

Document information

Publication

A Proteção ao Investimento Estrangeiro

Bibliographic reference

Gustavo Fernandes de Andrade, 'Exceções e Defesas nas Arbitragens de Investimento', A Proteção ao Investimento Estrangeiro, (© Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2011) pp. 180 - 214

Exceções e Defesas nas Arbitragens de Investimento

Gustavo Fernandes de Andrade

(*)

Introdução

Os tratados bilaterais de investimento, conhecidos no acrônimo inglês por BITs, são acordos internacionais firmados entre dois Estados destinados a estimular, reciprocamente, a promoção e a proteção de investimentos feitos por pessoas físicas e jurídicas, originárias de um dos Estados signatários, no território do outro Estado contratante. Após a celebração do primeiro BIT, em 1959, entre a Alemanha e o Paquistão, a proliferação desses acordos bilaterais foi vertiginosa. Para se ter uma ideia desse crescimento espantoso, veja-se que o número de BITs em vigor saltou de cerca de 100, no final de 1997, para 2.750, em 2009 (1). Para compreender, adequadamente, o fenômeno, a literatura internacional tem se dedicado intensamente ao estudo das causas dessa proliferação, muito embora os resultados desses estudos sejam, no melhor dos casos, inconclusivos. Acerca dessa questão, há teorias que procuram explicar o fenômeno pela demonstração, v.g., de que a proliferação decorreria de uma relação direta entre o fluxo de investimentos estrangeiros e a existência de um tratado de proteção, e outras que abordam o fenômeno sob a justificativa de que a competição entre potenciais Estados receptores do investimento estrangeiro seria a causa desse aumento (2).

▲ P 180
● P 181
▼

Independentemente dos motivos que levam os Estados a considerarem benéfica a celebração desse tipo de acordo, as proteções que os tratados de investimento podem assegurar aos investidores variam consideravelmente, e, na prática, o resultado final do conjunto de proteções substantivas criadas por estes instrumentos depende, essencialmente, dos interesses que os Estados signatários buscam proteger e estimular mediante a celebração de um acordo internacional. Como em qualquer outra relação jurídica, após a assinatura do tratado, invariavelmente, surgem conflitos relativos à interpretação das obrigações de proteção ao investimento, sujeitos aos mecanismos de solução de controvérsias contemplados pelo próprio acordo de investimento. Em um cenário no qual os tratados internacionais de proteção ao investimento proliferam-se e ampliam-se os direitos e as garantias dos investidores estrangeiros, faz-se absolutamente imperioso conhecer não apenas as proteções substantivas contempladas por esses acordos, mas também as justificativas legais de que se podem valer os Estados para, lícitamente, adotarem medidas restritivas para os investidores.

Por tais razões, o objetivo do presente estudo é examinar as defesas de mérito que os Estados receptores podem apresentar nos litígios internacionais iniciados pelos investidores. Como se demonstrará, os Estados podem se opor às pretensões dos investidores mediante a invocação das ressalvas normalmente previstas nos tratados de investimento, conhecidas como exceções, ou, alternativamente, invocando alguma das tradicionais defesas contempladas pelo direito internacional costumeiro.

1 Considerações Gerais Sobre Exceções e Defesas nas Arbitragens de Investimento

As proteções substantivas criadas pelos tratados de investimento restringem, de maneira significativa e inegável, a soberania dos Estados. Ao assegurar, v.g., que os investidores estrangeiros receberão tratamento justo e equitativo; que o investimento estrangeiro não será discriminado ou que não haverá expropriação do patrimônio do investidor sem o imediato pagamento de justa e ampla indenização, o Estado receptor (3) se compromete a adequar as suas condutas aos padrões de proteção contemplados pelo respectivo acordo de investimento. Como se sabe, pelas regras de direito internacional costumeiro, nenhum Estado está, a rigor, obrigado a aceitar o ingresso do investimento estrangeiro no seu território, mas, se o admitir, ● deverá assegurar-lhe proteção conforme os *standards* contemplados pelo tratado firmado. Logicamente, ao celebrar um acordo que contenha regras específicas e claras de proteção ao investimento estrangeiro, o Estado pondera as vantagens econômicas potencialmente proporcionadas pelo tratado com as restrições legais à sua soberania. A inevitável limitação à soberania do Estado deve, sob essa perspectiva, ser vista como um corolário necessário ao propósito de criar um ambiente favorável à atração do investimento e à prática da boa governança administrativa (4).

▲ P 181
● P 182
▼

No entanto, os efeitos que as regras de proteção ao investimento estrangeiro produzem em relação à soberania do Estado não devem ser minimizados. Conceitualmente, o tratado de investimento restringe o poder do Estado signatário de submeter o investidor ao seu sistema jurídico interno, pois, ao disciplinar uma ampla gama de matérias como, v.g., o meio ambiente, a saúde, o trabalho, a tributação, o direito de propriedade, entre

outras – que devem ser reguladas de acordo com os padrões de proteção do tratado internacional –, a existência de qualquer antinomia entre as normas do acordo de investimento e as disposições contidas na legislação interna se resolve, em regra, em favor daquelas. Para conciliar a expectativa do investidor estrangeiro de desfrutar de um ambiente normativo estável e previsível com a prerrogativa dos Estados de exercerem plenamente a sua soberania, o tratado de investimento procura, idealmente, alcançar um ponto de equilíbrio que harmonize esses interesses, aparentemente conflitantes (5).

Na prática dos tratados de investimento, os Estados signatários frequentemente estabelecem hipóteses nas quais as normas de proteção ao investimento não precisarão ser observadas, sendo-lhes lícito, dessa forma, retirar do seu campo de incidência certas matérias ou setores que permanecerão sujeitos apenas à legislação interna. As denominadas *exceções* constituem, portanto, normas convencionadas pelos Estados signatários, que, expressamente, excluem determinados temas das obrigações de proteção contidas no tratado de investimento (6). Veja-se que as exceções podem ser *específicas*, como são aquelas relacionadas, v.g., à cultura, à tributação, aos setores de petróleo e gás, ou *gerais*, como as que dizem respeito à ordem pública, à paz ou as que autorizam a adoção de medidas necessárias para preservar um interesse vital de segurança do Estado. (7) Consequentemente, se o tratado excluir determinada matéria do seu campo de incidência, a norma de proteção ao investimento não será aplicável e o investidor não poderá se insurgir contra a medida eventualmente adotada pelo Estado receptor. O exercício da soberania pelo Estado será, na hipótese, amplíssimo, sujeitando-se o investidor estrangeiro, exclusivamente, à legislação doméstica do Estado receptor (8).

Note-se que, ainda que o acordo de proteção ao investimento estrangeiro tenha sido celebrado, há situações excepcionais nas quais o Estado receptor pode ser compelido a descumprir a obrigação internacional para proteger algum interesse essencial. Nesses casos extraordinários, reconhecidos pelo direito internacional costumeiro, colocam-se em conflito as obrigações de proteção ao investimento, assumidas no tratado, com a necessidade de se preservar algum interesse vital do Estado receptor. Por tal razão, além das exceções contempladas pelos próprios acordos de investimento, o direito internacional costumeiro reconhece pelo menos seis *causas de exclusão da ilicitude* da conduta dos Estados: consentimento, legítima defesa, contramedidas, força maior, estado de perigo e estado de necessidade. Essas excludentes estão codificadas no Capítulo V do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados, preparado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (“Projeto”), sob o título *Circumstances Precluding Wrongfulness* (9). Como esclarecem os comentários ao projeto (“Comentários”) (10), salvo disposição em contrário, as causas de exclusão da ilicitude se aplicam a qualquer descumprimento, pelo Estado, de uma obrigação de direito internacional geral, esteja ela prevista em tratado, atos unilaterais ou qualquer outra fonte de direito internacional. Por possuírem natureza de *norma secundária*, as causas de exclusão previstas no Capítulo V do Projeto não anulam nem resolvem a obrigação primária, atuando apenas como justificativa para o não cumprimento temporário da obrigação (11).

O traço comum existente entre as exceções dos tratados e as defesas fundadas no direito internacional costumeiro está no fato de que, se acolhidas, afasta-se a pretensão indenizatória do investidor (12). Todavia, há manifesta diferença conceitual entre elas: enquanto nas exceções há uma limitação de escopo ou de aplicabilidade da obrigação substantiva contida no tratado, as defesas fundadas no direito internacional possuem natureza de excludente da ilicitude, legitimando, por consequência, uma conduta, em princípio, contrária à obrigação primária. Assim, se houver exceção, a norma primária não se aplica, por ter tido a sua incidência afastada pelo próprio tratado de investimento; já as causas de exclusão da ilicitude operam como norma secundária, afastando a responsabilidade do Estado pelo descumprimento da obrigação primária (13).

Como recomenda a boa técnica processual, em primeiro lugar, o Estado deve suscitar a incidência de alguma das exceções contempladas no tratado; caso a exceção, no caso concreto, não seja pertinente, o Estado poderá invocar, alternativamente, as defesas fundadas no direito internacional costumeiro, codificadas nos artigos do projeto (14).

Portanto, as exceções previstas no tratado de investimento e as defesas contempladas pelas regras do direito internacional costumeiro constituem as impugnações de mérito que os Estados poderão apresentar para pedir o julgamento de improcedência dos pedidos formulados pelo investidor, sendo habitual e conjuntamente denominadas pela literatura específica como *state defences*. Observe-se que essas defesas não se confundem, em absoluto, com as objeções à jurisdição do Tribunal Arbitral ou com as causas de inadmissibilidade das pretensões dos investidores, reguladas por regras próprias.

Em razão da sua diferença conceitual e analítica, as exceções aos tratados de investimento e as defesas de direito internacional costumeiro serão tratadas, neste artigo, em capítulos distintos, que abordarão os seus aspectos mais relevantes.

2 Exceções nos Tratados de Investimento

2.1 Categorias, ônus da prova e critérios de interpretação

As exceções constantes dos tratados de investimento podem ser classificadas em duas categorias principais: exceções gerais e exceções especiais. As exceções gerais constituem amplas hipóteses de não incidência das obrigações substantivas contidas nos acordos de proteção ao investimento. Os exemplos mais frequentes de exceções gerais são aquelas relacionadas aos interesses vitais de segurança (15) ou as que dizem respeito à possibilidade de o Estado receptor implementar, mesmo após a vigência do tratado de investimento, medidas necessárias, e.g., à proteção da ordem pública, da saúde e da vida das pessoas, do meio ambiente, normalmente redigidas em termos muito semelhantes aos das exceções gerais do art. XX do GATT (16) e do art. XIV do GATS (17) - (18).

▲
P 185
P 186
▼

As exceções especiais são exclusões mais específicas das obrigações do acordo de investimento e, normalmente, dizem respeito a certos setores ● de atividade ou a um determinado tipo de medida a ser adotada pelo Estado receptor, como são, por exemplo, as exceções relativas à tributação ou aquelas relacionadas aos setores do petróleo, seguros e ao sistema financeiro. As exceções especiais também podem contemplar uma autorização para que o Estado signatário mantenha em vigor uma medida contrária às regras do próprio tratado de proteção (*exceptions for existing non-conforming measures*) ou mesmo para que seja possível adotar, no futuro, certas medidas em desconformidade com os padrões de proteção do acordo de investimento (*exceptions for future non-conforming measures*). Por constituir exceção à regra geral do tratado de proteção ao investimento, cabe ao Estado que a suscita o ônus de provar que a medida adotada se adequa ao tipo legal e que os seus requisitos foram devidamente preenchidos (19) - (20).

▲
P 186
P 187
▼

A natureza excepcional das exceções suscita dúvidas acerca da sua correta interpretação e aplicação prática. Como os tratados de investimento têm como objetivo a proteção do investimento estrangeiro, há decisões proferidas no sentido de que essas exceções devem ser interpretadas *restritivamente* (21), especialmente nos casos em que as medidas limitativas ao investimento estrangeiro foram tomadas pelo Estado receptor em resposta à ocorrência de crises econômicas (22). Essa abordagem tem sido duramente criticada, especialmente porque a utilização de presunções acerca dos critérios de hermenêutica aplicáveis às exceções pode não corresponder à efetiva intenção dos Estados signatários do acordo de investimento e, por tal razão, ser contrária ao seu propósito e objetivo. Como se sabe, os tratados de investimento devem ser interpretados de boa-fé e de acordo com o sentido ● normal atribuível aos seus termos (23), como determina o art. 31(1) da Convenção de Viena (24), e a simples referência a uma presunção de interpretação restritiva, não constante de qualquer regra do tratado, pode ser contrária à própria finalidade do acordo de investimento (25).

Acerca dessa questão, há decisões proferidas pelo Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio nas quais se afirmou que as exceções gerais devem ser interpretadas como qualquer outra disposição do tratado, levando-se em consideração o sentido natural e próprio das suas expressões, sem restrições incompatíveis com a sua finalidade e com o seu sentido (26).

2.2 Exceções gerais

2.2.1 Os interesses vitais de segurança

Diversos tratados de investimento contêm exceções que permitem o afastamento das obrigações substantivas do acordo para a preservação da ordem pública e para proteger algum interesse vital de segurança dos Estados, comumente denominadas pela doutrina como *exceções* ou *cláusulas de segurança*. Por exemplo, o art. XI do Tratado Bilateral de Investimento Argentina-EUA, de 1991, prevê que nenhuma obrigação assumida no acordo

[...] impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad. (27)

▲
P 187
P 188
▼

Além de constar do tratado modelo de investimento dos Estados Unidos (28) e do Canadá (29), cláusulas semelhantes constam do Energy Charter Treaty (30) ● e de diversos acordos bilaterais de livre comércio (31). Em razão da sua natureza indeterminada e aberta, as exceções de segurança têm sido alegadas com frequência pelos Estados como fundamento para a implementação de medidas restritivas para o investidor estrangeiro, e diversas questões relativas à sua aplicabilidade e interpretação têm sido suscitadas (32).

A primeira dessas questões diz respeito à possível natureza auto-judicante (*self-judging*) das exceções de segurança. Quem decide se a medida adotada pelo Estado era, de fato, necessária? O próprio Estado a invoca? Pode um Tribunal Arbitral, com jurisdição sobre a matéria, julgar a validade de tal medida e declará-la incompatível com as obrigações assumidas no tratado ou a decisão do Estado de adotar a medida é final? Pela jurisprudência tradicional sobre o tema, salvo a existência de uma indicação inequívoca no texto do próprio tratado, o Estado que invoca a exceção não decide, com exclusividade, se a medida era ou não necessária para a proteção de algum interesse vital, sujeitando-se o ato ao *judicial review* da sua compatibilidade com as normas do tratado (33). Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça, no julgamento do caso *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungria v. Eslováquia), decidiu, peremptoriamente, que o Estado que invoca a necessidade não é “*the sole judge of whether those conditions have been met*” (34).

Veja-se que o art. XXI do GATT, que regula as exceções relativas à segurança, estabelece, claramente, que “nenhuma disposição do presente acordo será interpretada: a) como impondo a uma parte contratante a obrigação de fornecer informações cuja divulgação seja, a seu critério, contrária aos interesses essenciais de sua segurança; b) ou como impedindo uma parte contratante de tomar todas as medidas que achar necessárias à proteção dos interesses essenciais de sua segurança”, incluindo, portanto, linguagem específica para afastar a revisão judicial do cabimento e licitude da medida implementada (35). Apesar de certa divergência jurisprudencial sobre o tema (36), esse dispositivo parece permitir que o Estado determine, com exclusividade, se, no caso concreto, a medida seria efetivamente necessária para a preservação de algum interesse vital de segurança. Se a exceção for, efetivamente, do tipo *self-judging*, a revisão judicial da medida ficará restrita à verificação de que o Estado a implementou de boa-fé, conforme prevê o art. 26 da Convenção de Viena (37).

Por não conter regra específica a exemplo daquela constante do aludido art. XXI do GATT (v.g., “que achar necessárias”), os Tribunais Arbitrais que apreciaram a invocação do art. XI do Tratado Bilateral de Investimento Argentina-EUA de 1991 decidiram que a exceção de segurança dele constante não era *self-judging* e, por tal razão, procederam a uma análise substantiva das medidas implementadas pela Argentina (38).

Outra questão relevante acerca das exceções de segurança diz respeito à sua relação com os requisitos do estado de necessidade, previsto no art. 25 do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados (39). Nas arbitragens de investimento envolvendo a crise de 2001, a Argentina procurou justificar as medidas implementadas tanto pela aplicação da exceção de segurança, constante do art. XI do Tratado Bilateral de Investimento Argentina-EUA de 1991, quanto pela invocação do estado de necessidade do art. 25 do Projeto, tendo os Tribunais Arbitrais chegado a conclusões diversas acerca da aplicabilidade de cada uma dessas defesas. Nos casos CMS, Enron e Sempra, os Tribunais concluíram que, como a expressão “interesse vital de segurança” não havia sido definida no acordo, o art. XI do aludido Tratado deveria ser interpretado mediante a referência aos requisitos constantes do aludido art. 25 do Projeto (40). Já no caso LG&E, o Tribunal declarou que as medidas implementadas pela Argentina se justificariam tanto pela aplicação do art. XI do Tratado como pela invocação das condições do estado de necessidade previstas pelo Projeto (41).

No entanto, em nenhum dos casos anteriormente referidos os Tribunais examinaram o argumento central da Argentina de que, se a exceção fundada no art. XI do referido Tratado fosse aceita, não seria necessário sequer examinar os requisitos do art. 25 do Projeto, aparentemente mais rigorosos do que aqueles exigidos pelo Tratado para a invocação da exceção de segurança (42). Esse ponto foi objeto de áspera crítica do Comitê *ad hoc* encarregado de julgar o pedido de anulação do caso CMS, nos seguintes termos:

129. The Committee observes first that there is some analogy in the language used in Article XI of the BIT and in Article 25 of the ILC's Articles on State Responsibility. The first text mentions “necessary” measures and the second relates to the “state of necessity”. However Article XI specifies the conditions under which the Treaty may be applied, whereas Article 25 is drafted in a negative way: it excludes the application of the state of necessity on the merits, unless certain stringent conditions are met. Moreover, Article XI is a threshold requirement: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations. 130. Furthermore Article XI and Article 25 are substantively different. The first covers measures necessary for the maintenance of public order or the protection of each Party's own essential security interests, without qualifying such measures. The second subordinates the state of necessity to four conditions. It requires for instance that the action taken “does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole”, a condition which is foreign to Article XI. In other terms the requirements under Article XI are not the same as those under customary international law as codified by Article 25, as the Parties in fact recognized during the hearing before the Committee. On that point, the Tribunal made a manifest error of law. 131. Those two texts having a different operation and content, it was necessary for the Tribunal to take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in the present case. The Tribunal did not enter into such an analysis, simply assuming that Article XI and Article 25 are on the same footing. 132. In doing so the Tribunal made another error of law. One could wonder whether state of necessity in customary international law goes to the issue of wrongfulness or that of responsibility. But in any case, the excuse based on customary international law could only be subsidiary to the exclusion based on Article XI. 133. If state of necessity means that there has not been even a *prima facie* breach of the BIT, it would be, to use the terminology of the ILC, a primary rule of international law. But this is also the case with Article XI. In other terms, and to take the words of the International Court of Justice in a comparable case, if the Tribunal was satisfied by the arguments based on Article XI, it should have held that there had been ‘no breach’ of the BIT. Article XI and Article 25 thus construed would cover the same field and the Tribunal should have applied Article XI as the *lex specialis* governing the matter and not Article 25. 134. If, on the contrary, state of necessity in customary international law goes to the issue of responsibility, it would be a secondary rule of international law – and this was the position taken by the ILC. In this case, the Tribunal would have been under an obligation to consider first whether there had been any breach of the BIT and whether such a

breach was excluded by Article XI. Only if it concluded that there was conduct not in conformity with the Treaty would it have had to consider whether Argentina's responsibility could be precluded in whole or in part under customary international law. (43)

De acordo com a referida decisão, o erro fundamental cometido pelo Tribunal do caso CMS foi não perceber que, se a exceção fosse aplicável, não haveria violação alguma do tratado de investimento; o estado de necessidade só deveria ter sido examinado caso se concluísse que as medidas implementadas pela Argentina não atenderiam aos requisitos da exceção do art. XI do Tratado e, nessa hipótese, a ilicitude da conduta da Argentina só seria excluída se as condições previstas pelo art. 25 do Projeto estivessem presentes. Esse julgamento parece indicar que a defesa do Estado fundada na exceção de segurança poderá ser utilizada no futuro de forma independente e com base em parâmetros distintos daqueles utilizados pelo tradicional argumento do estado de necessidade do direito internacional costumeiro. Ao esclarecer que as exceções do tratado constituem *lex specialis*, a decisão do Comitê *ad hoc* do caso CMS deixa em aberto a possibilidade de que futuras medidas implementadas pelos Estados, em resposta a crises econômicas graves, sejam avaliadas por critérios menos rigorosos do que aqueles contemplados pelo art. 25 do Projeto (44) - (45).

▲
P 191
P 192
▼

2.2.2 Exceções do tipo GATT e GATS

A inclusão de exceções gerais nos tratados de investimento não é comum. Como se afirmou, essas exceções contemplam autorizações amplas para que os Estados signatários implementem medidas possivelmente restritivas ao investimento, com o objetivo de proteger uma miríade de interesses relevantes, como, v.g., a vida, os recursos naturais não renováveis, o meio ambiente, a ordem pública, entre outros (46). Todavia, tais exceções são contempladas pelos acordos de livre comércio, que, habitualmente, contêm amplas exceções gerais (47). Em regra, essas exceções são redigidas de forma praticamente idêntica às exceções gerais previstas pelo art. XX do GATT e pelo art. XIV do GATS, que autorizam a adoção de inúmeras medidas necessárias para a proteção da ordem pública, da vida, do meio ambiente e para assegurar a obediência da lei ou dos regulamentos que não sejam contrários às disposições do acordo (48). A inclusão de uma exceção geral desse tipo no tratado também pode se dar mediante a simples remissão do próprio acordo à norma do GATT, como, v.g., no caso do art. 20.02(2) do Acordo de Livre Comércio Panamá-Taiwan de 2003 (49) ou pela incorporação, ao texto do tratado, tanto do art. XIV do GATS quanto do art. XX do GATT, como consta do Acordo de Livre Comércio China-Nova Zelândia de 2008 (50) - (51).

▲
P 192
P 193
▼

A exemplo do que acontece com as demais exceções, o ônus da prova é do Estado que reivindica a aplicação de alguma das ressalvas contidas na exceção geral do tratado. Além disso, o Estado deve comprovar que a medida se enquadra em algum dos itens do dispositivo que contempla a ressalva. Assim, por exemplo, no caso de uma exceção geral adotada nos moldes do art. XIV do GATS, para que a medida seja considerada legítima, será indispensável que o Estado demonstre que ela era necessária para a proteção da “ordem pública”; da “vida ou saúde da raça humana, fauna ou flora”; ou “necessária para assegurar a obediência da lei ou dos regulamentos que não sejam contrários com o disposto” nas normas do tratado. Em outras palavras, não basta a demonstração de que a medida pode ser, na visão do Estado, necessária, fazendo-se indispensável a indicação da relação de pertinência entre a medida e um dos interesses especialmente ressalvados pelo acordo (52).

Quanto à demonstração de que a medida é “necessária” para a proteção de algum interesse essencial do Estado, a jurisprudência do Órgão de Apelação da OMC tem indicado que, por medida necessária, deve-se entender aquela *indispensável* para a proteção do interesse essencial indicado no *caput* do artigo (53), devendo-se, em um juízo de ponderação, avaliar a conveniência e a legalidade da medida. Além disso, deve-se demonstrar que as medidas do Estado não serão aplicadas de forma que constituam um meio arbitrário ou injustificado de discriminação, entre os países onde condições similares prevalecem, ou restrições disfarçadas ao comércio, a exemplo da exigência contida no art. XX do GATT (54).

Ressalve-se, no entanto, que ainda não há uma jurisprudência consolidada admitindo, explicitamente, a utilização dos critérios de interpretação das exceções GATT e GATS, contidos nas decisões da OMC, nas disputas envolvendo as exceções gerais dos tratados de proteção ao investimento. Considerando-se, no entanto, que as exceções gerais dos tratados de investimento têm sido redigidas em termos praticamente idênticos aos das ressalvas GATT e GATS, parece apropriado fazer uso daqueles precedentes ao menos para evitar interpretações extensivas e incompatíveis com o direito internacional acerca do âmbito de aplicação das proteções substantivas constantes dos acordos de investimento (55).

▲
P 193
P 194
▼

2.3 Exceções específicas

Diversos acordos de investimento possuem exceções específicas para determinadas medidas ou matérias, tipicamente nas áreas da tributação (56), dos incentivos e subsídios

governamentais (57), das compras efetuadas pelo Poder Público (58), e em certas áreas sensíveis em que os Estados possuem elevada preocupação com a participação do capital estrangeiro no controle de sociedades nacionais, como no caso, v.g., dos setores do petróleo, hidrocarbonetos e petroquímicos (59) ou da cultura (60) - (61).

Os tratados de investimento também podem permitir a manutenção de medidas contrárias às obrigações de proteção ao investimento (*exceptions for existing non-conforming measures*) (62) ou expressa autorização para que futuras medidas sejam implementadas em desconformidade com as regras do acordo de investimento (*exceptions for future non-conforming measures*) (63).

Em todos esses casos, as exceções contemplam matérias específicas e dizem respeito a determinados setores em relação aos quais os Estados signatários pretendem estabelecer, de modo claro e expresso, que as obrigações de proteção ao investimento estrangeiro não incidem, sendo comum a inclusão, nesses acordos, de detalhados anexos e notas explicativas que discriminam as matérias retiradas do escopo do tratado e os critérios de interpretação aplicáveis a cada uma das exceções (64).

▲
P 194
—
P 195
▼

3 Defesas Fundadas no Direito Internacional Costumeiro (65)

3.1 Estado de necessidade (66)

3.1.1 Conceito e requisitos

Art. 25. Estado de necessidade.

1. Nenhum Estado poderá invocar o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude de um ato, que não esteja em conformidade com uma obrigação internacional desse Estado, a menos que o ato: a) seja a única forma de o Estado proteger um interesse vital contra um perigo grave e iminente; e b) não afete gravemente a um interesse vital do Estado ou dos Estados em relação aos quais existe a obrigação, ou da comunidade internacional como um todo.
2. Em todo caso, nenhum Estado poderá invocar o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude se: a) a obrigação internacional de que se trate exclui a possibilidade de invocar o estado de necessidade; ou b) o Estado haja contribuído para a ocorrência do estado de necessidade. (67)

▲
P 195
—
P 196
▼

O art. 25 do Projeto admite que a ilicitude da conduta de um Estado seja excluída se for possível demonstrar que a medida adotada era, nas circunstâncias do caso, a única forma de o Estado preservar um interesse vital, ameaçado por um perigo grave e iminente. Nas situações excepcionais descritas pelo art. 25, permite-se que, enquanto durar o Estado de necessidade, a obrigação internacional não seja cumprida sem que o Estado infrator responda pela violação da regra (68).

Apesar de certa controvérsia e histórica resistência à aceitação do princípio, especialmente em função do seu possível uso abusivo para justificar descumprimentos do direito internacional (69), o estado de necessidade pode ser invocado, em circunstâncias excepcionais, e sujeito a condições bastante rigorosas, como causa de exclusão da ilicitude de uma miríade de condutas violadoras de obrigações internacionais, como, e.g., para a preservação do meio ambiente (70), da segurança do Estado e da sua população e nos casos de graves crises econômicas (71).

▲
P 196
—
P 197
▼

A primeira condição necessária para que se possa invocar o estado de necessidade é aquela constante do item 1(a) do art. 25 do Projeto: só será legítima a arguição de necessidade se a medida empregada for a *única* apta a proteger um *interesse vital* do Estado contra um *perigo grave e iminente*. Nos Comentários ao Projeto, a CDI esclarece que a determinação do que seja um interesse vital do Estado depende do exame de todas as circunstâncias específicas do caso, sem que seja possível, *a priori*, definir exatamente o seu conceito e a sua abrangência (72). Contudo, a doutrina específica sobre o assunto esclarece que, por interesse vital, não se deve entender apenas o interesse do Estado na sua própria preservação, mas também aqueles relacionados à preservação política e econômica da sociedade, das instituições do Estado, do meio ambiente e à manutenção da segurança dos cidadãos (73) - (74). No que se refere à existência de um perigo grave e iminente, os comentários ao Projeto sugerem que a sua determinação depende de um exame objetivo acerca da sua efetiva ocorrência, e não apenas da mera cogitação quanto à possibilidade da sua verificação (75) - (76). Ademais, a medida a ser implementada deve ser, diante das circunstâncias específicas, a única capaz de salvaguardar um interesse essencial do Estado. Se há outras formas de o Estado preservar esse interesse, ainda que por condições mais onerosas, a arguição do estado de necessidade não será acolhida (77). Observe-se que, nas situações de estado de necessidade, há, invariavelmente, um conflito insuperável entre o interesse que o Estado visa a proteger (o meio ambiente, a economia, a saúde ou a segurança dos seus cidadãos, entre outros) e o seu dever de dar cumprimento às obrigações internacionais validamente assumidas (78), não se admitindo, por tal razão, que a determinação acerca da efetiva existência da necessidade seja feita exclusivamente pelo Estado que a suscita (79).

▲
P 197
—
P 198
▼

A segunda condição exigida pelo item 1(b) do art. 25 do Projeto diz respeito aos efeitos que a implementação da medida extraordinária pode ter em relação aos interesses vitais de outros Estados ou da comunidade internacional como um todo. Se a medida adotada pelo Estado afetar, de modo grave, um interesse vital do Estado em relação ao qual existe uma obrigação, ou da comunidade internacional como um todo, a ilicitude da conduta do Estado infrator não será excluída se, em um juízo de ponderação, se identificar que o interesse a ser protegido não justifica o descumprimento da obrigação internacional anteriormente assumida (80). Nessas circunstâncias excepcionais, a legalidade do estado de necessidade dependerá da demonstração de que, no caso concreto, o interesse tutelado pelo Estado suscitante deve prevalecer no conflito com outros interesses, sejam individuais ou coletivos (81).

Note-se que a questão dos interesses vitais em conflito no estado de necessidade pode tornar-se altamente complexa quando esses interesses decorrerem da aplicação de *normas imperativas* de direito internacional, pois o art. 26 do Projeto proíbe a invocação do estado de necessidade para afastar o cumprimento de obrigações constantes dessas normas imperativas (82) - (83). A interpretação literal do art. 25(1)(b) parece indicar que, se os interesses em conflito forem igualmente *vitalis*, tal circunstância já seria suficiente, por si só, para se rejeitar a necessidade.

▲
P 198
P 199
▼

Mesmo que a medida adotada atenda aos requisitos dos itens 1(a) e (b) do art. 25 do Projeto, há uma terceira condição nele exigida: a ilicitude não será excluída se a obrigação, cujo cumprimento se pretenda afastar, excluir, expressa ou implicitamente, a invocação do estado de necessidade (item 2(a) do art. 25 do Projeto) (84). Por tal razão, nenhum Estado poderá adotar medidas contrárias ao direito internacional se tais atos violarem, e.g., obrigações contidas em tratados humanitários que excluem a invocação do estado de necessidade militar. Além disso, se a norma primária, ainda que não expressamente, tiver que ser aplicada justamente em situações excepcionais, em razão do seu objeto e do seu propósito, não se poderá invocar o estado de necessidade para excluir a ilicitude da conduta do Estado infrator (85).

O item 2(b) do art. 25 do Projeto estabelece, ainda, uma quarta condição para que o Estado possa adotar medidas sob a justificativa da necessidade: a ilicitude do ato não será afastada se o Estado infrator tiver *contribuído* para a ocorrência do estado de necessidade (86). Nos Comentários ao Projeto, a CDI ressalta, todavia, que a contribuição do Estado deve ser *substancial*, e não meramente incidental (87). Procurou-se, com a regra, evitar que o Estado desse causa à ocorrência da situação excepcional para, em seguida, suspender o cumprimento de uma obrigação internacional sob a justificativa de que, diante das circunstâncias, medidas extraordinárias seriam necessárias (88).

Ressalte-se, ademais, que as quatro condições exigidas pelo art. 25 do Projeto devem ser *cumulativamente* observadas, e a não verificação de qualquer delas é suficiente para que a medida seja considerada ilegal e para sujeitar o Estado infrator às sanções previstas pelo direito internacional (89).

▲
P 199
P 200
▼

Mesmo que todas as condições exigidas para legitimar o estado de necessidade e as medidas dele decorrentes se verifiquem, a alínea (a) do art. 27 do Projeto estabelece, ainda, uma *limitação temporal* para a sua invocação (90): tão logo as circunstâncias que deram origem ao estado de necessidade desapareçam, o cumprimento regular da obrigação deve ser retomado (91) - (92). Por fim, a alínea (b) do referido art. 27 do Projeto declara que a alegação da causa de exclusão da ilicitude se dá sem prejuízo da questão da *compensação* por qualquer perda efetiva causada pela medida adotada pelo Estado, muito embora o Projeto não tenha especificado em que circunstâncias a compensação será devida pelos atos praticados enquanto perdurava o estado de necessidade (93).

Veja-se que, mesmo antes da adoção da redação atual do art. 25 do Projeto, a Corte Internacional de Justiça teve a oportunidade de examinar os requisitos do estado de necessidade no referido caso *Gabcíkovo-Nagymaros Project* (Hungria v. Eslováquia). Muito embora tenha negado a aplicabilidade do estado de necessidade diante das peculiaridades do caso, a Corte reconheceu a existência do princípio no direito internacional costumeiro, fazendo-se explícita referência aos requisitos exigidos pelos artigos do Projeto:

▲
P 200
P 201
▼

The Court considers [...] that the state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. It observes moreover that such a ground for precluding wrongfulness can only be accepted on an exceptional basis. The International Law Commission was of the same opinion when it explained that it had opted for a negative form of words [...] Thus, according to the Commission, the state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met. [...] In the present case, the following basic conditions [...] are relevant: it must have been occasioned by an 'essential interest' of the State which is the author of the act conflicting with one of its international obligations; that interest must have been threatened by a 'grave and imminent peril'; the act being challenged must have been the 'only means' of safeguarding that

interest; that act must not have “seriously impair[ed] an essential interest” of the State towards which the obligation existed; and the State which is the author of that act must not have ‘contributed to the occurrence of the state of necessity’. Those conditions reflect Customary International Law. (94)

No caso Advisory Opinion on Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, a Corte examinou se a construção de um muro, no território ocupado da Palestina, seria justificável, sob a alegada existência de um estado de necessidade suscitado por parte do Estado de Israel, o que ela afastou, depois de examinar os requisitos do art. 25 do Projeto, nos seguintes termos:

The Court has, however, considered whether Israel could rely on a state of necessity which would preclude the wrongfulness of the construction of the wall. In this regard the Court is bound to note that some of the conventions at issue in the present instance include qualifying clauses of the rights guaranteed or provisions for derogation (see paragraphs 135 and 136 above). Since those treaties already address considerations of this kind within their own provisions, it might be asked whether a state of necessity as recognized in customary international law could be invoked with regard to those treaties as a ground for precluding the wrongfulness of the measures or decisions being challenged. However, the Court will not need to consider that question. As the Court observed in the case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), “the state of necessity is a ground recognized by customary international law” that “can only be accepted on an exceptional basis”; it “can only be invoked under certain strictly defined conditions which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met” (ICJ Reports 1997, p. 40, par. 51). One of those conditions was stated by the Court in terms used by the International Law Commission, in a text which in its present form requires that the act being challenged be “the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril” (Article 25 of the International Law Commission’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts; see also former Article 33 of the Draft Articles on the International Responsibility of States, with slightly different wording in the English text). In the light of the material before it, the Court is not convinced that the construction of the wall along the route chosen was the only means to safeguard the interests of Israel against the peril which it has invoked as justification for that construction. (95) - (96)

Esses exemplos reforçam a constatação de que, no atual estágio do direito internacional, a invocação do estado de necessidade é de natureza excepcional e a sua aplicação é de difícilíssima verificação, o que também se verá do exame dos casos envolvendo as arbitragens de investimento e a crise argentina do começo deste século.

3.1.2 Estado de necessidade e os tratados de investimento: os casos envolvendo a Argentina

Quiçá pela proximidade – geográfica e cultural – que temos com a Argentina, a crise econômica, de enorme repercussão, ocorrida no início deste século no país vizinho é bastante conhecida no Brasil. Após mais de uma década de considerável desenvolvimento econômico, impulsionado pelas privatizações e pelo estímulo ao investimento estrangeiro, inicia-se, já neste século, um período de colapso econômico e político na Argentina sem precedentes, o que levou a Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales da Argentina a declarar que o país enfrentava “*el riesgo de su desintegración como comunidad jurídicamente organizada*” (97). Lembre-se que, no final de 2001, no auge de uma generalizada “corrida bancária”, o Governo argentino editou o Decreto nº NyU 1570/01 (98), que proibia que qualquer cidadão pudesse dispor dos recursos depositados em contas bancárias até ● que se realizasse a reestruturação da dívida externa, o que acabou ficando conhecido como *Corralito*. As revoltas populares com a medida levaram à renúncia do então Presidente Fernando de La Rúa e ocasionaram gravíssimos distúrbios civis e a sucessão de cinco presidentes em um período de apenas dez dias (99).

Com a chegada ao poder de Eduardo Duhalde, em janeiro de 2002, promulgou-se a conhecida Lei de Emergência nº 25.561 (100), que declarava *estado de emergência* em matéria social, econômica, administrativa, financeira e cambial, e, dentre outras medidas, punha fim ao sistema de conversibilidade do peso, delegando ao chefe do Executivo amplíssimos poderes para lidar com a crise. Com a promulgação da referida Lei de Emergência e das suas sucessivas prorrogações (101), abandonou-se a conhecida conversibilidade peso-dólar (até então em uma relação 1:1), o que permitiu uma rápida e drástica desvalorização do peso; procedeu-se à conversão para pesos das tarifas anteriormente calculadas em dólares (o que acabou ficando conhecido como a “pesificação” das tarifas); eliminaram-se todas as cláusulas de reajuste de tarifas em moeda estrangeira ou qualquer outro mecanismo de indexação; proibiram-se os concessionários de serviços públicos de suspender ou modificar as condições de cumprimento dos serviços sob sua responsabilidade, tendo ainda o Poder Executivo sido autorizado a renegociar as condições dos contratos de concessão vigentes (102).

Como a Argentina havia celebrado diversos tratados bilaterais de investimento, inúmeros investidores iniciaram procedimentos de arbitragem para pedir reparações pelo descumprimento das obrigações substantivas contempladas por aqueles tratados de proteção. Estima-se que algo em torno de 43 arbitragens tenham sido iniciadas contra a Argentina, nas quais se discutem os efeitos daquela crise e que podem gerar um passivo

de até US\$ 80 bilhões em indenizações (103).

▲ P 203
— P 204 ▼
Nos casos mais conhecidos sobre a questão (104), a Argentina invocou o *estado de necessidade* para justificar as medidas que tomou para contornar ● a grave crise econômica. As sentenças arbitrais até agora proferidas dizem respeito a investimentos realizados no setor de gás argentino a partir da década de 1990, quando a Argentina privatizou um grande número de empresas do setor elétrico e criou um marco legal e regulatório para atrair o investimento estrangeiro. No setor de gás, foi criado um regime jurídico no qual as tarifas eram calculadas em dólares, convertidas em pesos para efeitos de cobrança e sujeitas a um reajuste, de acordo com o índice PPI americano, a cada seis meses. Devido à recessão econômica, a Argentina suspendeu temporariamente o reajuste pelo índice PPI. Como a crise econômica agravou-se, a aludida Lei de Emergência impôs o congelamento das tarifas de gás, aboliu o cálculo das tarifas em dólares e determinou a renegociação obrigatória dos contratos de concessão. Em todos os casos julgados, o investidor havia feito um substancial investimento para prestar os serviços de produção e transmissão de gás e os Tribunais Arbitrais concluíram que as medidas impostas pela Argentina violavam a cláusula do tratamento justo e equitativo e o dever de cumprir as obrigações assumidas nos acordos de proteção ao investimento (105).

Além de invocar a exceção de segurança contida nesses tratados (*lex specialis*) (106) e de afirmar que caberia ao próprio Estado suscitar se os requisitos da exceção estariam presentes (*self-judging clause*), a Argentina sustentou que o art. 25 do Projeto autorizaria a adoção das medidas de emergência e, por tal razão, a eventual ilicitude delas estaria excluída. Nos quatro principais casos sobre o tema (107), sobre os quais se discorrerá a seguir, a Argentina argumentou que a crise econômica de 2001-2002 colocava em risco os interesses vitais do país e que as leis promulgadas teriam sido a única forma de reagir à gravíssima e excepcional crise econômica, o que afastaria a sua responsabilidade pela violação das obrigações assumidas nos tratados bilaterais de investimentos de acordo com as regras contidas no art. 25 do Projeto (108).

▲ P 204
— P 205 ▼
●
No que se refere à exigência de que a medida implementada seja “a única forma de o Estado proteger um interesse vital contra um perigo grave e iminente”, prevista no art. 25.1 (a) do Projeto, os Tribunais Arbitrais entenderam que crises econômicas, como a que sofreu a Argentina, podem ameaçar um interesse vital do Estado, mas divergiram quanto à efetiva existência de perigo grave e iminente. Nos casos CMS, Enron e Sempra, reconheceu-se que, embora grave a crise, ela não teria chegado ao ponto de deflagrar um caos econômico e social absoluto, e, por tal razão, a situação poderia ter sido administrada sem o descumprimento das obrigações do acordo de investimento (109). Já no caso LG&E, a sentença arbitral entendeu existir um risco efetivo à sobrevivência política e econômica do Estado, o que configurava, na visão daquele Tribunal, circunstância de perigo grave e iminente a um interesse vital do Estado (110). Quanto à discussão acerca da adequação das medidas implementadas, os Tribunais dos casos CMS, Enron e Sempra concluíram que a legislação editada pelo Governo argentino não seria a única forma de responder à crise (111); no caso LG&E, todavia, a sentença arbitral acolhe o argumento oposto, declarando que a condição exigida pelo item 1(a) do art. 25 do Projeto teria sido atendida (112).

▲ P 205
— P 206 ▼
A divergência de conclusões dos Tribunais também ocorreu com relação à condição imposta pelo item 1(b) do art. 25 do Projeto. Enquanto as sentenças proferidas nos casos CMS e LG&E declararam que as medidas adotadas pela Argentina não afetariam, gravemente, os *interesses vitais de outros Estados ou da comunidade internacional como um todo* (113), nos casos Enron e Sempra, afirmou-se que, muito embora os interesses vitais ● de outros Estados não estivessem ameaçados, os interesses dos investidores seriam afrontados se a alegação de estado de necessidade fosse acolhida, sem esclarecer, contudo, de que forma a regra do art. 25.1(b) do Projeto se aplicaria a entidades privadas não signatárias do Acordo de Investimento Argentina-EUA de 1991 (114).

Como se demonstrou anteriormente, o item 2(a) do art. 25 do Projeto também exclui a possibilidade de se alegar o estado de necessidade se a obrigação internacional em questão, expressa ou implicitamente, afasta a sua incidência. Nos casos envolvendo a Argentina, a discussão que se travou nas arbitragens era a de saber se a alegação de estado de necessidade seria incompatível com o objeto e com o propósito do tratado, *i.e.*, promover e proteger o investimento estrangeiro, pois, segundo certo entendimento, seria justamente nos períodos de crises econômicas e financeiras que as proteções asseguradas aos investidores se mostrariam mais necessárias. A jurisprudência acerca do tema, no entanto, parece indicar que os acordos de investimento não devem ser interpretados no sentido de excluir tal possibilidade em situações econômicas extremas, quando medidas restritivas podem ser adotadas em função do estado de necessidade, ainda que em possível detrimento dos interesses do investidor estrangeiro (115).

▲ P 206
— P 207 ▼
Quanto à discussão da eventual contribuição da Argentina para a ocorrência da crise, houve, novamente, manifesta divergência de entendimentos entre os Tribunais Arbitrais. Nos casos CMS, Enron e Sempra, decidiu-se que as medidas implementadas pelo Governo argentino haviam contribuído substancialmente para a ocorrência da crise (116). Já no caso LG&E, o Tribunal concluiu que, como não existia qualquer *prova* de que a Argentina havia contribuído, de modo significativo, para a ● ocorrência e o agravamento da crise, a

defesa de estado de necessidade deveria ser acolhida (117).

3.2 Força maior

Art. 23. Força maior

1. A ilicitude de um ato de um Estado, que não esteja em conformidade com uma obrigação internacional desse Estado, fica excluída se esse ato se deve a uma situação de força maior, ou seja, a uma força irresistível ou um acontecimento imprevisto, alheios ao controle do Estado, que tornam materialmente impossível, nas circunstâncias do caso, cumprir a obrigação.
2. O § 1 não é aplicável se: a) a situação de força maior se deve, unicamente ou em conjunto com outros fatores, ao comportamento do Estado que a invoca; ou b) o Estado assumiu o risco da sua ocorrência. (118)

Para que se possa invocar a força maior como causa de exclusão da ilicitude internacional, é necessário demonstrar que o comportamento se deve a uma força irresistível, ou a um acontecimento imprevisto, fora do controle do Estado, e que torne, nas circunstâncias específicas do caso, materialmente impossível o cumprimento da obrigação. Ao utilizar o adjetivo “irresistível” para qualificar o vocábulo “força”, o art. 23 do Projeto pretendeu demonstrar que o ilícito cometido pelo Estado, nessas circunstâncias, não decorre de um ato de vontade do infrator, mas sim da inviabilidade da adoção de uma conduta diversa (119).

No que se refere à impossibilidade material de cumprimento da obrigação, os comentários informam que o fato causador da força maior pode decorrer tanto de eventos naturais (terremotos, secas e inundações), como da intervenção humana (devastação de áreas pela intervenção militar de outro Estado e a perda de parcela do território em razão de uma insurreição) (120). Além dessas situações, as crises econômicas podem, em princípio, justificar a alegação de força maior, muito embora, na prática, tal fato dificilmente conseguirá atender ao requisito da “impossibilidade material” de cumprimento da obrigação exigido pelo art. 23, pois, no conceito de força maior, não se incluem as situações nas quais a execução da obrigação se torna mais difícil ou onerosa (121) - (122). Veja-se, ainda, que, para se atender às exigências do art. 23 do Projeto, é necessário que haja uma relação de causalidade entre o evento extraordinário e a impossibilidade de cumprimento da obrigação, não sendo suficiente a mera demonstração da existência de uma situação de excepcionalidade: a impossibilidade material de cumprimento deve decorrer, diretamente, do evento extraordinário, e não de circunstâncias estranhas a ele (123).

Instabilidades políticas que levam à ocorrência de distúrbios civis e conflitos armados suscitam a questão de se saber se tais eventos estariam fora do controle do Estado para os fins de incidência do art. 23.1 do Projeto (124). Como o Estado tem o dever de zelar pela manutenção da paz doméstica e evitar a ocorrência de atos de violência interna, há quem sustente que, nesses casos, o Estado não poderia invocar a força maior, por ter o dever de prevenir tais acontecimentos (125). A melhor solução, todavia, parece ser a de se afastar a responsabilidade do Estado sempre que, observado um padrão mínimo de diligência, se puder determinar que os eventos não eram previsíveis, ou, ainda que previsíveis, os seus resultados eram inevitáveis (126).

O item 2(a) do art. 23 do Projeto afasta a força maior se a situação se deve, *unicamente ou em conjunto com outros fatores*, ao comportamento do Estado que a invoca (127). Veja-se, todavia, que o dispositivo, a rigor, não impede a invocação da força maior por atos inadvertidamente praticados pelo Estado, pois, diferentemente do que ocorre no estado de necessidade, a força maior não se afasta simplesmente porque houve alguma *contribuição* do Estado, mas sim porque, ausente o comportamento dele, a situação extraordinária simplesmente não se verificaria (128).

Ademais, a regra contida no item 2(b) do art. 23 deixa claro que o Estado pode renunciar ao direito de invocar a força maior se houver assumido o risco da sua ocorrência. Tal assunção pode se dar quando o Estado se compromete a evitar a ocorrência de um determinado fato ou assume as suas consequências. Em qualquer hipótese, é necessário que a assunção do risco seja inequívoca e diga respeito àqueles a quem a obrigação é devida (129).

3.3 Consentimento

Art. 20. Consentimento.

O consentimento válido, manifestado por um Estado, para a prática, por outro Estado, de um ato, exclui a ilicitude do ato em relação ao primeiro Estado, na medida em que o ato permanece dentro dos limites do consentimento. (130)

O direito internacional costumeiro consagra o princípio geral de que o consentimento válido, livremente dado e claramente estabelecido por um Estado, exclui a ilicitude da conduta de outro Estado, violadora de uma obrigação de direito internacional, nos exatos limites do consentimento manifestado. Como se sabe, rotineiramente Estados anuem com a prática de certas condutas por outros Estados, que, ausente o consentimento, seriam consideradas ilícitas no direito internacional. Pense-se, por exemplo, no envio de tropas

militares para prestar auxílio humanitário em outros países; nas autorizações concedidas para que aviões e embarcações estrangeiros ingressem no território nacional; na instalação de bases militares em território sujeito à jurisdição de outro Estado. Logicamente, sem o consentimento contemplado pelo referido art. 20 do Projeto, qualquer dessas condutas configuraria um ilícito internacional, sujeitando o seu infrator às regras de responsabilidade dos Estados (131).

▲
P 209
●
P 210
▼

Ressalte-se que o aludido art. 20 exige, expressamente, que o consentimento seja *válido*, i.e., manifestado sem qualquer vício, pois, se a vontade tiver sido contaminada, v.g., por erro, dolo ou coação, a ilicitude da conduta não será excluída.

Problemas de complexa solução surgem com a discussão acerca da determinação da autoridade nacional que possui poderes para, validamente, consentir com a prática de um ato, em princípio, ilícito no direito internacional, especialmente em países que possuem constituições que contemplam complexas partilhas de competências entre as suas diversas subdivisões políticas. Por exemplo, não se poderia admitir, sem a existência de uma regra inequívoca em sentido contrário, como válido o consentimento dado por uma autoridade regional para que tropas estrangeiras exercitassem atividades militares no território do país. Veja-se que a determinação de quem tem poderes para consentir com a prática de determinado ato pode variar em função da natureza do próprio ato. Isso porque, de acordo com a regra de direito internacional eventualmente aplicável, nem sempre a autoridade que, por exemplo, pode autorizar a condução de uma busca e apreensão em uma embaixada terá poderes para autorizar a instalação de uma indústria cuja atividade principal seja potencialmente nociva ao meio ambiente (132).

O consentimento deve ser sempre expresso e devidamente delimitado. A autorização para a prática de um determinado ato não permite a de outros, embora relacionados, e pode também estar sujeita a termo (133). Ao excluir a ilicitude da conduta nos *limites do consentimento*, o art. 20 do Projeto torna indubitado que qualquer conduta não autorizada expressamente sujeita o Estado infrator à responsabilidade internacional. Além da delimitação temporal e de escopo do consentimento, a concordância com a prática do ato pode ser revogada a qualquer momento, sem que sejam necessárias maiores formalidades. Desde que a revogação do consentimento possa ser aferida, claramente, a ilicitude da conduta do Estado infrator não poderá mais ser afastada (134). Ademais, para que se configure o consentimento, é necessário que a anuência seja anterior ou contemporânea à prática do ato, pois a concordância ● manifestada posteriormente configura, na verdade, renúncia ou aquiescência, reguladas pelo art. 45 do Projeto (135).

▲
P 210
●
P 211
▼

Como esclarecem os comentários ao Projeto, o art. 20 regula apenas a relação eventualmente existente entre dois Estados. Caso seja necessário obter o consentimento de outros Estados, como seria o caso de um eventual descumprimento de uma obrigação constante de um tratado multilateral, o consentimento de apenas um deles não exclui a ilicitude da conduta com relação aos demais Estados (136).

Ainda no que se refere à validade do consentimento, o art. 26 do Projeto, norma aplicável a todas as causas de exclusão da ilicitude previstas no Capítulo V do Projeto, estabelece que “nenhuma disposição do presente capítulo excluirá a ilicitude de ato de um Estado que não esteja em conformidade com uma obrigação que emana de uma norma imperativa de direito internacional geral” (137). Tal disposição tem sido interpretada no sentido de se considerar inválido o consentimento manifestado pelo Estado quanto à inobservância de *normas imperativas* (138), que incluem, e.g., normas que proíbem o genocídio, a escravidão, a discriminação racial, os crimes contra a humanidade, a tortura e asseguram o direito à autodeterminação dos povos (139) - (140).

No que se refere, especificamente, aos tratados de investimento, a questão tormentosa a ser ainda solucionada é a relativa aos *efeitos* do consentimento com relação aos direitos outorgados por estes tratados, criados, justamente, para a proteção da esfera jurídica de terceiros, os investidores. Havendo a violação, pelo Estado receptor, de uma obrigação prevista no tratado, qual seria a consequência, para o investidor, se o Estado de origem consentisse com a violação ou renunciasse à pretensão dela decorrente?

▲
P 211
●
P 212
▼

De acordo com o direito internacional público tradicional, fundado no mecanismo da proteção diplomática, só os Estados e as suas instrumentalidades são sujeitos de direito e, por tal razão, pertencem aos Estados, e só a eles, os direitos e as obrigações criados pelos instrumentos de direito internacional (141). Assim, pela denominada *teoria dos direitos derivados*, ainda que se permita ao investidor exigir, em nome próprio, o cumprimento das obrigações contidas nos tratados de investimento, o verdadeiro titular desses direitos é o Estado signatário do tratado, como se decidiu no caso *Loewen Group Inc. and Raymon L. Loewen v. US* (142). Se adotada tal teoria, a manifestação de consentimento, renúncia ou aquiescência por parte do Estado de origem com relação às pretensões decorrentes do tratado de investimento seriam dispositivas, não se permitindo ao investidor discuti-las em procedimento próprio. Nesses casos, a ilicitude da conduta do Estado receptor estaria excluída, por força dos arts. 20 e 45 do Projeto. Pelas mesmas razões, a concordância do particular com a infração praticada pelo Estado receptor não seria suficiente para excluir, por si só, a ilicitude da conduta (143).

Todavia, o direito internacional moderno admite que os tratados de investimento possam criar, para o investidor, *direitos próprios* (144), que lhe permitam reivindicar, diretamente, o cumprimento das obrigações contidas no tratado e exigir, quando for o caso, a respectiva reparação pelo descumprimento, sendo a proteção diplomática apenas um mecanismo residual (145) - (146). Considerando-se que, na prática atual, muitos tratados têm sido redigidos de forma a conferir, diretamente, aos investidores direitos e garantias oponíveis ao Estado receptor do investimento (147), o consentimento do Estado de origem não deve ter o efeito de excluir a ilicitude da conduta do Estado receptor naquilo que toca ao direito subjetivo do investidor (148).

▲ P 212

▼ P 213

Todavia, e admitindo-se que o investidor seja titular de direitos próprios, a partir de que momento esses direitos se incorporariam, efetivamente, ao seu patrimônio? Para uma primeira corrente, os direitos seriam adquiridos com a vigência do tratado e a realização do investimento (*strict rights approach*). Para uma segunda corrente, os direitos só seriam efetivamente adquiridos pelo investidor no momento em que ele aceita a oferta unilateral do Estado receptor e inicia o procedimento de solução de controvérsias previsto no tratado. Para essa teoria, ao aceitar a oferta de submeter a disputa à arbitragem, forma-se um *contrato* entre o investidor e o Estado receptor, nascendo, a partir desse momento, direitos próprios para o investidor (*contingent rights approach*) (149). A questão é relevante para se determinar qual o efeito do eventual consentimento ou renúncia do investidor (e mesmo se tal consentimento seria possível, de acordo com a regra do art. 26 do Projeto) com relação aos direitos conferidos pelos tratados de investimento (150).

▲ P 213

▼ P 214

Muito embora não exista, ainda, consenso acerca do tema, parece mais consentâneo com a prática atual admitir que o investidor possa dispor sobre os direitos que lhe são conferidos pelo tratado de investimento somente após a sua aceitação à oferta unilateral de submissão da disputa ao mecanismo de solução de controvérsias, sem que tal consentimento produza, necessariamente, efeitos adicionais em relação aos Estados signatários do tratado ou a outros investidores (151) - (152).

▲ P 214

●

References

- *) Advogado, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Master of Law pela University of Cambridge (2005).
- 1) Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/wir2010_en.pdf>.
- 2) BUTHE, T.; MILNER, H. V. The politics of foreign direct investment into developing countries: Increasing FDI through trade agreements? (<http://www.duke.edu/~buthe/downloads/ButheMilner_AJPS_Oct2008.pdf>); ELKINS, Z.; GUZMAN, A. T., SIMMONS, B. A. Competing for capital: The diffusion of bilateral investment treaties, 1960-2000 (<http://scholar.harvard.edu/bsimmons/files/bsimmons_competing_capital.pdf>); NEUMAYER, E.; SPESS, L. Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? (<<http://eprints.lse.ac.uk/627/>>); ROSE-ACKERMAN, S.; TOBIN, J. Foreign direct investment and the business environment in developing countries: the impact of bilateral investment treaties (<<http://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/2027.42/39973/3/wp587.pdf>>).
- 3) Nesse artigo, denomina-se “Estado de origem” o Estado do qual o investidor é um nacional, no caso das pessoas físicas, ou, no caso das pessoas jurídicas, o Estado no qual foram elas constituídas ou onde se encontra a sua sede principal. “Estado receptor” significa o Estado no qual o investimento foi realizado.
- 4) DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 7-9.
- 5) DOLZER, Rudolf. The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, (2005) 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 953, p. 972.
- 6) Não há uniformidade de tratamento quanto ao uso do termo *exceção* nos tratados de investimento, nas decisões judiciais e arbitrais sobre o tema e mesmo na doutrina especializada. Apesar de existir certa diferença conceitual, as exceções também costumam ser denominadas de reservas (*reservations*) ou de medidas não proibidas (*non-precluded measures*).
- 7) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. *Law and Practice of Investment Treaties*, Kluwer Law International, 2009, p. 484.
- 8) Como esclarecem Dolzer e Schreuer, na ausência de um tratado de proteção, o direito internacional costumeiro assegura ao investidor estrangeiro um padrão mínimo de proteção devido pelo Estado receptor, conhecido, na literatura, como *minimum standard* (*Principles of Investment Law* cit., p. 7). Acerca do conceito de *minimum standard*, cf. ROOT, E. *The Basis of Protection of Citizens Living Abroad*, (1910) 4 AJIL 517.

- 9) A Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU discute, desde 1949, a necessidade de codificar as regras relativas à responsabilidade dos Estados pela prática de atos ilícitos internacionais. Na sua sétima sessão, em 1955, a CDI nomeou Relator F. V. García Amador, que ficou encarregado de elaborar o primeiro relatório sobre o tema. Diversos relatores o sucederam e apresentaram relatórios. O Projeto de Artigos foi elaborado ao longo dos anos, sempre tomando por base os relatórios apresentados anteriormente, e, em 2001, na sua 53ª sessão, a CDI aprovou o texto do Projeto e os seus comentários, relatados pelo professor James Crawford, da Universidade de Cambridge. O Projeto foi, então, submetido à apreciação da Assembleia-Geral da ONU com a recomendação da CDI de que se tornasse uma Convenção sobre a Responsabilidade do Estado. Desde então, a Assembleia-Geral da ONU edita resoluções que pautam o trabalho da CDI no sentido de transformar o Projeto dos Artigos em uma Convenção sobre o tema.
- 10) Disponível em:
<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>.
- 11) Comentários, p. 31.
- 12) Acerca da possibilidade de se formularem pretensões de outra natureza nas arbitragens de investimento, cf. Carole Malinvaud, *Non-pecuniary Remedies in Investment Treaty and Commercial Arbitration*, ICCA Congress Series n. 1, Wolter Kluwer, Albert Jan Van den Berg ed., 2009, p. 209.
- 13) Foi o que decidiu o Tribunal Arbitral do caso *Continental Casualty Company v. Argentina*: “In view of these differences between the situation regulated under Art. 25 ILC Articles and that addressed by Art. XI of the BIT, the conditions of application are not the same. The strict conditions to which the ILC text subjects the invocation of the defence of necessity by a State is explained by the fact that it can be invoked in any context against any international obligation. Therefore ‘it can only be accepted on an exceptional basis. This is not necessarily the case under Art. XI according to its language and purpose under the BIT. This leads the Tribunal to the conclusion that invocation of Art. XI under this BIT, as a specific provision limiting the general investment protection obligations (of a ‘primary’ nature) bilaterally agreed by the Contracting Parties, is not necessarily subject to the same conditions of application as the plea of necessity under general international law” (ICSID n. ARB/03/9, <<http://italaw.com/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>>, par. 164-7).
- 14) MELO, Leonardo de Campos. *Introdução às arbitragens de investimento perante o Sistema ICSID*, seção 8.10, inédito.
- 15) O art. 18 do tratado modelo de investimento dos Estados Unidos de 2004 contém expressa exceção de interesse vital de segurança, redigida da seguinte forma: “Article 18. Essential Security. Nothing in this Treaty shall be construed: 1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or 2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests” (<<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>>).
- 16) “Artigo XX. Exceções Gerais. Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas: I – a) necessárias à proteção da moralidade pública; b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais [...]”.
- 17) “Artigo XIV. Exceções Gerais. Desde que as medidas não se apliquem de forma a constituírem um modo arbitrário ou injustificado de discriminação entre os países onde as condições similares prevalecem, ou restrições disfarçadas ao comércio de serviços, nada deste Acordo será realizado para prevenir a adoção ou implementação de quaisquer medidas dos Membros: (a) necessárias para proteger a moral pública ou manter a ordem pública; (b) necessárias para proteger a vida ou saúde da raça humana, fauna ou flora; (c) necessárias para assegurar a obediência da lei ou dos regulamentos que não sejam contrárias com o disposto neste Acordo, incluindo as relacionadas com [...]”.
- 18) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 484.
- 19) Cf. *UPS of America Inc. v. Canada*, par. 84 (<<http://italaw.com/documents/UPS-Merits.pdf>>) e *Brazil-measures affecting import of retreaded tyres*, par. 5.25 (WT/DS332/AB/R, <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>).
- 20) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 484.

- 21) *"The second concerns the manner in which exceptions in international instruments are to be interpreted. The present Tribunal subscribes to the view expressed by the GATT Panel in Canada - Import Restrictions on Ice Cream and Yoghurt: 'The Panel [...] noted, as had previous panels, that exceptions were to be interpreted narrowly and considered that this argued against flexible interpretation of Article XI:2(c)(i)'. "* (Canfor Corporation v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States Of America, <<http://italaw.com/documents/CanforTerminalDecision6June2006.pdf>>, par. 187). No mesmo sentido, cf. Canada – Import Restrictions on Ice Cream and Yoghurt, (L/6568 – 36S/68, <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88icecrm.pdf>, 1989, par. 59) e *Tariffs Applied by Canada to Certain U.S.-Origin Agricultural Products* (CDA-95-2008-01. <<http://www.worldtradelaw.net/nafta20/agtariffs.pdf>>. 1996, par. 122)
- 22) Nesse sentido, no caso *Enron v. Argentina*, o Tribunal Arbitral decidiu que "[...] the Tribunal must first note that the object and purpose of the Treaty is, as a general proposition, to apply in situations of economic difficulty and hardship that require the protection of the international guaranteed rights of its beneficiaries. To this extent, any interpretation resulting in an escape route from the obligations defined cannot be easily reconciled with that object and purpose. Accordingly, a restrictive interpretation of any such alternative is mandatory" (ICSID n. ARB/01/3, <<http://italaw.com/documents/Enron-Award.pdf>>. par. 331).
- 23) Cf. *Amco v. Indonésia* (23 ILM 351 (1984), p. 359), *Tecmed v. México* (<<http://italaw.com/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>>, par. 154-5), *Waste Management v. México* (<<http://italaw.com/documents/WasteMgmt-Jurisdiction.pdf>>, par. 9), *Methanex v. EUA* (<<http://italaw.com/documents/MethanexFinalAward.pdf>>, par. 15), *Thunderbird v. México* (<<http://italaw.com/documents/ThunderbirdAward.pdf>>, par. 147), *Saluka v. República Tcheca* (<<http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>>, par. 296).
- 24) "Art. 31(1). Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade." (<<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>)
- 25) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 485.
- 26) Cf. *US – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services* (WT/DS285/AB/R, <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm>, par. 291) e *UPS of America Inc. v. Canadá* (<<http://italaw.com/documents/UPS-Merits.pdf>>, par. 43-4).
- 27) Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/523/norma.htm>>.
- 28) Cf. art. 18 do Tratado Modelo de Investimento dos Estados Unidos de 2004 (cit.).
- 29) "Article 10. General Exceptions. [...] 4. Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require any Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; (b) to prevent any Party from taking any actions that it considers necessary for the protection of its essential security interests." (<<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>)
- 30) "Article 24. Exceptions. [...] (3) The provisions of this Treaty other than those referred to in paragraph (1) shall not be construed to prevent any Contracting Party from taking any measure which it considers necessary: (a) for the protection of its essential security interests including those [...]." (<<http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>>)
- 31) Cf. art. 6.12 do Acordo Índia-Singapura de 2005 (<<http://commerce.nic.in/ceca/ch6.pdf>>); art. 21.3 do acordo Coreia-Singapura de 2005 (<http://www.fta.gov.sg/fta_ksfta.asp?hl=22>); art. 100 do acordo Chile-China de 2005 (<http://www.sice.oas.org/Trade/CHL_CHN/CHL_CHN_e/chilechinind_e.asp>) e art. 1602 do acordo Austrália-Tailândia de 2004 (<http://www.dfat.gov.au/fta/tafta/tafta_toc.html>).
- 32) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 491.
- 33) No caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, a Corte Internacional de Justiça assim se manifestou sobre o tema: "That the Court has jurisdiction to determine whether measures taken by one of the Parties fall within such an exception, is also clear a contrario from the fact that the text of Article XXI of the Treaty does not employ the wording which was already to be found in Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade. This provision of GATT, contemplating exceptions to the normal implementation of the General Agreement, stipulates that the Agreement is not to be construed to prevent any contracting party from taking any action which it 'considers necessary for the protection of its essential security interests', in such fields as nuclear fission, arms, etc. The 1956 Treaty, on the contrary, speaks simply of 'necessary' measures, not of those considered by a party to be such" (1986 ICJ Report 14, par. 222). No mesmo sentido, cf. *Oil Platforms* (Irã v. EUA), 2003 ICJ Report 161, par. 38.
- 34) ICJ Reports 1997, p. 40.

- 35) O art. 6.12.4 do Acordo de Investimento Índia-Singapura de 2005 vai além, estabelecendo que a decisão acerca da implementação da medida necessária para a preservação de um interesse vital sequer é suscetível de exame jurisdicional: “Any decision of the disputing Party taken on such security considerations shall be non-justiciable in that it shall not be open to any arbitral tribunal to review the merits of any such decision, even where the arbitral proceedings concern an assessment of any claim for damages and/or compensation, or an adjudication of any other issues referred to the tribunal” (<<http://commerce.nic.in/ceca/ch6.pdf>>).
- 36) Cf. *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua* (L6948, <<http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/nicembargo.pdf>>, par. 5.17) e *Request of the Government of Czechoslovakia for a decision under Article XXIII* (<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/49expres.pdf>, p. 3).
- 37) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 494.
- 38) CMS v. Argentina (<http://italaw.com/documents/CMS_FinalAward.pdf>, par. 373); LG&E v. Argentina (<http://italaw.com/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf>, par. 212); Enron v. Argentina (<<http://italaw.com/documents/Enron-Award.pdf>>, par. 339) e Semptra v. Argentina (<<http://italaw.com/documents/SemptraAward.pdf>>, par. 374).
- 39) “Art. 25. Estado de necessidade. 1. Nenhum Estado poderá invocar o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude de um ato, que não esteja em conformidade com uma obrigação internacional desse Estado, a menos que o ato: a) seja a única forma de o Estado proteger um interesse vital contra um perigo grave e iminente; e b) não afete gravemente a um interesse vital do Estado ou dos Estados em relação aos quais existe a obrigação, ou da comunidade internacional como um todo. 2. Em todo caso, nenhum Estado poderá invocar o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude se: a) a obrigação internacional de que se trate exclui a possibilidade de invocar o estado de necessidade; ou b) o Estado haja contribuído para a ocorrência do estado de necessidade” (tradução livre para o português).
- 40) CMS v. Argentina cit., par. 353; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, cit., par. 333 e Semptra Energy Int. v. Argentina, cit., par. 375.
- 41) LG&E v. Argentina, cit., par. 245.
- 42) BJORKLUND, Andrea K. Ob. cit., p. 494.
- 43) CMS Gas Transmission Co. v. Argentina (ICSID n. ARB/01/8, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC687_En&c...>, par. 129).
- 44) “This leads the Tribunal to the conclusion that invocation of Art. XI under this BIT, as a specific provision limiting the general investment protection obligations (of a ‘primary’ nature) bilaterally agreed by the Contracting Parties, is not necessarily subject to the same conditions of application as the plea of necessity under general international law.” (Continental Casualty Company v. Argentina, cit., par. 167)
- 45) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 497.
- 46) O tratado modelo de investimento do Canadá de 2004, todavia, contem expressa exceção geral: “Article 10. General Exceptions. 1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: (a) to protect human, animal or plant life or health; (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement; or (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources” (<<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>).
- 47) Cf., e.g., o art. 83 do acordo Japão-Singapura de 2002 (<http://www.fta.gov.sg/jsepa/fta_jsepa_agreement9.pdf>); o art. 6.11 do acordo Índia-Singapura de 2005 (<http://www.fta.gov.sg/ceca/india-singapore%20comprehensive%20economic%20cooperation%20agreement_chap...>) e o art. 10.9 do acordo Coréia-Singapura de 2005 (<[http://www.fta.gov.sg/ksfta/korea-singapore%20free%20trade%20agreement%20\(ksfta\)_chap10.pdf](http://www.fta.gov.sg/ksfta/korea-singapore%20free%20trade%20agreement%20(ksfta)_chap10.pdf)>).
- 48) Cf. notas 15 e 16.
- 49) “Article 20.02. General Exceptions. 1. Article XX of GATT 1994 and its interpretative notes are incorporated into this Agreement and form an integral part of it for purposes of: (a) Part Two (Trade in Goods), except to the extent that some of its provisions apply to services or investment; (b) Part Three (Technical Barriers to Trade), except to the extent that some of its provisions apply to services or to investment; and (c) Part Five (Competition Policy), to the extent that some of its provisions apply to goods.” (<http://www.sice.oas.org/Trade/PanRC/PANRC1_e.asp#20.02>)
- 50) “Article 200. General Exceptions. 1. For the purposes of this Agreement, Article XX of GATT 1994 and its interpretive notes and Article XIV of GATS (including its footnotes) are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis.” (<<http://www.chinafta.govt.nz/1-The-agreement/2-Text-of-the-agreement/0-downloads/NZ-ChinaFTA-Agreemen...>>)
- 51) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 502.
- 52) Cf. *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R (Brazil-Tyres), (<[http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/brazil-tyres\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/brazil-tyres(ab).pdf)>), par. 210.

- 53) No caso Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea Beef), o Órgão de Apelação decidiu que: “As used in Article XX(d), the term ‘necessary’ refers, in our view, to a range of degrees of necessity. At one end of this continuum lies ‘necessary’ understood as ‘indispensable’; at the other end, is ‘necessary’ taken to mean as ‘making a contribution to’. We consider that a ‘necessary’ measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of ‘indispensable’ than to the opposite pole of simply ‘making a contribution to’” (WT/DS169/AB/R, <[http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/korea-beef\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/korea-beef(ab).pdf)>, par. 161).
- 54) Cf. US – Gasoline, WT/DS2/AB/R (<[http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-gasoline\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-gasoline(ab).pdf)>, p. 25).
- 55) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 503-4.
- 56) Cf. art. 16 do acordo EUA-Peru de 2006 (<<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa/final-text>>).
- 57) O Anexo ao acordo EUA-Bolívia prevê a seguinte ressalva feita pelos EUA: “The U.S. exceptions from its national treatment obligation are: atomic energy; customhouse brokers; licenses for broadcast, common carrier, or aeronautical radio stations; COMSAT; subsidies or grants, including government-supported loans, guarantees, and insurance; State and local measures exempt from Article 1102 of the North American Free Trade Agreement pursuant to Article 1108 thereof; and landing of submarine cables” (<http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/US_Bolivia_e.asp>).
- 58) Por exemplo, o acordo Canadá-Panamá de 1996 dispõe: “Article VI: Miscellaneous Exceptions. [...] 2. The provisions of Articles II, III, IV and V of this Agreement do not apply to: a. procurement by a government or state enterprise” (<<http://www.sice.oas.org/BITS/canpan1e.asp>>).
- 59) O item 1 da Seção A do Anexo III do Cronograma do México ao NAFTA dispõe: “Annex III. Schedule of Mexico. Section A. Activities Reserved to the Mexican State. Mexico reserves the right to perform exclusively, and to refuse to permit the establishment of investments in, the following activities: 1. Petroleum, Other Hydrocarbons and Basic Petrochemicals” (<<http://www.worldtradelaw.net/nafta/ann3mex.pdf>>).
- 60) “Article VI: Miscellaneous Exceptions. [...] 3. Investments in cultural industries are exempt from the provisions of this Agreement” (acordo Canadá-Barbados de 1996, <http://www.sice.oas.org/BITS/canbar_e.asp>).
- 61) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 506.
- 62) “Article 5: Minimum Standard of Treatment. 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. [...] 6. Paragraph 4 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 3 but for Article 14(5)(b).” (Acordo EUA-Ruanda de 2008, <http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/US_Rwanda_e.asp>).
- 63) O item I do Anexo II do acordo Canadá-Chile de 1996 regula a matéria da seguinte forma: “1. The Schedule of a Party sets out, pursuant to Articles G-08(3) (Investment) and H-06(3) (Cross-Border Trade in Services), the reservations taken by that Party with respect to specific sectors, sub-sectors or activities for which it may maintain existing, or adopt new or more restrictive, measures that do not conform with obligations imposed by [...]” (<http://www.sice.oas.org/trade/chican_e/Chca21e.asp>).
- 64) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 506-9.
- 65) No contexto específico das arbitragens de investimento, o estado de necessidade, a força maior e o consentimento são as defesas invocadas com maior frequência e em relação às quais há considerável jurisprudência sobre o tema. Por tal razão, os comentários a seguir contemplarão apenas essas excludentes da ilicitude. Para comentários sobre as demais excludentes, confira-se: Celso de Mello, *Curso de direito internacional público*, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 520 e ss. Para o exame das causas de exclusão da ilicitude nos casos de violações de obrigações contratuais, cf. R. D. Bishop, J. Crawford e W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, Capítulo 10.

- 66) Acerca do tema do estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude no direito internacional, confira-se, e.g., Andrea K. Bjorklund, *Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure*, The Oxford Handbook Of International Investment Law, p. 459 (Peter Muchlinski et al., 2008); Rudolf Dolzer, *Emergency Clauses in Investment Treaties: Four Versions*, in *Looking To The Future: Essays On International Law in Honor of W. Michael Reisman* 705 (Mahmoun H. Arsanjani et al. eds., 2010); Tarcisio Garzzini, *Foreign Investment and Measures Adopted on Grounds of Necessity: Toward a Common Understanding*, 7 Transnat'l Disp. Mgmt. (Apr. 2010); José E. Alvarez e Kathryn Khamsi, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2008-2009 (Karl P. Sauvant ed., 2009); Jorge E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law*, 14 Law & Bus. Rev. Am. 79 (2008); Sarah F. Hill, *The "Necessity Defense" and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the U.S.-Argentina Bilateral Investment Treaty*, 13 Law & Bus. Rev. Am. (2007); Vaughan Lowe, *Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses*, 10 Eur. J. Int'l L. 405, 405-11 (1999); Roman Boed, *State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct*, 3 Yale Hum. RTS. & Dev. L. J. 1, 1-43 (2000); Jan Neumann e Elisabeth Turk, *Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, 37 J. World Trade 199, 199-233 (2003).
- 67) "Article 25. Necessity. 1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. 2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity." (tradução livre para o português)
- 68) No 8º relatório apresentado à CDI da ONU em 1980, acerca da responsabilidade dos Estados pela prática de atos ilícitos internacionais, Roberto Ago definiu o estado de necessidade nos seguintes termos: "To sum up, the circumstance concerning which we must determine whether (and in what conditions) it may have the effect of precluding, by way of exception, the wrongfulness of certain State conduct, whether that circumstance is defined as 'state of necessity' or simply 'necessity', as was done in the English legal literature of an earlier age, is a factual situation in which a State asserts the existence of an interest of such vital importance to it that the obligation it may have to respect a specific subjective right of another State must yield because respecting it would, in view of that circumstance, be incompatible with safeguarding the interest in question. Thus, the crux of the problem of the merits of the 'state of necessity' in international law is whether or not there are cases in which international law sanctions such an attitude – cases in which it allows the 'subjective right' of a State to be sacrificed for the sake of a vital interest of the State which would otherwise be obliged to respect that right" (<http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_318_add5-7.pdf>, p. 18).
- 69) Cf. League of Nations, Conference for the Codification of International Law, *Bases of Discussion for the Conference drawn up by the Preparatory Committee*, v. III: *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners* (C.75.M.69.1929.V, p. 58).
- 70) O dever de compatibilizar as atividades dos Estados com a obrigação de preservação do meio ambiente no âmbito do direito internacional foi reconhecido, expressamente, pela Corte Internacional de Justiça no caso *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*: "The environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment" (ICJ Reports 1996, par. 29).
- 71) Note-se que, até o julgamento do controvertido caso *LG&E v. Argentina*, cit., na maioria dos casos em que a "necessidade econômica" foi alegada como justificativa para afastar a ilicitude da medida adotada, a defesa fundada no estado de necessidade não foi aceita (cf. *Société Commerciale de Belgique* (Bélgica v. Grécia), 1939 PCIJ (ser. A/B) n. 78; *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (França v. Sérvia) 1929 PCIJ (ser. A) n. 14; *Oscar Chinn* (Reino Unido v. Bélgica), 1934 PCIJ (Ser. A/B) n. 63; *Russian Indemnities* (Rússia v. Turquia), 11 RIAA 421; *French Co. of Venezuelan Railroads*, 10 RIAA 285 (France-Venezuela. Mixed Cl. Comm'n 1905).
- 72) Comentários, p. 51.

- 73) No seu relatório, Roberto Ago procurou definir “interesse vital” como sendo aquele destinado a proteger o Estado contra “a grave danger to the existence of the State itself, its political or economic survival, the continued functioning of its essential services, the maintenance of internal peace, the survival of a sector of its population, the preservation of the environment of its territory or a part thereof, etc.” (ob. cit., p. 14). No mesmo sentido, Sarah Heathcote esclarece que “What constitutes an essential interest is not a fixed category and is not limited to safeguarding the very survival of the State itself. It includes, notably, the preservation of the natural environment or the ecological equilibrium, the economic survival of the State, and the maintenance of the food supply of the population” (Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Necessity, in *The Law of State Responsibility*, James Crawford et al. eds., 2010, p. 496).
- 74) A redação do art. 25 do Projeto e a sua aplicação em alguns casos levou o professor Francisco Orrego Vicuña a fazer-lhe a seguinte crítica: “If the threshold is lowered to the extent that recent decisions have suggested one may wonder whether a state of necessity may not be invoked by the United States in view of a major financial crisis, the United Kingdom in the light of its GDP having fallen to levels comparable to the postwar years, or Spain for having unemployment reaching a third of its work force” (Softening Necessity, Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Mahnouch H. Arsanjani et al. eds. Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 751).
- 75) Comentários, p. 83.
- 76) “Necessity cannot be substantiated if the peril facing the State is merely subjective, nor is it likely to be sustained if the peril is sufficiently in the future such that an objective body would not deem it imminent” (Andrea K. Bjorklund, *Emergency Exceptions to International Obligations in the Realm of Foreign Investment: The State of Necessity and Force Majeure as Circumstances Precluding Wrongfulness*, in *The Oxford Handbook Of International Investment Law*, Peter Muchlinski et al., Oxford University Press, 2008, p. 482). Ressalte-se, todavia, que, no julgamento do caso Gabčíkovo-Nagymaros, a Corte Internacional de Justiça entendeu que o conceito de perigo iminente, “does not exclude [...] that a ‘peril’ appearing in the long term might be held to be ‘imminent’ as soon as it is established, at the relevant point in time, that the realization of that peril, however far off it might be, is not thereby any less certain and inevitable” (ICJ Reports 1997, p. 42).
- 77) “The adoption by a State of conduct not in conformity with an international obligation towards another State must truly be the only means available to it for averting the extremely grave and imminent peril which it fears; in other words, it must be impossible for the peril to be averted by any other means, even one which is much more onerous but which can be adopted without a breach of international obligations.” (Roberto Ago., ob. cit., p. 20)
- 78) “Necessity precludes the wrongfulness of a state's action because the international legal order (like most domestic orders, under different names) considers that such action was intended to protect an ‘essential interest’ that is a higher value than the one protected by the norm breached.” (Jorge E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms in Investment Law*, 14 *Law & Bus. Rev. Am.* 79 (2008), p. 82)
- 79) Comentários, p. 82.
- 80) Comentários, p. 83-4.
- 81) Comentários, p. 84.
- 82) “Article 26. Compliance with peremptory norms. Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.”
- 83) Esse já era o entendimento da CDI no citado relatório de Roberto Ago de 1980: “While the analysis of practice will provide a more fully documented reply to this question, it can be said at the present stage that we exclude the possibility that state of necessity operates as a circumstance precluding the wrongfulness of conduct not in keeping with an obligation stemming from one of the rules of jus cogens or certain rules of humanitarian international law. Moreover, in view of the compelling reasons which lead to the definitive affirmation of the prohibition of the use of force against the territorial integrity or political independence of any State, it seems to us inconceivable that the legal conviction of States would today accept ‘necessity’ as justification for a breach of that prohibition and, more generally, for any act covered by the now accepted concept of an ‘act of aggression’” (Ob. cit., p. 20-1).
- 84) “An international agreement can preclude the invocation of necessity as an excuse for breach and then the plea will not be accepted. The preclusion of the necessity doctrine can be implicit or explicit.” (Andrea K. Bjorklund, ob. cit., p. 488)
- 85) Comentários, p. 84.
- 86) Foi o que decidiu a Corte Internacional de Justiça no referido caso Gabčíkovo-Nagymaros: “The Court infers from all these elements that, in the present case, even if it had been established that there was, in 1989, a state of necessity linked to the performance of the 1977 Treaty, Hungary would not have been permitted to rely upon that state of necessity in order to justify its failure to comply with its treaty obligations, as it had helped, by act or omission to bring it about” (ICJ Reports 1997, p. 46).
- 87) Comentários, p. 84.

- 88) O ponto foi corretamente identificado por Roberto Ago no Relatório acima referido: *"The threat to such an essential interest of the State must be extremely grave, representing a present danger to the threatened interest, and its occurrence must be entirely beyond the control of the State whose interest is threatened. It would obviously be out of the question for a State intentionally to create a situation of danger to one of its major interests solely for the purpose of evading its obligation to respect a subjective right of another State"* (Ob. cit., p. 19-20).
- 89) *"The International Law Commission has made it clear its view that all of the conditions governing necessity must be satisfied before a state may successfully invoke the defence. This position was endorsed by the Court in Gabčíkovo-Nagymaros Project and by the CMS tribunal. The Enron tribunal noted that 'the various conditions must be cumulatively met, which brings the standard governing the invocation of state necessity to a still higher echelon', a view shared by the Semptra tribunal. The LG&E tribunal did not discuss the cumulative nature of the requirements, although it enumerated the requirements and explained its interpretation of them. It is indeed difficult to meet the requirements found in each of the alternative factors."* (Andrea K. Bjorklund, ob. cit., p. 475)
- 90) *"Article 27. Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness. The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: (a) compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists; (b) the question of compensation for any material loss caused by the act in question."*
- 91) Cf. LG&E, cit., par. 136.
- 92) *"Subparagraph (a) of article 27 addresses the question of what happens when a condition preventing compliance with an obligation no longer exists or gradually ceases to operate. It makes it clear that chapter V has a merely preclusive effect. When and to the extent that a circumstance precluding wrongfulness ceases, or ceases to have its preclusive effect for any reason, the obligation in question (assuming it is still in force) will again have to be complied with, and the State whose earlier non-compliance was excused must act accordingly. The words 'and to the extent' are intended to cover situations in which the conditions preventing compliance gradually lessen and allow for partial performance of the obligation"* (Comentários, p. 86). No mesmo sentido, Andrea K. Bjorklund esclarece que "[...] compliance with the international obligation must resume as soon as possible. Necessity does not terminate the obligation. It merely excuses the temporary minimal breach of the obligation to the extent that the breach is necessary to preserve a vital interest" (Ob. cit., p. 483).
- 93) *"Moreover the Committee notes that Article 27 itself is a 'without prejudice' clause, not a stipulation. It refers to 'the question of compensation' and does not attempt to specify in which circumstances compensation could be due, notwithstanding the state of necessity."* (CMS v. Argentina, ICSID n. ARB/01/8, Decision on Annulment, cit., par. 147)
- 94) ICJ Reports 1997, p. 40-1.
- 95) ICJ Reports 2004, p. 56-7.
- 96) Além das decisões acima referidas, a questão da licitude do estado de necessidade foi apreciada, v.g., nos seguintes casos: Legality of Use of Force (Iugoslávia v. Bélgica), (request for the indication of provisional measures), 1999 ICJ Report 124, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/105/4515.pdf>>; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (advisory opinion), 1996 ICJ Report 226; Rainbow Warrior (Nova Zelândia v França), 20 Rep. Int'l Arb. Awards 217; China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services of Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R (<http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds363_e.htm>); The M/V "Saiga" (n. 2) Case (St. Vincent and The Grenadines v. Guinéa), 38 ILM 1323 (1999).
- 97) Declaração da "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", de 11 de fevereiro de 2002. No referido documento, a Academia Nacional ainda afirma que *"Al finalizar el año 2001 y comenzar el presente, el país ha sido sacudido por cambios institucionales que han afectado el orden político, jurídico, económico y social de toda la Nación. La gravedad de la situación impuso a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la necesidad de sesionar con carácter extraordinario. Las políticas seguidas han deteriorado las instituciones en las que se cimenta la República, generando en la ciudadanía y en el exterior una profunda crisis de credibilidad, que ha llevado a la violencia y al caos social. Además de una grave emergencia el país enfrenta el riesgo de su desintegración como comunidad jurídicamente organizada"* (<<http://www.academiadederecho.org.ar/declaraciones.htm>>).
- 98) Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70355/norma.htm>>.
- 99) Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2002/not20021202p41979.htm>>.
- 100) Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/71477/norma.htm>>.
- 101) A Lei de Emergência teve a sua vigência prorrogada pelas Leis nºs 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456 e 26.563 e ficará em vigor, pelo menos, até 31 de dezembro de 2011 (<<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/161876/norma.htm>>).

- 102) BURKE-WHITE, William W. *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*, in *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality*, Michael Waibel et al. eds., Wolters Kluwer 2010, p. 407/409.
- 103) BURKE-WHITE, William W. Ob. cit., p. 412.
- 104) Continental Casualty Corp. v. Argentina (ICSID n. ARB/03/09, <<http://italaw.com/documents/ContinentalCasualtyAward.pdf>>); BG Group Plc. v. Argentina (Uncitral, <http://italaw.com/documents/BG-award_000.pdf>); Sempra Energy Int'l v. Argentina cit.; Enron Corp. v. Argentina cit.; LG&E Energy Corp. v. The Argentine Republic cit.; CMS Gas Transmission Co. v. Argentina cit.
- 105) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 517.
- 106) O art. XI do Tratado Bilateral de Investimento Argentina-EUA de 1991 assim estipula: *"El presente tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad"* (destacou-se) (<<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/523/norma.htm>>).
- 107) Sempra Energy Int'l v. Argentina, cit., Enron Corp. v. Argentina, cit.; LG&E Energy Corp. v. The Argentine Republic, cit.; e CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, cit.
- 108) Como se verá a seguir, muito embora os Tribunais tenham chegado a conclusões diferentes acerca dos diversos temas suscitados naquelas arbitragens, todas as sentenças foram consistentes no reconhecimento das seguintes premissas aplicáveis aos casos: o art. 25 do Projeto reflete as regras do direito internacional costumeiro acerca do estado de necessidade; todas as quatro condições devem ser cumulativamente atendidas; a verificação do preenchimento das condições não se sujeita ao autojulgamento pelo Estado interessado e, em razão da sua natureza extraordinária, o estado de necessidade deve ser interpretado restritivamente (NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 518).
- 109) Cf. CMS, par. 320, Enron, par. 306, e Sempra, par. 348.
- 110) *"The essential interests of the Argentine State were threatened in December 2001. It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace."* (par. 257).
- 111) *"[...] that the plea of necessity is excluded if there are other (otherwise lawful) means available, even if they may be more costly or less convenient"* (CMS, par. 324). No mesmo sentido, cf. Enron, par. 308 e Sempra, par. 350.
- 112) *"In these circumstances, an economic recovery package was the only means to respond to the crisis. Although there may have been a number of ways to draft the economic recovery plan, the evidence before the Tribunal demonstrates that an across-the-board response was necessary, and the tariffs on public utilities had to be addressed."* (LG&E, par. 257)
- 113) *"A different condition for the admission of necessity relates to the requirement that the measures adopted do not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole. As the specific obligations towards another State are embodied in the Treaty, this question will be examined in the context of the applicable treaty provisions. It does not appear, however, that the essential interest of the international community as a whole was affected in any relevant way, nor that a peremptory norm of international law might have been compromised, a situation governed by Article 26 of the Articles"* (CMS, par. 325); *"It cannot be said that any other State's rights were seriously impaired by the measures taken by Argentina during the crisis"* (LG&E, par. 257).
- 114) *"In particular, the reasoning in Enron and Sempra suggest, without more elaboration, that since the investment obligations are owed to the foreign investor, essential interests of the state are somehow to be substituted with the interests of the investor. But, arguably, Article 25(1)(b) requires an evaluation of the competing public interests – not of the private interests of foreign investors. If the state has managed to satisfy the high threshold requirement that the measures are the 'only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril', it is difficult to imagine a situation where the economic interests of a particular investor would outweigh the interests of the state in safeguarding its essential interests."* (NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 522)
- 115) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 520-1.
- 116) *"The crisis was not of the making of one particular administration and found its roots in the earlier crisis of the 1980s and evolving governmental policies of the 1990s that reached a zenith in 2002 and thereafter. Therefore, the Tribunal observes that the government policies and their shortcomings significantly contributed to the crisis and the emergency and while exogenous factors did fuel additional difficulties they do not exempt the Respondent from its responsibility in the matter"* (CMS, par. 329). No mesmo sentido, cf. Enron, par. 312, e Sempra, par. 354.
- 117) *"In the first place, Claimants have not proved that Argentina has contributed to cause the severe crisis faced by the country; secondly, the attitude adopted by the Argentine government has shown a desire to slow down by all the means available the severity of the crisis."* (LG&E, par. 256)

- 118) "Article 23. Force majeure. 1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation. 2. Paragraph 1 does not apply if: (a) the situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or (b) the State has assumed the risk of that situation occurring." (tradução livre para o português)
- 119) Comentários, p. 76.
- 120) Comentários, p. 76.
- 121) No caso *Rainbow Warrior* (Nova Zelândia v. Grécia) o tribunal assim se manifestou sobre a aplicabilidade da força maior: "New Zealand is right in asserting that the excuse of force majeure is not of relevance in this case because the test of its applicability is of absolute and material impossibility, and because a circumstance rendering performance more difficult or burdensome does not constitute a case of force majeure" (20 RIAA 217 (1990)). No mesmo sentido, cf. *The Russian Indemnity Case*, XI RIAA 434 (1912) e *Case Concerning Various Serbian Loans* (França v. Sérvia), PCIJ Ser A, n. 20/21 (1929).
- 122) Note-se que, neste ponto, os Comentários parecem ter excluído a possibilidade de se invocar a força maior nos casos de *impossibilidade econômica*, contemplada pela doutrina alemã (cf. Andreas Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, Madrid: Editorial Réus S.A., v. II, 1934. p. 82 e Enneccerus e Lehmann, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*. 35. ed. Barcelona: Librería Bosch, t. 2/1, 1933. p. 235) e brasileira (cf. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, 2. ed., Rio de Janeiro, Aide Editora, 2004, p. 99/100 e Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2004. p. 705).
- 123) BJORKLUND, Andrea K. Ob. cit., p. 500.
- 124) Cf. *Autopista v. Venezuela*; *Toto v. Líbano* e *RSM v. República Centroatricana*, in SCHREUER, Christoph. *The Protection of Investments in Armed Conflict*, TDM, junho de 2011, p. 16-7.
- 125) "Treaties for the protection of investments do not generally become inapplicable in times of armed conflict. In fact, some of the provisions in these treaties are designed to afford protection in situations of violent struggle. However, some of these treaties contain broad security clauses that exempt host States from compliance with the treaties' substantive standards in violent emergency situations. Most treaties guarantee full protection and security. This standard involves an obligation by the host State to spare the investment from violent actions. It also requires a measure of protection against violent interference by private parties, and rebel forces." (Christoph Schreuer, *The Protection of Investments in Armed Conflict* cit., p. 18)
- 126) Cf. *Ottoman Empire Lighthouses Concession* (França v. Grécia), 12 RIAA 155 (1956).
- 127) Cf. *Lybian Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi*, (1994) 96 ILR 274.
- 128) Comentários, p. 78.
- 129) Comentários, p. 78.
- 130) "Article 20. Consent. Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent." (tradução livre para o português)
- 131) Comentários, p. 72.
- 132) Comentários, p. 73.
- 133) Cf. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of Congo v. Uganda), ICJ Reports 2005, p. 168.
- 134) OLLESON, Simon. The Impact of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (<http://www.bjicl.org/files/3107_impactofthearticlesonstate_responsibilitypreliminarydraftfinal.pdf>, p. 148).
- 135) "Article 45. Loss of the right to invoke responsibility. The responsibility of a State may not be invoked if: (a) the injured State has validly waived the claim; (b) the injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim."
- 136) Comentários, p. 73.
- 137) "Article 26. Compliance with peremptory norms. Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law." (tradução livre para o Português)
- 138) "Conclui-se diversamente se a norma transgredida é uma norma do *jus cogens*: neste caso, com efeito, a vítima não pode nunca consentir na violação da norma." (DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 799)

- 139) No caso *R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence*, a Corte de Apelações britânica fez as seguintes observações acerca do conceito de normas imperativas no direito internacional: “[r]everting to the question of *ius cogens*, the International Law Commission has said that the criteria for identifying peremptory norms of general international law are stringent [...]. They suggested that those that were clearly accepted and recognized included the prohibitions of aggression, genocide, slavery and racial discrimination, crimes against humanity and torture, and the right to self-determination” ([2006] 3 WLR 954).
- 140) Acerca da relação entre normas imperativas e as causas de exclusão da ilicitude, cf. Jorge E. Viñuales, *State of Necessity and Peremptory Norms in Investment Law* cit.
- 141) Cf. *Mavromatis Palestine Concessions* (PCIJ Report Series A n. 2, 1924, p. 21/22); *Barcelona Traction*, (1970) ICJ Report 3, p. 79; *Panevezys-Saldutiskis Railway Case* (Estônia v Lituânia), PCIJ, Series A/B, No. 76 (1939); *Nottebohm Case* (Lichtenstein v. Guatemala), 1955 ICJ Report p. 4 e *Case Concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI)* (EUA v Itália), 1989 ICJ Report p. 15.
- 142) “There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states.” (ARB (AF)/98/3, <http://italaw.com/documents/Loewen-Award-2_000.pdf>, par. 233)
- 143) Pela doutrina tradicional, “o consentimento numa violação do direito pela vítima particular não produz, em contrapartida, qualquer efeito jurídico direto. Os indivíduos não podem participar na definição das obrigações internacionais e, se eles pretendessem fazê-lo, o seu comportamento seria inoponível aos Estados. Quando muito, comportando-se assim, poderiam incitar o Estado que estaria em posição de defendê-los a renunciar ao exercício da sua proteção diplomática” (Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, ob. cit., p. 799).
- 144) DOUGLAS, Zachary. *Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, (2003) 74 BYIL 151, p. 183. No mesmo sentido, veja-se a decisão proferida pela Corte de Apelações britânica no caso *Occidental Exploration & Production Company v. Ecuador*: “The functional assumption underlying the investment treaty regime is clearly that the investor is bringing a cause of action based upon the vindication of its own rights rather than those of its national State” ([2006] QB 432, par. 18).
- 145) Foi o que se decidiu no caso *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*: “To some extent, diplomatic protection is intervening as a residual mechanism to be resorted to in the absence of other arrangements recognizing the direct right of actions by individuals” (<http://italaw.com/documents/cms-argentina_000.pdf>, par. 45).
- 146) Note-se que, a rigor, não é propriamente nova a ideia de que os tratados internacionais podem criar direitos subjetivos próprios para os indivíduos, como se pode verificar da decisão proferida pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Jurisdiction of the Courts of Danzing*: “It cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and enforceable by the national courts. That there is such an intention in the present case can be established by reference to the terms of the treaty”. No mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça decidiu, no caso *La Grand* (Alemanha v. Estados Unidos) que os tratados podem, efetivamente, criar direitos subjetivos individuais: “Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case” ([2001] ICJ Rep. 466, p. 494).
- 147) DOUGLAS, Zachary. *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, (2006) 22 *Arbitration International* 27, p. 37. No caso *Corn Products International, Inc. v. México*, a questão foi assim decidida: “167. The Tribunal has concluded that these arguments are not persuasive. In the Tribunal's view, the NAFTA confers upon investors substantive rights separate and distinct from those of the State of which they are nationals. 168. It is now clear that States are not the only entities which can hold rights under international law; individuals and corporations may also possess rights under international law. In the case of rights said to be derived from a treaty, the question will be whether the text of the treaty reveals an intention to confer rights not only upon the Parties thereto but also upon individuals and or corporations. 169. In the case of Chapter XI of the NAFTA, the Tribunal considers that the intention of the Parties was to confer substantive rights directly upon investors. That follows from the language used and is confirmed by the fact that Chapter XI confers procedural rights upon them. The notion that Chapter XI conferred upon investors a right, in their own name and for their own benefit, to institute proceedings to enforce rights which were not theirs but were solely the property of the State of their nationality is counterintuitive” (<<http://italaw.com/documents/CPI-DecisiononResponsibility-eng.pdf>>, par. 167-9).

- 148) Os Comentários ao art. 20 do Projeto não solucionam a questão e, portanto, não esclarecem quais os efeitos da renúncia do Estado de origem em relação à pretensão do investidor, ou da renúncia do investidor às consequências do ato ilícito praticado pelo Estado receptor: *"Article 20 envisages only the consent of States to conduct otherwise in breach of an international obligation. International law may also take into account the consent of non-State entities such as corporations or private persons. The extent to which investors can waive the rules of diplomatic protection by agreement in advance has long been controversial, but under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (art. 27, par. 1), consent by an investor to arbitration under the Convention has the effect of suspending the right of diplomatic protection by the investor's national State. The rights conferred by international human rights treaties cannot be waived by their beneficiaries, but the individual's free consent may be relevant to their application. In these cases the particular rule of international law itself allows for the consent in question and deals with its effect. By contrast, article 20 states a general principle so far as enjoyment of the rights and performance of the obligations of States are concerned"* (Comentários, p. 74).
- 149) NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. Ob. cit., p. 512.
- 150) No caso *SGS v. Philippines*, o Tribunal Arbitral parece ter concluído que o investidor não poderia consentir com a violação das garantias criadas pelo tratado de investimento: *"It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law. Although under modern international law, treaties may confer rights, substantive and procedural, on individuals, they will normally do so in order to achieve some public interest"* (ICSID n. ARB/02/6, <http://italaw.com/documents/SGSvPhil-final_001.pdf>, par. 154).
- 151) *"If, however, the second conception of the investor's right is adopted, then this intuitively disturbing possibility is avoided. The investor's procedural right to have the host state's conduct adjudged according to the investment treaty standards is only perfected upon the filing of a notice of arbitration. At that point the investor is free to waive its procedural right and this of course is common practice whenever an investment treaty claim is settled and withdrawn. The substantive obligations cannot be waived by the investor because they are not directly vested."* (Zachary Douglas, *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureka and Methanex*, *Arbitration International* (2006), volume 22, issue 1, p. 37)
- 152) Acerca dessa questão, cf., ainda, *Aguas del Tunari S.A. v. Bolívia* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 114 e 119 (<http://italaw.com/documents/AguasdelTunari-jurisdiction-eng_000.pdf>); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 44-5 (<<http://italaw.com/documents/Suez-Jurisdiction.pdf>>); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Vivendi Universal S.A. v. Argentina; AWG Group Ltd. v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 44-5 (<<http://italaw.com/documents/SuezVivendiAWGjurisdiction.pdf>>); *Occidental Petroleum Corporation & Occidental Exploration and Production Company v. Equador* (Decision on Jurisdiction), par. 62-89 (<<http://italaw.com/documents/OccidentalEcuadorJurisdictionEng.pdf>>).

© 2019 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.