo aplicável foram infringidos, ele pode pedir a constituição de um tribunal arbitral que se pronunciará sobre a disputa. Ora, esse mecanismo não é novo e vem caracterizando os acordos sobre a proteção dos investimentos desde os anos 60. E os países europeus foram os primeiros a incluí-lo nos seus respectivos tratados. Trata-se agora de algo comumente admitido e há mais que 3,000 acordos relativos aos investimentos com esse mecanismo de resolução de disputas. Malgrado, ironicamente, parece que é só com o debate sobre o TAFTA que alguns países europeus e os seus cidadãos o descobriram, vislumbrando-o agora como uma aberração jurídica, como uma brecha que limita o poder regulatório do Estado ou como um poder inconcebível e ilegítimo colocado nas mãos dos tribunais arbitrais — instituições que se tornaram repentinamente monstruosas e desconfiáveis. Defronte desse ceticismo súbito dos países membros da União Europeia em relação a

\*\* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne, Paris), Professor de Direito (Centro Universitário de Brasília), Professor Visitante (Programa do Mestrado em Direito Internacional, Universidad de la Sabana, Bogotá).

arbitragem investidor-Estado (2), a Comissão Europeia propôs um sistema inovador no Direito Internacional dos Investimentos, um sistema que se baseia em uma jurisdição com duas instâncias — o que, entretanto, foge do espírito de um mecanismo alternativo de resolução de disputas (3).

## 2. O CETICISMO REPENTINO DOS PAÍSES DA UNIÃO EUROPEIA EM RELAÇÃO A ARBITRAGEM INVESTIDOR-ESTADO

O recente caso *Vattenfall c. Alemanha*<sup>1</sup>, ainda pendente, despertou a atenção dos cidadãos da União Europeia sobre o poder que muitas empresas multinacionais têm no Direito Internacional dos Investimentos: uma proteção ampla garantida pelos acordos relativos aos investimentos, uma gama de princípios invocáveis para garantir essa proteção, a capacidade de iniciar uma arbitragem — ao contrário dos Estados que sempre atuam como os réus. No referido caso, uma empresa da Suécia, estabelecida na Alemanha decidiu intentar um processo arbitral contra o Estado anfitrião depois da adoção por este de medidas regulatórias em 2011 para gradualmente limitar – e depois interditar – o uso da energia nuclear. A empresa considera que ditas medidas são equiparadas a uma expropriação indireta. O caso configura a dialética agora clássica entre o poder regulatório do Estado anfitrião e a proteção dos investimentos. Em muitos casos, há um conflito potencial entre este poder de polícia para reger o interesse público e o engajamento estatal de proteger o interesse privado dos investidores. Durante muitos anos, isso não foi uma preocupação grande dos países europeus. Não obstante, essa problemática já capturou a atenção de outros países, notadamente aqueles em desenvolvimento, que foram muitas vezes processados pelas empresas oriundas de países europeus pelas mesmas razões invocadas por *Vattenfall* contra a Alemanha. O que parece ser a atualidade de alguns já se tornou uma banalidade para outros. A arbitragem investidor-Estado está sendo repensado agora que os países europeus estão visualizando-se — como monstros frios resfriados —, na postura do réu contra as poderosas empresas multinacionais americanas. Repentinamente,

1 *Vattenfall AB e outros c. Alemanha*, CIRDI no. ARB 12/12/12 (caso pendente).

percebeu-se que haverá um limite ao poder de regular, que são disputas cabíveis à jurisdição dos próprios países europeus, que as empresas nacionais serão discriminadas por não poder processar os seus Estados pelo sistema de arbitragem ao contrário das empresas estrangeiras, que dito sistema incorre custos elevados ou que há conflitos de interesse potenciais inerentes ao processo arbitral. Em resposta a esses elementos, a Comissão Europeia propôs um projeto de tratado<sup>2</sup> cujo capítulo sobre os investimentos revela uma reforma drástica, um renouveau completo da arbitragem investidor-Estado.

## 3. A PROPOSTA INOVADORA DA UNIÃO EUROPEIA DE UMA JURISDIÇÃO COM DUAS INSTÂNCIAS

Se a arbitragem é um meio alternativo de resolução de disputas, a proposta da Comissão Europeia apresenta uma organização institucional para solucionar os litígios que surpreende por sua volta a um classicismo tradicionalmente ignorado no Direito Internacional (dos Investimentos). A arbitragem já era um mecanismo alternativo à resolução de conflitos. A Comissão apresentou uma alternativa à alternativa... A proposta contém, de fato, um sistema quase judicial com duas instâncias: um tribunal de primeira instância<sup>3</sup> e um tribunal permanente de apelação<sup>4</sup>. O tribunal de primeira instância deve ser composto de 15 juízes, sendo 5 dos países membros da União Europeia, 5 dos Estados Unidos e 5 de terceiros Estados. No mesmo espírito, o tribunal de apelação deve ser composto de 6 juízes, 3 europeus, 3 americanos e 3 tendo uma outra nacionalidade. O projeto de tratado mostra-se atento à questão da ética dos membros dos tribunais e prevê, a esse efeito, um código de conduta a ser aplicado<sup>5</sup>. Na realidade, o que resta da arbitragem é apenas o procedimento de submissão das demandas que pode, entre outros, seguir as regras da Convenção de Washington (ICSID)<sup>6</sup> ou aquelas da Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Comércio

2 O capítulo sobre os investimentos do Projeto de Tratado da Comissão da União Europeia está disponível em: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf)

3 Ver o Capítulo II (Comércio nos serviços, investimentos e comércio), artigo 9 do projeto de tratado.

4 Ver o Capítulo II (Comércio nos serviços, investimentos e comércio), artigo 10 do projeto de tratado.

5 Ver o Capítulo II (Comércio nos serviços, investimentos e comércio), anexo II.

6 Ver: artigo 6 (2) (a).



Internacional (UNCITRAL)<sup>7</sup>. Para o resto, trata-se de um novo mecanismo de resolução de disputas que inexistia no Direito Internacional dos Investimentos. Nesse contexto, uma inversão sistêmica da lógica do contencioso é notável: se a arbitragem até hoje praticada buscava a facilitação do processo a favor do investidor, o sistema proposto pela União Européia concentra-se principalmente na proteção de uma certa margem de manobra dos seus países membros. Por exemplo, o mecanismo de apelação é um antemuro a favor dos Estados que poderão utilizá-lo para pedir que seja infirmada uma decisão de primeira instância — o que esses países

nunca tinham aceito antes, quando uma parte do mundo acadêmico já militava para um sistema similar. Será, seguramente, um meio para rever as decisões que, do ponto de vista dos Estados, desconsideram as questões de interesse público.

Os países que instituíram e elogiaram a arbitragem investidor-Estado — mecanismo, disseram eles, flexível e especializado que permite uma resolução rápida e apolítica de disputas — estão agora menosprezando-a como se um perigo era intrinsecamente inerente a esta. Sendo assim, a mensagem enviada ao resto do mundo e da comunidade jurídica que se entregaram a esse sistema durante décadas contém um cinismo ácido.

<sup>7</sup> Ver: artigo 6 (2) (b).

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico  
[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ou [www.brazilianjournal.org](http://www.brazilianjournal.org).  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.