

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO SOCIOECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA E RELAÇÕES INTERNACIONAIS – CNM

GABRIEL BERNARDI

**A PARTICIPAÇÃO DE *AMICI CURIAE* EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS
DE INVESTIMENTOS**

Florianópolis, Brasil

2017

Gabriel Bernardi

**A PARTICIPAÇÃO DE *AMICI CURIAE* EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS
DE INVESTIMENTOS**

Monografia submetida ao Curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito obrigatório para obtenção de grau de Bacharel em Relações Internacionais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Cristiane Derani

Florianópolis, Brasil

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS

A banca examinadora resolveu atribuir a nota 10 ao aluno Gabriel Bernardi na disciplina CNM 7280 – Monografia, pela apresentação deste trabalho.

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Cristiane Derani (CCJ/UFSC)

Prof^a. MSc. Solange Büchele de S. Thiago (UNISUL)

MSc. Mariana Caroline Scholz (PPGD/UFSC)

Aos meus avós Anita e Nelson (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Ana Lúcia, por estar do meu lado sempre, irrestrita e incondicionalmente. Por me fazer ser a pessoa que eu sou hoje. Por ter me ensinado a ser uma pessoa justa e honesta. Por estar comigo nos momentos bons. Por ser meu porto seguro nos momentos ruins. Por sempre me ouvir e me entender. Por nunca ter medido esforços e sempre ter feito de tudo para que eu pudesse estudar e crescer como pessoa. Por ser o meu maior exemplo, a pessoa mais importante na minha vida. Mãe, sem você eu jamais teria chegado até aqui. Te amo muito!

Às pessoas da minha família que estiveram do meu lado me apoiando, em especial à dinda Bela pelo constante apoio, e à minha vó Elcira por sempre se preocupar comigo e ser a melhor vó do mundo.

A todos os professores e professoras que passaram pela minha vida acadêmica, que me proporcionaram o inestimável acesso ao conhecimento, em especial à professora Cristiane Derani por me orientar neste trabalho e por suas excelentes aulas de Direito Internacional Econômico que me despertaram o interesse nessa área do Direito, e à professora Solange Büchele de S. Thiago por suas aulas também excelentes que permitiram que eu entendesse com mais profundidade a importância da garantia de direitos fundamentais e me interessasse por esse assunto.

A todos os amigos que fiz no curso de Relações Internacionais durante esse tempo de UFSC, com os quais passei momentos incríveis e que fizeram minhas tardes mais leves.

Às pessoas que não foram mencionadas, mas que, de alguma forma, me ajudaram a chegar até aqui.

“Our knowledge has made us cynical. Our cleverness, hard and unkind. We think too much and feel too little. More than machinery, we need humanity. More than cleverness, we need kindness and gentleness. Without these qualities, life will be violent and all will be lost”.

Chaplin

RESUMO

A partir dos anos 2000, diversos pedidos de participação como *amicus curiae* foram feitos a tribunais arbitrais de investimentos internacionais. Violações de direitos humanos (como o acesso à água), questões de direitos do trabalho, ambiental e cultural figuram entre os motivos que têm levado ONGs, grupos sociais e indivíduos a requisitar acesso a audiências e documentos de disputas arbitrais, assim como a possibilidade de enviar submissões por escrito aos árbitros. Alguns tribunais internacionais de outras matérias e Supremas Cortes de muitos países já aceitavam *amici curiae* em suas jurisdições, porém o direito internacional de investimentos estrangeiros não o previa. O que era até então inédito tornou-se um desafio essencialmente em casos estabelecidos sob o capítulo 11 do NAFTA (em conjunto com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL) e sob as regras do CIADI. Através da análise de documentos dos painéis arbitrais, este trabalho aborda os principais casos nos âmbitos do NAFTA e do CIADI em que foram aceitas ou rejeitadas as petições para esse tipo de participação. São observadas as alegações dos potenciais *amici curiae*, a concordância ou discordância das partes em disputa nos procedimentos arbitrais e também as decisões dos árbitros de permitir ou declinar sua participação. Ademais, analisam-se argumentos teóricos sobre questões jurídicas referentes ao acesso de *amici curiae* à arbitragem internacional de investimentos, bem como sobre as circunstâncias que têm os levado a esses painéis. Além das consequências da abertura desse tipo de procedimento a terceiros, são apresentadas soluções relativas ao tema para o atual regime internacional de investimentos.

Palavras-chave: *Amici curiae*. Arbitragem internacional de investimentos. NAFTA. CIADI. Direito internacional de investimentos estrangeiros.

ABSTRACT

Since the 2000s, several requests for participation as *amicus curiae* have been made to international investment arbitration tribunals. Human rights violations (such as the access to water), labor, environmental and cultural rights are among the reasons that have led NGOs, social groups and individuals to request access to arbitration hearings and documents, as well as the possibility of sending written submissions to the arbitrators. Some international tribunals of other matters and Supreme Courts of many countries already accepted *amici curiae* in their jurisdictions, but the international investment law did not provide it. What was previously inedited became a challenge essentially in cases established under NAFTA Chapter 11 (in conjunction with the UNCITRAL Arbitration Rules) and under the ICSID rules. Through the analysis of arbitration panel documents, this work addresses the main cases in NAFTA and ICSID where petitions for this type of participation were accepted or rejected. The allegations of the pontifical *amici curiae*, the agreement or disagreement of the disputing parties in the arbitration proceedings, and also the decisions of the arbitrators to allow or decline their participation are observed. In addition, theoretical arguments on legal issues regarding *amici curiae* access to international investment arbitration are analyzed, as well as the circumstances that have led them to these panels. Besides the consequences of the opening of this type of procedure to third parties, solutions are presented regarding this topic for the current international investment regime.

Keywords: *Amici curiae*. International investment arbitration. NAFTA. ICSID. International investment law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACIL	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
ASEAN	Associação de Nações do Sudeste Asiático
BIT	Tratado bilateral de investimentos
CBE	Communities for Better Environment
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CIADI	Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos
CIEL	Center for International Environmental Law
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CLC	Comissão de Livre Comércio
CUPW	Canadian Union of Postal Workers
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
EUA	Estados Unidos da América
FNCCC	Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima
FDS	Fundación para el Desarrollo Sustentable
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	Acordo Geral de Tarifas e Comércio
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IISD	International Institute for Sustainable Development
MAI	Acordo Multilateral de Investimentos
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIGA	Agência Multilateral de Garantia para o Investimento
MTBE	Éter metil-terc-butílico
NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONG	Organização não governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OPIC	Corporação para Investimentos Privados Internacionais dos Estados Unidos
TRIMs	Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio

UNCTAD Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNCTC Centro das Nações Unidas para Corporações Internacionais
UPS United Parcel Service
WPAR Working Procedures for Appellate Review

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	111
2 A EVOLUÇÃO DO ATUAL REGIME INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E A PARTICIPAÇÃO DE NOVOS ATORES NO DIREITO INTERNACIONAL	14
2.1 <i>FIM DO SÉCULO XX: NOVOS ATORES NO DIREITO INTERNACIONAL</i>	21
2.2 <i>CASOS PRECEDENTES DE PARTICIPAÇÃO DE AMICI CURIAE EM SUPREMAS CORTES E NO DIREITO INTERNACIONAL</i>	27
3 CASOS DO DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS ENVOLVENDO AMICI CURIAE	32
3.1 <i>NAFTA (UNCITRAL)</i>	32
3.1.1 <i>Caso Methanex vs. United States</i>	33
3.1.2 <i>Caso United Parcel Service vs. Canada</i>	47
3.1.3 <i>Caso Glamis vs. United States</i>	57
3.2 <i>CIADI</i>	58
3.2.1 <i>Caso Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina</i>	58
3.2.2 <i>Caso Aguas Provinciales, Suez e InterAguas vs. Argentina</i>	64
3.2.3 <i>Caso Aguas del Tunari vs. Bolivia</i>	67
4 ANÁLISE E REVISÃO TEÓRICA ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DE AMICI CURIAE EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTOS	69
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS	93
ANEXO A – Artigos do Capítulo 11 do NAFTA	100
ANEXO B – Artigos 4 e 6 das Regras de Transparência da UNCITRAL	104

1 INTRODUÇÃO

O atual regime internacional de investimentos teve início na segunda metade do século passado, tendo em vista que os fluxos de investimentos aumentavam e, por consequência, crescia a necessidade de sua regulamentação na esfera do direito internacional. Uma das principais características desse regime que começou a ser construído àquela época é a possibilidade de serem montados painéis arbitrais a fim de solucionar contenciosos relacionados à matéria de investimentos. Empresas transnacionais se estabeleceram como sujeitos com direito de recorrer à arbitragem internacional para desfazimento de controvérsias. Isso não foi previsto apenas no tratado do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ou CIADI, que é a principal referência de arbitragem internacional em matéria de investimentos), mas também está presente em cláusulas de tratados bilaterais ou mesmo em acordos multilaterais (como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, ou NAFTA).

O resultado não poderia ser outro senão a elevação considerável do número de casos levados à arbitragem internacional de investimentos no decorrer dos últimos 50 anos. Insatisfeitas com os judiciários locais e agora sem a necessidade de serem representadas por seus Estados de origem, as empresas transnacionais não têm hesitado em clamar por seus direitos por meio arbitral. Dessa forma, os Estados se tornaram unicamente partes no processo, ficando sujeitos – tal como as empresas transnacionais – às decisões tomadas pelos árbitros. O argumento levantado por essas empresas em defesa desse tipo de arbitragem é de que, ao trazer o processo para o meio internacional, ocorre maior isonomia das partes (o que é por vezes questionado quando o julgamento acontece por meio do judiciário de um país).

Evidentemente, o aumento progressivo do número casos tem trazido de forma conjunta diversas questões de alta complexidade, as quais demandam soluções que muitas vezes ultrapassam o âmbito jurídico. Algumas dessas questões que têm sido bastante sensíveis e de difícil consenso são aquelas relativas a casos cujas implicações recaem sobre outros ramos do direito, alheios ao de investimentos. Ou seja, painéis arbitrais têm se deparado com conteúdos que se desdobram para além do direito de investimentos, incorrendo em um desafio para os árbitros.

Questões sociais, ambientais e principalmente de direitos humanos têm sido levantadas por grupos sociais e organizações não governamentais (ONGs) com a finalidade de levar ao conhecimento dos árbitros problemas que se encontram direta ou indiretamente ligados aos investimentos estrangeiros. Entendendo da necessidade de que sejam trazidos à

tona fatos importantes (como violações de direitos humanos) envolvendo determinados investimentos que são apreciados em arbitragens internacionais, bem como da impossibilidade de sua participação direta no contencioso arbitral, indivíduos e entidades têm intentado levar informações relevantes e posicionamentos até os árbitros através de petições para participação como *amici curiae*.

Debates envolvendo acesso à justiça e o anseio por procedimentos arbitrais mais transparentes se tornaram cada vez mais comuns. Fortes críticas têm sido feitas a despeito de características específicas da arbitragem, tais como a confidencialidade e a privacidade das disputas. O surgimento, nos anos 2000, dos primeiros casos de pedidos de terceiros de participação como *amici curiae* refletia a insatisfação quanto à restrição de quem pode ter acesso a esses procedimentos. Ao passo que os árbitros se deparavam com algo novo e ONGs e indivíduos exigiam a possibilidade de participar, as instituições jurídicas internacionais relacionadas a investimentos tiveram que considerar esse novo fenômeno e buscar soluções para resolver essa questão, sob pena de perderem sua credibilidade e serem vistas como ilegítimas.

Sendo assim, este trabalho analisará os principais casos do direito internacional de investimentos estrangeiros (no âmbito do CIADI e do NAFTA) em que houve petições para participação de *amici curiae*. Desde já antecipa-se que o objetivo do presente trabalho não é analisar proficuamente as matérias específicas de cada disputa (ou seja, os motivos do estabelecimento das arbitragens), mas sim estritamente os argumentos utilizados por potenciais *amici* nas petições, os (contra-)argumentos das partes e as decisões proferidas pelos árbitros em relação aos pedidos de participação como *amici curiae*.

No primeiro capítulo, será feita uma abordagem da evolução do direito internacional de investimentos estrangeiros até a formação do atual regime. Além disso, tratar-se-á sobre como a inserção de novos atores – como ONGs, grupos sociais, indivíduos – tem afetado o direito internacional de investimentos estrangeiros assim como outros ramos do direito internacional. Ao fim do capítulo, serão apresentados casos relativos à aceitação de *amici curiae* em âmbitos alheios ao de investimentos internacionais, mas que foram relevantes e de alguma forma influenciaram posicionamentos e decisões em casos estabelecidos através do CIADI e do NAFTA.

O segundo capítulo traz casos do direito internacional de investimentos estrangeiros (mais especificamente casos do NAFTA e do CIADI) onde houve pedidos de participação como *amicus curiae*, considerando motivações e argumentos dos potenciais *amici*, bem como os posicionamentos das partes em disputa e as decisões dos tribunais arbitrais. Quanto aos

casos do NAFTA, serão abordados os seguintes: *Methanex vs. United States*, *UPS vs. Canada* e *Glamis vs. United States*. No primeiro caso, os potenciais *amici* argumentavam haver interesse público na disputa, visto que a empresa canadense Methanex despejava resíduos prejudiciais à saúde pública em rios da Califórnia. No segundo, trabalhadores alegavam que seus empregos estariam em risco dependendo da decisão que o tribunal arbitral daquele caso tomasse, o que os levou a pedir para participar como *amici curiae*. O terceiro caso envolve o uso de terras sagradas de indígenas estadunidenses por uma mineradora canadense, fazendo com que a tribo Quechan enviase uma petição ao tribunal desse caso para ser aceita como *amicus curiae*.

Já no âmbito do CIADI, este trabalho apresenta três casos envolvendo o direito de acesso à água. O primeiro caso é referente a uma petição de cinco ONGs para participação como *amici curiae* em uma disputa estabelecida entre a Argentina e três empresas de origens espanhola e francesa – *Aguas Argentinas*, *Suez* e *Vivendi* – que operavam os serviços de água e esgoto da região metropolitana de Buenos Aires. O segundo caso também envolve a Argentina, juntamente com as empresas *Aguas Provinciales*, *Suez* e *InterAguas*, no qual ouve também a cessão do fornecimento de serviços de água e esgoto na província argentina de Santa Fé – levando uma ONG e três professores especialistas a entregarem uma petição para participação como *amici*. O terceiro caso – referente à disputa entre a empresa de origem holandesa *Aguas del Tunari* e a Bolívia – diverge de todos acima mencionados: foi um dos primeiros casos no CIADI em que houve esse tipo de pedido de terceiros e que, todavia, foi negado.

Uma análise, sob a ótica da teoria, dos casos e das mudanças que têm ocorrido nos procedimentos arbitrais de investimentos para solucionar os problemas será apresentada no terceiro capítulo. São levantados argumentos teóricos sobre a participação de terceiros em arbitragens de investimentos, bem como considerações a respeito dos casos apresentados. O capítulo ainda trata de questões específicas que surgem como desafios para esse tipo de participação, como as características privada e confidencial do procedimento arbitral. Por fim, serão analisadas soluções para o desafio de permitir terceiros em um procedimento jurídico originalmente fechado que é a arbitragem internacional de investimentos.

2 A EVOLUÇÃO DO ATUAL REGIME INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS E A PARTICIPAÇÃO DE NOVOS ATORES NO DIREITO INTERNACIONAL

Desde os faraós do Egito que forjavam bronze longe de suas terras e dos fenícios que investiam na antiga Israel, passando pelos investimentos holandeses através da Companhia das Índias Orientais em meados do milênio passado, até as expansões coloniais dos séculos XVIII e XIX, nunca se cogitara a possibilidade de criação de normas comuns que governassem os fluxos globais de capital (ALVAREZ, 2011). Na Idade Média, cristãos (como os venezianos e os genoveses) não tinham proteção jurídica quando realizavam transações econômicas nas áreas do Mediterrâneo que eram dominadas por muçulmanos¹ (FRANCIONI, 2009). Até meados do século XX, os fluxos de investimentos eram bastante dependentes do financiamento e da atuação dos Estados, sendo esses os sujeitos legítimos para deliberar e tomar decisões acerca dessa matéria no âmbito internacional (ALVAREZ, 2011). O mesmo se aplicava à realização de acordos com outros Estados e a solução de qualquer incongruência que houvesse².

O fato de não haver normas internacionais específicas para lidar com investimentos acarretava em incertezas e até mesmo incidentes diplomáticos³. Em 1902, Luís María Drago (Ministro de Relações Exteriores da Argentina) declarou aos Estados Unidos que não poderia ser usada a força para pagamento de dívida externa, o que posteriormente ficou conhecido como Doutrina Drago (GABRIEL; COSTA, 2015). Já a Doutrina Calvo, elaborada pelo jurista argentino Carlos Calvo, também ganhou proeminência por afirmar que os investidores estrangeiros deveriam ter o mesmo tratamento dos nacionais, sem privilégios como a proteção diplomática de seu Estado de origem e a possibilidade de resolução de disputas em tribunais internacionais (GABRIEL; COSTA, 2015).

No século XX ocorreu uma mudança paradigmática no tratamento das divergências relativas a investimentos. A proteção diplomática deixou de ser o principal meio de busca por justiça pelos investidores, à medida que emergia um regime internacional específico para os

¹ Para solucionar esse problema, foram desenvolvidos “special extraterritorial legal regimes for commercial establishments, trade centres, and warehouses maintained in Muslim lands (*fondaci*) by foreign merchants and the gradual recognition of a system of *in situ* protection of foreign merchants by agents of the foreign power of which they were nationals” (BRAVO, 1993 apud FRANCIONI, 2009).

² Durante os séculos XVIII e XIX, comerciantes imperiais que investiam em colônias tinham vantagens como o estabelecimento de cortes consulares especiais, em vez de serem submetidos às cortes locais das colônias (SORNARAJAH, 2004 apud ALVAREZ, 2011).

³ Um dos casos mais emblemáticos foi o Incidente de Caracas, em que Alemanha, Itália e Grã-Bretanha bloquearam o porto da cidade venezuelana e ameaçaram bombardeá-la caso não fosse negociada a dívida com os investidores daqueles países (GABRIEL; COSTA, 2015).

investimentos externos (FRANCIONI, 2009). O primeiro passo para esse câmbio foi dado em 1907, com a Conferência de Paz da Haia. Frente à quase inexistência de regras internacionais para sua solução, nessa Conferência

[...] foi estabelecida a proibição do uso da força e a ascensão de métodos pacíficos para a solução de controvérsias. Desse modo, os Estados também passaram a atuar através de reclamações internacionais, acionando a jurisdição arbitral internacional ou tribunais internacionais para dirimir questões relativas a investimentos. (GABRIEL; COSTA, 2015, p. 271)

A primeira tentativa de estabelecimento de regras específicas a respeito de investimentos internacionais⁴ ocorreu através da Organização Internacional do Comércio, em 1947. Para Ostry (1997), o insucesso dessa instituição foi o primeiro capítulo de uma série de tentativas frustradas de se criar um regime. Nas negociações de Havana de 1947, países em desenvolvimento queriam que lhes fosse assegurado o direito de expropriação de investimentos estrangeiros – o que não foi admitido por alguns países, como os Estados Unidos (OSTRY, 1997). Inexistente um consenso, o assunto foi deixado à parte naquele momento.

Na década seguinte, mais precisamente em 1959, foi firmado o primeiro tratado específico sobre investimentos entre Alemanha e Paquistão (PERRONE, 2013). Esse acontecimento representou um marco nessa área do direito internacional e propulsionou a disseminação de tratados internacionais bilaterais em matéria de investimentos, também chamados de BITs (*Bilateral Investment Treaties*) (SALACUSE, 1990). Quanto à *raison d'être* dos BITs, Colen e Guariso (2012, p. 2) explicam que “ao assinar um BIT, o país que recebe investimento garante o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e inclui garantias de compensação em caso de expropriação”. Ademais, os BITs também podem conceder outros tipos de direitos a investidores, como, por exemplo, a transferência livre de fundos e ativos (COLEN; GUARISO, 2012).

Para solucionar as disputas entre Estados e investidores estrangeiros, foi criado no âmbito do Banco Mundial, através da Convenção de Washington de 1965, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI, ou ICSID em

⁴ Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), a definição de investimento externo direto remete ao “fluxo internacional de capital feito por uma entidade residente em um país, com o propósito de estabelecer um interesse duradouro em uma empresa localizada em outro país” (ALVAREZ, 2011, p. 15). Alvarez (2011) ressalta a importância da expressão “interesse duradouro” na definição, o que difere esse tipo de investimento do investimento em portfólio. Ainda que o CIADI não defina investimento externo, alguns árbitros têm observado critérios como: se há contribuição à economia do país receptor e significância para o desenvolvimento desse; a duração do fluxo de capital; e o risco envolvido (ALVAREZ, 2011).

inglês)⁵. Os propósitos desse Centro envolvem a busca por Estados que são historicamente relutantes à adesão à arbitragem internacional, como também a concessão, ao investidor estrangeiro, da possibilidade de estabelecer um painel arbitral em uma jurisdição alternativa àquela do Estado que recebeu investimento. Os tribunais arbitrais formados por meio do CIADI devem observar as normas acordadas pelas partes da disputa, o que restringe a atuação dos árbitros no que diz respeito à observação de outras normas de direito internacional e de entendimentos de casos precedentes (MOLTKE, 2000).

Depois de um longo tempo amparados pela diplomacia dos seus Estados de origem, os investidores se tornaram parte em disputas arbitrais internacionais juntamente com o Estado que recebeu o investimento. Essa é uma característica peculiar do CIADI que, de certa forma, tem propiciado um aumento significativo no número de disputas, haja vista a grande quantidade de empresas transnacionais e a multiplicidade de Estados nos quais realizam seus investimentos (ALVAREZ, 2011). É válido ressaltar que, além dos painéis estabelecidos com base nas suas normas, o CIADI também recebe disputas arbitrais sob as regras da UNCITRAL e também de casos *ad hoc* entre investidores e Estados (ICSID, 2017).

Apenas na segunda metade do século XX, com a proliferação dos BITs e com a criação do CIADI, que foi se estabelecendo um regime⁶ de investimentos que hoje engloba a maioria dos países⁷. Entretanto, com o novo regime, Alvarez (2011) afirma que os Estados deixaram de ter o controle, por exemplo, sobre quais reclamações poderiam ser levadas para arbitragem e como essas seriam litigadas – o que ficou estrito aos árbitros, em observância das normas de arbitragem aplicáveis. Isso aconteceu principalmente porque houve certa cessão da atividade regulatória dos Estados, bem como devido à atuação de entes não estatais permitida por esse novo regime (ALVAREZ, 2011).

O processo de transição para esse novo cenário foi altamente influenciado e propagado por instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial, e por organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) (PERRONE, 2013). Embora tenha havido uma evolução jurídica exponencial na área de investimentos estrangeiros na década de 60, os anos 70 foram marcados pelo aumento da

⁵ O CIADI entrou em vigor em 1966, um ano após a sua criação.

⁶ John Ruggie (1975 apud KEOHANE, 1984, p. 57) foi o primeiro a definir regime internacional como “a set of mutual expectations, rules and regulations, plans, organizational energies and financial commitments, which have been accepted by a group of states”. Entretanto, Keohane concorda com Stephen Krasner, que definiu, em 1983, regime internacional como “a set of implicit and explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international relations” (KEOHANE, 1984, p. 57).

⁷ O CIADI possui hoje 153 Estados-membros, além de oito ratificações ainda pendentes (ICSID, 2017).

hostilidade a esse tipo de investimento ao passo que países em desenvolvimento clamavam por uma nova ordem econômica mundial (OSTRY, 1997).

No início dos anos 80, a maior parte dos investimentos internacionais estava concentrada nas mãos de poucas empresas, as quais buscavam recursos para além das fronteiras de seus países (MOLTKE, 2000). Com crises de dívida externa se alastrando pelo mundo, essa década foi marcada por uma reviravolta no cenário de investimentos internacionais. Os EUA intensificaram diversas agendas e rodadas de negociações multilaterais, tanto em matéria de investimentos quanto de comércio, serviços e propriedade intelectual. Além disso, houve um crescimento significativo de “alianças tecnológicas estratégicas”, que representavam um compartilhamento de *know-how* tecnológico entre empresas transnacionais de diversos países (OSTRY, 1997). Dessa forma, os fluxos de investimentos cresciam voluptuosamente e a globalização dava passos cada vez mais largos⁸.

A ascensão significativa dos países do Leste Asiático nos anos 90 fez com que os investimentos internacionais já não mais fossem majoritariamente dominados pelos membros da OCDE (OSTRY, 1997). Do fim da década de 80 até o início da década de 90, aconteceram as negociações da Rodada do Uruguai com base no GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio). A abordagem de questões relacionadas a investimento foi muito tímida e quase ficou de fora da Rodada, sendo praticamente restrita às Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (em inglês *Trade-Related Investment Measures*, ou simplesmente TRIMs). As TRIMs representavam basicamente medidas para promover o uso de produtos domésticos e para restringir as importações à proporção das exportações (OSTRY, 1997).

Com a fundação da Organização Mundial do Comércio em janeiro de 1995, esperava-se que seus membros dessem relevância também aos investimentos externos. Haja vista que as discussões sobre esse assunto tinham dificuldade de se concretizar em acordos, foi criado dentro da OMC, em 1996, o Grupo de Trabalho para as Relações entre Comércio e Investimento. Sua finalidade era estimular e intensificar esse debate dentro da instituição (MOSOTI, 2003). O quase silêncio na Rodada Uruguai, bem como a dificuldade enfrentada pela OMC em firmar acordos na área de investimentos, renderam algumas críticas em face da relutância dos membros dessa Organização:

Há agora uma concordância ampla de que a globalização tem transformado a paisagem e que a ausência de regras de investimento compreensivas e coerentes deixa um buraco no sistema multilateral abrigado na OMC. Há, no entanto, menos

⁸ Enquanto no início dos anos 80 o fluxo de investimentos externos diretos era de US\$ 40 bilhões, no início dos anos 90 essa cifra chegou à casa dos US\$ 200 bilhões (ALVAREZ, 2011).

concordância a respeito de quando e como reparar a estrutura. (OSTRY, 1997, p. 9, tradução nossa)

Essa onda de negociações multilaterais na área de comércio e investimento, a qual foi intensificada nos anos 90, não só ocorreu de modo sistêmico como também na forma de arranjos regionais. O continente americano é um bom exemplo para ilustrá-lo. No mês de janeiro de 1994, entrava em vigor um novo regime de investimentos na América do Norte. Composto por Canadá, México e Estados Unidos, o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (ou NAFTA) tem como objetivo estabelecer um padrão para as relações econômicas entre seus membros, essencialmente no que se refere aos tratamentos nacional, justo e equitativo, e da nação mais favorecida (LERNER, 2009).

O NAFTA propunha, além de suas disposições sobre o comércio entre seus membros, uma proteção aos investimentos estrangeiros por meio da arbitragem internacional (LERNER, 2009). O capítulo 11 do tratado dispõe exclusivamente acerca das regras dos procedimentos arbitrais estabelecidos entre seus Estados-membros e os investidores oriundos de algum deles.

Na área de investimentos, o NAFTA abriu o caminho de permitir a participação direta de investidores [em painéis arbitrais]. Assim, um investidor pode levar um país hospedeiro à arbitragem internacional, buscando soluções para a conduta governamental que alegadamente violou regras acordadas. (OSTRY, 1997, p. 16-17, tradução nossa)

Na América do Sul não foi diferente. Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram, em 1991, o Tratado de Assunção. Esse tratado previa a criação do Mercosul, instituição que representava a concretização do anseio de seus membros em criar um mercado comum no Cone Sul, a fim de haver livre circulação de bens e serviços e uma tarifa externa comum (GABRIEL; COSTA, 2015). Não obstante, os quatro Estados também tinham preocupação com o cenário internacional do fluxo de investimentos, uma vez que o direcionamento desse fluxo para a região sul-americana era afetado principalmente pela demanda advinda do desfazimento da União Soviética e a consequente necessidade de financiamento dos antigos países satélites (GABRIEL; COSTA, 2015).

Dessa forma, os Estados-membros do Mercosul estabeleceram um debate sobre investimentos logo em seguida à sua criação. Em 1992, foi criada uma comissão técnica para promover e proteger investimentos no bloco, o que levaria ao posterior desenvolvimento dos Protocolos de Colônia (1993) e Buenos Aires (1994) (LERNER, 2009). O primeiro tratava da regulamentação do fluxo de investimentos dentro do bloco, enquanto que o segundo visava à proteção de investimentos provenientes de países extra-bloco (COSTA, 2006). Porém,

nenhum dos protocolos obteve ratificação de todos os membros: o acordo firmado em Colônia foi ratificado somente pela Argentina; o de Buenos Aires, apenas o Brasil não o ratificou (LERNER, 2009).

Houve também uma tentativa de firmar um acordo através da OCDE. De 1991 a 1995, ocorreram diversos estudos e debates internos para que uma proposta fosse levada às mesas de negociação. Sornarajah (2004 apud LERNER, 2009) afirmou que o intuito das negociações era estabelecer um acordo primeiramente entre os países desenvolvidos e, em um segundo momento, levar à adesão dos demais países. Diante de propostas como a abertura da indústria cultural dos países, o debate gerou grande repercussão negativa não só na sociedade civil – com severas críticas provenientes de ONGs – como também entre alguns países que estavam participando das negociações, como Canadá e França (LERNER, 2009).

Após três anos de negociações travadas devido à ausência de consenso, foi redigido, em 1998, um texto em que se propunha um acordo para a proteção do investimento externo e a possibilidade de ser acionada a arbitragem internacional diante de casos desfavoráveis ao investidor (MOLTKE, 2000). No entanto, o Acordo Multilateral de Investimentos⁹ (*Multilateral Agreement on Investment*, ou MAI) não obteve êxito, visto que

[...] era institucionalmente atrofiado. Tentando não antecipar uma transferência posterior para a OMC, ou a criação de uma entidade separada para investimento, os negociadores produziram uma estrutura institucional como o GATT original, sem uma base organizacional sólida e com os mais restritos recursos institucionais. (MOLTKE, 2000, p. 29)

Apesar dos insucessos históricos de negociações, acordos e tratados, existem diversas instituições que fazem parte do atual regime internacional de investimentos. Além dos BITs, do CIADI, dos acordos de livre comércio (como, por exemplo, capítulo 11 do NAFTA) e dos acordos no âmbito da Organização Mundial do Comércio já anteriormente mencionados, Alvarez (2011) ainda cita mecanismos arbitrais (como as regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Internacional do Comércio, a UNCITRAL), o Tratado da Carta de Energia e organismos como a Agência Multilateral de Garantia para o Investimento (MIGA)¹⁰ e a Corporação para Investimentos Privados Internacionais dos Estados Unidos (OPIC).

Também vale ressaltar a existência de acordos de outras naturezas. O Código do Centro das Nações Unidas para Corporações Internacionais (*UNCTC Code*), que tem como

⁹ O texto do MAI era bastante influenciado pelos textos dos BITs que se firmaram no início da década de 90 e, essencialmente, pelo capítulo 11 do NAFTA (LERNER, 2009).

¹⁰ Essa agência foi criada no âmbito do CIADI, “involving the insurance of investments or guarantees for insurance (reinsurance) of investment and a technical assistance program, which assists developing member countries in attracting foreign direct investment” (MOLTKE, 2000, p. 12).

objetivo amparar países em desenvolvimento através de obrigações impostas a empresas transnacionais, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança no Clima (FCCC), que estabeleceu regras para investimentos internacionais acerca da redução das emissões de gases causadores do efeito estufa, são exemplos de mecanismos jurídicos que tratam direta ou indiretamente sobre investimentos externos (MOLTKE, 2000).

Conforme dito anteriormente, a segunda metade do século XX foi marcada pela efervescência do direito internacional dos investimentos estrangeiros, majoritariamente orquestrada por países desenvolvidos europeus e norte-americanos. Todavia, diversos arranjos regionais fora do eixo Europa-América do Norte também se formaram nesse período. Além do já mencionado Mercosul, estabeleceu-se um regime entre os países árabes¹¹ – o qual começou com o Acordo da União Econômica Árabe, em 1957, e se firmou com a Organização da Conferência Islâmica (MOLTKE, 2000). Outro arranjo regional relevante é a Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), que prioriza os investimentos realizados por *joint ventures* asiáticas ao oferecer preferências tarifárias para esse tipo de empresa¹² (MOLTKE, 2000).

A intensificação da presença de empresas transnacionais em todas as regiões do mundo e da formação de acordos e mecanismos jurídicos bilaterais e multilaterais causou impacto em comunidades locais e levantou diversos questionamentos relativos ao interesse público. Desde a década de 1960, quando ocorreram os debates na Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e a criação da OCDE, tem havido uma crescente dissonância entre o interesse público e o interesse das empresas transnacionais (muitas vezes caracterizado como um embate entre Estados em desenvolvimento e empresas de Estados desenvolvidos).

Enquanto a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento procurou negociar obrigações vinculativas para as empresas multinacionais, os governos dos países da OCDE se concentraram principalmente na obtenção de direitos adicionais para investidores, de modo a melhorar a segurança de seus investimentos. O interesse da política pública é alcançar um equilíbrio adequado entre os direitos e as obrigações dos investidores e entre interesses privados e bens públicos, mas nenhuma das abordagens internacionais de investimento tratou sobre essa tarefa. [...] equilibrar interesses privados e bens públicos permanece fora do escopo da maioria dos regimes internacionais. A agenda de investimento internacional (juntamente com a necessidade de avançar para uma economia mais sustentável e as instituições necessárias para manter mercados competitivos) não pode ser abordada adequadamente sem instituições capazes de realizar esse equilíbrio nesse nível internacional. (MOLTKE, 2000, p. vi, tradução nossa)

¹¹ Esse regime previa segurança aos investimentos externos e direitos aos investidores (MOLTKE, 2000).

¹² Tais benefícios concedidos pela ASEAN se firmaram principalmente a partir da década de 90, quando houve uma sequência de protocolos em prol dos interesses dessas indústrias de grande porte.

2.1 FIM DO SÉCULO XX: NOVOS ATORES NO DIREITO INTERNACIONAL

O desenvolver desse cenário de transformação econômica ocorrido na segunda metade do século passado fez do direito dos investimentos estrangeiros um dos ramos mais dinâmicos do direito internacional (COTULA, 2015). Entretanto, o fenômeno da globalização trouxe consigo diversos desafios que necessitam de soluções improteláveis. Um desses desafios é o fato de a presença de atores não estatais no meio internacional ter aumentado consideravelmente nas últimas décadas, tanto de modo formal como informal (DE BRABANDERE, 2011). Esse fenômeno vem exigindo uma constante adequação do direito internacional a essa nova realidade. No entanto, diversos acadêmicos tiveram posicionamentos ortodoxos e relutantes a despeito da inclusão desses atores nas abordagens e teorias de direito internacional (DE BRABANDERE, 2011), indicando que não poderiam ser caracterizados como sujeitos nesse âmbito do direito. Suas interpretações se baseavam no conceito histórico – já não mais aplicável – do Estado como único ator no ambiente internacional.

No que se refere aos investimentos internacionais, o percurso não poderia ser diferente: as normas internacionais que os regulamentam também precisaram se moldar a esses novos atores, a esse novo contexto. A combinação de uma maior independência dos árbitros e da inserção de atores não estatais como sujeitos no direito internacional viabilizou a possibilidade de esses atores terem acesso a certos procedimentos internacionais (DE BRABANDERE, 2011), como é o caso da arbitragem. “A ampliação da influência e do papel de ONGs no direito internacional e nas relações internacionais é um desenvolvimento que as cortes e tribunais existentes não têm conseguido evitar” (DE BRABANDERE, 2011, p. 90, tradução nossa).

Tendo em vista essa nova realidade, uma das principais áreas que necessitaram se adequar foi a da arbitragem internacional¹³ de investimentos. Nos últimos 25 anos, esse tipo

¹³ Existem pelo menos duas vertentes acerca do surgimento da arbitragem internacional. W. Evans Darby defendia que essa havia sido primeiramente proposta por um eclesiástico alemão no século XII, cujo nome era Gerohus (FRASER, 1926). No entanto, Henry S. Fraser discordava de Darby. Fraser (1926) atribuiu o surgimento da arbitragem internacional ao advogado real da Normandia Pierre Dubois, o qual elaborou, em 1306, um plano para resolver eventuais conflitos na Europa a fim de preservar o continente durante o período das Cruzadas. Seu plano consistia em montar uma corte formada por três juízes eclesiásticos, três juízes indicados por uma das partes e três pela outra. Duzentos anos depois de Dubois, Desiderius Erasmus defendia a arbitragem para alcançar a paz mundial, clamando aos europeus que deixassem suas armas de lado e se voltassem para Jesus Cristo (FRASER, 1926). No que diz respeito à era moderna da arbitragem internacional, essa teve seu gênese em 1794 com o Tratado Jay, o qual “estabelecia comissões para resolver disputas entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha por meio da arbitragem de reclamações de credores britânicos contra nacionais estadunidenses” (ALFORD, 2003, p. 72, tradução nossa).

de arbitragem tem ganhado cada vez mais proeminência e, ao mesmo tempo, provocado reações contrárias a seu estabelecimento como mecanismo de solução de controvérsias de investimentos internacionais. Essa contrarreação se deve essencialmente a movimentos antiglobalização iniciados no fim dos anos 90, os quais contestavam a legitimidade de instituições como a OCDE e de mecanismos como a arbitragem internacional de investimentos (BEHN, 2014).

O debate em relação à legitimidade dos procedimentos arbitrais de investimentos internacionais da forma como estavam sendo realizados foi amplamente disseminado. Behn (2014) analisa que não apenas países em desenvolvimento, mas também alguns atores de países desenvolvidos (como ONGs e acadêmicos) começaram a fazer questionamentos sobre as proteções concedidas a investidores pela arbitragem internacional e o modo como os Estados estavam sendo processados – envolvendo direito público por meio de um sistema privado de adjudicação. Destarte, intensificou-se a pressão social, em diversos países, para que comunidades que fossem afetadas por investimentos externos também pudessem participar de contenciosos internacionais que os envolvessem.

As disputas de investimento comumente se referem a questões que são socialmente sensíveis para as comunidades locais. Conforme Perrone (2013), o foco na posição do investidor priva as pessoas do país que recebe o investimento de participarem de deliberações e de se oporem à criação das expectativas legítimas do investidor. Além disso, essas pessoas acabam sabendo dessas expectativas somente quando é montado o painel arbitral, o que afeta princípios democráticos.

Árbitros internacionais geralmente focam nas expectativas dos investidores estrangeiros e nas alegações de comportamento abusivo e arbitrário por parte do estado que recebeu o investimento. Porém, a questão não é somente se o estado tem abusado de sua autoridade política. Disputas de investimentos muito frequentemente abrangem populações e indivíduos que também têm planos e expectativas. (PERRONE, 2013, p. 201, tradução nossa)

O fato é que o impacto dos investimentos nas comunidades locais não é levado em consideração na resolução de disputas arbitrais de investimentos internacionais. Perrone (2013) afirma ainda que as consequências das dinâmicas de negociação de investimentos externos podem acarretar em um aumento da desigualdade em países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento. Estados costumam dar incentivos a empresas transnacionais e utilizar mecanismos jurídicos internos para atrair investimentos externos, o que pode, inversamente, afetar os direitos das comunidades no que concerne à utilização dos recursos locais.

Para Hirsch (2013, p. 4, tradução nossa), “os investimentos internacionais não só são afetados por fatores socioculturais, eles influenciam traços socioculturais das comunidades envolvidas”. Uma vez que há uma inter-relação entre investimento externo e fatores socioculturais, não há dúvidas de que as normas internacionais de investimentos afetam questões sociais inerentes às comunidades que estão conectadas de alguma forma ao investimento. Entretanto, essa inter-relação não significa comunhão de valores e interesses. O motivo do questionamento acerca da legitimidade da arbitragem internacional de investimentos é o embate existente entre o direito do investidor e o direito das comunidades locais. Isso é reflexo do hiato que há entre o direito internacional dos investimentos estrangeiros e outras áreas do direito internacional (como direitos humanos e direito ambiental).

Tendo em vista que questões sociais são atingidas pelos investimentos, a arbitragem internacional de investimentos tem se deparado com assuntos que ultrapassam o investimento *per se*. Alegações sustentadas por provisões de tratados de direito ambiental e de direitos humanos têm chegado aos painéis arbitrais de investimentos com muita frequência. Contudo, em face da restrição material à qual esse tipo de arbitragem está submetido, tribunais arbitrais vinham ignorando ou dando pouca relevância a argumentos baseados em normas de direitos humanos e de direito ambiental levados às disputas (HIRSCH, 2013).

Para compreender as dificuldades resultantes dessa relação entre o direito internacional de investimentos e as demais áreas do direito internacional, Hirsch (2013) argumenta que é necessário analisar dois níveis: o horizontal e o vertical. No nível horizontal, o direito internacional de investimentos se caracteriza por sua descentralização. Não existem tribunais permanentes como em outras áreas do direito internacional, haja vista que muitas arbitragens são estabelecidas *ad hoc*. Cada arbitragem ocorre de maneira singular, com regras, direito aplicável e composição específicos. Além disso, seu controle é bastante limitado, sendo quase sempre exercido por cortes domésticas¹⁴. No nível vertical, os tribunais arbitrais de investimentos não têm relação formal com a autoridade de outra instituição. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, não submete esses tribunais à sua autoridade ou à observância de seus precedentes (HIRSCH, 2013).

Essas peculiaridades do direito internacional de investimentos externos mostram que, diante da ausência de vinculação desse ramo do direito a outros mecanismos jurídicos internacionais, acentua-se sua distância em relação aos demais ramos do direito internacional

¹⁴ Com exceção do CIADI, que possui um Comitê de Anulação que é estabelecido *ad hoc* e tem atuação mais limitada em relação a uma corte de apelação.

(como direitos humanos e direito ambiental). Isso faz com que os tribunais arbitrais resistam a dar a devida importância a essas outras áreas quando analisam um caso (HIRSCH, 2013). Outra questão problemática é o conflito existente entre as obrigações assumidas pelos Estados através de tratados de proteção ao meio ambiente e de direitos humanos e aquelas assumidas para com o investidor (VAN AAKEN, 2008).

Van Aaken (2008) ressalta que as consequências ambientais, sociais e culturais acarretadas por investimentos externos podem causar não apenas impactos diretos nos recursos naturais locais¹⁵, como também violações de direitos humanos, inclusive de povos indígenas. Ademais, impedir a participação das comunidades locais, as quais tiveram seus direitos violados, na arbitragem de investimentos é um efeito do atual regime internacional de investimentos que pode constituir uma violação de direitos humanos (PERRONE, 2013). Perrone (2013) cita a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos como exemplos de acordos internacionais que prevêm o direito de participação onde há interesse popular como um direito humano.

No que se refere aos direitos econômicos, sociais e culturais, o Estado tem o dever de cumprir três obrigações para com seus cidadãos: de respeitar, de proteger e de fazer com que esses direitos sejam cumpridos (SCHUTTER, 2013). Dentre essas obrigações, a de proteger é a mais delicada, pois implica em uma atuação do Estado em prol da prevenção a violações desses direitos. Segundo Schutter (2013), os efeitos dessa prevenção podem alcançar diversos espectros, inclusive o de investimentos. A violação de direitos trabalhistas devido a más condições de trabalho oferecidas por empresas transnacionais é um exemplo de quando o Estado deve agir para assegurar os direitos de seus cidadãos.

Extrações de recursos naturais por empresas transnacionais têm provocado efeitos devastadores em algumas comunidades nativas, como, por exemplo, a expropriação de lugares sagrados de povos indígenas (VAN AAKEN, 2008). Como o atual regime de investimentos internacionais é caracterizado pela crescente busca por recursos, concomitantemente é aumentado o risco de não haver a manutenção dos direitos de povos indígenas (COLUMBIA, 2016). O número de acordos de investimentos cresce todos os anos, porém os Estados nem sempre estão preparados para lidar com os efeitos dos investimentos nas comunidades locais e ficam amarrados às obrigações acordadas com os investidores internacionais. Essas obrigações podem até mesmo estar em desacordo com leis domésticas,

¹⁵ A autora comenta que muitas disputas arbitrais relacionadas ao uso de recursos naturais se referem à privatização de serviços de fornecimento de água e que, em alguns casos, as consequências dos investimentos externos realizados nessa área atingem o direito fundamental de acesso à água pelas comunidades locais.

principalmente aquelas que visam proteger os povos indígenas (COLUMBIA, 2016). No que tange ao plano internacional, o atual regime internacional de investimentos “proporciona pouca ou nenhuma oportunidade aos povos indígenas de exprimirem suas preocupações e buscarem proteger seus direitos durante a negociação ou aplicação de acordos internacionais de investimentos” (COLUMBIA, 2016, p. 8, tradução nossa).

Todos esses efeitos do atual regime internacional de investimentos têm levantado questionamentos acerca do princípio do acesso à justiça. Uma vez que ao investidor é garantido esse acesso através da arbitragem internacional de investimentos, indaga-se se o mesmo princípio não deveria valer também para indivíduos e grupos afetados pelo investimento no país que o recebe (FRANCIONI, 2009). A garantia que é concedida ao investidor estrangeiro de poder recorrer à arbitragem internacional é basicamente o alicerce desse regime internacional. Ao assinarem e ratificarem tratados de investimentos, os Estados delegam à arbitragem internacional a resolução de controvérsias e, dessa forma, aceitam reduzir a autoridade de suas cortes internas de solucionar questões inerentes aos danos causados pelos investimentos. Por sua vez, os investidores estrangeiros precisam desse regime não apenas para resguardá-los de riscos políticos, mas também para controlar os recursos dos países que recebem investimentos (PERRONE, 2013).

Ao passo que a arbitragem de investimentos tem contribuído para uma maior autonomia do investidor em relação à proteção do seu Estado, verifica-se nitidamente uma mudança no tratamento existente entre o investidor e o seu país de origem. Como já mencionado anteriormente, os Estados costumavam oferecer, no passado, proteção diplomática a seus investidores para que esses pudessem ter mais segurança ao investir em determinado país. No entanto, com esse regime desenvolvido a partir da metade do século passado, os investidores se emanciparam de seus Estados de origem e passaram a lograr da autonomia inédita de poder recorrer à arbitragem internacional por conta própria (FRANCIONI, 2009).

O cenário da proteção do Estado ao investidor se reverteu com o atual regime internacional de investimentos. Antes protetor do investidor, o Estado agora precisa proteger seus cidadãos e garantir o cumprimento das obrigações assumidas em tratados e acordos internacionais. Francioni (2009) chama esse novo fenômeno de “modelo reverso de proteção diplomática”. Segundo esse autor, os Estados começaram a levantar questões sociais, de saúde pública e de meio ambiente em painéis arbitrais internacionais de investimentos, assumindo um papel em defesa dos interesses de grupos e comunidades locais lesados pelos investimentos externos. Contudo, cabe ressaltar que nem todos os Estados têm abordado essas

questões nesses painéis ou demonstrado o interesse de abrir a arbitragem para participação de seus nacionais¹⁶.

Em virtude da não abrangência da participação de grupos sociais ou ONGs em procedimentos arbitrais de investimentos internacionais, Francioni (2009) apresenta três abordagens que ilustram meios que poderiam resultar em um desenlace para esse impedimento. A primeira se refere à possibilidade de o Estado que recebeu investimento requerer a aplicação, na arbitragem internacional, das suas leis internas que dispõem acerca da manutenção de padrões sociais, ambientais ou de saúde pública. O CIADI prevê, em seu artigo 42(1), que é possível a aplicação do direito interno do Estado que recebeu o investimento nas arbitragens do Centro – desde que o Estado e o investidor não tenham acordado o contrário. Além disso, o autor ressalta que a interpretação do “padrão justo e equitativo” – presente em BITs e acordos como o NAFTA – também deve ser válida para as comunidades afetadas pelo investimento. “É difícil conceber equidade como um conceito unilateral: equidade sempre requer equilíbrio justo e equitativo de interesses concorrentes” (FRANCIONI, 2009, p. 739, tradução nossa).

A segunda abordagem trata do acesso das comunidades e grupos locais a mecanismos jurídicos internacionais de proteção a direitos humanos. Francioni (2009) ilustra o caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como exemplo. Nesse caso, a comunidade indígena nicaraguense de Awas Tingni relatou que o governo de seu país havia feito uma concessão a uma empresa estrangeira para exploração madeireira em uma área ancestral de seu povo. A Corte chegou à conclusão de que o governo nicaraguense havia violado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, visto que deveria ser mantida a identidade cultural daquele povo e, portanto, suas terras teriam que ser preservadas. Essa decisão ocasionou o fim da concessão e se mostrou como uma solução para uma comunidade manter seus direitos resguardados em face de um investimento externo.

Por fim, a terceira abordagem de Francioni (2009) salienta o acesso da população do país que recebe um investimento à justiça, mais precisamente à arbitragem internacional de investimentos. Ainda que o acesso de terceiros a esse tipo de procedimento arbitral seja bastante restrito e condicionado a diversos fatores, ele poderia ocorrer de modo indireto através da participação das pessoas afetadas ou ONGs como *amici curiae*¹⁷. O autor comenta

¹⁶ Podem ser citados os Estados autoritários como exemplo, uma vez que dificilmente concordariam com a participação de grupos sociais nacionais em disputas internacionais que envolvam esses Estados.

¹⁷ Para Bartholomeusz (2005), um *amicus curiae* (ou “amigo da corte”) é uma pessoa ou entidade que, mediante autorização de uma corte ou tribunal, pode participar de procedimentos legais em condição inferior à de uma parte.

que esse tipo de participação insere na arbitragem questões inerentes à coletividade, tais como saúde pública, proteção do meio ambiente, ou ainda a preservação do patrimônio cultural local. Assim sendo, cria-se uma “ferramenta poderosa para ampliar o escopo da arbitragem de investimentos de modo a considerar questões de políticas públicas em relação aos efeitos adversos de um investimento” (FRANCIONI, 2009, p. 740, tradução nossa).

Os primeiros casos de petições de participação como *amicus curiae* em arbitragens internacionais de investimentos surgiram no alvorecer dos anos 2000. A eclosão desse tipo de pedido resultou da necessidade de se encontrar uma solução jurídica que observasse a legalidade da participação desses novos atores, bem como a forma apropriada de seu acesso ao painel arbitral (DE BRABANDERE, 2011). Assim, além de resultar em maior eficiência e justiça nas decisões arbitrais, a permissão de sua participação poderia também ter um impacto positivo para o procedimento arbitral, tonando-o mais célere (PALAY; LANDON, 2011). O acesso a informações acerca dos fatos seria ampliado, fazendo com que a arbitragem viesse a ser mais transparente.

Entretanto, admitir a participação de um *amicus* na arbitragem internacional de investimentos é um passo bastante complexo. Em razão da inexistência de dispositivos jurídicos explícitos sobre esse tipo de participação em matéria de investimentos, os árbitros têm encontrado dificuldade em conciliar os interesses de terceiros com as normas que regem o procedimento arbitral. ONGs têm procurado uma forma de acessar, na medida do possível, essas arbitragens e levar informações relevantes aos árbitros. Não obstante, a atuação dos Estados em prol da participação de grupos sociais e ONGs tem sido bastante comedida, além de que a responsabilização de investidores por violações de direitos humanos e ambientais é pouco abordada no direito internacional. Todos esses fatores combinam para a complexidade de uma decisão arbitral favorável à participação de *amici curiae*.

2.2 CASOS PRECEDENTES DE PARTICIPAÇÃO DE AMICI CURIAE EM SUPREMAS CORTES E NO DIREITO INTERNACIONAL

Haja vista os pedidos de participação como *amicus curiae*, os árbitros têm o dever de analisá-los e respondê-los, seja positiva ou negativamente. Como já mencionado previamente neste trabalho, a descentralidade do regime de investimentos e os poucos precedentes (do direito internacional como um todo) que possam servir de alicerce aos árbitros implicam em uma análise mais cautelosa e profunda. Considerando a escassez de fontes no direito internacional, muitos argumentos em defesa da participação de *amici curiae* utilizados nas

arbitragens de investimentos advêm de decisões de Supremas Cortes de diversos países, principalmente daqueles onde vigora o *common law*.

As cortes canadenses, por exemplo, têm autoridade para permitir intervenções de *amici* de acordo com sua percepção acerca das circunstâncias e do auxílio que esses podem prestar para a solução da disputa. Esse foi o entendimento da decisão do caso *Canada (Director of Investigation and Research) vs. Air Canada*, de 1988. Outro caso que também influenciou a arbitragem internacional de investimento quanto à participação de *amici* foi o *R. vs. Hydro Quebec*, de 1997. Nesse, a Suprema Corte canadense acatou as submissões de um *amicus* e reiterou o poder constitucional do governo federal do Canadá de criar leis de proteção ao meio ambiente (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000a).

Quando se trata de intervenções por um *amicus curiae*, a Suprema Corte do Canadá adota dois critérios para a sua aceitação. Esses critérios são embasados na regra 18(3) das Regras da Suprema Corte do Canadá. Tal dispositivo condiciona a participação de terceiros à compatibilidade dos interesses desses com a matéria tratada pela Corte, bem como à análise de se o conteúdo de suas submissões agregará, de fato, mais informações relevantes para o caso (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000d). Havendo comprovação de que esses indivíduos ou entidades realmente trarão conteúdos pertinentes à Corte, essa avalia se a sua participação ocorrerá por meio de submissões por escrito ou sustentações orais (METHANEXVS. UNITED STATES, 2000d).

Outro país cujo direito interno reconhece a figura do *amicus* e tem influenciado o direito internacional dos investimentos estrangeiros é os Estados Unidos. O direito interno estadunidense recepciona a figura do *amicus curiae* de forma reiterada e proeminente. Conforme Shelton (1994 apud METHANEX VS. UNITED STATES, 2000c), durante a década de 1980, 86% dos casos de direito ambiental que chegaram à Suprema Corte dos Estados Unidos tinham *amici curiae* envolvidos. Os EUA são um dos países que têm se posicionado a favor da participação de *amici curiae* na arbitragem internacional de investimentos, tanto dentro dos procedimentos arbitrais como em instuições multilaterais (como o NAFTA).

Um dos principais questionamentos feitos por entidades ou indivíduos que pedem para participar como *amici curiae* na arbitragem internacional de investimentos se refere à confidencialidade do procedimento arbitral. Nesse quesito, também foram utilizadas decisões de Supremas Cortes na defesa desse tipo de participação. Um exemplo é o caso *Esso Australia Resources Ltd vs. Plowman*, de 1995, no qual a Suprema Corte da Austrália decidiu pela rejeição da obrigação de serem mantidos em caráter confidencial documentos e

informações de uma arbitragem, uma vez que as partes não tinham feito um acordo contrário (PRYLES, 2008). Outro exemplo é uma decisão¹⁸ da Suprema Corte da Suécia do ano de 2000, na qual foi determinado que, em arbitragens comerciais internacionais, as partes não têm o dever de confidencialidade (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000h).

Além das influências de direitos domésticos de alguns países nos argumentos referentes à participação de *amici*, decisões de tribunais de outras matérias do direito internacional também serviram de base para esses argumentos. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), por exemplo, admitiu uma única vez um *amicus curiae* em toda a sua história. Essa decisão foi tomada em 1950, no caso *International Status of South West Africa* – referente à sucessão do Território da África do Sudoeste, tendo em vista que era supervisionado pela Liga das Nações e essa já não mais existia. A Corte admitiu que a ONG *International League for Human Rights* – representante dos interesses do povo daquele Território – lhe enviasse submissões (STACY, 2009).

Nos anos 70, houve outro pedido similar ao realizado em 1950, porém dessa vez a Corte negou e reavaliou a decisão tomada duas décadas antes (BARTHOLOMEUSZ, 2005). Já em 1993, mais um caso repercutiu na CIJ. Tratava-se da legalidade do uso por um Estado de armas nucleares em conflitos armados. Diversas ONGs¹⁹ iniciaram uma campanha em prol do banimento do uso, pressionando a Organização Mundial da Saúde (OMS) a pedir uma opinião consultiva para a CIJ, tendo em conta os riscos humanos e ambientais desse tipo de arma (KOPPE, 2008). Considerando que não eram mais possíveis petições de *amici curiae* nessa Corte, a OMS tomou para si a iniciativa proposta pelas ONGs e, por fim, a CIJ acatou o pedido dessa organização (SINGH, 2012). A rejeição da CIJ à participação de *amici* tem sido frequentemente usada como embasamento por aqueles que são contrários (especialmente investidores) a esse tipo de participação na arbitragem internacional de investimentos.

As decisões tomadas por árbitros no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) também influenciaram casos da arbitragem internacional de investimentos. O primeiro caso em que houve uma petição de participação como *amicus curiae* na OMC foi o *US – Shrimp*, de 1998. Nesse caso, o Órgão de Apelação decidiu que não apenas existe a possibilidade de envios de posicionamentos por *amici curiae*, como o painel pode levá-los em consideração em sua decisão (VIÑUALES, 2006). Foi utilizado como pilar para essa decisão

¹⁸ Case No. T 1881-99 (Swed. S. Ct. CM. 27, 2000).

¹⁹ Dentre elas estavam os International Physicians for the Prevention of Nuclear War, o International Peace Bureau e a International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (MOHR, 1997).

o artigo 13 do *Dispute Settlement Understanding* (DSU) dessa Organização, o qual dispõe acerca do direito do painel de buscar informação de terceiros²⁰.

Outro caso arbitrado na OMC que influenciou argumentos favoráveis à participação de *amici curiae* na arbitragem internacional de investimentos foi o *US – Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products*, de 1999. Ao analisar o assunto, o Órgão de Apelação decidiu que *amici curiae* poderiam fazer posicionamentos sem que lhes houvesse sido feita solicitação prévia, porém adicionou que não tinha obrigação de considerá-los ao analisar o caso (KELLER, 2005). Um dos artigos que serviram de base para sua decisão foi o 17.9 do DSU, o qual autoriza o Órgão de Apelação a estabelecer procedimentos de trabalho, consultando o *Chairman* do *Dispute Settlement Body* (DSB) e o Diretor-Geral²¹. Outro artigo citado pelo Órgão de Apelação foi o 16(1) dos *Working Procedures for Appellate Review* (WPAR), que determina que é possível ser adotado um procedimento específico em uma apelação, desde que não seja inconsistente com os WPAR, com o DSU e com outros acordos aplicáveis ao caso²².

Um terceiro caso que foi de suma importância dentro da OMC, e que também serviu de referência para os casos nos tribunais arbitrais internacionais de investimentos, foi o *European Communities – Asbestos*, de 2001. É considerado um divisor de águas no que diz respeito à participação de *amici curiae* em painéis arbitrais da OMC, uma vez que ocasionou a convocação de uma reunião do Conselho Geral da Organização devido às incertezas que rondavam os países-membros. Conforme Keller (2005), dos 25 países que participaram da

²⁰ Art. 13 do DSU da OMC: “Right to Seek Information

1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate. However, before a panel seeks such information or advice from any individual or body within the jurisdiction of a Member it shall inform the authorities of that Member. A Member should respond promptly and fully to any request by a panel for such information as the panel considers necessary and appropriate. Confidential information which is provided shall not be revealed without formal authorization from the individual, body, or authorities of the Member providing the information.

2. Panels may seek information from any relevant source and may consult experts to obtain their opinion on certain aspects of the matter. With respect to a factual issue concerning a scientific or other technical matter raised by a party to a dispute, a panel may request an advisory report in writing from an expert review group. Rules for the establishment of such a group and its procedures are set forth in Appendix 4.”

Disponível em: <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm>. Acesso em: 7 de out. de 2017.

²¹ Art. 17.9 do DSU da OMC: “Procedures for Appellate Review

9. Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information.”

Disponível em: <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm>. Acesso em: 7 de out. de 2017.

²² Artigo 16(1) dos WPAR da OMC:

“16. (1) In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the division shall immediately notify the parties to the dispute, participants, third parties and third participants as well as the other Members of the Appellate Body.”

Disponível em: <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm>. Acesso em: 7 de out. de 2017.

reunião, 20 condenaram a decisão do Órgão de Apelação de permitir *amici curiae*, quatro preferiram não se pronunciar e apenas um a apoiou – os Estados Unidos. Ainda que houvesse um descontentamento de alguns países com as decisões do Órgão de Apelação, estabeleceu-se definitivamente o precedente para casos posteriores (KELLER, 2005).

Retomando o discurso da falta de legitimidade de alguns regimes internacionais (tais como o de comércio), Viñuales (2006) entende que a OMC teve o intuito de dar mais legitimidade à instituição ao permitir a participação de *amici curiae* em seus painéis arbitrais. Ficou estabelecido, portanto, que as ONGs que desejam apresentar algum posicionamento necessitam discriminar claramente “suas atividades e suas fontes de financiamento, seu relacionamento com as partes da disputa, seu interesse específico na matéria em questão, e a contribuição que podem oferecer ao procedimento [arbitral]” (VIÑUALES, 2006, p. 248, tradução nossa).

3 CASOS DO DIREITO INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS ENVOLVENDO *AMICI CURIAE*

Antes de abordar os principais casos do direito internacional de investimentos estrangeiros em que foram feitos pedidos de participação como *amicus curiae*, é necessário esclarecer que as análises dos árbitros e os posicionamentos das partes nesses casos não ficaram presos estritamente às fontes de direito referentes a cada caso. Isso ocorreu justamente pela inexistência de precedentes na arbitragem internacional de investimentos e pelo silêncio dos tratados e acordos aplicáveis em relação a essa questão. Não somente as decisões arbitrais, mas principalmente as submissões de participação de *amici curiae* foram bastante influenciadas por decisões tomadas por mecanismos jurídicos internacionais de outros ramos do direito internacional (VIÑUALES, 2006).

A decisão pioneira em prol da participação de *amici curiae* na arbitragem internacional de investimentos, e que teve notória repercussão, foi a do caso *Methanex vs. United States*. Proferida em janeiro de 2001, fez desse um caso deveras emblemático, uma vez que inexistiam precedentes, e representou um marco não apenas no âmbito do NAFTA, mas para o direito internacional de investimentos estrangeiros como um todo. Outro caso que teve grande repercussão e relevância foi a disputa *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina*, de 2005, a qual foi o primeiro caso em que um tribunal arbitral do CIADI aceitou esse tipo de participação (GRISEL; VIÑUALES, 2007).

Neste capítulo, serão abordados os casos mais preponderantes de pedidos de participação como *amicus curiae* do direito internacional de investimentos estrangeiros. Primeiramente, serão abordados os principais casos no âmbito do NAFTA – destaque para os casos *Methanex vs. United States* e *United Parcel Service vs. Canada*. Depois, serão tratados os casos que tiveram maior repercussão no CIADI – em especial, os casos *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina* e *Aguas Provinciales, Suez e InterAguas*.

3.1 NAFTA (UNCITRAL)

Os casos *Methanex vs. United States* e *United Parcel Service vs. Canada* foram as duas mais significativas disputas relacionadas à participação de *amici curiae* em arbitragens internacionais de investimentos estabelecidas por meio do NAFTA. Assim sendo, serão primeiramente aqui abordados. Em sequência, será mencionado com brevidade o caso *Glamis vs. United States*, que teve relevância pela matéria inédita abordada na disputa. É importante

ainda ressaltar que o capítulo 11 do NAFTA elenca três regras de arbitragem sob as quais o investidor estrangeiro pode recorrer: a Convenção do CIADI; as Regras sobre Facilidades Adicionais do CIADI; ou então pelas Regras de Arbitragem da UNCITRAL. Os três casos aqui apresentados foram submetidos às regras da UNCITRAL.

3.1.1 Caso *Methanex vs. United States*

Enquanto o caso *European Communities – Asbestos* é considerado um marco na OMC, o caso *Methanex vs. United States* é referência no âmbito do direito internacional de investimentos estrangeiros. Nesse caso, os árbitros aceitaram a participação de *amici curiae* através de uma interpretação do artigo 15(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

Sujeito a estas Regras, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem da maneira que considerar apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em qualquer fase do processo, cada parte tenha oportunidade ampla de apresentar seu caso. (UNCITRAL, 1976, tradução nossa)

O caso envolve os Estados Unidos e a companhia canadense Methanex, a qual mantinha atividades no Estado da Califórnia. Com a criação de uma lei estadual que passava a proibir o uso de éter metil-terc-butílico (MTBE – sigla em inglês) nesse Estado, a Methanex foi diretamente afetada (VIÑUALES, 2006). Em dezembro de 1999, recorreu à arbitragem internacional através do capítulo 11 do NAFTA, exigindo compensação de US\$ 970 milhões pelas perdas que a nova lei acarretaria à companhia (DUMBERRY, 2002). Oito meses depois, o tribunal arbitral recebia a primeira petição de *amicus curiae* – era também a pioneira dessa espécie no âmbito do NAFTA. Quem peticionava era uma ONG canadense com foco em investimentos e meio ambiente, o IISD (*The International Institute for Sustainable Development*).

O IISD utilizou diversos argumentos para convencer o tribunal arbitral a recebê-lo como *amicus curiae*. Inicialmente, destacou o relevante interesse público envolvido no assunto que pautava a disputa, classificando-o como distinto dos demais assuntos que são abordados nessas arbitragens (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000a). Depois, indagou acerca das consequências do resultado da disputa, essencialmente quanto aos desdobramentos futuros para os países pertencentes ao NAFTA no que diz respeito à legislação ambiental e ao bem-estar da população. Ademais, os procedimentos arbitrais estabelecidos com base no capítulo 11 do NAFTA eram caracterizados, para a ONG, como

não transparentes devido às restrições ao acesso público (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000a).

A ONG canadense afirmava que não havia impedimentos legais (tanto no referido capítulo do NAFTA, como no artigo 15 das regras da UNCITRAL) para sua participação como *amicus curiae* (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000a). Citou as decisões tomadas na OMC de permitir esse tipo de participação²³, acrescentando que as próprias cortes locais – estadunidenses e canadenses – já tinham o costume de permitir *amici curiae*. Por fim, requisitou ao tribunal arbitral permissão para submeter sustentações orais e por escrito, acessar os documentos da disputa e ter status de observadora nas audiências.

Diante dessas circunstâncias, a Methanex imediatamente protestou perante o tribunal arbitral. O primeiro argumento levantado pela empresa invocava o artigo 25(4) das regras da UNCITRAL²⁴, o qual diz que as audições devem ocorrer *in camera* (ou seja, em uma câmara privada ou em uma sala de tribunal sem espectadores). Somando-se a isso, sustentou que o fato de, no *common law*, a arbitragem acontecer *in camera* implica na manutenção do caráter privado e confidencial dos documentos da disputa (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000b).

Uma questão bastante pertinente foi abordada pela Methanex no seu posicionamento acerca da petição apresentada pelo IISD. O estabelecimento de um procedimento arbitral necessita do consentimento entre as partes, conforme consta no artigo II da Convenção de Nova York de 1958²⁵. Amparada nesse artigo, a empresa alegou que as partes que haviam acordado a arbitragem eram unicamente os Estados Unidos e a Methanex e que, de acordo com o artigo 1128 do NAFTA²⁶, somente Canadá e México poderiam fazer submissões ao tribunal arbitral além das partes em disputa (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000b). Assim sendo, inexistindo outra previsão no capítulo 11 do NAFTA, não seria possível haver a participação nem serem feitas submissões por quaisquer outras entidades.

Quanto à jurisdição do tribunal arbitral, a empresa canadense ressaltou que:

²³ Citava os casos *Shrimp* e *Hot-Rolled Steel*.

²⁴ Artigo 25(4) das regras da UNCITRAL: “Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined”.

²⁵ A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (ou Convenção de Nova York de 1958), em seu artigo II, dispõe da necessidade de um acordo por escrito entre as partes de uma arbitragem, o qual “deve incluir uma cláusula arbitral em um contrato ou em um acordo de arbitragem, assinada pelas partes ou contida em trocas de cartas ou telegramas”.

²⁶ Artigo 1128 do NAFTA: “On written notice to the disputing parties, a Party may make submissions to a Tribunal on a question of interpretation of this Agreement”. Ou seja, qualquer membro do NAFTA pode fazer submissões no que diz respeito a interpretações legais do Acordo.

Não há jurisdição nesse Tribunal para adicionar partes. A petição do IISD é semelhante a uma reivindicação de terceira parte. Na ausência de consentimento de todas as partes, um árbitro não tem poder de ordenar que uma disputa referente a arbitragem seja ouvida ou determinada com um estranho ao acordo arbitral. (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000b, p. 2, tradução nossa)

Seguiu arguindo que, conforme o *common law*, “[...] nem o árbitro nem as cortes têm o poder de compelir uma parte a arbitrar com uma não parte” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000b, p. 3, tradução nossa). Destarte, segundo a Methanex, aceitar a participação de um *amicus curiae* a obrigaria a responder questionamentos trazidos por uma entidade com a qual não possui acordo arbitral. Rebatendo a interpretação do IISD de que o artigo 15 das regras da UNCITRAL permite que os árbitros conduzam a arbitragem da forma que considerarem apropriada, a empresa ressaltou que tal artigo se refere “[...] a matérias processuais, e não à matéria substantiva de quem pode ser parte na arbitragem” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000b, p. 3, tradução nossa). Com relação ao interesse público na disputa, a Methanex apontou que o artigo 1128 do NAFTA já o assegura visto que permite submissões dos três Estados norte-americanos. Concluiu dizendo que a inserção de qualquer outra entidade na arbitragem afetaria os princípios de isonomia e equidade do procedimento arbitral.

Em meados do mês de outubro de 2000, o IISD enviou outro documento aos árbitros, contrapondo alguns argumentos utilizados pela Methanex para a proibição de *amici curiae*. A ONG canadense explicou que sua aceitação no procedimento arbitral poderia modificar a visão do público acerca da confidencialidade²⁷ das arbitragens baseadas no capítulo 11 do NAFTA, trazendo maior aceitabilidade pública (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000d). Além disso, destacou quatro referências constantes no preâmbulo do NAFTA: a busca dos objetivos da instituição deve ser consistente com a proteção e conservação ambiental; a preservação da flexibilidade dos seus membros em salvaguardar o bem-estar público; o comprometimento em promover o desenvolvimento sustentável; e o fortalecimento do desenvolvimento e do cumprimento de leis e regulações ambientais. Ainda que o NAFTA seja um acordo de proteção ao comércio e aos investimentos entre os países-membros, é indispensável que haja um comprometimento para com o meio ambiente²⁸.

²⁷ Quanto à confidencialidade do caso, a ONG citou o laudo arbitral de outro caso do mesmo ano (2000), o *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos*, que transcorreria no âmbito do CIADI. Nesse caso, os árbitros decidiram que não havia qualquer restrição pelo NAFTA ou pelo CIADI acerca da publicidade do conteúdo da arbitragem, ainda que aconselhassem ambas as partes a não induzirem discussões externas.

²⁸ O IISD reclamou que o princípio “*polluter pays*” (“o poluidor paga”), estabelecido pela OCDE em 1972, estava se tornando “*pay the polluter*” (“pague ao poluidor”). Esse seria mais um motivo do seu desejo de participar como *amicus curiae*.

O IISD percebeu que a relutância em acolher sua petição por parte da Methanex poderia também estar relacionada à possibilidade de ocorrer uma “enxurrada de petições” de *amici curiae*. No entanto, uma vez que grupos da sociedade civil não costumam dispor de recursos para participar e enviar submissões nesse tipo de disputa, a ONG afirmou que não haveria o risco de acontecer um efeito dessa espécie (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000d). Para sustentar esse argumento, expôs o caso da OMC – que havia permitido a participação de *amici curiae* desde 1998 e, em nenhum caso, o número de *amici* fora maior que quatro.

A necessidade de a arbitragem ocorrer *in camera* não implicava, para o IISD, na impossibilidade de participação de um *amicus curiae*, desde que houvesse autorização do tribunal arbitral. Até porque laudos de arbitragens estabelecidas através do capítulo 11 do NAFTA já continham decisões de que não existe nenhuma obrigação de confidencialidade nos textos da UNCITRAL e do NAFTA²⁹. Mesmo se fosse negado o acesso aos memorandos e demais documentos do caso, a ONG canadense advertiu que sua obtenção poderia ser requerida através do *Freedom of Information Act* dos Estados Unidos³⁰.

Também em outubro do ano 2000, três ONGs estadunidenses enviaram uma petição de permissão para participação como *amici curiae* ao tribunal arbitral: a CBE (*Communities for Better Environment*), o Bluewater (*Bluewater Network of Earth Island Institute*) e o CIEL (*Center for International Environmental Law*). No documento, foi requisitado acesso às alegações das partes, bem como sua participação como ouvintes e a possibilidade de fazer exposições escritas e orais (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000c).

A petição realizada por essas ONGs se embasava no artigo 15(1) da UNICITRAL, na inexistência de proibição de *amicus curiae* no capítulo 11 do NAFTA, e nas decisões tomadas no âmbito da OMC e nas cortes internas dos dois países (Estados Unidos e Canadá)³¹ (VIÑUALES, 2006). Primeiramente, demonstraram que atuavam na área de proteção ambiental, ou seja, possuíam experiência, expertise e interesse no assunto que estava sendo tratado. Logo em seguida, ressaltaram a gravidade do uso do MTBE e o amplo interesse público pertinente ao caso, contando com o apoio, inclusive, de diversos senadores do Estado da Califórnia (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000c).

²⁹ Foram citados, como exemplos, os casos *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos* e *S. D. Myers vs. Canada*.

³⁰ Assim, o IISD afirmava que seu pedido de acesso aos documentos era legalmente amparado pela legislação estadunidense.

³¹ Em 1964, no caso *United States vs. Barnett*, a Suprema Corte dos Estados Unidos já permitira a participação de *amici curiae*: “There are no strict prerequisites that must be established prior to qualifying for amicus status; an individual seeking to appear as amicus must merely make a showing that his participation is useful to other otherwise desirable to the court”. (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000c, p. 10)

As três organizações sublinharam o fato de o teor dessa arbitragem ter implicações constitucionais e atingir princípios democráticos fundamentais. Esses dois fatores já seriam motivos contundentes para a permissão de *amici curiae* nesse caso, ao passo que as cortes estadunidenses e canadenses permitiam o conhecimento dos autos e a participação de cidadãos interessados ou afetados em processos judiciais que envolvessem interesse público. Outro argumento utilizado foi o de que as deliberações e resultados do caso em questão poderiam afetar ações futuras dos governos dos três países norte-americanos em matéria ambiental e de saúde pública, o que levaria a um questionamento sobre “a legitimidade dos procedimentos e da decisão do Tribunal” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000c). Na hipótese de inibir a participação de *amici curiae* no caso, o tribunal arbitral não estaria observando princípios democráticos que eram amplamente exercidos nos países envolvidos.

O artigo 15(1) das regras da UNCITRAL deixa explícito que o tribunal arbitral pode “conduzir a arbitragem da maneira que considerar apropriada”. Esse ponto foi ressaltado pelas ONGs para salientar que o tribunal ao qual estavam remetendo a petição tinha autoridade para decidir acerca da participação de *amici curiae* (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000c), ainda que essa participação não estivesse expressa no capítulo 11 do NAFTA. Na petição, as ONGs ainda citaram a decisão do Órgão de Apelação da OMC de que os painéis de solução de controvérsias têm autoridade para aceitar e considerar submissões de *amici curiae*, uma vez que inexistia regra proibitiva no âmbito daquela instituição. Foi reiterado que os Estados Unidos apoiaram essa decisão que tinha sido tomada na OMC. Um dos principais questionamentos levantados pelos potenciais *amici* aos árbitros foi se medidas legítimas em prol da saúde pública teriam caráter expropriatório e comentaram, na petição, que o direito internacional ambiental não considera as regulamentações ambientais legítimas como sendo de caráter expropriatório.

Os Estados Unidos, em seu posicionamento a despeito da participação de *amici curiae* nesse caso, foram categóricos ao afirmar que o tribunal arbitral tinha sim competência para permiti-la (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000f). Ao envolver “interesses públicos substanciais como saúde pública e meio ambiente” e desafiar atos soberanos por meio do direito internacional, a disputa em questão se distanciou de uma mera arbitragem referente a um contrato ou um acordo comercial. Dessa forma, não se caracterizava como essencialmente

privada uma vez que foi constituída contra um Estado e, portanto, não devia ser isolada do público³².

Em relação ao artigo 15(1) das regras da UNCITRAL, os EUA defenderam que o tribunal arbitral tinha autoridade para conduzir a arbitragem do modo que considerasse apropriado, respeitando os princípios processuais da flexibilidade e da isonomia (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000f). Citaram Pellonpää e Caron (1995 apud METHANEX VS. UNITED STATES, 2000f), ao reconhecerem que um tribunal arbitral que utilize as normas da UNCITRAL pode aceitar *amici curiae*. Adindo exemplos, sustentaram que a OMC já aceitava esse tipo de participação e que o Tribunal de Reclamações entre Irã e Estados Unidos também havia chegado a um entendimento no mesmo sentido.

No que tange ao artigo 25(4) do texto da UNCITRAL, os Estados Unidos afirmaram que o argumento da Methanex – de que sequer seriam possíveis submissões por escrito de *amici curiae* pelo fato de a arbitragem ocorrer *in camera* e, portanto, ser privada – não tinha mérito (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000f). O contra-argumento estadunidense foi de que a privacidade da arbitragem (procedimento *in camera* resguardado pelo referido artigo) implica em audiências a portas fechadas, porém não em confidencialidade. Ou seja, a discordância da Methanex quanto à presença de terceiros nas audiências era plausível³³, mas não o era a impossibilidade de terceiros que tivessem interesse comprovado no caso terem acesso a documentos e submeterem posicionamentos.

O entendimento da Methanex a respeito do artigo 1128 do NAFTA também foi contestado pelos Estados Unidos, os quais alegaram que não há nenhum impedimento no artigo que limite a autoridade dos árbitros quanto à admissão de submissões de terceiros. Recordaram que, no caso *Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel* (mencionado no capítulo anterior deste trabalho), o Órgão de Apelação da OMC havia decidido que tinha autoridade para aceitar ou rejeitar submissões de não partes (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000f). Tal Órgão de Apelação se baseou no artigo 17.9 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias³⁴, o qual seria, para os Estados Unidos, similar ao artigo 15(1) das regras da UNCITRAL.

³² Os Estados Unidos citaram uma interpretação da Suprema Corte da Austrália, a qual entende que arbitragens contra governos diferem das puramente privadas ao passo que possuem o interesse público como um dos componentes centrais.

³³ Ainda que reconhecessem que o artigo 25(4) da UNCITRAL dispunha que as audições deveriam ser realizadas *in camera*, os Estados Unidos se posicionaram favoráveis à abertura das audiências ao público.

³⁴ Artigo 17.9: “Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information”.

Os estadunidenses asseguraram também que era infundado o receio da empresa canadense de que a aceitação de *amici curiae* concederia a terceiros direitos não abarcados pelo NAFTA, uma vez que o interesse desses não era adentrar na disputa como partes. Ao contrário do que fora arguido pela Methanex, não haveria risco à equidade ao passo que ambas as partes teriam que fazer réplicas às submissões levadas pelos *amici* aos árbitros (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000f). Os Estados Unidos sugeriram ao tribunal arbitral que, no entanto, fossem exigidas daqueles que quisessem participar como *amici curiae* demonstrações prévias do que pretendiam agregar à arbitragem e de que possuíam expertise para fazê-lo.

Fazendo réplica aos argumentos dos Estados Unidos, a Methanex defendeu que, se havia a necessidade de os procedimentos arbitrais serem mais transparentes, que fosse feita uma alteração no tratado pelos membros do NAFTA – e não através de um painel arbitral (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000e). Alertou o tribunal que uma decisão relativa a essa questão seria não apenas relevante como também delicada, visto que o México sequer reconhecia em seu ordenamento jurídico a figura do *amicus curiae* (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000e).

Ao passo que os três países norte-americanos podiam fazer submissões a um tribunal arbitral criado conforme o capítulo 11 do tratado, a empresa sugeriu que as ONGs (ou quaisquer indivíduos) que tivessem interesse na disputa submetessem as informações que achassem pertinentes a qualquer um dos países-membros do NAFTA, para que esses o fizessem perante os árbitros (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000e). Ou ainda, recordou que era permitido aos Estados Unidos convidá-las como testemunhas, se assim quisessem. Na conclusão de sua réplica, a Methanex criticou veementemente as referências feitas às decisões da OMC ao dizer que essas eram “irrelevantes” para o caso (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000e).

Com base no já citado artigo 1128 do NAFTA³⁵, Canadá e México decidiram fazer submissões ao tribunal arbitral. O Canadá se posicionou de maneira muito estreita aos Estados Unidos, concordando plenamente com a possibilidade de participação de *amici curiae* e advogando pela abertura total das audiências ao público (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000g). Adicionou que nem a UNCITRAL nem o NAFTA proibiam expressamente *amici curiae* nas arbitragens, mas reconheceu queurgia a necessidade de deliberação entre os

³⁵ Artigo 1128 do NAFTA: “On written notice to the disputing parties, a Party may make submissions to a Tribunal on a question of interpretation of this Agreement”.

membros do NAFTA a respeito de quem poderia participar como *amicus* e da natureza desse tipo de participação.

Entretanto, o México apresentou argumentos destoantes dos outros dois países norte-americanos. No documento submetido ao tribunal arbitral, assinalou que o artigo 1139 do NAFTA³⁶ considerava como partes da disputa o investidor e o Estado-membro onde ocorreu o investimento (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000h). Quanto ao artigo 1128, entendia que somente as duas partes (investidor e Estado que recebeu o investimento) e os demais Estados-membros do NAFTA tinham interesse legal na disputa, dado que inexistia previsão de intervenções por terceiros. Além disso, essa inexistência de previsão expressa no NAFTA de participação de *amici curiae* embasou o argumento mexicano de que em nenhum momento, quando da assinatura do mesmo, houve a intenção de contemplar terceiras partes com base no referido artigo.

Contrário ao livre poder dos árbitros de aceitar submissões de *amici curiae*, o México citou o artigo 1133 do NAFTA³⁷ para reforçar que a atuação do tribunal arbitral poderia ser limitada quando houvesse discordância de uma das partes sobre esse tipo de participação. Esse artigo dispõe acerca da requisição de relatórios técnicos sobre questões ambientais, de saúde, segurança ou outras matérias científicas, que pode ser feita por qualquer uma das partes ou pelo próprio tribunal arbitral (desde que não haja objeção pelas partes). Ressalta-se que, para o México, a emissão desses relatórios implica em agregar à disputa informações advindas de um terceiro independente, ao contrário do intuito das entidades que peticionaram no caso em questão. Dessa forma, o México reafirma a importância da anuência das partes em disputa para permitir a participação de qualquer terceiro – com exceção daqueles assegurados pelo artigo 1128.

Outro ponto relevante, que já havia sido citado pela Methanex na réplica feita ao posicionamento dos Estados Unidos, é o fato de que não havia reconhecimento de participação de *amici curiae* na legislação mexicana. Embora reconhecida pelos sistemas jurídicos canadense e estadunidense, a figura do *amicus curiae* não era contemplada no direito mexicano. Somente indivíduos que tivessem interesse legal em determinada disputa poderiam requisitar acesso como terceiras partes no sistema jurídico mexicano. Assim sendo, o México afirmou que o fato de um mecanismo jurídico existir no sistema doméstico de um ou dois

³⁶ Artigo 1139 do NAFTA: “disputing investor means an investor that makes a claim under Section B” e “disputing Party means a Party against which a claim is made under Section B”.

³⁷ Artigo 1133 do NAFTA: “a Tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree”.

países não pode ser transposto e usado como fundamento no direito internacional. Mesmo não sendo parte da disputa nem tendo investidores envolvidos nela, demonstrou sua preocupação com a utilização de uma possível decisão arbitral favorável à participação de *amici* como precedente em outras disputas realizadas através do NAFTA nas quais o México viesse a ser parte.

Em resposta ao documento enviado pelo governo mexicano ao tribunal arbitral, os Estados Unidos reiteraram que o artigo 1128 não proibia os árbitros de aceitarem submissões de *amici curiae* (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000i). Esclareceram que o direito concedido aos Estados-membros de enviar entendimentos acerca do texto do NAFTA não tinha a mesma natureza da aceitação de um *amicus*. Ademais, o *amicus curiae* não teria a finalidade de se tornar parte no processo, como a Methanex e o México haviam argumentado. Segundo os estadunidenses, “*amici* são independentes das partes e não têm um interesse financeiro no resultado da disputa” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000i, p. 2, tradução nossa).

No que tange ao artigo 1133 do NAFTA, os *amici* difeririam substancialmente das pessoas que produzem relatórios técnicos: os primeiros poderiam levar um amplo leque de questões (inclusive legais) à arbitragem, enquanto que os últimos apenas forneceriam pareceres relativos a questões ambientais, de saúde, de segurança ou outras de caráter científico. Os EUA também trataram de distanciar a questão da aceitação de *amici curiae* daquela referente à confidencialidade: “As regras de confidencialidade [...] governam a divulgação de documentos particulares a membros do público, mas não têm influência em se o Tribunal pode considerar submissões de potenciais *amici*” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000i, p. 4, tradução nossa).

A Methanex também resolveu dar uma resposta a todos esses posicionamentos. Fez duras críticas ao que havia sido defendido pelos Estados Unidos e pelo Canadá, arguindo que a disputa estava se revertendo na aplicação da Doutrina Calvo e que levar interpretações do direito doméstico à arbitragem internacional seria um retrocesso para o direito internacional (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001b). Condenou todos argumentos baseados em decisões da OMC, dizendo que ou a participação de *amici* não fora aceita (no caso *US – Shrimp*), ou suas submissões foram rejeitadas ou não levadas em consideração (nos casos *European Communities – Asbestos* e *US – Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products*, respectivamente) (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001b).

Depois de todos os documentos submetidos e da pertinência da questão, o tribunal arbitral tomou sua decisão em janeiro de 2001. Diante da inexistência de uma disposição

expressa nas regras da UNCITRAL e no capítulo 11 do NAFTA que os permitisse ou proibisse de aceitar submissões de *amici curiae*, os árbitros chegaram à conclusão de que a regra que melhor cabe para solucionar esse impasse é o artigo 15(1) das regras da UNCITRAL. De acordo com esse artigo, o tribunal teria autoridade para conduzir a arbitragem da forma que considerasse apropriada, observando os princípios de isonomia e equidade entre as partes. Conforme seu entendimento, o artigo 15 era considerado o “coração das regras arbitrais da UNCITRAL” e, portanto, deveria ser usado como suporte para deslindar o assunto referente a esse tipo de participação (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Entretanto, o tribunal arbitral deixou claro que o referido artigo não os permitia adicionar partes à disputa, nem mesmo conceder a terceiros direitos legítimos que concernem unicamente às partes da arbitragem.

Tendo em vista o que está disposto no artigo da UNCITRAL supracitado, os árbitros entenderam que deveria ser analisado se havia alguma **proibição** de aceitar as submissões de *amici curiae* – e não se havia alguma **permissão** para aceitá-las. Desse modo, dispuseram quatro questões as quais consideraram essenciais para a sua deliberação. A primeira indagação era se tal aceitação seria compatível com o que consta no artigo 15(1) das regras da UNCITRAL. Viñuales (2006) dividiu em três os passos que guiaram o debate dos árbitros a fim de chegar a uma conclusão quanto a esse primeiro questionamento.

O primeiro passo foi analisar se a admissão de *amici curiae* era assunto processual, com base no referido artigo. Os árbitros entenderam que esse artigo não tratava de matéria substantiva, mas sim de matéria meramente processual. A adição de um terceiro (que tem o interesse em ser parte e que possui os mesmos direitos que as partes originais) seria uma questão substantiva e, dessa forma, não cabível à apreciação dos árbitros. No entanto, a aceitação de submissões de terceiros que não tivessem a intenção de ser parte na disputa não era matéria substantiva, mas sim processual e, portanto, abrangida pelo artigo.

O ponto fulcral para esse entendimento é a diferenciação entre terceira parte e *amicus curiae* (esse foi o segundo passo). Os árbitros sustentaram o argumento de que, quando um terceiro é aceito como terceira parte, a sua participação na disputa implica na aquisição de direitos que um *amicus* jamais pode adquirir (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a) – como a compensação por perdas, por exemplo. Os direitos substantivos e processuais das partes não se alteram com a entrada de um *amicus*, e esse não adquire nenhum direito. Portanto, “a natureza legal da arbitragem permanece completamente inalterada” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a, p. 14, tradução nossa).

Por fim, o terceiro passo foi a observação de entendimentos semelhantes em relação a tal artigo. Um deles foi uma nota³⁸ divulgada pelo Tribunal de Reclamações entre Irã e Estados Unidos acerca do artigo 15(1) das regras da UNCITRAL, segundo a qual seria permitida a submissão de sustentações escritas ou orais por qualquer dos dois Estados (Irã e Estados Unidos), ou ainda por quem quer que seja desde que a intervenção fosse considerada útil (BOCKSTIEGEL, 1986). O outro adveio do Órgão de Apelação da OMC, cuja participação de *amici curiae* foi aceita após ser invocado o artigo 17(9) do DSU no caso *Hot-Rolled Lead and Carbon Steel Products* (abordado no primeiro capítulo deste trabalho). Esse artigo do DSU permite ao Órgão de Apelação estabelecer certos procedimentos com o consentimento do *Chairman* do Órgão de Solução de Controvérsias e do Diretor-Geral da Organização, além da imediata comunicação a todos os membros do que for estabelecido pelo Órgão de Apelação.

A segunda questão levantada no caso *Methanex vs. United States* foi provocada justamente pela empresa, no seu posicionamento em discordância da participação de *amici curiae* no caso. A Methanex arguiu que esses trariam uma sobrecarga desvantajosa para a empresa. Alegara também que a permissão desse tipo de participação atingiria o tratamento equitativo das partes da arbitragem e, automaticamente, contrariaria o próprio artigo 15(1) das regras da UNCITRAL (VIÑUALES, 2006). Ao receberem esses argumentos da empresa, os árbitros afirmaram que, se fosse decidido que a participação de *amici curiae* seria permitida, essa não seria ilimitada (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Primeiramente, teriam que ser analisados fatores como admissibilidade, relevância, materialidade e peso da participação desses terceiros (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). As restrições para com os *amici* ocorreriam justamente para que não houvesse uma alteração da situação de equidade entre as partes.

A preocupação com a não violação de algum artigo do capítulo 11 do NAFTA devido à sua interpretação do artigo 15(1) das regras da UNCITRAL foi a terceira questão abordada pelo tribunal arbitral. Após criteriosa análise, os árbitros não encontraram nenhum artigo daquele capítulo que expressamente proibisse ou impossibilitasse a admissão de *amici curiae* na arbitragem de investimentos da instituição (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Seria um grande equívoco classificá-los como partes da disputa ou como técnicos ou experts.

³⁸ Nota 5 do Tribunal de Reclamações entre Irã e Estados Unidos: “The arbitral tribunal may, having satisfied itself that the statement of one of the two Governments – or, under special circumstances, any other person – who is not an arbitrating party in a particular case is likely to assist the arbitral tribunal in carrying out its task, permit such Government or person to assist the arbitral tribunal by presenting written and [or] oral statements”. (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a, p. 15, tradução nossa)

Portanto, a figura do *amicus* necessitava uma compreensão para além do que estava previsto nos tratados analisados.

A quarta e última questão que os árbitros debateram correspondia ao artigo 25(4) das regras da UNCITRAL, cujo debate se dava em torno das audiências terem que acontecer *in camera*. Para o tribunal arbitral, o fato de as audiências terem que ocorrer dessa forma não implicaria na proibição de *amici curiae* fazerem submissões escritas, uma vez que o que está disposto no artigo se aplica unicamente às audiências (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Todavia, como havia sido requisitada também a permissão para que esses pudessem assistir às audiências, foi decidido que não seria possível acatá-la justamente pelo fato de ocorrerem *in camera*.

Quando a Methanex lhe pediu que o acesso à documentação da arbitragem se mantivesse restrito às partes, o tribunal reconheceu que não existia consenso se privacidade e confidencialidade eram distintas ou correlatas (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). O direito interno estadunidense já reconhecia haver uma distinção entre esses dois pontos, ao passo que a privacidade seria condição inerente ao procedimento arbitral e a confidencialidade estaria sujeita a um consenso entre as partes (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Entretanto, os árbitros decidiram que poderiam analisar apenas a questão relativa à privacidade (que estava disposta no artigo 25(4) das regras da UNCITRAL), enquanto que a confidencialidade do procedimento arbitral deveria ser debatida exclusivamente entre as partes (já que necessitava do consenso entre essas).

Nas suas conclusões, o tribunal arbitral decidiu que tinha o poder de permitir submissões por escrito de *amici curiae*, tendo em vista o artigo 15(1) das regras da UNCITRAL (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Porém, quanto aos pedidos dos *amici* referentes ao acesso aos documentos da disputa e ao comparecimento nas audiências, entendeu que não tinha poder para aceitá-los. Em sequência, a questão mais sensível era se as submissões de *amici* poderiam de fato auxiliar o tribunal no caso, haja vista que o procedimento arbitral estava em um estágio inicial ainda. Após lembrar as partes em disputa de que essas deveriam fornecer todos os documentos e materiais necessários a fim de resolver a disputa, o tribunal afirmou que poderia aceitar as submissões de *amici* na disputa desde que cumprissem todos os requisitos observados pelos árbitros (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). No que diz respeito ao interesse público, o tribunal concluiu:

Há um inquestionável interesse público nessa arbitragem. As questões substantivas se estendem para além daquelas levantadas pela arbitragem transnacional habitual entre partes comerciais. [...] O interesse público nesta arbitragem surge de seu tema,

como poderosamente sugerido nas Petições. [...] o procedimento arbitral pelo Capítulo 11 poderia se beneficiar ao ser visto como mais aberto e transparente, ou inversamente ser prejudicado se visto como excessivamente secreto. Nesse sentido, a disposição do Tribunal em receber submissões de *amicus* poderia ajudar o processo [arbitral] no geral e esta arbitragem em particular. (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a, p. 22, tradução nossa)

A Methanex, em seus posicionamentos, reclamara da carga que seria trazida para a arbitragem caso fosse permitida a participação de *amici curiae*. O tribunal entendeu que essa preocupação da empresa canadense era compreensível e que certamente haveria uma carga adicional na disputa, inclusive no custo total da arbitragem (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Contudo, avaliou que ambas as partes seriam afetadas, visto que os Estados Unidos também poderiam vir a fazer esclarecimentos sobre as alegações dos *amici*.

Outro ponto que o tribunal comentou em sua decisão dizia respeito à criação de um precedente, o que fora alegado pela Methanex e também no posicionamento do México. Os árbitros afirmaram que não poderiam criar um precedente nem tinham intenção de fazê-lo, uma vez que cada arbitragem requer análises específicas e adequadas ao caso que estiver sendo abordado. Dessa forma, foram categóricos ao dizer que o tribunal “não tem o poder de determinar a outros tribunais arbitrais como interpretar o artigo 15(1) [das regras da UNCITRAL]” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a, p. 22-23, tradução nossa).

Por fim, o tribunal arbitral decidiu aceitar as submissões por escrito de *amici curiae*. Entretanto, considerou necessário ouvir as partes posteriormente acerca de como ocorreriam essas submissões, quanto a prazos e formas (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Sublinhou ainda que qualquer submissão que fosse enviada ao tribunal estaria sujeita às limitações que viriam a ser determinadas pelos árbitros, em conjunto com as partes. Assim sendo, em um estágio mais avançado da arbitragem, seria analisada cada submissão de *amicus* e decidido sobre sua aceitação naquela disputa.

Em janeiro de 2003, as quatro ONGs que apresentaram petição como *amici curiae* requisitaram ao tribunal arbitral a definição quanto ao procedimento das submissões. Além disso, reforçaram seu pedido de que as audiências ocorressem de forma aberta ao público, o que havia sido negado pelo tribunal em sua decisão. No entanto, dessa vez citaram um precedente criado em outra disputa arbitral em que havia sido permitido o acesso ao público³⁹, arguindo ainda que acolher esse pedido “aumentaria a credibilidade do processo [arbitral]” (METHANEX VS. UNITED STATES, 2003a, p. 6).

³⁹ Era uma decisão do caso *United Parcel Services vs. Canada* – também estabelecido através do capítulo 11 do NAFTA e sob as regras da UNCITRAL –, o qual será tratado a seguir neste trabalho.

Em abril de 2003, a Methanex requisitou ao tribunal arbitral a limitação da participação de *amici curiae* apenas em questões legais, sem levantarem questões de fato. Alegou que apenas poderiam ser levantadas questões de fato por terceiros quando esses fossem técnicos ou experts e desde que as partes concordassem, conforme prevê o artigo 1133 do NAFTA (METHANEX VS. UNITED STATES, 2003b). Ademais, fundamentou seu argumento no princípio do *effet utile*⁴⁰, segundo o qual um intérprete do tratado não poderia analisar partes desse de forma redundante ou inútil (METHANEX VS. UNITED STATES, 2003b). Segundo a empresa, ao conceder a um *amicus* o direito de levantar questões de fato, o tribunal os sobreporia aos membros do NAFTA (os quais não são permitidos de fazê-lo) e poderia afetar a isonomia e a equidade entre as partes⁴¹.

Logo após o posicionamento da Methanex, também em abril de 2003, os Estados Unidos reconheceram que a perspectiva a ser trazida pelos *amici curiae* à disputa teria um valor adjudicatório positivo. Contrários aos argumentos da empresa, ressaltaram que as questões factuais importantes que porventura fossem trazidas pelos *amici* seriam mais uma fonte em prol de uma melhor solução da disputa. Os estadunidenses citaram o exemplo do Tribunal de Reclamações entre Irã e Estados Unidos, o qual já permitia que um *amicus* submetesse não só questões legais como também questões de fato⁴². Quanto à comparação feita pela Methanex de que conceder essa permissão a um *amicus* o aproximaria da figura do expert, os Estados Unidos se opuseram e argumentaram que não havia nenhuma previsão no NAFTA que impedisse que *amici* levantassem questões factuais.

Em outubro de 2003, a Comissão de Livre Comércio do NAFTA (aqui tratada como CLC ou “Comissão”) emitiu um parecer com a finalidade de regular a participação de partes que não originaram a disputa, de acordo com o tratado. Em princípio, esclareceu que não havia nenhuma disposição no tratado que limitasse um tribunal em aceitar submissões de uma pessoa ou entidade que não fosse parte na disputa (NAFTA, 2003). Em sequência, elencou nove critérios quanto à forma da petição para fazer uma submissão⁴³, como a necessidade de

⁴⁰ Também conhecido como *ut res magis valeat quam pereat*, o princípio do *effet utile* implica que “tout terme d’un traité doit être interprété de manière à lui donner tout le poids et tout l’effet compatibles: a) Avec son sens naturel et ordinaire et avec celui des autres termes du traité; b) et avec l’objet et le but du traité” (WALDOCK apud YASSEEN, 1978, p. 71).

⁴¹ A empresa citou posicionamentos de alguns países na OMC, como a Jordânia, Índia, Hong Kong e o Grupo Africano, os quais discordavam da extensão a *amici* da permissão de levantar questões de fato.

⁴² Caso *Iran vs. United States* nº A/15. Citaram também diversos casos no âmbito da OMC, como em *US – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, de abril de 2002. (METHANEX VS. UNITED STATES, 2003b)

⁴³ Essa petição seria justamente o pedido de participação de uma pessoa ou entidade que desejasse ser *amicus curiae* no procedimento arbitral. Ou seja, esse pedido estaria submetido à análise do tribunal arbitral e, sendo aceito, permitiria ao *amicus* fazer futuras submissões. Os demais critérios formais eram: estar no idioma da

uma descrição sobre quem estaria peticionando, a natureza do seu interesse e suas fontes de recursos. Já em relação à forma da submissão de um *amicus curiae*, foram estipulados quatro critérios: 1) ser datada e assinada; 2) ser concisa, não ultrapassando o limite máximo de 20 páginas; 3) estabelecer um posicionamento preciso quanto às questões a serem levantadas; e 4) abordar apenas questões referentes à disputa.

No que diz respeito aos elementos definidos pela Comissão que devem ser analisados por tribunais arbitrais quanto ao mérito das submissões de *amici curiae*, citam-se, *inter alia*⁴⁴, a existência de interesse público na matéria das disputas e se essas submissões auxiliariam o tribunal em alguma questão **legal ou factual** ao trazer uma perspectiva diferente das apresentadas pelas partes. Os tribunais devem avaliar se os *amici* evitarão interferir nos procedimentos e se as partes não serão injustamente prejudicadas pelas submissões daqueles (NAFTA, 2003).

Além desses esclarecimentos, a Comissão também declarou que os tribunais não são compelidos a levar à disputa as submissões enviadas por *amici* e que, conforme um parecer divulgado em 31 de julho de 2001 pela própria Comissão⁴⁵, não existe obrigação de confidencialidade no NAFTA. Dessa forma, a partir de outubro de 2003, a possibilidade de participação de *amici* foi reconhecida e autorizada em arbitragens estabelecidas a partir do capítulo 11 do NAFTA. Em março de 2004, os *amici curiae* do caso em questão enviaram suas submissões ao tribunal arbitral, as quais por esse foram aceitas.

3.1.2 Caso *United Parcel Service vs. Canada*

A United Parcel Service (UPS) é uma companhia privada estadunidense com sede em Atlanta, que atuava no Canadá prestando principalmente serviços de *courier*. A Canada Post é uma empresa estatal canadense que detinha legalmente a exclusividade de prestação de determinados serviços de correios, mas que na década de 90 foi expandindo sua atuação para o ramo de *courier* também. Em 1999, a participação da Canada Post chegou a representar 50% do mercado total desse tipo de serviço, resultado obtido através da aquisição de participações em empresas privadas menores do setor. Alegando monopólio da Canada Post e

arbitragem; estar na forma escrita, contendo data, assinatura e contato; explicar por que o tribunal arbitral deveria aceitar a submissão; identificar as questões legais ou factuais a constar na submissão; ter no máximo cinco páginas; e explicitar qualquer relação que o requerente tenha com as partes da disputa.

⁴⁴ Os demais elementos a serem analisados pelos árbitros em relação ao mérito das submissões são a existência de interesse significativo no caso e a conformidade com o escopo da disputa.

⁴⁵ A íntegra desse parecer se encontra disponível em: <www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

tratamento desfavorável, a UPS decidiu estabelecer um painel arbitral contra o Canadá em janeiro de 2000, pedindo uma indenização de no mínimo US\$ 160 milhões. Baseou-se nos artigos 1102, 1105, 1202, 1502(3)(a), 1502(3)(d) e 1503(3) do NAFTA⁴⁶ e em conformidade com as regras da UNCITRAL (UPS VS. CANADA, 2000a).

Os artigos 1102, 1202 e 1105 do NAFTA – que tecem sobre tratamento nacional a empresas estrangeiras e padrões mínimos de tratamento – foram usados para alegar que a UPS não tinha o mesmo acesso ao mercado de correios que a Canada Post e, por isso, não possuía o mesmo tratamento que sua concorrente. Assim, arguiu que o Canadá não estava agindo de boa fé. Já os 1502(3)(a) e 1502(3)(d) fundamentavam o argumento da empresa estadunidense de que havia uma formação de monopólio ao passo que a Canada Post financiava as empresas menores nas quais detinha participações. No tocante ao artigo 1503(3), que se refere ao tratamento não discriminatório da venda de bens ou da prestação de serviços por companhias estatais, a UPS alegou que o Canadá não estava cumprindo com essa obrigação.

Em novembro de 2000, quando já estava formado o painel arbitral, duas entidades canadenses resolveram fazer uma petição em conjunto ao tribunal arbitral: a *Canadian Union of Postal Workers (CUPW)* e o *Council of Canadians*. A primeira representava 46 mil funcionários da Canada Post e tinha como objetivo lutar por direitos trabalhistas e previdenciários para seus representados. Já a segunda era uma ONG, cujo interesse era de fomentar debates sobre programas sociais no Canadá, buscar a renovação das instituições democráticas e proteger a saúde e o meio ambiente (UPS VS. CANADA, 2000b).

Curiosamente, as duas entidades requisitaram o acesso como partes da disputa (com mesmo tratamento que a UPS e o Canadá) e, na impossibilidade de aceitação desse pedido, que lhes fosse permitido fazer intervenções “de acordo com os princípios de justiça fundamental” (UPS VS. CANADA, 2000b, p. 2). Ademais, pediram também o acesso a todos os documentos da disputa, a oportunidade de posteriormente incluir outras matérias na sua petição e o direito de fazer submissões em relação à escolha do lugar da arbitragem e à jurisdição do tribunal. O argumento utilizado para que os árbitros as aceitassem como partes ou como *amici curiae* foi de que o resultado da arbitragem causaria um impacto não apenas nas pessoas representadas por essas duas entidades, mas também em outros setores públicos.

Não obstante, para ambas as entidades, havia a necessidade de garantir alguma medida de supervisão judicial da disputa pelas cortes canadenses, uma vez que faltava transparência nesses procedimentos arbitrais internacionais (UPS VS. CANADA, 2000b). As diversas

⁴⁶ Todos os artigos citados estão no Anexo A.

restrições a terceiros que tivessem interesse na disputa⁴⁷ e a obrigatoriedade de as audiências ocorrerem *in camera* (conforme regem as normas da UNCITRAL) foram duras críticas que serviram de pano de fundo para demandarem essas questões perante o tribunal arbitral. Além disso, questionaram o regime de investimentos estabelecido pelo NAFTA e demais tratados de investimentos:

[...] NAFTA e outros tratados de investimentos representam um distanciamento dramático das normas de direito internacional de dois modos importantes. Primeiro, os procedimentos [arbitrais] investidor-Estado dão aos investidores estrangeiros um direito sem precedentes de fazer cumprir um tratado internacional do qual não são partes e do qual não possuem nenhuma obrigação. Segundo, procedimentos de disputa investidor-Estado têm a intenção de estender a aplicação dos regimes de arbitragem comercial internacional a contenciosos que não se fundamentam em contrato ou outra relação legal [...]. (UPS VS. CANADA, 2000b, p. 6, tradução nossa)

Tratados são diferentes de contratos. Esse foi o argumento usado na petição para distinguir a arbitragem cuja relação estabelecida entre um Estado e uma empresa estrangeira ocorreu por meio de contrato, da arbitragem em que as normas aplicadas advêm de um tratado firmado entre esse Estado e o Estado de origem da empresa estrangeira. Essa distinção permitiria a conclusão de que o primeiro tipo se classificaria como privado, enquanto que o segundo como público. Aplicando essa análise no caso concreto, não havia um contrato que embasasse a relação existente entre a UPS e o Canadá, sendo, portanto, de caráter público (UPS VS. CANADA, 2000b)⁴⁸.

Três pontos foram abordados pelas entidades canadenses na petição a fim de defender sua participação na arbitragem como *amici curiae*. O primeiro era o interesse direto na matéria da disputa; o segundo remetia às implicações da disputa em futuras políticas públicas; e o terceiro era o desejo de fazer submissões referentes a matérias que eram reservadas exclusivamente às partes. Qualquer readequação que a Canada Post tivesse que fazer após uma decisão desfavorável do tribunal arbitral afetaria grande parte de seus funcionários, como através de possíveis reduções da carga de trabalho, demissões ou alterações nos planos de pensão (UPS VS. CANADA, 2000b). Além disso, ressaltaram que muitas áreas rurais do

⁴⁷ Uma das questões mais criticadas pelas entidades foi a impossibilidade de um terceiro pedir revisão de uma decisão que implique em consequências para o terceiro.

⁴⁸ As entidades canadenses ainda questionaram a aplicação das Regras de Arbitragem da UNCITRAL no caso. Entendiam que esas regras se aplicariam se houvesse uma relação comercial entre a UPS e o Canadá estabelecida por contrato. De fato, o preâmbulo das Regras dispõe que a Assembleia Geral da ONU “recommends the use of the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law in the settlement of disputes arising in the context of international commercial relations, particularly by reference to the Arbitration Rules in commercial contracts” (UNCITRAL, 1976).

Canadá dependiam dos serviços da Canada Post e, havendo uma mudança na estrutura dessa empresa, essas áreas estariam sujeitas a restrições de alguns serviços e aumento de custos.

A CUPW e o *Council of Canadians* pediram aos árbitros para que observassem a procedência das terceiras partes quando fossem escolher o local da arbitragem, a fim de facilitar seu acesso. Citando os artigos 16, 34 e 36 do *Commercial Arbitration Act* do Canadá⁴⁹ e o artigo V (2) da Convenção de Nova York de 1958⁵⁰, as duas entidades também argumentaram que tinham o direito de invocar o judiciário canadense para que esse supervisionasse as atividades do tribunal arbitral caso houvesse algum tipo de decisão que considerassem inadequada. Outra característica importante da petição foi a referência feita à proteção de direitos humanos e direitos trabalhistas, tendo sido citados a Declaração Universal dos Direitos Humanos (no que diz respeito à proteção ao desemprego) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (quanto à equidade e tratamento justo perante tribunais).

Em relação à participação de terceiras partes, as entidades canadenses lastimaram o fato de o NAFTA não abordar nenhum dispositivo legal que se refira a essas partes. Porém, usaram o texto do artigo 15(1) das regras da UNCITRAL⁵¹ para defender que os árbitros têm jurisdição para conceder esse tipo de participação e ressaltaram o princípio da equidade (também disposto nesse artigo) com o qual deve ser regido o procedimento arbitral. Tendo em vista que cada vez mais o interesse público em arbitragens internacionais tem aumentado, a CUPW e o *Council of Canadians* sustentaram que a equidade deveria ser observada de forma mais ampla, principalmente quando o caráter dos procedimentos arbitrais foge do viés estritamente privado e alcança o público (UPS VS. CANADA, 2000b).

A petição ainda cita a decisão do Órgão de Apelação da OMC favorável à participação de *amici curiae*. Comenta que o direito interno do Canadá⁵² reconhece a figura do *amicus curiae* em seu ordenamento e, inclusive, o diferencia da participação como terceira parte em

⁴⁹ O artigo 16 do *Commercial Arbitration Act* dispõe sobre a competência de um tribunal arbitral em decidir acerca de sua jurisdição e permite que uma parte recorra à Corte canadense quando o tribunal arbitral exceder sua jurisdição. O artigo 34 se refere à possibilidade de serem apresentados recursos perante o judiciário canadense contra uma decisão arbitral, os quais podem ser feitos inclusive por indivíduos ou entidades que não puderam se manifestar na arbitragem. Já o artigo 36 traz a hipótese de recusa ao reconhecimento ou cumprimento de uma decisão arbitral. A íntegra do *Commercial Arbitration Act* pode ser encontrada em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-34.6/index.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

⁵⁰ O artigo V (2) da Convenção de Nova York de 1958 tem o seguinte texto: “O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país”.

⁵¹ “Sujeito a estas Regras, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem da maneira que considerar apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em qualquer fase do processo, cada parte tenha oportunidade ampla de apresentar seu caso” (UNCITRAL, 1976, tradução nossa).

⁵² “[...] at common law, a person may be accorded standing if he or she is an ‘aggrieved person’, an ‘affected person’ or someone who is ‘exceptionally prejudiced’ by the proceedings” (UPS VS. CANADA, 2000a, p. 22).

arbitragens – a qual teria exatamente os mesmos direitos de uma parte original. Por fim, encerra elencando os anseios da CUPW e do *Council of Canadians* perante o tribunal, os quais foram acima expostos.

No início de 2001, a UPS declarou que era contrária à admissão de uma terceira parte e que a participação de *amici curiae* não era apropriada àquelas circunstâncias. Em abril de 2001, o tribunal emitiu um aviso de que havia recebido a petição e deu conhecimento às partes. No mesmo mês, a UPS enviou um posicionamento acerca da disputa ao tribunal, no qual permaneceu silente à questão trazida pelas entidades canadenses. Já no mês seguinte, a CUPW e o *Council of Canadians* reenviaram sua petição ao tribunal, com alguns argumentos adicionais. Inseriram a decisão tomada pelo tribunal arbitral do caso *Methanex vs. United States*, na qual os árbitros interpretaram que tinham jurisdição para decidir acerca da participação de *amici* naquela disputa e que seriam aceitas submissões desses terceiros. Não deixaram de sublinhar que tanto o direito interno estadunidense quanto o canadense são favoráveis a esse tipo de participação (UPS VS. CANADA, 2001a).

Essa segunda petição também abordou um assunto que foi bastante debatido no caso *Methanex vs. United States*: a confidencialidade do procedimento arbitral. Citando o artigo 25(4) das regras da UNCITRAL⁵³, as entidades canadenses afirmaram que o termo *in camera* – que gerou muitas reflexões naquele caso – não proibia a participação de terceiros na arbitragem. Isso porque, caso se quisesse resguardar a confidencialidade da arbitragem, poderia ser imposta uma obrigação a todos os participantes de não divulgar materiais referente a ela (UPS VS. CANADA, 2001a). Na sua conclusão, requisitaram ao tribunal arbitral que lhes fosse permitido fazer submissões quanto à jurisdição do próprio tribunal, visto que as regras da UNCITRAL não as vedavam de fazê-lo.

O governo canadense enviou ao tribunal seu posicionamento a respeito do assunto em maio de 2001. A fim de garantir mais transparência e confiança para o público, o Canadá se pronunciou em prol de maior abertura da arbitragem entre investidor e Estado. Favorável à aceitação de *amici curiae* nesse tipo de procedimento, utilizou o argumento de que nem o NAFTA nem as Regras de Arbitragem da UNCITRAL proíbem esse tipo de participação. Entretanto, ressalvou que o tribunal não tinha jurisdição para adicionar indivíduos ou entidades como partes na disputa, ou ainda conceder a um terceiro direitos que são exclusivos

⁵³ Artigo 25(4) das regras da UNCITRAL: “Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined”.

das partes⁵⁴ (UPS VS. CANADA, 2001b). Ou seja, defendia a participação de *amici*, mas não como terceiras partes – como havia sido pedido pela CUPW e pelo *Council of Canadians* na sua petição.

Por conseguinte, destacou alguns pontos que o tribunal deveria levar em consideração na análise do mérito das petições de *amici*: se havia interesse público na arbitragem e se esse era suficiente; se as questões legais ou factuais levantadas seriam distintas do que já havia sido apresentado pelas partes; e se as submissões enviadas pelos *amici* não prejudicariam alguma das partes da disputa (UPS VS. CANADA, 2001b). Quanto à possibilidade de questionamentos por *amici* da jurisdição do tribunal arbitral, de matérias processuais e do lugar da arbitragem, o Canadá dissentiu terminantemente. Concordou com a decisão arbitral do caso *Methanex vs. United States* de permitir submissões de *amici* somente por escrito⁵⁵ e de resguardar às partes o consenso acerca da confidencialidade dos documentos da arbitragem⁵⁶.

Para o Canadá, a participação dos *amici curiae* não poderia se basear apenas no mero interesse na questão. Esses deveriam demonstrar que seriam diretamente afetados pelo resultado da decisão arbitral. Dessa forma, os *amici* só poderiam prover argumentos inéditos e ao mesmo tempo correlatos ao caso – ou seja, não lhes seria cabível introduzir questões que ultrapassassem o escopo da arbitragem. E ainda, sua participação não poderia ir além do que lhes caberia⁵⁷ e deveria ocorrer na fase de análise dos méritos da arbitragem (UPS VS. CANADA, 2001a).

Os Estados Unidos, em conformidade com o artigo 1128 do NAFTA, enviaram um posicionamento objetivo e enxuto ao tribunal arbitral, no qual se diziam contemplados com os argumentos do governo canadense (UPS VS. CANADA, 2001c). O México também se posicionou, porém de modo divergente ao Canadá e aos Estados Unidos. Citando praticamente seus mesmos argumentos levados ao tribunal *Methanex vs. United States*, reiterou que o ordenamento jurídico mexicano apenas reconhece terceiras partes (que tenham

⁵⁴ O governo canadense argumentou que, no *common law*, os tribunais arbitrais não têm o poder de adicionar uma parte ao processo. A única exceção em que isso poderia ser possível é quando o novo indivíduo ou entidade é parte em outro painel arbitral com as mesmas alegações de fato e de direito.

⁵⁵ O Canadá fez uma observação de que se a participação de *amici* não fosse unicamente via submissões por escrito, poderia haver uma sobrecarga significativa à arbitragem.

⁵⁶ Vale ressaltar que, naquele momento, ainda não havia sido divulgado o parecer da Comissão de Livre Comércio do NAFTA que estabelecia as regras arbitrais de aceitação de *amici curiae*. Por esse motivo, o Canadá buscou embasamento para seus posicionamentos na decisão do tribunal arbitral do caso *Methanex vs. United States*.

⁵⁷ O artigo 1128 do NAFTA permite às partes desse Acordo o envio de posicionamentos interpretativos do texto do tratado, quando há divergência de interpretação entre as partes. Para o Canadá, esse tipo de intervenção (que é exclusivo dos Estados-membros do NAFTA) seria um exemplo de direito que não se estende a *amici*.

interesses e direitos semelhantes às partes originais), não admitindo a figura do *amicus curiae*. Arguiu que o fato de o NAFTA abarcar países cujos direitos internos não são uniformes (*civil law* no México e *common law* no Canadá e nos EUA), as regras e interpretações têm que ser balanceadas a fim de garantir um equilíbrio desse regime⁵⁸.

Outro argumento levantado pelo México foi o de que, não havendo previsão expressa no NAFTA acerca da participação de *amici curiae*, torna-se clara a ausência de vontade dos membros desse Acordo sobre o tema quando da sua negociação e assinatura. Dito isso, o tribunal arbitral não poderia autorizar um mecanismo jurídico que Estados soberanos não acordaram, sob pena de exceder o poder conferido a ele pelo tratado (UPS VS. CANADA, 2001d). O México afirmou que o intuito do capítulo 11 do NAFTA é permitir que investidores de uma das partes desse Acordo busquem compensação, por meio da arbitragem, devido ao não cumprimento de uma obrigação (oriunda do capítulo mencionado) pelo Estado-membro no qual os investidores estavam atuando. Sob a ótica dos mexicanos, não haveria possibilidade de participação de qualquer outro indivíduo ou entidade que não se enquadrasse nessas circunstâncias.

Como solução a esse impasse, o México propôs que o Canadá entrasse em contato com as duas entidades canadenses e inserisse os argumentos dessas em suas submissões – procedimento que já havia sido realizado pelos mexicanos. Permitir esse tipo de participação daria a *amici curiae* mais direitos na disputa que aos demais membros do NAFTA (UPS VS. CANADA, 2001d). Fundamentando-se no artigo 1133 desse Acordo⁵⁹, adicionou que qualquer intenção do tribunal arbitral de requerer opiniões de terceiros – sejam eles experts ou quaisquer outras pessoas – deve estar subordinada ao crivo das partes da disputa (UPS VS. CANADA, 2001d). Por fim, pediu ao tribunal que, na hipótese de aprovação da participação de *amici curiae*, fosse ressaltado na decisão que o México não assentia com esse posicionamento⁶⁰.

Em junho de 2001, a CUPW e o *Council of Canadians* responderam às manifestações do Canadá, do México e da UPS. Em resposta ao Canadá, curiosamente esclareceram que não buscavam ter o mesmo status de uma parte, mas sim ter a oportunidade de fazer submissões, responder os argumentos da UPS, opinar acerca do local da arbitragem e questionar a

⁵⁸ No caso *Methanex vs. United States*, o México já havia demonstrado preocupação com as decisões inerentes a esse assunto, visto que, embora ambas as disputas não envolvessem investidores ou o Estado mexicanos, haveria a criação de precedentes que porventura poderiam ser usados em disputas que envolvessem o México ou seus investidores.

⁵⁹ Disponível no anexo A.

⁶⁰ Com esse pedido, o México tinha a intenção de proteger-se e proteger seus investidores da possibilidade de ser usada essa decisão como precedente em futuros painéis nos quais estivessem envolvidos.

jurisdição do tribunal (UPS VS. CANADA, 2001e). Também argumentaram que o interesse de um *amicus curiae* na arbitragem era de natureza diferente do interesse de um Estado-membro que não era parte (o qual busca elucidar a interpretação de artigos do NAFTA) e, por isso, não passível de comparação. Para elas, o interesse do *amicus* se embasava nos princípios de isonomia, equidade e justiça fundamental (UPS VS. CANADA, 2001e).

Haja vista que a UPS se furtou em dar relevância ao pedido das duas entidades canadenses, essas criticaram a postura da empresa estadunidense frente aos seus argumentos – principalmente o que diz respeito à necessidade de serem debatidos direitos humanos e trabalhistas nesse tipo de arbitragem (UPS VS. CANADA, 2001f). Da mesma forma, questionaram a falta de importância dada às duas partes da disputa quanto à quebra da confidencialidade dos documentos e ao acesso às audiências, realçando a falta de transparência do procedimento arbitral (UPS VS. CANADA, 2001f). Sobre o posicionamento mexicano, a CUPW e o *Council of Canadians* indagaram se a inobservância da participação de *amici curiae* pelo direito interno mexicano era motivo para que fosse negada naquela arbitragem, visto que o direito interno dos países das duas partes (Canadá e EUA) permitia esse tipo de participação (UPS VS. CANADA, 2001f).

O tribunal tomou sua decisão quanto à participação da CUPW e do *Council of Canadians* naquela arbitragem em outubro de 2001. Primeiramente, os árbitros analisaram se tinham o poder para incluir um terceiro como parte no procedimento arbitral. Tomando em consideração suas incumbências dispostas no capítulo 11 do NAFTA, não havia nenhum dispositivo que lhes conferia autoridade para adicionar um terceiro como parte na arbitragem (UPS VS. CANADA, 2001g). Corroborava com isso o fato de que a formação da disputa arbitral se realizava através do consentimento somente das partes originais (artigos 1121 e 1122 do NAFTA)⁶¹.

Ainda que o artigo 15(1) das regras da UNCITRAL permita ao tribunal arbitral conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, esse poder não é irrestrito. Os árbitros explicaram que não seria factível adicionar uma terceira parte onde fora estabelecida uma arbitragem restrita a duas partes, concedendo ao terceiro direitos e privilégios de uma parte original (UPS VS. CANADA, 2001g). Para agregar ao seu posicionamento sobre esse artigo da UNCITRAL, citaram uma passagem da decisão tomada pelo tribunal arbitral do caso *Methanex vs. United States*:

⁶¹ Disponível no Anexo A.

É então autoevidente que se o Tribunal não pode diretamente, sem consentimento, adicionar outra pessoa como parte na disputa ou tratar um terceiro tal qual uma parte da arbitragem ou do NAFTA, [o Tribunal] é igualmente impedido de fazê-lo indiretamente exercendo um poder sobre a conduta da arbitragem. (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a apud UPS VS. CANADA, 2001g, p. 18, tradução nossa)

Destarte, ao passo que o NAFTA não concede ao tribunal arbitral o poder de adicionar um terceiro como parte e já que o tribunal não poderia exercer tal poder indiretamente através do artigo 15(1) das regras da UNCITRAL, foi decidido pela rejeição do pedido da CUPW e do *Council of Canadians* de serem incluídos no processo como partes.

O segundo ponto aclarado pelo tribunal arbitral se referia ao pedido das duas entidades canadenses para participar como *amici curiae*, uma vez que o pedido de adição como terceira parte fora declinado. Ainda que os poderes atribuídos ao tribunal pelo artigo 15(1) das regras da UNCITRAL fossem limitados⁶², os árbitros entenderam que poderiam receber submissões de terceiros, as quais os ajudariam a melhor compreender e resolver o pleito (UPS VS. CANADA, 2001g). Isso não implicaria em inserir esses terceiros como partes no procedimento arbitral. O tribunal, portanto, permitiu o envio de submissões de *amici*, afirmando que “é uma questão mais de seu poder [do tribunal] que de direito de um terceiro” (UPS VS. CANADA, 2001g, p. 24, tradução nossa). Essa decisão não afetaria o direito das partes em disputa, bem como não alteraria a natureza legal da arbitragem (UPS VS. CANADA, 2001g).

Acertadamente, o tribunal arbitral diferiu a participação de *amici curiae* da intervenção interpretativa dos membros do NAFTA e da submissão de avaliações de técnicos e experts. Para ele, os artigos 1128 e 1133 não têm relação com o acolhimento de *amici*, posto que as hipóteses de atuação conferidas nesses artigos são limitadas a seu escopo⁶³ (UPS VS. CANADA, 2001g). Citou ainda que o Tribunal de Reclamações entre Irã e Estados Unidos e o Órgão de Apelação da OMC já reconheciam esse tipo de participação, mas criticou o embasamento de alguns posicionamentos em leis domésticas e enfatizou que o assunto seria determinado em observância do direito internacional (UPS VS. CANADA, 2001g).

A existência do artigo 25(4) das regras da UNCITRAL – o qual menciona que as audiências da arbitragem devem ocorrer *in camera* – impede o acesso de terceiros às audiências, salvo se as partes acordarem o contrário. Diante disso, o tribunal decidiu que os

⁶² Como exemplo de sua limitação, os árbitros citaram justamente a impossibilidade de adicionarem um terceiro como parte na arbitragem (que foi discutida nos parágrafos anteriores).

⁶³ Conforme o artigo 1128 do NAFTA, seus membros poderiam fazer somente intervenções de interpretação de algum artigo desse tratado. Da mesma forma, de acordo com o artigo 1133 do mesmo Acordo, os técnicos e experts emitiriam relatórios referentes unicamente ao que lhes fosse demandado.

amici poderiam apenas fazer submissões por escrito. A despeito da confidencialidade do procedimento arbitral, a decisão dos árbitros indicou que deveria haver um acordo entre as partes acerca dessa questão. Já quanto à possibilidade de *amici* questionarem sua jurisdição e o local da arbitragem, entendeu-se que esses eram direitos restritos às partes.

Por fim, o tribunal arbitral avaliou que havia grande interesse público na matéria da disputa, bem como o anseio do público por procedimentos arbitrais mais transparentes. Assim, permitiu a participação de *amici curiae* fazendo três ressalvas: que o tribunal estabeleceria regras para sua participação; que seria feita uma análise criteriosa de suas submissões; e que essas deveriam ser enviadas na fase em que fossem examinados os méritos da disputa (UPS VS. CANADA, 2001g).

Em abril de 2003, a UPS e o Canadá fizeram um acordo de confidencialidade, impossibilitando o acesso de terceiros aos documentos da arbitragem⁶⁴. No mês de agosto do mesmo ano, o tribunal arbitral publicou um documento no qual esclarecia as regras para envios de submissões de *amici curiae*: 1) não poderiam ser abordados assuntos que ultrapassassem o escopo daquela arbitragem; 2) o pedido de envio de submissão deveria ser feito somente após a troca de documentos entre as partes e o fim dos interrogatórios; 3) as submissões passariam pela análise dos árbitros; 4) não poderiam ter mais de 20 páginas; 5) haveria amplo direito de resposta (das partes da disputa) a essas submissões; e 6) o tribunal poderia a qualquer momento modificar essas regras e estabelecer prazos para envio de documentos (UPS VS. CANADA, 2003).

A CUPW e o *Council of Canadians* enviaram um pedido para fazer submissão ao tribunal em outubro de 2005. Nos primeiros dias do mês de novembro, em mais uma tentativa de contrariar a participação de *amici curiae* naquela arbitragem, a UPS argumentou que o papel de “amigo da corte” assumido pelas duas entidades era produtivo:

Um *amicus curiae* significa, literalmente, um amigo da corte. Os Aplicantes [CUPW e *Council of Canadians*], no entanto, não são amigos do Tribunal. Eles vêm esse Tribunal como ilegítimo e inerentemente tendencioso. [...] eles se opõem aos objetivos e propósitos do NAFTA. Suas reclamações deveriam permanecer nas legislaturas e cortes dos Estados-membros do NAFTA e não diante de um Tribunal estabelecido sob esse Acordo. (UPS VS. CANADA, 2005a, p. 1, tradução nossa)

A UPS acrescentou ainda que as duas entidades canadenses estavam agindo de má fé ao enviar um pedido de participação como *amici curiae* a um tribunal estabelecido sob o

⁶⁴ Em 2004, o Canadá publicou um documento argumentando os motivos de ter sido feito um acordo de confidencialidade. O principal motivo foi o fato de que, se fossem divulgados os materiais da arbitragem, haveria um grande risco de informações financeiras, comerciais, científicas e técnicas do Canadá serem usadas por terceiros a fim de causar danos àquele país.

capítulo 11 do NAFTA, uma vez que se opunham a esse regime (UPS VS. CANADA, 2005a). Também arguíram que o interesse dessas era essencialmente jurisprudencial e, por conseguinte, pediram ao tribunal que rejeitasse a participação dessas entidades. As duas entidades comentaram que, embora criticassem o regime do NAFTA, os procedimentos arbitrais aconteciam e matérias de interesse público estavam em jogo (o que justificava seu pedido de participação como *amici*) (UPS VS. CANADA, 2005b). Nos últimos meses de 2005, outra entidade – a *Chamber of Commerce of the United States of America* – também pediu ao tribunal para enviar submissões de *amicus* referente a essa disputa. O tribunal aceitou as submissões de todos os *amici curiae*.

3.1.3 Caso *Glamis vs. United States*

Outro caso que é relevante na história do NAFTA e que teve a participação de *amicus curiae* foi o *Glamis vs. United States*. A mineradora canadense Glamis, instalada na Califórnia, acusava os Estados Unidos de não cumprirem com suas obrigações ao ser criada uma série de medidas que impossibilitariam a exploração mineral naquele Estado. Pedindo compensação por perdas e danos no valor de US\$ 50 milhões, a empresa recorreu à arbitragem por meio do NAFTA e sob as normas da UNCITRAL em dezembro de 2003 (GLAMIS VS. UNITED STATES, 2003). No entanto, existia outra questão que estava envolvida nessa disputa: a área onde a companhia canadense mantinha suas operações era terra sagrada da tribo Quechan.

Uma representante da Quechan solicitou ao tribunal do caso a participação como *amicus curiae* em janeiro de 2005. Com cópias da petição distribuídas às partes, a Glamis pediu ao tribunal a rejeição da participação da tribo como *amici*, enquanto que os Estados Unidos argumentaram a favor (GLAMIS VS. UNITED STATES, 2005a). A representante explicou que a terra em questão pertencia à tribo e que essa fazia cultos em homenagem aos seus ancestrais naquele local. O interesse em manter a integridade cultural da tribo justificava sua participação, considerando que a manutenção de lugares sagrados e até mesmo a liberdade de professar sua religião estavam em risco. Além disso, alegava que uma restrição da participação da tribo como *amicus* poderia ocasionar graves consequências no que diz respeito à criação de precedentes para futuros casos envolvendo povos indígenas (GLAMIS VS. UNITED STATES, 2005b).

Como a Comissão de Livre Comércio do NAFTA já havia emitido um parecer favorável à participação de *amici* em outubro de 2003, não houve um debate intenso como

nos casos anteriormente apresentados e, por isso, o tribunal arbitral do caso logo permitiu à tribo fazer submissões referentes ao assunto da disputa. Em agosto de 2005, a Quechan enviou então ao tribunal desse caso uma submissão como *amicus curiae*. Esse entendeu que o conteúdo do documento era condizente com o interesse argumentado na petição pelo *amicus* e que não haveria uma sobrecarga às partes da disputa, sendo que as submissões seriam analisadas cautelosamente pelos árbitros a fim de evitar qualquer carga adicional.

3.2 CIADI

Os casos do CIADI a serem abordados envolvem investimentos em países sul-americanos. Os dois primeiros casos (*Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina* e *Aguas Provinciales, Suez e InterAguas vs. Argentina*) foram os pioneiros nas arbitragens desse Centro, além de que ambos envolviam a Argentina. O terceiro caso – *Aguas del Tunari vs. Bolivia* – antecede as decisões dos dois primeiros e é um exemplo de rejeição da participação de *amici curiae* no CIADI.

3.2.1 Caso *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina*

Durante a década de 1990, diversos BITs foram assinados pela Argentina. Empresas transnacionais começaram a ver uma oportunidade de investir em um país sul-americano que concedera a garantia de recorrer à arbitragem internacional a investidores estrangeiros. Entretanto, no início dos anos 2000, uma grave crise econômica atingiu esse país. Diante do cenário desfavorável, o governo argentino teve que tomar algumas medidas na tentativa de atenuá-la. Três empresas – *Aguas Argentinas*, *Suez* (*Sociedad General de Aguas de Barcelona*) e *Vivendi Universal* (sendo as duas últimas espanhola e francesa, respectivamente) – formavam uma concessionária que era responsável pela operação de serviços de água e esgoto da região metropolitana de Buenos Aires (FLORES, 2010). Com as medidas tomadas devido à crise, sentiram-se financeiramente afetadas e recorreram à arbitragem internacional do CIADI em 2003, alegando descumprimento do BIT entre Argentina e Espanha e do BIT entre Argentina e França (ambos de 1991).

Em janeiro de 2005, a *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia* (ACIL), o *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS), o *Center for International Environmental Law* (CIEL), a *Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria* e a *Unión de Usuarios y Consumidores* fizeram uma “petição de transparência e

participação na qualidade de *amicus curiae*” ao tribunal arbitral (CIADI, 2005). Usando os argumentos de que havia interesse público na disputa e de que a população local sofreu violações de direitos fundamentais, as cinco ONGs pediram que lhes fosse concedido o acesso às audiências, a permissão para apresentarem argumentos legais em seu caráter de *amici curiae* e o acesso “oportuno, suficiente e irrestrito” aos documentos da arbitragem (CIADI, 2005).

O tribunal arbitral do caso recebeu a petição e informou às partes da disputa para que essas pudessem se pronunciar a respeito. A Argentina se posicionou a favor do interesse demonstrado pelas ONGs e pediu ao tribunal que acolhesse o pedido dessas (CIADI, 2005). No entanto, as empresas demandantes rechaçaram por completo o texto enviado pelas organizações não governamentais, reivindicando ao tribunal que o pedido fosse declinado (CIADI, 2005). Após ser dado conhecimento da petição às partes e havendo recebido seus posicionamentos, o tribunal arbitral pôde analisar e emitir sua decisão acerca da participação das ONGs como *amici curiae* em maio de 2005.

A permissão de acesso às audiências pelas cinco ONGs foi o primeiro ponto analisado pelos árbitros. Esses entenderam que, ao fazer esse pedido, as entidades anseavam não apenas o direito de assistir às audiências, como também o direito de fazer intervenções orais durante o procedimento (CIADI, 2005). Para avaliá-lo, o tribunal arbitral recorreu à regra 32(2) das Regras de Arbitragem do CIADI⁶⁵, a qual expressa que a possibilidade de acesso de terceiros às audiências é condicionada ao consentimento das partes em disputa. Como não havia esse consentimento, foi decidido pela rejeição do pedido (CIADI, 2005).

O segundo ponto analisado foi a possibilidade de essas ONGs enviarem submissões com argumentos legais, em caráter de *amici curiae*. Uma vez que não haviam sido discriminadas na petição a natureza e a forma dessas intervenções, o tribunal arbitral entendeu que o papel de um *amicus curiae* seria “proporcionar à corte ou tribunal suas perspectivas especiais, argumentos, ou conhecimentos especializados sobre a controvérsia” (CIADI, 2005, p. 5, tradução nossa). Da mesma forma que no primeiro ponto, a Argentina apoiou o pedido das ONGs, enquanto que as três empresas se opuseram. Destacando que nunca antes um tribunal arbitral do CIADI havia permitido participações de *amici curiae* e a ausência de

⁶⁵ Regra 32(2) das Regras de Arbitragem do CIADI de 2003: “The Tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings”. Vale ressaltar que, em 2006, houve uma alteração nas Regras e o texto dessa regra foi alterado. Tendo em vista que a decisão dos árbitros do caso em questão foi prolatada em 2005, as Regras que vigoravam eram as de 2003.

permissão ou proibição nas normas dessa instituição, os árbitros se questionaram se teriam o poder de aceitar *amici* e sob quais condições deveriam exercê-lo (CIADI, 2005).

Para solucionar o primeiro questionamento, os árbitros observaram o artigo 44 da Convenção do CIADI, que diz que “[...] Qualquer questão de procedimento não prevista nesta Seção, nas Regras de Arbitragem ou nas demais regras acordadas pelas partes, será resolvida pelo Tribunal” (ICSID, 1965). O tribunal arbitral entendeu que aceitar *amici curiae* seria uma questão de procedimento, visto que seria uma medida para auxiliá-lo na tomada da decisão mais justa possível para o caso (CIADI, 2005). Embora as empresas tivessem arguido que, ao ser admitido um *amicus*, a disputa se estenderia a entidades com as quais não havia acordo arbitral, o tribunal esclareceu que em nenhum sistema jurídico o papel do *amicus* é idêntico ao papel de uma parte (CIADI, 2005). Ainda comentando sobre a figura do *amicus curiae*, os árbitros enfatizaram que

Seu papel tradicional em um procedimento contencioso é oferecer à autoridade decisória argumentos, perspectivas e conhecimentos especializados que as partes litigantes talvez não apresentem, com o propósito de ajudá-la a tomar uma decisão. Em resumo, uma solicitação de permissão para participar na qualidade de *amicus curiae* é uma oferta de ajuda, e a autoridade decisória é livre para aceitá-la ou rechaçá-la. Um *amicus curiae* é um voluntário, um amigo da corte, mas não é uma parte. (CIADI, 2005, p. 7, tradução nossa)

O tribunal arbitral fez menção à decisão do caso *Methanex vs. United States*, na qual os árbitros utilizaram o artigo 15(1) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL para sustentar que tinham o poder de aceitar petições de *amici curiae*. Fez ainda uma comparação desse artigo da UNCITRAL com o artigo 44 da Convenção do CIADI, considerando que ambos seriam análogos. Além disso, deixou claro que a participação de *amici* não afetaria os direitos substantivos das partes, os quais, portanto, permaneceriam iguais (CIADI, 2005). As três empresas ainda haviam afirmado que a aceitação de submissões de terceiros representaria uma carga adicional para elas na disputa. No entanto, os árbitros amenizaram essa preocupação dizendo que as permissões para participação como *amicus* seriam avaliadas a fim de minimizar cargas extras às partes (CIADI, 2005).

Além do caso *Methanex vs. United States* no âmbito do NAFTA, os árbitros comentaram que o Órgão de Apelação da OMC também já havia se posicionado a favor da participação de *amici* nas arbitragens dessa instituição. Após deliberar acerca dos dispositivos que poderiam permitir ou negar esse tipo de participação, o tribunal decidiu definitivamente que possuía a faculdade de aceitar *amici curiae* (CIADI, 2005). Assim, dirigiu-se para o segundo questionamento, que se referia às condições para a aceitação de submissões de *amici*.

Os árbitros estabeleceram três critérios básicos para que fossem aceitas: a pertinência do objeto do caso; a aptidão dos *amici* para o caso; e o procedimento usado para análise das submissões (CIADI, 2005).

No que diz respeito à pertinência do objeto do caso, as ONGs argumentaram que havia interesse público na disputa ao passo que envolvia sistemas de abastecimento de água e esgoto. Já as três empresas contestaram esse argumento, dizendo que inexistia interesse público porque o caráter da disputa era privado (CIADI, 2005). O tribunal arbitral concluiu favoravelmente às ONGs, uma vez que os serviços públicos citados atingiam milhões de pessoas da região metropolitana de Buenos Aires e a decisão do tribunal poderia levantar diversas questões de direito internacional público, inclusive de direitos humanos (CIADI, 2005). Os árbitros também comentaram que a participação de pessoas idôneas que trouxessem argumentos inéditos poderia ser positiva para uma tomada de decisão mais justa.

Com o devido cuidado de preservar os direitos substantivos e processuais das partes, permitir qualquer nível de participação de *amici* já seria um grande passo em prol de maior transparência em procedimentos arbitrais do CIADI. Relembrando as decisões da OMC e do NAFTA, o tribunal arbitral admitiu que a arbitragem internacional de investimentos passava por um momento de clamor pela abertura dos procedimentos arbitrais. “Através da participação de representantes idôneos da sociedade civil nos casos apropriados, o público adquirirá um melhor conhecimento dos procedimentos do CIADI” (CIADI, 2005, p. 11, tradução nossa). Desta maneira, entendeu que aquele caso era propício para acolher submissões de *amici curiae* que fossem consideradas úteis.

Já sobre o segundo critério (a aptidão das pessoas ou entidades que quisessem participar como *amici*), foi estabelecido que essas deveriam primeiramente pedir ao tribunal arbitral a permissão para enviar submissões. Esse pedido deveria conter como elementos essenciais o histórico do potencial *amicus*, como sua origem, composição e relação com as partes (se houvesse); os motivos do interesse específico no caso; declaração da existência de vínculos financeiros com alguma das partes (se houvesse); e as razões pelas quais o tribunal deveria aceitar sua participação como *amicus* (CIADI, 2005). Todos esses elementos seriam submetidos à análise criteriosa do tribunal, que também ouviria as partes em disputa a respeito de cada pedido, avaliaria uma possível sobrecarga à disputa, bem como o grau de auxílio que seria prestado por esse potencial *amicus* (CIADI, 2005).

Por fim, o terceiro critério trata da forma procedimental como a submissão seria realizada. O objetivo de ter sido estabelecido esse critério foi para preservar os direitos das partes da disputa e garantir tratamento equitativo a elas. Sua implementação ocorreria em um

segundo momento, depois de ser permitida a participação do *amicus*. Outra questão analisada pelos árbitros foi o pedido de acesso aos documentos da disputa pelos *amici*. Eles entenderam que o momento não era oportuno para permiti-lo, visto que os potenciais *amici* ainda não haviam feito uma solicitação de participação conforme os critérios que estavam sendo estabelecidos justamente naquela decisão.

Em abril de 2006, a empresa Aguas Argentinas decidiu sair da disputa, pois estava em processo de venda (CIADI, 2007). Em dezembro do mesmo ano, as cinco ONGs enviaram ao tribunal arbitral uma solicitação para participação como *amici curiae*, pedindo autorização para apresentarem posicionamentos por escrito e requerendo acesso aos documentos da disputa – já que a decisão acerca desse item havia sido postergada pelo tribunal na decisão do ano anterior (CIADI, 2007). No mesmo mês, as empresas que continuavam na disputa (Suez e Vivendi) defenderam que o tribunal deveria rechaçar os pedidos feitos na solicitação das cinco entidades, embasando-se em diversos argumentos (CIADI, 2007).

O primeiro deles era que a operação dos serviços de água e esgoto da região metropolitana de Buenos Aires não estava em risco, até porque a empresa responsável por isso era a Aguas Argetinas e essa já não se encontrava mais na disputa. Assim sendo, defendiam que qualquer questionamento de terceiros em relação ao fornecimento de serviços de água e esgoto deveria ser levado às cortes argentinas e não àquela arbitragem. As duas empresas argumentaram também que as ONGs não traziam elementos novos à disputa e que o interesse dessas entidades não coincidia com a matéria daquela arbitragem. Criticaram o fato de a solicitação das ONGs ter sido feita tardiamente (mais de um ano após a decisão do tribunal sobre a participação de *amici curiae*) e salientaram que não consentiam com a publicidade dos documentos da disputa.

O tribunal arbitral se manifestou em fevereiro de 2007. Primeiramente, destacou a mudança que havia ocorrido nas Regras de Arbitragem do CIADI, a qual entrou em vigor em abril de 2006. O novo texto trouxe uma regra específica acerca da participação de terceiros em arbitragens do Centro. Embora não pudesse ser usada pelos árbitros naquele caso, a regra 37(2) continha disposições muito similares à decisão que haviam tomado em maio de 2005.

37(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el

procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;
 (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;
 (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.
 El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente. (CIADI, 2006)

Tendo em vista os critérios que foram estipulados em sua decisão sobre a participação de *amici curiae* de 2005, o tribunal arbitral analisou a solicitação enviada pelas cinco ONGs. A conclusão a que chegou foi que essas entidades cumpriam os requisitos para participação como *amici*, uma vez que foi verificada sua idoneidade, eram organizações respeitadas e tinham conhecimento e experiência na área de direitos humanos e ambiental (CIADI, 2007). Ademais, alegaram que não recebiam ajuda financeira de nenhuma das partes, fato que não foi contestado pela Argentina nem pelas empresas Suez e Vivendi.

Em relação à saída da empresa Aguas Argentinas (que operava os sistemas de água e esgoto) da disputa, os árbitros entenderam que isso não afetaria a matéria do caso e, portanto, não impossibilitaria a apresentação de pedidos para participação como *amicus curiae* (CIADI, 2007). Qualquer decisão a respeito do tema poderia levar a uma mudança radical na forma como são feitas as concessões de operação de serviços de água e esgoto na Argentina. Devido a esse fator, o tribunal arbitral reconheceu que havia interesse público de milhões de pessoas, o que justificaria a participação das cinco ONGs na qualidade de *amici curiae*.

As duas empresas haviam questionado sobre o foro em que as ONGs deveriam postular suas reclamações. O tribunal arbitral explicou que a matéria que estava sendo tratada era distinta das que eram submetidas às cortes argentinas, inclusive quanto ao caráter legal (CIADI, 2007). Dessa forma, decidiu que a admissão de *amici curiae* naquela disputa não implicaria em indagações a respeito do foro em que deveriam postular, salientando que o papel que as ONGs teriam era secundário, de auxílio ao tribunal, e não de terceira parte. Suez e Vivendi também questionaram se essas entidades trariam fatos novos à arbitragem, o que foi rebatido pelo tribunal – o qual afirmou que o *amicus* não apenas pode apresentar fatos novos, como também levar aos árbitros questões de direito e da aplicação do direito aos fatos (CIADI, 2007).

Outra crítica das empresas que foi suprimida pelo tribunal remetia ao tempo em que foram feitas as solicitações das ONGs. Ao contrário do que havia sido sustentado pelas empresas, o tribunal entendeu que essas não foram apresentadas tardiamente. Isso porque questões relacionadas à jurisdição do tribunal foram decididas somente em agosto de 2006, o

que impossibilitaria o tribunal de aceitar as solicitações de participação como *amicus curiae* antes dessa data (CIADI, 2007). Assim, as solicitações foram acolhidas e a participação das ONGs como *amici* foi deferida pelo tribunal arbitral.

Por fim, outras duas questões foram definidas pelos árbitros. A primeira era o pedido de acesso aos documentos da disputa pelos *amici*. Ainda que as ONGs tivessem que conhecer o que estava sendo tratado na disputa, o tribunal arbitral lhes recusou o acesso aos materiais levados à arbitragem pelas partes. Os motivos eram que as organizações já tinham informações suficientes e não poderiam questionar posicionamentos e provas levados pelas partes, a ponto de ver-se extrapolar a incumbência dos *amici curiae*. Já a segunda se referia à observância dos direitos substantivos e processuais das partes, os quais o tribunal reafirmou que estariam garantidos mesmo com a aceitação das solicitações dos *amici*.

3.2.2 Caso *Aguas Provinciales, Suez e InterAguas vs. Argentina*

O presente caso, assim como o anterior, envolve a operação de sistemas de água e esgoto na Argentina, porém este se refere à província de Santa Fé (enquanto aquele era referente à região metropolitana de Buenos Aires). As partes da disputa eram: de um lado, o consórcio formado por *Aguas Provinciales de Santa Fe*, Suez (*Sociedad General de Aguas de Barcelona*) e InterAguas (*Servicios Integrales de Agua*); e de outro, a Argentina. Tendo em vista que o consórcio era constituído por investimentos espanhóis e franceses, foram aplicados na arbitragem os BITs entre Argentina e Espanha (de 1991) e entre Argentina e França (também de 1991). É interessante ressaltar que esse caso foi levado ao CIADI em conjunto com o caso abordado anteriormente (em julho de 2003), sendo arbitrado pelo mesmo tribunal.

Em junho de 2005, a *Fundación para el Desarrollo Sustentable* (FDS) e os Professores Ricardo Ignacio Beltramino, Ana María Herren e Omar Darío Heffes (especialistas em direitos humanos e desenvolvimento) fizeram uma petição de participação como *amici curiae* perante o tribunal arbitral do caso. No texto, pediam acesso às informações do processo, bem como a possibilidade de fazerem submissões por escrito e de se manifestarem oralmente nas audiências. A justificativa para sua participação se encontrava no anseio por um procedimento arbitral mais transparente e no auxílio ao tribunal por meio de uma perspectiva diferente das levadas pelas partes (CIADI, 2006).

As partes logo foram informadas acerca da vontade desses indivíduos e entidade de participarem como *amici*. Ao se pronunciarem, houve um desacordo entre elas: a Argentina manteve o seu posicionamento pró-*amicus* como no caso *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi*

vs. Argentina, enquanto que as empresas foram terminantemente contra todos os pedidos desses terceiros. O tribunal arbitral destacou o caso *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina*, comentando que a petição enviada naquele caso era similar à enviada pelos três professores e a FDS. Dessa forma, como o tribunal era o mesmo para os dois casos e as circunstâncias e alegações desses potenciais *amici curiae* eram semelhantes às do caso anterior, os árbitros decidiram adotar o mesmo padrão de análise das petições e de aceitação desse tipo participação (CIADI, 2006).

Citando a regra 32(2) das Regras de Arbitragem do CIADI de 2003⁶⁶, o tribunal sublinhou que deve haver consentimento das partes para a permissão de acesso e manifestação oral nas audiências – o que não havia nesse caso. Portanto, esse pedido foi negado. Em relação à realização de submissões por escrito, os árbitros entenderam que inexistia uma proibição quanto a esse tipo de participação e que, segundo o artigo 44 da Convenção do CIADI⁶⁷, é permitido ao tribunal arbitral resolver questões não abordadas nas normas dessa instituição. A aceitação de um *amicus curiae* foi entendida, por esse tribunal, como uma “questão de procedimento” tal como consta no referido artigo.

Ao passo que a adição de um terceiro ao procedimento arbitral na qualidade *amicus curiae* é simplesmente uma oferta de ajuda, sua participação jamais se equivaleria à de uma parte. Assim, o tribunal arbitral equiparou substancialmente o artigo 44 da Convenção do CIADI ao artigo 15(1) da UNCITRAL, o qual embasou a decisão dos árbitros do caso *Methanex vs. United States* de permitir submissões de *amici*. Outro ponto que foi ressaltado é que poderia ser indagado se uma participação de *amicus* não seria uma sobrecarga às partes. Os árbitros esclareceram que um de seus papéis é o de minimizar sobrecargas que poderiam levar ao desequilíbrio da arbitragem, o que não aconteceria com a permissão desse tipo de participação uma vez que o tribunal estipularia regras para isso. Por fim, permitiram que terceiros submetessem posicionamentos ao tribunal na condição de *amici curiae* (CIADI, 2006).

Da mesma forma que no caso *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina*, os árbitros acharam necessário que três critérios fossem levados em consideração: a pertinência do objeto do caso; a aptidão dos potenciais *amici* para desempenharem a função de amigos da

⁶⁶ Regra 32(2) das Regras de Arbitragem do CIADI de 2003: “The Tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings”. Vale ressaltar que, em 2006, houve uma alteração nas Regras e o texto dessa regra foi alterado. Tendo em vista que a decisão dos árbitros do caso em questão foi prolatada em 2005, as Regras que vigoravam eram as de 2003.

⁶⁷ Artigo 44 da Convenção do CIADI de 1958: “[...] Qualquer questão de procedimento não prevista nesta Seção, nas Regras de Arbitragem ou nas demais regras acordadas pelas partes, será resolvida pelo Tribunal” (tradução nossa).

corte desse tribunal; e a definição de regras procedimentais para a submissão de informações (CIADI, 2006). O estabelecimento desses critérios serviria justamente para não criar um possível desequilíbrio entre as duas partes da disputa. Foi concluído que o caso era pertinente para a participação de *amici* posto que punha em risco a responsabilidade de cumprir obrigações internacionais da Argentina, justamente por envolver questões de interesse público.

O fator pelo qual este caso se reveste de especial interesse público consiste em que a disputa relativa a investimentos gira em torno dos sistemas de distribuição de água e esgoto das áreas urbanas da província de Santa Fé. [...] Toda decisão emitida neste caso [...] tem o potencial de afetar o funcionamento desses sistemas e, por consequência, a população que os mesmos atendem. (CIADI, 2006, p. 9, tradução nossa)

O tribunal arbitral acrescentou que a participação de *amici* traria perspectivas novas ao caso, as quais ajudariam na tomada da decisão mais correta para a disputa. Também fez alusão às decisões tomadas nos âmbitos da OMC e do NAFTA, indicando que um aumento da transparência dos procedimentos arbitrais internacionais reforçaria a aceitação pública e a legitimidade do atual sistema (CIADI, 2006). Contudo, definiu-se que havia a necessidade de ser solicitada uma permissão para a realização de submissões perante o tribunal, a qual deveria conter: dados acerca do potencial *amicus*; a natureza do seu interesse na disputa; se já recebera apoio financeiro de alguma das partes; e as razões para que o tribunal devesse aceitar seu pedido (CIADI, 2006).

Essa permissão passaria pelo crivo dos árbitros, os quais a analisariam observando não apenas as informações nela contidas, mas também as opiniões das partes da disputa, a possibilidade de haver um desequilíbrio na arbitragem e o grau de ajuda que sua participação ofereceria ao tribunal arbitral (CIADI, 2006). Se permitida sua participação, seria avisado aos *amici* o momento adequado para enviar suas submissões. Como a forma do pedido de submissão estipulada pelo tribunal era obviamente desconhecida dos potenciais *amici* no momento em que realizaram a petição, sua participação foi rejeitada naquele momento por não cumprir os requisitos. Porém, o tribunal afirmou que poderiam enviar outra petição contendo as informações essenciais estabelecidas na decisão e, assim, serem aceitos como *amici curiae* no caso (CIADI, 2006). Uma vez que não tinham sido cumpridos os requisitos até então, o tribunal decidiu que só analisaria o pedido de acesso aos documentos da disputa no momento em que fosse aprovada a participação de um *amicus*.

3.2.3 Caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*

Em 1999, o governo boliviano decidiu privatizar os serviços de água e esgoto da cidade de Cochabamba. A empresa *Aguas del Tunari* (formada por investidores holandeses) ganhou o direito de operar esses serviços por 40 anos. Já nos primeiros meses de concessão, a empresa elevou a tarifa de água em 50%, o que causou uma série de protestos da população local. Nesses protestos, um jovem de 17 anos morreu e mais de 100 pessoas ficaram feridas (ICSID, 2002). Diante desse cenário, a empresa abandonou suas instalações e saiu do país. Logo, decidiu estabelecer, em julho de 2002, uma disputa arbitral internacional através do CIADI para pedir compensação, considerando o BIT existente entre Bolívia e Holanda (de 1992).

O tribunal arbitral do caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia* recebeu, em agosto de 2002, uma petição para participação como *amici curiae* de oito indivíduos e entidades: Oscar Olivera, Omar Fernandez, Luís Sánchez, o congressista Jorge Alvarado, a *Coordinadora para la Defensa del Agua y de la Vida*, a *Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes*, a SEMAPA Sur e a ONG *Friends of the Earth – Netherlands*. A petição ressaltava que havia um grande apelo social para que o procedimento arbitral fosse o mais transparente possível, visto que o interesse público na disputa era perceptível e compreensível. Além disso, foi destacado que todos esses potenciais *amici* tinham informações e/ou conhecimentos essenciais para o esclarecimento dos fatos (ICSID, 2002).

Como a repercussão do caso foi global, esses oito indivíduos e entidades pediram que o tribunal arbitral fosse até Cochabamba e realizasse audiências públicas para que a população tomasse conhecimento do desenrolar jurídico da disputa. Alegou-se que as consequências do caso e sua amplitude implicavam em uma decisão arbitral cujos impactos afetariam diretamente aquela população. A legitimidade do procedimento arbitral foi questionada, pois houve uma grande pressão do Banco Mundial para que o governo boliviano privatizasse esse sistema de água e esgoto. Essa instituição condicionou uma liberação de fundos e um alívio da dívida daquele país à privatização desse sistema (ICSID, 2002).

Não obstante, à época dos protestos, foi feita uma declaração pública do presidente do Banco Mundial, James Wolfensohn, a favor do aumento tarifário efetuado pela empresa holandesa (ICSID, 2002). Esse posicionamento parcial da instituição foi questionado na petição dos potenciais *amici*, que argumentaram haver uma evidente falta de legitimidade do painel arbitral porque “uma instituição controlada pelo Banco [Mundial] não pode arbitrar objetivamente esta disputa” (ICSID, 2002, p. 9, tradução nossa). Outro ponto levantado na

petição era de que o direito boliviano aceitava que terceiros afetados pelo conteúdo de uma disputa tivessem o direito de nela intervir (ICSID, 2002).

Em janeiro de 2003, o tribunal arbitral do caso divulgou sua decisão. Em um texto excessivamente sucinto, os árbitros rejeitaram por completo a participação de terceiros como *amici curiae*. Primeiramente, argumentaram que a permissão de *amici* extrapolaria seu poder, uma vez que a Convenção do CIADI e o BIT entre os dois países expõem que a natureza da arbitragem é embasada no consenso entre as partes. Assim, o tribunal concluiu que, “ausente o acordo entre as partes, não tem o poder de adicionar uma não parte ao procedimento; de prover acesso às audiências a não partes e, *a fortiori*, ao público em geral; ou de tornar públicos os documentos dos procedimentos” (ICSID, 2003, p. 1, tradução nossa).

Os árbitros comunicaram que inexistia o consenso entre as partes acerca da participação de *amici curiae*. Ainda, o tribunal não via a necessidade de recorrer a testemunhas ou a submissões de terceiros, embora compreendesse a gravidade do assunto tratado. Também definiu que a disputa deveria estar vinculada às normas aplicáveis ao caso, não podendo submetê-la a decisões alheias ao CIADI ou ao tratado entre Bolívia e Holanda⁶⁸. Dessa forma, o tribunal arbitral decidiu por declinar o pedido de participação como *amici curiae* dos indivíduos e entidades acima citados. Cabe ressaltar que essa decisão precede a reformulação das Regras de Arbitragem do CIADI, cuja entrada em vigor data de abril de 2006.

⁶⁸ Os árbitros explicaram que, embora já houvesse decisão favorável à participação de *amici* no âmbito do NAFTA e também BITs sendo firmados já com normas específicas para esse tipo de participação (como o BIT entre Estados Unidos e Singapura), tinham o dever de analisar o caso pelas normas a ele aplicáveis.

4 ANÁLISE E REVISÃO TEÓRICA ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DE *AMICI CURIAE* EM ARBITRAGENS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTOS

Antes de serem abordadas as questões inerentes à participação de *amici curiae* em arbitragens internacionais de investimentos, é necessário que sejam feitas considerações sobre a figura do *amicus curiae*. Como já mencionado neste trabalho, o *amicus curiae* é “uma pessoa ou entidade a qual uma corte ou tribunal pode, na sua autoridade, permitir a participação em procedimentos legais em uma condição inferior à de uma parte” (BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 273, tradução nossa). Entretanto, os traços e funções de *amici curiae* variam de acordo com o momento histórico e o país (FACH GÓMEZ, 2012). O *amicus* não tem sido caracterizado como parte no procedimento arbitral, embora tenha sido permitida sua atuação através da submissão de posicionamentos por escrito e até mesmo por sustentação oral (DE BRABANDERE, 2011). Não obstante, sua participação é bastante criticada por empresas transnacionais visto que, muitas vezes, alguns *amici* são mais amigos do Estado do que propriamente da corte (VIÑUALES, 2006).

Como aponta Bartholomeusz (2005), ainda existe muita inconsistência na definição e classificação do *amicus curiae* nas diferentes jurisdições internacionais. Viñuales (2006) afirma que, no princípio, o *amicus curiae* (ou “amigo da corte”) tinha a estrita função de prover informações quando a corte se deparava com incertezas. Entretanto, com o passar do tempo, a instituição do *amicus* vem sendo usada de outra forma: através da exposição de posicionamentos de terceiros que não estão representados na arbitragem e que querem ter sua voz ouvida pelo tribunal (VIÑUALES, 2006; FACH GÓMEZ, 2012). Em resumo, para Viñuales (2006), haveria dois tipos de *amici curiae* hoje: aquele que é chamado pelo tribunal para esclarecer questões que não podem ser elucidadas sem sua participação (ou seja, o papel tradicional do *amicus*); e aquele que peticiona ao tribunal com a finalidade de apresentar seu posicionamento a despeito do caso (um papel assumido pelo *amicus* recentemente).

O tribunal do caso *Methanex vs. United States* fez uma distinção entre um expert ou técnico que emite um parecer ou laudo ao tribunal e um *amicus curiae*, entendendo que o primeiro é independente e que o segundo advoga em função de interesses próprios. No entanto, ressalta-se que a admissão de um *amicus* no passado não exigia a existência de interesse na disputa. Com as transformações ocorridas no direito internacional no século XX,

a caracterização do *amicus* por tribunais domésticos e internacionais⁶⁹ passou por uma adaptação. Atualmente, a maioria dos tribunais internacionais de resolução de disputas faz a distinção entre *amici* e técnicos ou experts (BARTHOLOMEUSZ, 2005). A existência de interesses envolvidos na disputa se tornou requisito fundamental para conceder a um terceiro a participação como *amicus curiae*.

Além de terceiros que não possuem qualquer interesse na disputa (como é o caso de indivíduos ou entidades que são acionados a fim de emitir relatórios técnicos), Brekoulakis (2008) admite a existência de “terceiras partes falsas”. Esse conceito se refere a um terceiro que tem algum tipo de interesse concreto (seja legal, financeiro etc.) na disputa arbitral. Para o autor, esse interesse é “o fator principal na determinação de quais pessoas são pertinentes na discussão de arbitragem e terceiras partes” (BREKOULAKIS, 2008, p. 9, tradução nossa). Ainda que não sejam partes do acordo arbitral estabelecido entre as partes genuínas, as terceiras partes falsas não devem ser consideradas alheias ao procedimento arbitral, haja vista que os resultados da disputa podem afetar direta ou indiretamente seus interesses (BREKOULAKIS, 2008).

As “terceiras partes falsas” de Brekoulakis são divididas em dois grupos: 1) as que possuem interesse no contencioso e que detêm os mesmos direitos e deveres em relação ao investimento que uma das duas partes genuínas da arbitragem (como, por exemplo, as empresas do mesmo grupo que controla aquela que é parte genuína na arbitragem); e 2) as que possuem interesse no contencioso, mas que não detêm os mesmos direitos e deveres em relação ao investimento que uma das duas partes genuínas da arbitragem (é aonde se enquadrariam ONGs, grupos sociais, empresas que fizeram contratos com alguma parte genuína da arbitragem etc.).

O propósito e a forma de participação de *amici curiae* não têm sido estáveis ao longo do tempo (KOCHEVAR, 2013). Nos Estados Unidos, que permitem esse tipo de participação desde 1823, a característica neutra do *amicus* tem sido relativizada já que indivíduos e entidades que buscam esse tipo de participação têm interesses específicos (FACH GÓMEZ, 2012; KOCHEVAR 2013). Para Kochevar (2013), as submissões de *amici curiae* se caracterizam por serem voluntariamente enviadas a um tribunal por uma entidade que não seja parte na disputa e que tenha competência para tratar do assunto contido nessa submissão. Essa última característica converge com o requisito da existência de interesse, uma vez que exclui a

⁶⁹ Quanto às jurisdições internacionais, Bartholomeusz (2005, p. 269) afirma que “in appointing *amici*, international jurisdictions rarely, if ever, explicitly rely on their power to appoint third parties as experts (although the Inter-American Court of Human Rights, probably implicitly, does assume such a power)”.

possibilidade de participação de terceiros que não tenham relação com a disputa. Assim, também estariam de fora dessa definição os *court officers* que enviam pesquisas ou informações neutras a cortes e tribunais, como os Advogados-Gerais do Tribunal de Justiça da União Européia, os *rapporteurs publics* na França e os *Vertreter des öffentlichen Interesses* na Alemanha (KOCHEVAR, 2013).

Ainda que tenha sua essência no *civil law*, a participação de *amici curiae* é amplamente reconhecida em países que adotam o *common law*. Austrália, Quênia e Hong Kong são exemplos de jurisdições que seguem o modelo do *common law* e que admitem a figura do *amicus* (KOCHEVAR, 2013). Os direitos do Canadá e do Reino Unido dão ainda mais significância para esse tipo de participação, visto que suas cortes têm o poder de requisitar a participação de *amici* e, dessa forma, constituir um “momento de *civil law*” em sua jurisdição (KOCHEVAR, 2013). Grande parte de países que adotam o *civil law* também permitem participação de *amici curiae*, a exemplo do Brasil e da Argentina.

No caso *Methanex vs. United States*, ficou claro que tanto nos posicionamentos da empresa Methanex como no do governo mexicano foi categorizado erroneamente o *amicus curiae* como parte do processo arbitral. Isso porque ambos equipararam a participação de um *amicus* à das partes genuínas da arbitragem, alegando que esses indivíduos ou entidades ganhariam direitos que são restritos às partes genuínas. Ainda, foi arguido que a participação de terceiros poderia alterar o equilíbrio da arbitragem – o que não aconteceu nos casos abordados.

Empresas transnacionais que são partes em procedimentos arbitrais dificilmente anuirão com a participação de *amici*. Alguns países em desenvolvimento (como o México) também têm tido posicionamentos relutantes quanto a esse tipo de participação, afirmando que suas ONGs não têm estrutura para participar de procedimentos arbitrais internacionais (BARTHOLOMEUSZ, 2005). Esse argumento é bastante questionável, uma vez que as próprias ONGs e grupos sociais desses países têm requisitado permissões para participação como *amici curiae* (como nos três casos do CIADI abordados no capítulo anterior).

Em contraste, o posicionamento dos Estados Unidos tem sido favorável à participação de *amici curiae* em procedimentos arbitrais internacionais. No caso *UPS vs. Canada*, os EUA não só diferenciaram *amici* de experts, como também ressaltaram sua importância para a arbitragem ao levar aos tribunais arbitrais informações adicionais que não foram levantadas pelas partes (METHANEX VS. UNITED STATES, 2003c). O Canadá também tem advogado em favor desse tipo de participação, como ficou nítido nos casos *Methanex vs. United States* e

UPS vs. Canada abordados no capítulo anterior. Ambos os países aceitam *amici curiae* no direito doméstico, o que tem influenciado suas posturas no âmbito internacional.

Embora esteja prevista em diversos sistemas jurídicos domésticos, a figura do *amicus curiae* não tem a mesma visibilidade e aceitação no direito internacional principalmente devido à inexistência de disposições específicas em acordos e tratados. Na petição de participação como *amici curiae* do caso *UPS vs. Canada* estabelecido através do capítulo 11 do NAFTA, as entidades que requisitavam essa participação fizeram uma crítica à forma como o assunto tem sido tratado no direito internacional, especialmente em arbitragens internacionais relacionadas a comércio e investimentos. No referido documento, os potenciais *amici* expuseram que

Ainda que a questão da intervenção de terceiros em procedimentos arbitrais não seja sem precedente, raramente tem sido levantada na era moderna da arbitragem comercial internacional. De fato, a questão da intervenção de terceiros tem sido ignorada, ou dada pouca prioridade por aqueles que elaboram os regimes domésticos e internacionais [...]. Essa indiferença aos direitos do terceiro parece derivar de certos pressupostos que têm guiado o desenvolvimento dessas convenções. No entanto, [...] acreditamos que esses pressupostos não se sustentam mais, e que um papel muito maior deve ser designado a terceiros com interesse legítimo nesses tipos de procedimentos. (UPS VS. CANADA, 2000b, p. 7, tradução nossa)

Até o início dos anos 2000, a participação de indivíduos e entidades como *amici curiae* em arbitragens internacionais de investimentos era inexistente. Mesmo após as primeiras decisões no âmbito do NAFTA, outros mecanismos de solução de controvérsias relutaram em revisar a tradicional resistência em ouvir terceiros em procedimentos arbitrais. O caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia* estabelecido no CIADI é um exemplo claro dessa postura. Naquelas circunstâncias, os árbitros rejeitaram terminantemente a participação de *amici* por meio de uma decisão de mera página e meia. Isso confirma justamente a falta de relevância dada às petições de participação como *amicus curiae* nos procedimentos arbitrais destacada pelos potenciais *amici* no caso *UPS vs. Canada*.

O debate acerca da participação de *amici curiae* (ou da recusa a essa) pode não ter aspecto apenas legal, mas também político. A análise feita por Viñuales (2006) sobre a relutância quanto à recepção de pedidos de *amici curiae* pela CIJ, por exemplo, ressalta que a sua participação tem sido negada por essa Corte a fim de evitar desconfortos entre a própria Corte e os Estados em disputa. Isso porque, em alguns casos, ONGs e outros organismos tentam levar questões que ultrapassam a matéria do contencioso, em vez de executar fielmente o papel de “amigo da corte”. Além disso, o mesmo autor afirma que a CIJ resiste

em permitir *amici* para não adentrar em assuntos que não lhe dizem respeito (VIÑUALES, 2006).

A intensificação da participação de *amici* em contenciosos arbitrais internacionais é uma resposta à falta de transparência desses procedimentos. Isso se deve essencialmente à própria natureza da arbitragem internacional de investimentos. Contendo elementos de direito público e de direito privado, esse tipo de mecanismo jurídico envolve tratados e obrigações de Estados (direito público) e contratos e acordos estabelecidos com empresas (direito privado) (ALVAREZ, 2011).

Ainda que a arbitragem *per se* seja um mecanismo de origem privada, a arbitragem internacional de investimentos têm características de direito público e, por isso, envolve assuntos de interesse público que impossibilitam analisá-la unicamente por um viés privado. Por esses motivos, esse tipo de arbitragem não pode ser um sistema fechado e abranger apenas aqueles que firmaram um acordo arbitral (BREKOULAKIS, 2009). Esse “deveria ser um sistema de solução de disputas que, sob circunstâncias particulares, é flexível e apto a se comunicar com terceiros que tenham interesses legítimos em uma disputa pendente diante de um tribunal” (BREKOULAKIS, 2009, p. 1172, tradução nossa).

Há, no entanto, quem discorde dessa opinião. Muçaj (2014) entende que os árbitros deveriam observar o procedimento arbitral estritamente a partir da questão pela qual as partes os elegeram e nunca se apoiar em questões de interesse público ou de política pública, como fazem os juízes de cortes domésticas. Para esse autor, o papel assumido pelos árbitros remete à interação e colaboração com as partes. A atmosfera de uma arbitragem seria diferente da atmosfera de uma corte (MUÇAJ, 2014).

A existência desses diferentes pontos de vista é mencionada por Kochevar (2013). O autor explica que existem duas visões acerca da participação de *amici curiae* na arbitragem internacional de investimentos. A primeira defende que esse tipo de participação é uma forma de solucionar o déficit de legitimidade no meio internacional. A segunda, defendida por alguns países em desenvolvimento, entende que entidades e indivíduos que buscam permissão para participar nesses contenciosos influenciam demasiadamente o procedimento arbitral e beneficiam países desenvolvidos.

Indubitavelmente, a participação de ONGs e grupos sociais concede mais legitimidade às cortes e tribunais internacionais (VIÑUALES, 2006). A legitimidade dos regimes internacionais de comércio e de investimentos tem sido desafiada recentemente, fato que poderia ser atenuado com a intensificação da participação de entidades e grupos que defendam interesses públicos. Contudo, de acordo com Viñuales (2006), não se pode rejeitar a

hipótese de o *amicus curiae* acabar se tornando mais um “amigo do Estado” (que é parte no contencioso) do que propriamente um “amigo da corte”. Essa preocupação é demonstrada principalmente por investidores, que temem haver desequilíbrios entre as partes de procedimentos arbitrais de investimentos.

O fato é que a intensificação do comércio internacional e da globalização tem levado a uma alteração no *modus operandi* dos contenciosos internacionais de investimentos (MUÇAJ, 2014). A sociedade civil, muitas vezes representada por entidades como as ONGs, tem feito muita pressão para uma mudança do atual regime internacional de investimentos (WELLS, 2010). Conforme Bohoslavsky e Justo (2011), esse comportamento pró-abertura das arbitragens internacionais de investimentos é impulsionado pelo embate existente entre o direito internacional dos investimentos estrangeiros e outras áreas do direito, tais como os direitos humanos e o direito ambiental.

A imensa maioria dos BITs não contém referências explícitas aos direitos humanos e isso tem levado laudos relevantes a assumirem que o regime legal para a proteção dos investimentos e o [regime] desses direitos são dois campos separados hermeticamente que não podem interagir de maneira alguma. Como resultado dessa visão, laudos chave têm ignorado a relevância que os direitos humanos possuem no momento de dirimir uma controvérsia entre o Estado receptor e o investidor. São notáveis as implicações políticas, sociais e econômicas que isso pode acarretar em termos de investimentos estrangeiros alojados no âmbito dos serviços públicos e recursos naturais. (BOHOSLAVSKY; JUSTO, 2011, p. 6)

Exemplos desse embate entre áreas distintas do direito internacional são as duas disputas envolvendo a Argentina no CIADI analisadas no capítulo anterior, como também o caso entre Bolívia e a companhia *Agua del Tunari*. Em se tratando de América Latina, diversos tratados e convenções relacionados a direitos humanos foram firmados pela maioria dos países dessa região, em particular a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1986 (Protocolo de San Salvador) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (BOHOSLAVSKY; JUSTO, 2011). Esses instrumentos jurídicos impõem obrigações aos Estados que deles fazem parte, como, por exemplo, em relação ao direito à água.

Percebe-se, portanto, que muitos Estados da América Latina se comprometeram através de instrumentos jurídicos que implicam em obrigações contraditórias. Bohoslavsky e Justo (2011) explicam que, se o Estado impõe uma medida regulatória a fim de proteger os direitos humanos de seus cidadãos, pode haver uma reclamação de investidores através de uma disputa arbitral internacional devido ao descumprimento de determinada cláusula de um

BIT que protege esse investidor. Caso o Estado resguarde os interesses dos investidores e deixe de assegurar os direitos humanos a seus cidadãos, pode haver uma reclamação por sua omissão em cortes internacionais de direito humanos (BOHOSLAVSKY; JUSTO, 2011). Não cumprir com qualquer uma dessas obrigações poderá levar o Estado a ser responsabilizado internacionalmente por esse descumprimento. Logo, encontra-se em uma situação sem saída.

Outra questão relevante é o que se refere às medidas para atração de investimentos externos. Alguns Estados transformam ou criam cenários a fim de favorecer os interesses de investidores estrangeiros, mas acabam interferindo negativamente nos direitos dos seus cidadãos. Um exemplo disso é o que diz respeito à alteração de leis locais com a finalidade de atrair investidores estrangeiros. A despeito de medidas ambientais, o artigo 1114 do capítulo 11 do NAFTA, por exemplo, faz alguns esclarecimentos sobre o relaxamento de leis ambientais internas para esse propósito.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement. (NAFTA, 1994)

O clamor pela participação de sujeitos que não são partes na arbitragem levou Estados e instituições internacionais relacionadas à arbitragem de investimentos (como o CIADI) a repensar as normas para haver uma adequação a essa nova realidade. O CIADI inicialmente não continha nenhuma referência explícita acerca de submissões de *amicus curiae*, tampouco as regras da UNCITRAL dispunham sobre essa questão (DE BRABANDERE, 2011). Evidentemente, qualquer mudança nesse sentido precisava ser cuidadosa e calculada (BUCKLEY; BLYSCHAK, 2007). Assim sendo, as modificações que ocorreram tanto no NAFTA como no CIADI visaram adequar a participação de *amici curiae* ao formato de arbitragem já existente, preservando os direitos das partes em disputa.

Embora alguns tribunais e cortes no âmbito internacional não aceitem petições de participação como *amicus curiae*, tem havido uma tendência em mecanismos de resolução de controvérsias de incorporar essa forma de participação às regras procedimentais de arbitragem (FRANCIONI, 2009). Diante da insatisfação da sociedade civil com decisões desfavoráveis de casos estabelecidos por meio do capítulo 11 do NAFTA, ONGs de direitos humanos e de direito ambiental pressionaram tribunais arbitrais de investimentos para que fosse aceita sua

participação como *amici curiae* (DUMBERRY, 2002). O resultado tem se demonstrado positivo, tendo sido concedidas permissões para participação como *amicus* não apenas a essas entidades, como também a indivíduos, sindicatos, associações comerciais e até mesmo empresas (DUMBERRY, 2002).

Duas decisões bastante importantes foram tomadas, em 2001, por tribunais formados por meio do NAFTA: as permissões de participação como *amici curiae* nos casos *Methanex vs. United States* e *UPS vs. Canada*. Esses tribunais não apenas decidiram que tinham poder para conceder essas permissões, como também delinearam fatores relevantes inerentes a esse tipo de participação e comentaram as implicações para o NAFTA (BARTHOLOMEUSZ, 2005). Um ponto importante no caso envolvendo a companhia canadense Methanex e os Estados Unidos foi que o tribunal arbitral aceitou *amici curiae* sem haver consenso entre as partes⁷⁰. Ainda que o caso *Methanex vs. United States* não vinculasse outros tribunais estabelecidos através do capítulo 11 do NAFTA, não há dúvidas de que algumas questões decididas nesse caso foram usadas como precedente para diversas disputas estabelecidas sob as regras da UNCITRAL (DUMBERRY, 2002).

Outras decisões importantes que influenciaram posicionamentos e decisões dos primeiros casos na arbitragem internacional de investimentos foram as tomadas pelo Órgão de Apelação da OMC. Esse Órgão havia permitido a apresentação de submissões de *amici curiae* em diversos casos através de uma interpretação extensiva das regras procedimentais, bem como adotado regras específicas para preservar a manutenção das características do procedimento arbitral (FRANCIONI, 2009). Ainda que tribunais e partes dos casos do NAFTA analisados no capítulo anterior alegassem que não se podia recorrer a decisões tomadas por tribunais que não fossem estabelecidos por meio do NAFTA ou das regras da UNCITRAL, em diversos posicionamentos e decisões arbitrais houve alusões e menções a decisões do âmbito da OMC.

Conquanto grande parte dos casos envolvendo *amici curiae* seja relacionada a questões de direito ambiental, os tribunais arbitrais de investimentos também têm se deparado com questões de direito do trabalho e também de direito cultural. O caso *Glamis vs. United States* é um exemplo desse último, visto que foi pleiteada a participação como *amicus curiae* por uma tribo indígena que tinha suas terras sagradas tomadas por mineradoras canadenses e

⁷⁰ No que diz respeito à falta de consenso entre as partes, Stern (2002 apud BARTHOLOMEUSZ, 2005, p. 282) comenta que tem havido “une nouvelle marginalisation du consentement des Parties, qui est à la base de la procédure d’arbitrage”.

não mais podia realizar seus rituais como outrora (FRANCIONI, 2009). Sua participação como *amicus* nesse caso foi prontamente autorizada.

O marco principal no âmbito do NAFTA foi o parecer emitido em outubro de 2003 por sua Comissão de Livre Comércio (CLC). Não obstante, sua emissão foi resultado de um consenso entre os três membros do NAFTA a despeito da legitimidade das submissões de *amici curiae*, o que caracterizou uma mudança no posicionamento do México⁷¹ (MANN, 2003). No documento, foram estabelecidos alguns pontos em relação à participação de *amici* nas disputas arbitrais estabelecidas através do capítulo 11, sendo esclarecido que o intuito do parecer era recomendatório. Ou seja, esse não vinculava os tribunais à obrigatoriedade de aceitar *amici curiae*, o que apenas seria possível através da inclusão desse procedimento no texto do NAFTA (MANN, 2003).

Primeiramente, a CLC entendeu que o *amicus curiae* que tivesse a intenção de pedir permissão para participar de um contencioso arbitral deveria ser uma pessoa ou entidade de um dos três membros do NAFTA, ou então que tivesse uma atuação significativa no território de um desses membros (BARTHOLOMEUSZ, 2005). A observância de procedimentos mais transparentes também foi levada em consideração. Muito do que consta no parecer coincide com o que havia sido aplicado pelos tribunais dos casos *Methanex vs. United States* e *UPS vs. Canada*⁷². Mann (2003) afirma que algumas restrições quanto às submissões de *amici* – como a limitação de 20 páginas – eram questionáveis, mas não invalidavam o objetivo da CLC que era de estabelecer critérios para esse tipo de participação em casos posteriores.

No que diz respeito estritamente à aceitação das submissões de *amici* em uma disputa, a CLC concluiu que o tribunal arbitral deveria levar em consideração se esses documentos teriam conteúdo legal ou factual referente à matéria que estava sendo tratada; se trariam uma perspectiva ou conhecimento particular diferente do que as partes haviam levado; se esses terceiros teriam de fato interesse significativo na arbitragem em questão; e se havia interesse público no objeto da disputa (BARTHOLOMEUSZ, 2005). Também foi delimitado que as partes teriam amplo direito de responder a todas as alegações dos *amici curiae*, enquanto que esses não teriam tal direito.

⁷¹ O fato de os membros do NAFTA terem chegado a um consenso a respeito dessa questão é positivo, uma vez que investidores teriam mais dificuldade em desafiar a habilidade de tribunais em aceitar *amici curiae* (MANN, 2003).

⁷² Além dessas duas referências, Bartholomeusz (2005) comenta que o parecer da CLC foi bastante influenciado pela decisão do caso *European Communities – Asbestos* (estabelecido no âmbito da OMC), no qual foi tomada uma decisão que teve o cuidado de manter o papel do *amicus* de amigo da corte e de não aproximá-lo ao de amigo de uma parte em disputa.

Em casos estabelecidos por meio do NAFTA, *amici curiae* não podem fazer questionamentos quanto à jurisdição dos tribunais arbitrais (VIÑUALES, 2006). Esse ponto foi frisado na decisão tomada pelos árbitros no caso *UPS vs. Canada*. Também é relevante realçar que as decisões que têm sido tomadas em tribunais formados através do capítulo 11 do NAFTA têm excluído um traço importante do procedimento arbitral em geral: o consentimento das partes em relação à participação de *amici*. Viñuales (2006) comenta que essa marginalização ocorreu desde o primeiro caso do direito internacional de investimentos estrangeiros (a disputa entre a Methanex e os Estados Unidos), tendo em vista que os tribunais têm admitido *amici curiae* mesmo havendo discordância de uma das partes. Suas decisões a esse respeito encontram embasamento no artigo 15(1) da UNCITRAL, o qual permite que os árbitros conduzam as arbitragens da maneira que considerarem apropriada.

A partir de outubro de 2003, quando foi divulgado o parecer da CLC, a participação de *amici curiae* deixou de ser objeto de longos debates nas arbitragens. Isso porque o parecer foi visto positivamente pelos árbitros – que passaram a ter um ponto de referência para analisar essa questão – e foi acolhido pelas partes dos procedimentos arbitrais posteriores. Um exemplo de como isso pôde ser notado foi o caso *Glamis vs. United States*, no qual os árbitros prontamente aceitaram a petição da tribo Quechan para participação como *amicus curiae* e não houve tanta resistência ou objeções das partes em disputa como no caso *Methanex vs. United States*, por exemplo.

Assim como no tratado do NAFTA, a Convenção do CIADI de 1965 não previu a participação de *amici* em procedimentos arbitrais do Centro. Esse foi o argumento utilizado para a rejeição das petições do caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, no qual os árbitros entenderam que inexistia um dispositivo legal que lhes desse autoridade para aceitar a participação de terceiros como *amici curiae* e que tampouco havia o consentimento das partes para fazê-lo (FRANCIONI, 2009). Em uma crítica a essa decisão, Daza-Clark (2016) afirma que o dever da devida diligência legal, social e política não pode ser subestimado quando se trata de questões de interesse público, como é o acesso à água. Ainda que houvesse relevância política e interesse público envolvido, até então não era permitida a participação de *amici curiae* no CIADI nem havia obrigatoriedade da publicação das decisões arbitrais (VAN AAKEN, 2006).

Apenas em abril de 2006, o CIADI deu um passo importante em prol de mais transparência em seus procedimentos arbitrais ao reconhecer e permitir a submissão de petições de *amici curiae* (BUCKLEY; BLYSHAK, 2007). As mudanças ocorridas nas Regras de Arbitragem alteraram algumas características dos procedimentos arbitrais desse Centro, a

exemplo da aceitação da possibilidade de serem feitas submissões por *amici curiae* (VAN AAKEN, 2006). Essa evolução jurisprudencial ficou bastante clara na nova redação da regra 37(2)⁷³, que estabeleceu critérios para análise de indivíduos ou entidades que almejam acessar as arbitragens como *amici curiae*.

Deve ser levado em consideração que antes mesmo de 2006, o tribunal arbitral do caso *Agua Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina* já havia decidido a favor da participação de *amici*. Com as modificações de 2006 e sob a interpretação do artigo 44 da Convenção do CIADI (que concede aos árbitros o poder de decidir sobre o que não consta na Convenção), muitos casos estabelecidos no CIADI passaram a admitir participações de *amici curiae* (FRANCIONI, 2009). Todas as modificações ocorridas foram positivas para a aproximação da sociedade civil e de ONGs aos procedimentos arbitrais do Centro, uma vez que deu voz a comunidades e grupos específicos afetados por investimentos estrangeiros (FRANCIONI, 2009). Porém, as limitações do acesso desses grupos às arbitragens demonstram que o sistema do CIADI (e também o do NAFTA) ainda tem seus defeitos.

O conteúdo das petições que os *amici curiae* têm apresentado aos painéis arbitrais inclui desde a permissão para submeter explicações por escrito, até a oportunidade de participação como ouvinte nas audiências, realização de sustentações orais e acesso a documentos (SARAVANAN; SUBRAMANIAN, 2016). Entretanto, Palay e Landon (2011) asseguram que a participação ou intervenção de um terceiro pode ter consequências significantes para a determinação do mérito da disputa, podendo interferir no resultado da arbitragem. Isso depende, sem dúvida, do papel que ela terá nos diferentes tipos de arbitragem internacional.

Um dos fatores que dificultam e distanciam a participação de *amici* em arbitragens internacionais é justamente a característica privada e confidencial desse tipo de procedimento jurídico. Segundo Muçaj (2014), o caráter privado da arbitragem é um direito internacionalmente reconhecido. A privacidade se refere à realização das audiências de uma arbitragem de portas fechadas, sem a presença de terceiros. Já a confidencialidade implica em

⁷³ Regra 37(2) das Regras de Arbitragem do CIADI: “After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute [...] to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission”.

manter sigilo em relação aos documentos de uma disputa, havendo um direito inerente às partes de impor limites ao acesso do público (MUÇAJ, 2014). Para esse autor, a privacidade e a confidencialidade são duas das principais vantagens do procedimento arbitral, haja vista que diversos mecanismos jurídicos domésticos e internacionais procuram proteger a confidencialidade e dispõem que decisões arbitrais não deveriam ser publicadas (MUÇAJ, 2014).

Um exemplo a respeito da confidencialidade do procedimento arbitral de investimentos estrangeiros é o artigo 32(5) das Regras da UNCITRAL, que exige o consenso das partes para que a decisão de uma disputa seja disponibilizada ao público em geral. Na decisão do caso *Methanex vs. United States*, os árbitros definiram que a confidencialidade precisa ser acordada entre as partes e, por isso, não poderiam dar uma decisão favorável ao pedido de acesso aos documentos feito pelos *amici curiae* (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Dessa forma, embora seja um elemento comum em arbitragens, o tribunal do caso citado entendeu que a manutenção de documentos da disputa em sigilo não é automática. Deveria, no entanto, ser previamente definida entre as duas partes da disputa.

Através da análise dos casos do NAFTA, especialmente dos pedidos dos *amici* de acesso aos documentos das disputas, percebe-se que há uma visível relutância dos investidores que são partes nas disputas arbitrais em ceder a favor da publicidade dos materiais. No entanto, Muçaj (2014) acredita que afastar esses documentos dos olhares do público é um ponto negativo para o procedimento arbitral. “Manter o segredo fortalecerá o poder do árbitro e não publicar suas decisões as manteria na ‘escuridão’” (MUÇAJ, 2014, p. 529, tradução nossa).

Contudo, Buckley e Blyschak (2007) argumentam que, embora a arbitragem internacional de investimentos estrangeiros tenha como característica original a confidencialidade e a privacidade, a proibição da participação de sujeitos que têm seus direitos ou interesses envolvidos põe em cheque a legitimidade do procedimento arbitral em questão. O anseio por mais transparência e pela consideração do interesse público nas arbitragens internacionais se fez cada vez mais visível. No entanto, permitir essa participação foi um passo bastante complexo, principalmente devido à falta de anuência de uma ou de ambas as partes em disputa (PALAY; LANDON, 2011).

O debate que envolve *amicus curiae* e confidencialidade e privacidade não é restrito à arbitragem internacional de investimentos. Nos posicionamentos da empresa Methanex, foi citado o caso *Hassneh Insurance Co. of Isreal and others vs. Stuart J. Mew*, ocorrido na jurisdição inglesa. A Suprema Corte da Inglaterra entendeu que permitir que um terceiro

tenha acesso aos documentos da disputa arbitral seria equivalente a abrir as portas da sala de arbitragem a ele (METHANEX VS. UNITED STATES, 2000b). Em outras palavras, tal corte entendeu, no caso mencionado, que uma abertura quanto à confidencialidade daquele procedimento arbitral poderia atingir conseqüentemente sua privacidade. Conforme Kaster (2012), assim como essa decisão inglesa, há quem defenda que a privacidade está equacionada ao tratamento confidencial de informações da arbitragem.

Ao contrário do que foi decidido na Inglaterra, o direito estadunidense reconhece a distinção entre confidencialidade e privacidade. No caso *USA vs. Panhandle Eastern Corp.*, de 1988, a corte do Estado de Delaware considerou a não confidencialidade de documentos quando uma das partes da arbitragem os havia liberado (METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a). Kaster (2012) entende que, se há o interesse das partes de uma disputa em proteger documentos sigilosos e informações privilegiadas, essas podem fazer um acordo que assegure a confidencialidade a fim de preservá-los. Já Smit (1995 apud METHANEX VS. UNITED STATES, 2001a) argumenta que a existência de interesse público na disputa é um elemento importante a ser considerado ao se analisar até que ponto o procedimento deve ser confidencial.

Ainda que não sejam *amici*, aos membros do NAFTA é permitido ter acesso a documentos das disputas arbitrais estabelecidas através do capítulo 11, conforme previsto nos artigos 1127 e 1129 desse Acordo. Essa permissão é necessária devido ao direito que tais membros têm de submeterem, a tribunais arbitrais, interpretações legais referentes ao texto do NAFTA. No caso *Methanex vs. United States*, o Canadá enviou ao tribunal arbitral entendimentos justamente a favor de mais abertura dos procedimentos arbitrais de investimentos.

A maioria das decisões arbitrais tem demonstrado que as arbitragens estabelecidas através do capítulo 11 do NAFTA podem ser mais abertas e, como consequência, mais transparentes. Bartholomeusz (2005) menciona a decisão do tribunal do caso *Methanex vs. United States* que via, nas submissões de *amici curiae*, um processo não apenas particular àquela arbitragem, como também no geral. O Canadá, que era parte no caso *UPS vs. Canada*, defendeu a participação de *amici* como forma de aumentar a confiança pública nesses procedimentos arbitrais. O mesmo foi afirmado pelo tribunal do caso *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina* (BARTHOLOMEUSZ, 2005).

O artigo 25(4) das regras da UNCITRAL⁷⁴ aborda especificamente a questão da privacidade da arbitragem. Tanto no caso *Methanex vs. United States* como no caso *UPS vs. Canada*, esse artigo foi utilizado para justificar que os procedimentos arbitrais estabelecidos sob as regras da UNCITRAL devem ocorrer *in camera*. Para que haja abertura da sala de audiência ao público, torna-se necessário o consentimento de ambas as partes da disputa. No caso envolvendo a Methanex e os Estados Unidos, por exemplo, a empresa canadense declarou que rechaçava a possibilidade de permitir que *amici curiae* presenciassem as audiências e argumentou que a hipótese de esses terceiros fazerem exposições orais não era cogitável.

O parecer emitido pela CLC do NAFTA, em outubro de 2003, fazia referência também à privacidade dos procedimentos arbitrais baseados no NAFTA. Ainda que se verificasse a necessidade de um acordo entre as partes em disputa para que fosse permitido o acesso de terceiros aos procedimentos orais, o parecer criou certa obrigação moral para o Canadá e os Estados Unidos de agir ativamente em prol da abertura das audiências (MANN, 2003). Ademais, ainda que apenas uma alteração no texto do NAFTA poderia modificar de forma terminante essa situação, esses dois países poderiam deliberar com investidores para que as audiências fossem abertas ao público. Mann (2003) destaca também que não se pode relacionar a necessidade de consentimento das partes (para o acesso de terceiros às audiências) ao poder do tribunal arbitral de decidir acerca do envio de submissões de *amici curiae*.

Algumas entidades criticaram o fato de ser tratado esse assunto por meio de um conjunto de recomendações da CLC (MANN, 2003). Como essas não são vinculantes, houve uma percepção de certo menosprezo dos membros do NAFTA quanto à importância que tem esse tema e por o terem tratado de maneira superficial. Já aqueles que concordaram com a forma como o NAFTA tentou solucionar a questão vêem o parecer da CLC como um instrumento positivo e razoável. Posteriormente a esse parecer de outubro de 2003, o tribunal arbitral do caso *UPS vs. Canada* passou a fazer audiências abertas ao público, considerando que a UPS consentira em permitir que assim fosse feito (MANN, 2003). Tal caso foi considerado claramente inovador e representou uma manifestação da tendência do aumento de transparência nesse tipo de arbitragem (VIÑUALES, 2006).

⁷⁴ Artigo 25(4) das regras da UNCITRAL: “Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined”.

Ressalta-se que o México não foi abarcado nesse ponto do parecer da CLC. Embora tenha entrado em consenso com os outros membros do NAFTA a despeito da participação de *amici curiae* nas arbitragens internacionais de investimentos, havia ainda certa relutância desse país em relação a mudanças a favor de mais abertura e transparência nesses procedimentos. Mann (2003) vê o silêncio do México como uma “recusa estrondosa e vergonhosa”, considerando que princípios democráticos fundamentais relacionados à transparência e interesse público estavam em xeque.

O ex-presidente dos Estados Unidos Bill Clinton já sugeria que todas as audiências da OMC fossem abertas ao público e que todos os posicionamentos das partes fossem publicamente disponibilizados (BARTHOLOMEUSZ, 2005). Em 2004, os princípios do American Law Institute e do Unidroit (que visam à universalidade e à aproximação dos sistemas de *common law* e de direito romano-germânico) consideraram de forma relevante a figura do *amicus curiae* (GRISEL; VIÑUALES, 2007). Grisel e Viñuales (2007) afirmam que, tendo em vista esses dois instrumentos de *soft law* (American Law Institute e Unidroit), o *amicus curiae* tem adquirido certa universalidade.

A UNCITRAL adotou, em 2013, Regras de Transparência em arbitragens de investimentos entre investidor e Estado, que entraram em vigor em abril de 2014. De acordo com Horodyski (2016), essas regras estabeleceram novas disposições acerca da transparência nesse tipo de procedimento, tais como a necessidade de ser levado em consideração o interesse público nessas arbitragens; o estabelecimento de disputas justas e eficientes através de uma estrutura legal harmonizada; e a busca por cada vez mais transparência e a promoção da boa governança. Todos esses pontos estão explícitos no preâmbulo das Regras de Transparência.

As Regras de Transparência da UNCITRAL abordam basicamente três grandes questões para melhorar a transparência nessas arbitragens: acesso a documentos, submissões de terceiros e audiências abertas (HORODYSKI, 2016). Quanto ao acesso a documentos, o artigo 3 dessas Regras é visto como um dispositivo importante, pois elenca quais documentos devem ser disponibilizados ao público:

3(1). [...] la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de

ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral. (UNCITRAL, 2014, p. 7)

Conforme Horodyski (2016), se o tratado (BIT) que estiver sendo observado em determinada arbitragem discriminar mais documentos e permitir uma abertura ainda maior ao público, os dispositivos desse tratado têm de prevalecer em relação ao que está disposto no artigo supracitado. Outro dispositivo de grande relevância é o artigo 4 das Regras de Transparência da UNCITRAL⁷⁵. Esse artigo estipula regras de como *amici curiae* que queiram apresentar submissões dentro do assunto da disputa arbitral devem fazê-lo (HORODYSKI, 2016). Dessa forma, excluem-se definitivamente os questionamentos acerca do consentimento de partes quanto à aceitação de *amici*, bem como visa-se reduzir as decisões inconsistentes de alguns tribunais arbitrais.

Por fim, o artigo 6⁷⁶ das mesmas Regras mencionadas no parágrafo anterior discorre sobre a abertura das audiências ao público. O texto desse artigo deixa claro que, a partir da entrada em vigor das Regras de Transparência, as audiências teriam que ser públicas. Esse dispositivo é inovador e diverge de regras já existentes referentes a disputas de investimentos e comércio (HORODYSKI, 2016). Mesmo citando situações sob as quais os tribunais arbitrais poderiam manter as audiências de porta fechadas, o artigo traz uma resolução bastante favorável ao acesso público ao dispor que os tribunais devem fazer arranjos logísticos para facilitar a presença do público.

Ainda que tenham sido aceitas as participações de *amici curiae* nos casos do CIADI *Aguas Argentinas, Suez e Vivendi vs. Argentina* e *Aguas Provinciales, Suez e InterAguas vs. Argentina*, essas duas disputas arbitrais permaneceram privadas e confidenciais (VIÑUALES, 2006). No entanto, Viñuales (2006) ressalta que ambos os casos envolviam não apenas questões de direito ambiental como também de direitos humanos. Citando as decisões dos casos *Methanex vs. United States* e *UPS vs. Canada* (no âmbito do NAFTA), os *amici curiae* dos casos do CIADI haviam pedido acesso às audiências – o que foi negado pelo tribunal arbitral, visto que o artigo 32(2) das Regras de Arbitragem do CIADI⁷⁷ exigia o consentimento das partes para isso (VIÑUALES, 2006). Consequentemente, foi rejeitada a possibilidade de fazerem exposições orais.

⁷⁵ Disponível no Anexo B.

⁷⁶ Disponível no Anexo B.

⁷⁷ Artigo 32(2) das Regras de Arbitragem do CIADI: “The tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings”.

Tem havido certo impulso no CIADI a favor de mais autonomia dos árbitros em decidir sobre questões como confidencialidade e privacidade. Essa tendência de reduzir a necessidade de consenso das partes em relação a alguns pontos da arbitragem pode fazer com que os procedimentos arbitrais desse Centro deixem de ser atrativos para os investidores, pelo menos quando houver interesse público envolvido (VIÑUALES, 2006). Existe, então, um dilema entre garantir mais legitimidade pública e manter elementos arbitrais como o consentimento das partes. No entanto,

A melhor decisão para as partes em um caso particular pode não ser o melhor para o regime de arbitragem como um todo. Uma parte pode de fato preferir manter questões públicas fora do procedimento arbitral, o que por sua vez afetaria a percepção pública e consequentemente a legitimidade desses procedimentos. (VIÑUALES, 2006, p. 263, tradução nossa)

É necessário que as instituições, em conjunto com os Estados que fazem parte de sistemas de solução de controvérsias, estabeleçam critérios para determinar quando o interesse público existente nas disputas permite a participação de *amici curiae*, bem como quando esse tipo de intervenção não é cabível (VIÑUALES, 2006). Ausentes esses critérios, os árbitros podem não aceitar a participação de *amici* em arbitragens simplesmente por esses não corresponderem a critérios estabelecidos em cada caso. Como cada tribunal tem colocado condições específicas para a participação de *amici*, cabe a esses apresentarem os documentos e informações requisitados e esperar que os árbitros decidam a favor de sua participação.

Critérios como “ter expertise no assunto” podem ser questionáveis, ao passo que, em alguns casos, grupos sociais e indivíduos não gozam de conhecimentos jurídicos ou técnicos, mas têm comprovado interesse no resultado da disputa arbitral. Viñuales (2006) crê que tribunais arbitrais possam usar esses critérios restritivos para selecionar ONGs que tenham mais conhecimento e “expertise”, negando a participação de grupos que não tenham esse preparo. Assim sendo, Fach Gómez (2012) defende a participação de ONGs e grupos sociais pelo fato de que acabam sendo levadas em consideração opiniões que são alheias às das partes em disputa, o que indubitavelmente melhora a qualidade da decisão arbitral.

Outro ponto relevante é quanto à confidencialidade nos procedimentos arbitrais do CIADI. Como visto no capítulo anterior, em nenhum dos casos desse Centro foi admitida a quebra da confidencialidade dos documentos e informações das disputas. Os dois argumentos utilizados para o veto da disponibilização a terceiros foram: 1) a garantia da superioridade dos direitos das partes em relação à vontade dos *amici curiae*, que não deixariam de poder fazer submissões ao tribunal se não tivessem acesso aos documentos; e 2) ainda que fosse permitido

aos *amici* o acesso às audiências, os árbitros não poderiam tirar do sigilo os documentos inerentes à arbitragem, sob pena de romper a proteção de informações privilegiadas de alguma das partes (VIÑUALES, 2006). Considerando que a manutenção da confidencialidade deve ser acordada pelas partes, Estreicher e Bennett (2008) não concordam com a existência de presunção da confidencialidade em procedimentos arbitrais.

Wells (2010) verifica que a ausência de normas mais profundas e da possibilidade de apelação tem levado à inconsistência de decisões arbitrais em matéria de investimentos e uma consequente reação a esse regime internacional, especificamente porque os painéis são livres para arbitrar e acabam tomando decisões diferentes em casos similares. Não há dúvidas que o envolvimento de terceiros que têm interesse em determinada disputa é benéfico não apenas para a decisão arbitral, mas também para a arbitragem internacional de investimentos como um todo. O acesso de ONGs, grupos sociais e indivíduos às arbitragens é capaz de dar mais legitimidade para esse tipo de procedimento (VIÑUALES, 2006).

Analisando a arbitragem internacional de investimentos como um mecanismo jurídico misto (de direito privado e também público), é difícil – senão impossível – ignorar a voz de comunidades que têm seus direitos humanos básicos (como é o acesso à água) violados, ou que têm seus direitos trabalhistas postos em xeque, ou que vêem suas terras sagradas serem tomadas por investidores estrangeiros que desconsideram totalmente a população local e seus elementos culturais. Ainda que o problema da falta de legitimidade ponha em risco a arbitragem internacional de investimentos como ela é hoje⁷⁸, não se pode fechar os olhos para questões que dizem respeito a comunidades como um todo em detrimento dos interesses de um investidor.

[...] tem sido reconhecido como indesejável para Estados fechar acordos internacionais que sejam prejudiciais ao interesse de terceiras partes, sem lhes garantir uma oportunidade de intervir. Isso tem levado alguns especialistas a questionarem a validade das decisões arbitrais que infringem os direitos de terceiras partes. (REISMAN, W. M. apud UPS VS. CANADA, 2000b, p. 18, tradução nossa)

Para Perrone (2013), o gênese da falta de transparência muitas vezes é anterior à disputa arbitral, começando nas negociações entre Estado e investidor que antecedem a realização do investimento. De fato pode ser arguido que os Estados deveriam observar suas obrigações internacionais de direitos humanos, de direito ambiental e de outros ramos do direito, ao firmar acordos de investimentos ou contratos com empresas transnacionais. Essa é

⁷⁸ Viñuales (2006, p. 255) comenta que “Allowing any non-profit organization to fully take part in the proceedings may mean the end of the useful life of such proceedings. Bluntly stated, legitimacy is a double-edged sword”.

uma crítica que não advém apenas de ONGs e da sociedade civil, mas também das próprias empresas que estabelecem disputas arbitrais contra Estados receptores de investimentos.

Como solução, alguns acadêmicos como De Brabandere (2011) e Van Aaken (2006) propõem a previsão da participação de *amici curiae* e da preservação de direitos humanos e de direito ambiental em contratos, acordos internacionais e nos textos dos BITs. No entanto, Reiner e Schreuer (2006) afirmam que a existência de obrigações desse tipo afastaria os investidores da arbitragem internacional de investimentos. Assim, questionar-se-ia a viabilidade desse tipo de mecanismo de solução de controvérsias, uma vez que fora criado justamente como uma alternativa ao investidor que se sentisse prejudicado em função de alguma medida tomada pelo Estado que recebera o investimento. O fato é que falta maior atuação dos Estados em tentar harmonizar suas obrigações de direitos humanos e as de direito internacional de investimentos estrangeiros (REINER; SCHREUER, 2006).

Deve ser reconhecido que grande parte dessa evolução em prol de mais transparência em arbitragens internacionais de investimentos se deve à atuação e influência estadunidense. Tendo em vista sua advocacia pró-*amici* em diversas esferas do direito internacional, os Estados Unidos trataram de mudar sua postura não apenas em discussões multilaterais, mas também na negociação de tratados bilaterais. Já na década passada, passaram a incluir dispositivos sobre participação de *amici curiae* nos textos de BITs firmados com diversos países. A partir de 2004, Canadá e Estados Unidos modificaram seus modelos de BITs, autorizando os tribunais arbitrais a aceitarem a participação de *amici curiae* (KOCHEVAR, 2013). Exemplos de como foram delimitados aspectos relativos à participação de terceiros na arbitragem através de textos de tratados são os BITs firmados entre EUA e Singapura (2003), Chile (2003), República Dominicana (2004), Marrocos (2004), Uruguai (2005), Colômbia (2006), Peru (2006) e Coréia do Sul (2007) (GRISEL; VIÑUALES, 2007).

Outra solução para esse problema seria a criação de um acordo multilateral – próximo ao modelo da OMC – em matéria de investimentos internacionais. Wells (2010) acredita que, no entanto, são mínimas as possibilidades de um modelo assim ser criado. Inúmeras tentativas de acordos desse tipo não têm vigorado. Exemplos disso são as questões relativas a investimentos presentes na Carta de Havana de 1947; tentativas no âmbito das Nações Unidas de se negociar um código; negociações na OCDE; e debates dentro da OMC (WELLS, 2010). Um entrave para esse insucesso é o aumento vertiginoso de BITs que tem ocorrido nos últimos anos, bem como de arranjos regionais na área de investimentos. Ou seja, o regime de investimentos tem caminhado no sentido da descentralização.

Alguns autores vêem a saída para essas questões não propriamente em mudanças sistêmicas, mas sim através de revisões ou adequações pontuais de conceitos e de condições de participação de terceiros nas arbitragens internacionais de investimentos. Bartholomeusz (2005), por exemplo, argui que a natureza do *amicus curiae* precisa ser reconhecida como uma nova entidade do procedimento arbitral, a qual não é parte nem expert, mas que tem personalidade jurídica para atuar nessas jurisdições internacionais. Ademais, o debate não deve ficar limitado aos representantes estatais e instituições internacionais. Devem ocorrer consultas a árbitros, a partes de arbitragens, a membros da sociedade civil que podem ou têm a intenção de se tornar potenciais *amici*, a cortes ou tribunais que pretendem considerar a participação de terceiros, enfim, a entidades e indivíduos que têm ou venham a ter interesse nessa forma de participação (BARTHOLOMEUSZ, 2005).

A necessidade de continuar havendo uma evolução nesse regime é latente (VAN HARTEN; PORTERFIELD; GALLAGHER, 2015). Ostry (1997) defendia que apenas um novo regime poderia levar a transparência necessária para disputas entre investidores e Estados. Van Aaken (2006) sugere que seria interessante analisar esses pontos contrastantes do direito internacional de investimentos estrangeiros buscando sempre um equilíbrio, tal como o direito constitucional lida com princípios concorrentes. Enquanto não ocorre uma repaginação desse ramo do direito a favor de procedimentos com menos restrições à participação de terceiros e ao interesse público, deve ser fortalecida a presença de *amici curiae* visto que

[...] medidas regulatórias no campo da saúde pública, da qualidade ambiental, da segurança ou de questões sócio-culturais tornaram-se sujeitas a uma revisão pungente por meio da arbitragem de investimento sob padrões de discriminação, transparência, boa fé e justiça, com um profundo impacto na capacidade do estado em buscar bens públicos primários e interesses gerais da sociedade. É por isso que a participação de *amicus curiae* tem se tornado, e continuará sendo no futuro previsível, uma característica importante da administração da justiça no campo dos investimentos estrangeiros. (FRANCIONI, 2009, p. 740, tradução nossa)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estabelecimento do atual regime de investimentos estrangeiros resultou em uma mudança radical no tratamento dado ao investidor estrangeiro. Não obstante, as normas que foram criadas a partir dos anos 50 tenderam a favorecer demasiadamente empresas transnacionais, ao passo que Estados abriam mão de uma parcela de sua soberania para atrair investimentos externos e cumprir determinações de instituições financeiras internacionais (como o FMI e o Banco Mundial). O novo cenário que se firmava refletia o descaso dos investidores para com as comunidades locais, ocasionando graves violações de direitos humanos e de direito ambiental.

A onda de petições para participação como *amicus curiae* na arbitragem de investimentos surgida nos anos 2000 não foi um fenômeno inexplicável. Considerando que direitos fundamentais estavam sendo violados, diversos grupos sociais, indivíduos e ONGs se dirigiram à arbitragem internacional de investimentos na tentativa de ter acesso ao que estava sendo debatido nas salas de arbitragem, como também levar informações inéditas aos árbitros a respeito dos casos analisados. A inexistência de precedentes e de dispositivos legais nos acordos e tratados de investimentos se tornou um desafio para os árbitros no princípio, ocasionando, em alguns casos, a rejeição desse tipo de participação justamente pelo ineditismo.

Tendo em vista que há poucas menções e fontes sobre o tema, este trabalho tratou de analisar os principais casos e entender os motivos que fazem esse assunto ser tão delicado e pouco relevado (ou até mesmo ignorado). Mesmo sendo um fenômeno recente no direito internacional de investimentos estrangeiros, questões tão graves como as que foram abordadas nos casos não poderiam ter sua importância subestimada. No entanto, nota-se que os tribunais arbitrais de investimentos têm analisado os pedidos de participação de *amici curiae* com muita cautela e, de certa forma, com hesitação. Também tem sido um tema pouco difundido no meio acadêmico, o que pode ser justificado pela dificuldade de encontrar fontes primárias (como decisões arbitrais, posicionamentos etc.) devido à manutenção da confidencialidade dos documentos das disputas.

Alguns tribunais arbitrais analisaram as petições e decidiram favoravelmente a esses terceiros. O caso *Methanex vs. United States*, estabelecido através do capítulo 11 do NAFTA e seguindo os dispositivos das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, foi pioneiro ao permitir a submissão de posicionamentos por escrito de ONGs que representavam os interesses de comunidades afetadas pelas atividades da empresa canadense Methanex. O precedente criado

foi fundamental para que tribunais de casos posteriores embasassem suas decisões a favor de *amici curiae* em procedimentos arbitrais não apenas do NAFTA, como também do CIADI.

Ainda que a decisão do tribunal arbitral do caso *Methanex vs. United States* de janeiro de 2001 não tenha permitido acesso de *amici* aos documentos da disputa e às audiências, a permissão de submissões por terceiros representou um grande avanço. A decisão em *UPS vs. Canada*, inspirada na do caso acima mencionado, também foi um marco nas arbitragens estabelecidas através do capítulo 11 do NAFTA. Isso porque não apenas autorizou submissões de *amici*, como também trouxe um tema inédito aos painéis arbitrais de investimentos: o direito do trabalho. Havia o risco de muitos trabalhadores perderem seus empregos dependendo da decisão que o tribunal desse caso tomasse. O caso *Glamis vs. United States* foi posterior ao parecer da CLC do NAFTA, mas envolveu questões graves de violação de direitos culturais. Havendo as disposições do parecer, o tribunal arbitral desse caso prontamente aceitou o pedido de envio de submissões da tribo estadunidense Quechan.

As decisões pró-*amici* no CIADI aconteceram depois das tomadas nas arbitragens estabelecidas através do NAFTA. Não se pode negar que houve certa influência dessas naquelas. Os pedidos feitos por potenciais *amici* no caso *Aguas Argetinas, Suez e Vivendi vs. Argentina* foram pioneiros no CIADI e tiveram repercussão não apenas pelo fato de ser a primeira ocorrência desse tipo de petição, mas principalmente por envolver o direito à água. Outro caso em que também esteve em discussão o direito à água foi *Aguas Provinciales, Suez e InterAguas vs. Argentina*. Uma vez que ambos foram julgados pelo mesmo tribunal arbitral, a decisão favorável a *amici* tomada no primeiro foi também proferida no segundo. O caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia* – anterior aos dois casos acima citados, mas posterior às decisões favoráveis a *amici* do NAFTA – representou a até então desconsideração do sistema jurídico do CIADI para com a participação de terceiros que tiveram direitos humanos violados.

As petições de participação desses primeiros casos representavam um câmbio na forma como a sociedade civil via os procedimentos arbitrais de investimentos. Tornou-se imprescindível a necessidade de adequação do regime internacional de investimentos à presença de atores que até então não figuravam em disputas internacionais. Os regimes de direitos humanos e de direito ambiental que se estabeleceram nas décadas finais do século passado fortaleceram e impulsionaram esses novos atores, garantindo-lhes direitos que antes eles não eram assegurados. Direitos de participação e de acesso à justiça instigaram esses indivíduos a fazer com que suas vozes fossem ouvidas.

Todavia, as características do procedimento arbitral de fato foram um entrave que gerou grandes debates. Investidores queriam a todo o custo manter a privacidade e a confidencialidade dessas arbitragens, excluindo o acesso público às audiências e aos documentos das disputas. Em contrapartida, a maioria dos Estados e dos potenciais *amici* rechaçavam esses pontos, arguindo que representavam um *blackout* do acesso ao conteúdo desses procedimentos e, conseqüentemente, ocasionavam questionamentos acerca de sua legitimidade. A falta de transparência nas arbitragens internacionais de investimentos é, portanto, uma das questões centrais que resultaram no anseio popular por procedimentos mais cristalinos.

Uma vez que a transparência é fator essencial para o reconhecimento da legitimidade, é impensável a perpetuidade de um regime internacional de investimentos estrangeiros que recusa a participação pública. Devem ser analisadas formas de adaptação desse regime já existente a essa nova realidade. Ainda que existam movimentos e influências favoráveis à manutenção do formato original da arbitragem internacional de investimentos, não solucionar um problema que atinge cada vez mais pessoas em diferentes lugares é fadar esse tipo de procedimento ao fracasso.

O que se acordou nos anos 50 já não cabe perfeitamente aos dias de hoje. Os impasses, entretanto, não estão restritos à arbitragem internacional de investimentos. Para que possam ser assegurados direitos fundamentais e que as adaptações nos procedimentos arbitrais internacionais de investimentos funcionem, é necessário que sejam feitas iniciativas em outras esferas. A responsabilidade social da empresa, por exemplo, é um tema que se desenvolveu nas últimas décadas e tem ganhado os holofotes no direito internacional, podendo ser estudadas formas de abranger a preservação de direitos fundamentais nos códigos de conduta empresariais. O desenvolvimento da Doutrina *Clean Hands*, que impede que um demandante estabeleça uma disputa tendo cometido violações de direitos fundamentais, e sua aplicação no direito internacional de investimentos estrangeiros também poderiam ser cogitados, constituindo um tema para pesquisas futuras.

Contudo, precisa ser reconhecido que as mudanças que vem acontecendo no atual regime internacional de investimentos têm sido importantes não só por permitirem que terceiros participem de arbitragens internacionais que de alguma forma os envolvam, mas principalmente por gerarem uma repercussão que tem levado governos a repensar o modo como estabelecem acordos e contratos com investidores estrangeiros. Ainda que as adequações possam parecer singelas, há um processo em curso em prol de maior

democratização de um ramo do direito que historicamente tem excluído por completo a participação popular.

REFERÊNCIAS

- ALFORD, R. P. **The American Influence on International Arbitration**. Notre Dame: Scholarly Works, 2003. p. 69-88.
- ALVAREZ, J. E. **The Public International Law Regime Governing International Investment**. A Haia: The Hague Academy of International Law, 2011. 502p.
- BARTHOLOMEUSZ, L. **The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals**. Leiden: Brill, 2005. p. 209-286.
- BEHN, D. Legitimacy, Evolution, and Growth in Investment Treaty Arbitration: Empirically Evaluating the State-of-the-Art. Washington: **Georgetown Journal of International Law**, 2014. p. 363-415.
- BOCKSTIEGEL, K. H. Applying the UNCITRAL Rules: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal. Berkeley: **Berkeley Journal of International Law**, v. 4, outono 1986. p. 266-271.
- BOHOSLAVSKY, J. P.; JUSTO, J. B. **Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión**. Santiago: Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), 2011. 43p.
- BREKOULAKIS, S. **Arbitration and Third Parties**. 2008. 296p. Tese (Doutorado de Filosofia) – Queen Mary University. Londres, 2008.
- BREKOULAKIS, S. **The Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room**. University Park: Penn State Law Review, vol. 113, 2009. p. 1165-1188.
- BUCKLEY, R. P.; BLYSCHAK, P. **Guarding the Open Door: Non-Party Participation Before the International Centre for Settlement of Investment Disputes**. Sydney: University of New South Wales Faculty of Law Research Series, 2007. 22p.
- CHAPLIN, C. **The Barber's Speech**. 1940. Disponível em: <en.wikiquote.org/wiki/Charlie_Chaplin>. Acesso em: 30 de out. de 2017.
- CIADI. Caso CIADI No. ARB/03/19. Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. 19 de maio de 2005. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 18 de set. de 2017.
- CIADI. Caso CIADI No. ARB/03/19. Resolución en Respuesta a la Solicitud de Autorización de Cinco Organizaciones no Gubernamentales para Realizar una Presentación en Calidad de *Amicus Curiae*. 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 18 de set. de 2017.
- CIADI. Caso CIADI No. ARB/03/17. Resolución en Respuesta a la Petición de Participación como *Amicus Curiae*. 17 de março de 2006. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 18 de set. de 2017.

COLEN, L.; GUARISO, A. **What Type of FDI Is Attracted by Bilateral Investment Treaties?** Leuven: LICOS Centre for Institutions and Economic Performance, 2012. 18p.

COLUMBIA Center on Sustainable Investment. **International Investment and the Rights of Indigenous Peoples.** Nova York, 2016. 20p.

CONVENÇÃO sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York). 1958. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

COSTA, J. A. F. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? Brasília: **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 49, n. 2, dezembro de 2006. p. 60-77.

COTULA, L. **Democratising international investment law:** Recent trends and lessons from experience. Londres: International Institute for Environment and Development, 2015. 18p.

DAZA-CLARK, A. M. **International Investment Law and Water Resources Management:** An Appraisal of Indirect Expropriation. Leiden: Brill, 2016. 260p.

DE BRABANDERE, E. NGOs and the “Public Interest”: The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes. Chicago: **Chicago Journal of International Law**, vol. 12, nº 1, 2011. p. 85-113.

DUMBERRY, P. **The admissibility of *amicus curiae* briefs by NGOs in investors-States arbitration:** The precedente set by the *Methanex* Case in the context of NAFTA Chapter 11 proceedings. Holanda: Kluwer Law International, 2002. p. 201-214.

ESTREICHER, S.; BENNETT, S. C. The Confidentiality of Arbitration Proceedings. Nova York: **New York Law Journal**, vol. 240, nº 31, 13 de agosto de 2008. 2p.

FACH GÓMEZ. Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest. Nova York: **Fordham International Law Journal**, vol. 35, 2012. p. 510-564.

FLORES, G. **Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.* v. Argentine Republic** (ICSID Case No. ARB/03/19). 2010. Disponível em: <www.italaw.com>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

FRANCIONI, F. Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law. Florença: **The European Journal of International Law**, vol. 20, nº 3, 2009. p. 729-747.

FRASER, H. S. **A Sketch of the History of International Arbitration.** Ithaca: The Cornell Law Quarterly, 1926. p. 179-208.

GABRIEL, V. D. R.; COSTA, J. A. F. O Mercosul e as Controvérsias sobre Investimentos. Assunção: **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, ano 3, nº 5, 2015. p. 267-284.

GLAMIS VS. UNITED STATES. Notice of Arbitration. 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

GLAMIS VS. UNITED STATES. Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation. 16 de setembro de 2005. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

GLAMIS VS. UNITED STATES. Application for Leave to File a Non-Party Submission and Submission, Glamis Gold Ltd v. The United States of America. 19 de agosto de 2005. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

GRISEL, F.; VIÑUALES, J. E. *L'amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement. Washington: **ICSID Review – Foreign Investment Law Journal**, 2007. p. 380-432.

HIRSCH, M. **The Sociology of International Investment Law**. Jerusalém: The International Law Forum of the Hebrew University of Jerusalem Law Faculty, 2013. 33p.

HORODYSKI, D. **Democratic Deficit of Investment Arbitration in the View of the Rules on Transparency and Mauritius Convention on Transparency**. [S.l.]: US-China Law Review, vol. 13, 2016. p. 160-171.

ICSID. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Disponível em: <icsid.worldbank.org/en/pages/default.aspx>. Acesso em: 15 out 2017.

ICSID. Case No. ARB/02/3. Petition of La Coordinadora Para La Defensa Del Agua y Vida, La Federación Departamental Cochabambina De Organizaciones Regantes, Semapa Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernandez, Father Luis Sánchez, And Congressman Jorge Alvarado to the Arbitral Tribunal. 29 de agosto de 2002. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 8 de set. de 2017.

ICSID. Case No. ARB/02/3. Decision of the Tribunal. 29 de janeiro de 2003. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 8 de set. de 2017.

KASTER, L. **Confidentiality in U.S. Arbitration**. Nova York: NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer, vol. 5, nº 1, primavera 2012. p. 23-27.

KELLER, J. The Future of Amicus Participation at the WTO: Implications of the Sardines Decision and Suggestions for Further Developments. Cambridge: **International Journal of Legal Information**, vol. 33, issue 3, art. 7, inverno 2005. p. 449-470.

KEOHANE, R. O. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 1984. 290p.

KOCHEVAR, S. J. Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions. New Haven: **The Yale Law Journal**, 2013. p. 1653-1669.

KOPPE, E. V. **The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment during International Armed Conflict**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2008. 444p.

LERNER, D. F. **Os Regimes Jurídicos de Proteção ao Investimento Estrangeiro Direto: O Papel Desempenhado pelos Países Emergentes.** 2009. 121p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

MANN, H. **The Free Trade Commission Statements of October 7, 2003, on NAFTA's Chapter 11: Never-Never Land or Real Progress?** Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2003. 4p.

METHANEX VS. UNITED STATES. Petition to the Arbitral Tribunal submitted by The International Institute for Sustainable Development. 25 de agosto de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Submissions of the Claimant Respecting Petition of The International Institute for Sustainable Development. 31 de agosto de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Amended Petition of Communities for a Better Environment, the Bluewater Network of Earth Island Institute, and the Center for International Environmental Law to Appear Jointly as *Amici Curiae*. 13 de outubro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Petitioner's Final Submissions: Regarding the Petition of the International Institute For Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for Amicus Curiae Status. 16 de outubro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Further Submissions of the Claimant. 27 de outubro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Statement Of Respondent United States Of America Regarding Petitions For *Amicus Curiae* Status. 27 de outubro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Canada's position. 10 de novembro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Mexico's position. 10 de novembro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Statement of Respondent United States of American Responde to Canada's and Mexico's Sumissions Concerning Petitions for Amicus Curiae Status. 22 de novembro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Decision of the Tribunal on Petitions from Third Parties to Intervene as "Amici Curiae". 15 de janeiro de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Rejoinder of the Claimant to the Petitions. 18 de janeiro de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Joint Motion to the Tribunal Regarding The Petitions for Amicus Curiae Status. 31 de janeiro de 2003. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Claimant Methanex Corporation's Request To Limit Amicus Curiae Submissions To Legal Issues Raised By The Parties. 15 de abril de 2003. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

METHANEX VS. UNITED STATES. Response of Respondent United States of America to Methanex's Request To Limit *Amicus Curiae* Submissions To Legal Issues Raised By The Parties. 28 de abril de 2003. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

MOHR, M. 1997. **Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legality of the use of nuclear weapons under international law: A few thoughts on its strengths and weaknesses.** International Review of the Red Cross. Disponível em: <www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jnfs.htm>. Acesso em: 05 de out. de 2017.

MOLTKE. **An International Investment Regime?** Issues of Sustainability. Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2000. 76p.

MOSOTI, V. **The WTO Agreement on Trade Related Investment Measures and the Flow of Foreign Direct Investment in Africa: Meeting the Development Challenge.** Nova York: Pace International Law Review, vol. 15, primavera 2013. p. 181-201.

MUÇAJ, R. International Arbitration as a Prerequisite in Today's Global Economy. Izmir: **International Journal of Business and Management Studies**, 2014. p. 525-531.

NAFTA. North American Free Trade Agreement. 1994. Disponível em: <www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>. Acesso em: 25 de out. de 2017.

NAFTA. Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation. 2003. Disponível em: <www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>. Acesso em: 10 de out. de 2017.

OSTRY, S. **A New Regime for Foreign Direct Investment.** Washington: Group of Thirty, 1997. 31p.

PALAY, M. S.; LANDON, T. **Participation of Third Parties in International Arbitration: Thinking Outside of the Box.** The International Comparative Legal Guide to International Arbitration. 2011.

PERRONE, N. M. **The International Investment Regime and Foreign Investors' Rights: Another view of a popular story.** 2013. 293p. Tese (Doutorado de Filosofia) – London School of Economics (LSE). Londres, 2013.

PRYLES, M. Confidentiality. In: NEWMAN, L. W.; HILL, R. D. **The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration.** [S.l.]: Juris Publishing, 2008. p. 415-468.

REINER, C.; SCHREUER, C. **Human Rights and International Investment Arbitration**. 2006. Disponível em: <www.univie.ac.at/intlaw/h_rights_int_invest_arbitr.pdf>. Acesso em: 30 de set. de 2017.

SALACUSE, J. W. **BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment and Developing Countries**. [S.l.]: The International Lawyer, vol. 24, nº 3, outono 1990. p. 665-675.

SARAVANAN, A.; SUBRAMANIAN, S. R. The Participation of *Amicus Curiae* in Investment Treaty Arbitration. [S.l.]: **Journal of Civil and Legal Sciences**, vol. 5, 2016. 6p.

SCHUTTER, O de. **Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights: An Introduction**. Louvain: CRIDHO, 2013. 45p.

SINGH, J. **Re-examining the 1996 ICJ Advisory Opinion: Concerning the Legality of Nuclear Weapons**. 2012. Disponível em: <www.cadmusjournal.org/node/256>. Acesso em: 5 de out. de 2017.

STACY, H. M. **Human Rights for the 21st Century: Sovereignty, Civil Society, Culture**. Stanford: Stanford University Press, 2009. 280p.

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law: Arbitration Rules. 1976. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>. Acesso em: 17 de set. de 2017.

UNCITRAL. **Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado**. Nueva York: Naciones Unidas, 2014. 12p.

UPS VS. CANADA. Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration under Section B of Chapter 11 of the NAFTA. 19 de janeiro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Petition to the Tribunal Arbitral. 8 de novembro de 2000. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Petition to the Tribunal Arbitral CUPW and Council of Canadians. 10 de maio de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Canada's Submission on the CUPW and the Council of Canadians Petition for Intervention. 28 de maio de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. First Submission of the USA. 11 de junho de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Mexico's Position. 11 de junho de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Response by the CUPW and the Council of Canadians to Canada's Submissions Concerning their Petition to Intervene in these Proceedings. 18 de junho de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Response by the CUPW and the Council of Canadians to the Submissions of the Disputing Investor and Mexico Concerning their Petition to Intervene in these Proceedings. 20 de junho de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae. 17 de outubro de 2001. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Decision of the Tribunal on the Participation of Amici Curiae. 1 de agosto de 2003. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. Investor's Observations on the Application of the Council of Canadians and the CUPW for Leave to File *Amicus Curiae* Submissions. 1 de novembro de 2005. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

UPS VS. CANADA. *Amici's* Response to Investor's Observations. 3 de novembro de 2005. Disponível em: <www.italaw.com/cases>. Acesso em: 14 de ago. de 2017.

VAN AAKEN, A. **Fragmentation of International Law: The Case of International Investment Law**. Leiden: Brill, 2008. p. 91-130.

VAN HARTEN, G.; PORTERFIELD, M. C.; GALLAGHER, K. P. **Investment Provisions in Trade and Investment Treaties: The Need for Reform**. Boston: GEGI Exchange, issue 5, setembro de 2015. 8p.

VIÑUALES, J. E. Human Rights and Investment Arbitration: The Role of *Amici Curiae*. Bogotá: **International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional**, nº 8, 2006. p. 231-273.

WELLS, L. T. Backlash to investment arbitration: Three Causes. In: WAIBEL, M. et al. **The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality**. [S.l.]: Kluwer Law International, 2010. p. 341-352.

YASSEEN, M. K. **L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1978. 467p.

ANEXO A – Artigos do Capítulo 11 do NAFTA

[...]

Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

4. For greater certainty, no Party may:

(a) impose on an investor of another Party a requirement that a minimum level of equity in an enterprise in the territory of the Party be held by its nationals, other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations; or

(b) require an investor of another Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment in the territory of the Party.

[...]

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.

3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

[...]

Article 1121: Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration

1. A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if:
 - (a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
 - (b) the investor and, where the claim is for loss or damage to an interest in an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the investor and the enterprise:
 - (a) consent to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and
 - (b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

3. A consent and waiver required by this Article shall be in writing, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration.

4. Only where a disputing Party has deprived a disputing investor of control of an enterprise:
 - (a) a waiver from the enterprise under paragraph 1(b) or 2(b) shall not be required; and
 - (b) Annex 1120.1(b) shall not apply.

Article 1122: Consent to Arbitration

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.
2. The consent given by paragraph 1 and the submission by a disputing investor of a claim to arbitration shall satisfy the requirement of:
 - (a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the Additional Facility Rules for written consent of the parties;
 - (b) Article II of the New York Convention for an agreement in writing; and

(c) Article I of the InterAmerican Convention for an agreement.

[...]

Article 1133: Expert Reports

Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorized by the applicable arbitration rules, a Tribunal, at the request of a disputing party or, unless the disputing parties disapprove, on its own initiative, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, health, safety or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree.

[...]

Article 1202: National Treatment

1. Each Party shall accord to service providers of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own service providers.

2. The treatment accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to service providers of the Party of which it forms a part.

[...]

Article 1502: Monopolies and State Enterprises

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from designating a monopoly.

2. Where a Party intends to designate a monopoly and the designation may affect the interests of persons of another Party, the Party shall:

(a) wherever possible, provide prior written notification to the other Party of the designation; and

(b) endeavor to introduce at the time of the designation such conditions on the operation of the monopoly as will minimize or eliminate any nullification or impairment of benefits in the sense of Annex 2004 (Nullification and Impairment).

3. Each Party shall ensure, through regulatory control, administrative supervision or the application of other measures, that any privately owned monopoly that it designates and any government monopoly that it maintains or designates:

(a) acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Agreement wherever such a monopoly exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it in connection with the

monopoly good or service, such as the power to grant import or export licenses, approve commercial transactions or impose quotas, fees or other charges;

(b) except to comply with any terms of its designation that are not inconsistent with subparagraph (c) or (d), acts solely in accordance with commercial considerations in its purchase or sale of the monopoly good or service in the relevant market, including with regard to price, quality, availability, marketability, transportation and other terms and conditions of purchase or sale;

(c) provides non-discriminatory treatment to investments of investors, to goods and to service providers of another Party in its purchase or sale of the monopoly good or service in the relevant market; and

(d) does not use its monopoly position to engage, either directly or indirectly, including through its dealings with its parent, its subsidiary or other enterprise with common ownership, in anticompetitive practices in a non-monopolized market in its territory that adversely affect an investment of an investor of another Party, including through the discriminatory provision of the monopoly good or service, crosssubsidization or predatory conduct.

4. Paragraph 3 does not apply to procurement by governmental agencies of goods or services for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods or the provision of services for commercial sale.

5. For purposes of this Article "maintain" means designate prior to the date of entry into force of this Agreement and existing on January 1, 1994.

ANEXO B – Artigos 4 e 6 das Regras de Transparência da UNCITRAL

Artigo 4

1. Tras consultar con las partes litigantes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (“tercero”) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio.

2. El tercero que desee presentar un escrito lo solicitará al tribunal arbitral e indicará, en una declaración escrita concisa, redactada en uno de los idiomas del arbitraje y ajustada al límite de páginas que haya determinado el tribunal, lo siguiente:

a) Descripción del tercero, indicando, si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero);

b) Divulgación de si el tercero tiene o no algún tipo de afiliación, directa o indirecta, con alguna parte litigante;

c) Información sobre todo gobierno, persona u organización que haya prestado al tercero i) ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20% del total de sus operaciones anualmente);

d) Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y

e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desee tratar en su escrito.

3. Para determinar si permite la presentación de un escrito, el tribunal arbitral tomará en consideración, entre otros factores que considere pertinentes:

a) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y

b) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes.

4. El escrito presentado por el tercero deberá:

a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero;

b) ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral;

c) enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y

d) referirse únicamente a cuestiones en litigio.

5. El tribunal arbitral deberá asegurar que los escritos no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes.

6. El tribunal arbitral deberá asegurar que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de formular observaciones acerca de los escritos presentados por el tercero.

[...]

Artigo 6

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, párrafos 2 y 3, las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (“audiencias”) serán públicas.
2. Cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral con arreglo a lo establecido en 11 el artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida.
3. El tribunal arbitral adoptará disposiciones logísticas para facilitar el acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de vídeo u otros medios que estime conveniente). No obstante, el tribunal arbitral podrá, tras celebrar consultas con las partes litigantes, decidir que toda la audiencia o parte de ella se celebre en privado cuando resulte necesario por motivos logísticos, por ejemplo cuando debido a las circunstancias no pueda adoptarse ninguna disposición logística viable para permitir el acceso del público a las audiencias.