

Constitucionalismo transformador e Direito Internacional de Investimento

Transformative constitutionalism and International Investment Law

Carlos Bernal¹

O direito internacional de investimento enfrenta cinco desafios centrais de legitimidade: o desafio da dependência do Estado, o desafio dos direitos humanos e constitucionais, o desafio da igualdade, o desafio do padrão de proteção e o desafio do sistema de resolução de disputas entre investidor e Estado. Este Artigo endossa a alegação de que os tribunais constitucionais podem contribuir para a solução desses desafios de legitimidade quando exercem o poder

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Dayton e da Faculdade de Direito da Universidade de La Sabana. É Comissário da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ex-Juiz do Tribunal Constitucional da Colômbia. Por razões de transparência, o autor gostaria de divulgar que redigiu o parecer maioritário do Tribunal Constitucional colombiano na Decisão C-252/2019 (discutida abaixo). Gostaria de agradecer a contribuição de seus então colegas juizes do Tribunal Constitucional na redação final do parecer maioritário, e de Diego Gonzalez e Maria Fernanda Barraza (de suas então câmaras) na preparação dessa sentença. Particularmente grato ao Ministro Alejandro Linares e a Stephan Schill, Sebastian Mantilla e Eduardo Zuleta pelas observações muito perspicazes sobre os assuntos substanciais que ele discute neste documento.

de revisar a constitucionalidade dos tratados internacionais de investimento. De uma perspectiva transformadora, os tribunais constitucionais dos Estados anfitriões podem: (i) criar deliberação pública e aumentar a conscientização sobre os desafios de legitimidade do direito internacional de investimento; (ii) conceder tratamento igualitário a investidores nacionais e estrangeiros; (iii) exigir que os governos negociem disposições mais equilibradas e menos abertas nos tratados internacionais de investimento; (iv) salvaguardar a proteção dos direitos humanos e constitucionais, e outros bens comuns; e (v) elevar os padrões de devido processo legal, previsibilidade, transparência e proporcionalidade no que diz respeito ao sistema de resolução de disputas entre investidor e Estado. Essas iniciativas judiciais podem fortalecer o poder de barganha das autoridades do poder executivo dos Estados anfitriões na negociação de tratados internacionais de investimento e podem reduzir o espaço de discricionariedade dos tribunais arbitrais de investimento internacional. Ambos os resultados poderiam tornar a criação e a execução dos tratados de investimento internacional mais legítimos.

SUMÁRIO: I. Tribunais Constitucionais e os Desafios de Legitimidade ao Direito Internacional de Investimento; **II.** Cinco Desafios de Legitimidade ao Direito Internacional de Investimento; **A.** O Desafio da Dependência do Estado; **B.** O Desafio dos Direitos Humanos e Constitucionais; **C.** O Desafio da Igualdade; **D.** O Desafio dos Padrões de Proteção; **E.** O Desafio do ISDS (Sistema de Resolução de Disputas entre Investidor e Estado); **III.** A Revisão Constitucional do Tratado Bilateral de Investimento entre Colômbia e França: Um Espaço para Deliberação Aberta sobre o Impacto Doméstico do Direito Internacional de Investimento; **IV.** O Padrão de Revisão, o Constitucionalismo

Transformador e o Desafio da Igualdade; V. Decisão C-252/2019 e o Desafio dos Padrões de Proteção; VI. Decisão C-252/2019 e o Desafio do ISDS (Sistema de Resolução de Disputas entre Investidor e Estado); VII. Conclusões

I. Tribunais Constitucionais e os Desafios de Legitimidade ao Direito Internacional de Investimento

O direito internacional de investimento enfrenta cinco desafios centrais de legitimidade: (i) o desafio da dependência do Estado; (ii) o desafio dos direitos humanos e constitucionais; (iii) o desafio da igualdade; (iv) o desafio dos padrões de proteção; e (v) o desafio do sistema de resolução de disputas entre investidor e Estado (ISDS).

Na análise desses desafios, me referirei a 'legitimidade' em três sentidos: legal, sociológico e normativo. Em um sentido legal, uma regra ou instituição legal é legítima se for válida dentro de um sistema jurídico, isto é, se as autoridades competentes a criaram, de acordo com as regras e procedimentos que regem esse sistema jurídico. Em um sentido sociológico, uma regra ou instituição legal é legítima se, de fato, for aceita pelos cidadãos. Em um sentido normativo, uma regra ou instituição legal é legítima se for aceitável ou justificável, ou seja, se estiver em conformidade com padrões de justiça ou correção.²

Na próxima seção, fornecerei uma explicação mais detalhada dos cinco desafios de legitimidade ao direito in-

2 Ver Peter Fabienne, Legitimidade Política (Edward N. Zalta ed., Stan. Enciclopédia de Filosofia. Verão 2017), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/> (discutindo os sentidos de legitimidade); ver também Richard H. Fallon, Legitimidade e Constituição, 118 Harv. L. Rev. 1787, 1787-1853 (2005).

ternacional de investimento mencionados acima. Em resumo, eles destacam alguns fatores que minam a legitimidade deste sistema de direito internacional: decisões tendenciosas e desproporcionais podem criar desincentivos para o apoio do Estado ao sistema; a proteção dos investidores pode estar em desacordo com o respeito aos direitos humanos e constitucionais; essa proteção pode discriminar investidores domésticos; a textura aberta das cláusulas dos tratados internacionais de investimento pode levar a decisões tendenciosas contra os estados anfitriões, e o ISDS pode não cumprir com garantias mínimas de devido processo legal

Quais soluções podem existir para os desafios de legitimidade? Há várias possibilidades, que visam preservar a estrutura do direito internacional de investimento melhorando sua legitimidade. Três delas se destacam:

Primeiro, que árbitros de investimento internacional respondam à crise de legitimidade do ISDS emitindo decisões equilibradas.³ Segundo, uma reforma internacional do ISDS. Desde novembro de 2017, o Grupo de Trabalho III: Reforma do Sistema de Resolução de Disputas entre Investidor e Estado da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional realizou várias reuniões com o objetivo de analisar propostas de reforma.⁴ O conjunto de propostas⁵ inclui

3 Ver Malcom Langford e Daniel Behn, Gerenciando Backlash: O Árbitro do Tratado de Investimento em Evolução?, 29 Eur. J. Int'l L. 551, 558 (2018) (analisando a possibilidade de árbitros de investimento internacionais responderem à crise de legitimidade do ISDS).

4 Ver Grupo de Trabalho III: Reforma da Resolução de Litígios entre Investidores e Estado, Comm. on Int'l Trade L., https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state (visitado pela última vez em 23 de fevereiro de 2023) (listando as propostas e discussões de sete reuniões celebradas entre novembro de 2017 e fevereiro de 2021); ver também Ksenia Polonskaya, Metanarratives as a Trap: Critique of Investor-State Arbitration Reform, 23 J. Int'l Econ. L. 949 (2020) (analisando o processo e as propostas).

5 Ver Sergio Puig e Gregory Shaffer, Alternativas Imperfeitas: Escolha

um tribunal de investimento multilateral⁶ e um mecanismo de apelação.⁷ Terceiro, que os estados negociem novos tratados internacionais de investimento com modelos que: (a) incluam tratamento igualitário de investidores nacionais;⁸ (b) consolidem as proteções dos investidores estrangeiros de formas mais concretas; (c) criem exceções relativas à proteção de direitos humanos e constitucionais e outros objetivos de bem público; ou (d) excluam o ISDS⁹ ou estabeleçam limi-

Institucional e a Reforma da Lei de Investimentos, 112 Am. J. Int'l L. 361 (2018) (analisando as propostas de reforma mais significativas, incluindo mecanismos de mercado (a boa reputação dos estados, a inclusão de proteções aos investidores estrangeiros nos contratos e o uso de seguro contra riscos políticos); mecanismos políticos (negociação e mediação); mecanismos de resolução de litígios nacionais (tribunais nacionais, processos especializados e ouvidorias); mecanismos de adjudicação interestaduais independentes (tribunais ad hoc e tribunais internacionais); mecanismos de adjudicação internacionais como substitutos da adjudicação nacional (ISDS, e um investimento multilateral permanente tribunal); e mecanismos de adjudicação internacionais como complementos da adjudicação nacional (revisão internacional de decisões nacionais, reclamações internacionais após processos nacionais e interpretação internacional a pedido de tribunais nacionais)).

- 6 Esta foi uma proposta apresentada pela Comissão Europeia. Ver Projeto do Tribunal Multilateral de Investimentos, Eur. Comm'n (20 de março de 2018), https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/multilateral-investment-court-project_en.
- 7 Comum da ONU sobre Comércio Internacional L., Possível Reforma dos Mecanismos de Apelação e de Corte Multilateral de Solução de Controvérsias entre Investidor e Estado (ISDS), Doc da ONU A/CN.9/WG.III/WP.185 (29 de novembro de 2019).), <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>.
- 8 O Acordo Brasileiro de Cooperação e Facilitação de Investimentos prevê igualdade de tratamento entre investidores estrangeiros e nacionais. Ver José Henrique Vieira Martins, *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil y Últimos Avances*, Inv. Notícias do Tratado (29 de março de 2023), <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperative-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>.
- 9 O Acordo Brasileiro de Cooperação e Facilitação de Investimentos não inclui um mecanismo ISDS. Em vez disso, institucionaliza mecanismos preventivos (um processo de Provedor de Justiça interno e um comitê

tações a esse tipo de mecanismo de resolução de disputas.

O foco deste Artigo é a terceira opção. Geralmente, as constituições concedem poderes de relações exteriores ao ramo executivo. Em algumas jurisdições, os governos compartilham esses poderes com o legislativo ou com o povo.¹⁰ No entanto, pressões domésticas e internacionais podem criar desincentivos para governos de estados anfitriões negociarem e assinarem tratados internacionais de investimento que sejam mais equilibrados ou mais favoráveis aos estados anfitriões.¹¹ Os riscos de perder investimento estrangeiro e de não atrair novos investimentos suficientes geram pressões de curto prazo sobre as autoridades do ramo executivo. Além disso, os estados anfitriões geralmente têm menos poder de barganha do que os estados de investidores estrangeiros para negociar os termos de proteções ao investimento estrangeiro.¹²

conjunto entre estados) e um mecanismo de arbitragem interestatal. Ver Vivian Gabriel, *O Novo Acordo Brasileiro de Cooperação e Facilitação de Investimentos: Uma Análise do Mecanismo de Resolução de Conflitos à Luz da Teoria da Sombra da Lei*, 34 *Resolução de Conflitos*. Q. 141, 145–49 (2016).

- 10 Veja, por exemplo, US Const. arte. II, § 2º, cl. 2 (desde que o Presidente “terá poder, por e com o parecer e consentimento do Senado, para fazer tratados, desde que dois terços dos senadores presentes concordem”); *Missouri Pac. Ry. Kansas*, 248 US 276, 283–84 (1919) (confirmando que o requisito de concordância de dois terços dos senadores presentes refere-se a dois terços de um quórum; a Constituição prevê que um quórum para negócios requer a presença de maioria dos membros do Senado). Na maioria das Constituições latino-americanas, depois que o Executivo assina um tratado internacional, o Congresso o ratifica. Um tratado internacional não é válido sem ratificação. Algumas constituições latino-americanas também autorizam o Tribunal Constitucional a rever o tratado após a ratificação pelo Congresso. Se o tratado for inconstitucional, não pode entrar em vigor. Ver Víctor Bazán, *El Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en América Latina*, 4 *Estudios Constitucionais* 509 (2006).
- 11 Gus Van Harten, *The Trouble with Foreign Investor Protection* 3 (2020) [doravante Van Harten, *Trouble*] (ênfatizando o alegado efeito dos tratados bilaterais de investimento na atração de novo investimento estrangeiro).
- 12 Ver Todd Allee e Clint Peinhardt, *Delegating Differences: Bilateral*

Essas pressões podem perpetuar os desafios de legitimidade do direito internacional de investimento. Além disso, se os tribunais de investimento internacionais interpretarem tratados desequilibrados e de texto aberto em favor dos investidores, eles provavelmente gerarão um arrefecimento regulatório.¹³ O medo de litígio pode intimidar as autoridades políticas e administrativas dos estados anfitriões. Elas podem evitar implementar medidas para proteger os direitos humanos e constitucionais e para perseguir outros objetivos comuns do bem, quando isso implica limitar os direitos e expectativas dos investidores estrangeiros protegidos sob tratados internacionais de investimento.¹⁴

Investment Treaties and Bargaining over Dispute Resolutions Provisions, 54 *Int'l Stud. Q.* 1, 1-26 (2010) (discutindo a complexidade do poder de negociação dos tratados bilaterais de investimento, particularmente no que diz respeito às disposições do ISDS).

13 Van Harten, *Trouble*, nota 10 *supra*, pp. 99-132.

14 Por exemplo, os acórdãos do Tribunal Constitucional Colombiano desencadearam algumas das actuais reclamações do ICSID contra a Colômbia. Ver, por exemplo, Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], febrero 8, 2016, M.P: G. Delgado, Sentença C-035/16 (Colom.) [doravante Decisão C-035/16] (impactando a *Eco Oro Minerals Corp. v. Colom.*, Caso ICSID nº ARB/16/41 [doravante *Eco Oro*], *Red Eagle Exploration v. Colom.*, Caso ICSID nº ARB/18/12 [doravante *Red Eagle*], e *Galway Gold Inc. Colom.*, Caso ICSID No. ARB/18/13 [doravante *Galway Gold*]); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 22 de agosto de 2013, Sentença C-553/13 (Colom.) [doravante Decisão C-533/13] (impactando *Telefónica, S.A. v Colom.*, Caso ICSID No. ARB/18 /3 [doravante *Telefónica*]); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 1 de outubro de 1998, Sentença SU447-11 (Colom.) [doravante Decisão SU447-11] (impactando *Astrida Benita Carrizosa v. Colom.*, Caso ICSID No. ARB/18/5 [doravante *Astrida Benita Carrizosa*] e *Alberto Carrizosa Gelzis e outros v. Colom.*, Caso PCA nº 2018-56 [doravante *Alberto Carrizosa Gelzis*]); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], fevereiro 28, 2017, Sentença SU133/17 (Colom.) [doravante Decisão SU133/17] (impactando *Aris Mining Corporation* (anteriormente conhecida como *GCM Mining Corp.* e *Gran Colombia Gold Corp.*) *Colom.*, Caso ICSID nº ARB/18/23 [doravante *Gran Colombia Gold Corp.*]. Na decisão do caso: *América Móvil S.A.B. de C.V.* 5 [doravante *América Móvil S.A.B.*], em 7 de maio de 2021, um tribunal

Neste contexto, uma questão ampla é se os tribunais constitucionais podem de alguma forma contribuir para a solução dos desafios de legitimidade do direito internacional de investimento. Dado que esses tribunais devem julgar e fazer cumprir os direitos constitucionais, em princípio, eles têm o poder de quebrar o arrefecimento regulatório do investimento estrangeiro. Em algumas jurisdições, eles podem até ordenar que as autoridades governamentais implementem proteções imediatas aos direitos constitucionais, independentemente do impacto dessa proteção no investimento estrangeiro. No entanto, essa possibilidade pode dar origem a litígios no direito internacional de investimento que, no final, poderiam gerar responsabilidade internacional para o estado.

Assim, uma questão mais específica é se os tribunais constitucionais podem contribuir para a solução dos problemas de legitimidade quando exercem o poder de revisar a constitucionalidade dos tratados internacionais de investimento. Esse poder de revisão é um caso especial do poder de revisar a constitucionalidade de tratados internacionais que várias constituições concedem aos tribunais constitucionais.

Há alguns anos, Mendez publicou um estudo sobre esse poder de revisão¹⁵, que algumas constituições na Europa, América Latina e África consolidam como uma competência ex ante ou ex post para revisar tratados internacionais. Mendez endossou a adoção deste tipo de revisão para garantir que 'a criação de tratados não escape do alcance salutar do constitucionalismo doméstico' e 'maior respeito pelos pa-

do ICSID baseou-se na Decisão C-553/13 do Tribunal Constitucional para declarar que o requerente não tinha um direito que pudesse ser sujeito a expropriação.

- 15 Sobre este poder genérico, ver Mario Mendez, *Constitutional Review of Treaties: Lessons for Comparative Constitutional Design and Practice*, 15 Int'l J. Const. L. 84 (2017).

drões constitucionais no processo de elaboração de tratados' e pelos direitos fundamentais no direito internacional.

No restante deste Artigo, endossarei uma resposta positiva à questão de se os tribunais constitucionais podem contribuir para a solução dos problemas de legitimidade quando exercem o poder de revisar a constitucionalidade dos tratados internacionais de investimento. Especificamente, argumentarei que, quando autorizados a revisar a constitucionalidade dos tratados internacionais de investimento, implementando uma perspectiva transformadora, os tribunais constitucionais dos estados anfitriões podem: (i) criar deliberação pública e aumentar a conscientização sobre os problemas de legitimidade do direito internacional de investimento; (ii) conceder tratamento igualitário a investidores nacionais e estrangeiros; (iii) exigir que os governos negociem disposições equilibradas e menos abertas em tratados internacionais de investimento; (iv) salvaguardar a proteção dos direitos humanos e constitucionais, e outros objetivos do bem comum, e (v) elevar os limiares de conformidade em relação a devido processo legal, transparência e padrões de proporcionalidade no ISDS. Essas iniciativas judiciais podem fortalecer o poder de barganha das autoridades do poder executivo dos estados anfitriões na negociação de tratados internacionais de investimento e podem reduzir o espaço de discricionariedade dos tribunais arbitrais de investimento internacional.

Para justificar esse argumento, usarei, como estudo de caso, a Decisão 252/2019 do Tribunal Constitucional Colombiano.¹⁶ Por meio dessa Decisão, o Tribunal Consti-

16 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], junio 6, 2019, Sentencia C-252/19 (Colom.), translated in *Foreign Investment Between International and Domestic Law: Translation of Judgment C-252/2019 of the Colombia Constitutional Court on the BIT Between France and Colombia* (Enrique Prieto-Ríos et. al eds., 2020) [hereinafter Decision C-252/19], <https://www.>

tucional Colombiano revisou a constitucionalidade de um tratado bilateral de investimento entre Colômbia e França. Durante o processo de revisão, o Tribunal criou um espaço de deliberação no qual as partes interessadas debateram sobre os problemas de legitimidade do direito internacional de investimento, em geral, e do tratado bilateral de investimento Colômbia-França, em particular. Além disso, em sua decisão, o Tribunal aplicou um escrutínio racional aprimorado. Esse nível de escrutínio levou o Tribunal a manter todas as disposições do tratado sob a condição de que as partes concordassem em emitir uma declaração interpretativa para resolver os problemas mais salientes de igualdade e textura aberta. A declaração foi negociada e assinada com sucesso por ambos os governos, criando em última instância salvaguardas contra um arrefecimento regulatório. No entanto, a decisão falhou em incluir limitações razoáveis ao ISDS, especialmente no que diz respeito a devido processo legal, transparência e proporcionalidade de possíveis decisões. De qualquer forma, esta decisão é uma instância bem-sucedida do que chamarei de revisão constitucional transformadora de tratados internacionais de investimento. Argumento que o exercício desse tipo de revisão pode contribuir para a solução dos problemas de legitimidade do direito internacional de investimento.

Na seção (3), destacarei como, durante o processo de revisão constitucional do tratado bilateral de investimento entre Colômbia e França, o Tribunal Constitucional abriu um espaço de deliberação no qual as partes interessadas debateram sobre os problemas de legitimidade do direito internacional de investimento. Na seção (4), explicarei como a

corteconstitucional.gov.co/transparencia/Foreign%20Investment%20between%20international%20and%20domestic%20law.pdf.

Decisão C-252/2019 adotou um escrutínio racional aprimorado e resolveu o problema da igualdade. Na seção (5), relatarei como essa decisão abordou os padrões e os problemas de textura aberta. Na seção (6), analisarei a maior deficiência da Decisão, a saber, que ela falhou em incluir limitações razoáveis ao ISDS, com relação ao devido processo legal, transparência e proporcionalidade de possíveis execuções. A seção (7) resumirá as conclusões. No entanto, antes, na Seção (2), explicarei os cinco desafios de legitimidade ao Direito Internacional de Investimento.

II. Cinco Desafios de Legitimidade ao Direito Internacional de Investimento

A) O Desafio da Dependência do Estado

O direito internacional de investimento é um conjunto de regras legais e instituições que protegem os direitos e expectativas dos investidores estrangeiros contra ações arbitrárias e injustificadas do estado. Tratados bilaterais ou multilaterais de investimento criam essas regras e instituições¹⁷. A legitimidade legal e sociológica do direito internacional de investimento depende de: (a) a disposição dos estados em assinar, ratificar e manter a validade dos tratados internacionais de investimento; (b) a submissão dos estados ao ISDS, e (c) a conformidade dos estados com as decisões arbitrais.¹⁸

17 Um banco de dados de Tratados de Investimento pode ser encontrado em Banco de Dados Eletrônico de Tratados de Investimento, <https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search> (visitado pela última vez em 14 de agosto de 2023).

18 Ver Charles B. Rosenberg, A interseção do comércio internacional e da arbitragem internacional: o uso de benefícios comerciais para garantir a conformidade com sentenças arbitrais, 44 Geo. J. Int'l L. 503 (2013) (discutindo diversas questões relativas ao cumprimento de sentenças

Os estados anfitriões geralmente entram em tratados internacionais de investimento para atrair e preservar investimentos estrangeiros.¹⁹ No entanto, se, ao fazer cumprir esses tratados, tribunais de arbitragem internacionais concedem proteção injustificada a investidores estrangeiros, suas decisões geram desincentivos para a permanência dos estados no sistema legal de investimento internacional. Neste contexto, o desafio da dependência do estado é: como o direito internacional de investimento deve alcançar um equilíbrio entre a proteção dos investidores estrangeiros, por um lado, e evitar desincentivos para os estados se retirarem do sistema, por outro? Pouca proteção aos investidores poderia desencorajar o investimento estrangeiro, que é o que motiva os estados a se comprometerem com o sistema de direito internacional de investimento.²⁰ Ao mesmo tempo, muita proteção aos investidores levaria os estados anfitriões a ressentir-se de decisões injustificadas, a considerar a retirada desse quadro legal e, em última análise, à extinção do direito internacional de investimento.²¹

arbitrais de investimentos internacionais).

- 19 No entanto, existem dúvidas se a ratificação dos tratados internacionais de investimento pelos estados anfitriões atrairá novos investimentos. Ver Jeswald W. Salacuse e Nicholas P. Sullivan, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 *Harv. Internacional LJ* 67 (2005).
- 20 Veja Jonathan Bonnitcha et. al, *A Economia Política do Regime do Tratado de Investimento* 155–80 (2017) (discutindo este objetivo dos tratados internacionais de investimento).
- 21 Não só os estados anfitriões, mas também os estados de origem demonstraram interesse em readquirir o controle sobre o direito internacional de investimento. Para uma análise desta tendência, ver Rodrigo Polanco, *The Return of the Home State to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection?* (2018).

B) O Desafio dos Direitos Humanos e Constitucionais

Em segundo lugar, os estados estão sob obrigações internacionais e domésticas para proteger os direitos humanos e constitucionais. Às vezes, leis, regulamentos e decisões judiciais do estado que visam implementar e fazer cumprir esses direitos - como os direitos à saúde, à proteção ambiental, à água e a padrões mínimos de trabalho - podem justificar ou exigir limitações aos direitos e expectativas legítimas de investidores estrangeiros.²² O desafio dos direitos humanos e constitucionais surge quando os estados violam uma obrigação de investimento internacional com o objetivo de proteger direitos humanos ou constitucionais.²³ Esse é um caso especial de antinomia no direito internacional. Esta antinomia surge quando, do ponto de vista do estado, os direitos humanos exigem o que o direito internacional de investimento proíbe, ou vice-versa. Este desafio diz respeito à legitimidade normativa e legal do direito internacional de investimento.²⁴

À primeira vista, não parece justificável proteger os direitos dos investidores estrangeiros ao preço de violar os direitos humanos e constitucionais. Portanto, não parece

22 Stephan W. Schill e Vladislav Djanic, Por que você está? Rumo a uma justificação do direito de investimento internacional baseada no interesse público, 33 ICSID Rev. 29, 29-30 (2018).

23 Ver Stephan W. Schill e Christian J. Tams, International Investment Protection and Constitutional Law: Between Conflict and Complementarity, em International Investment Protection and Constitutional Law 2-37 (Stephan W. Schill & Christian J. Tams eds., 2022).

24 Esta antinomia está de alguma forma relacionada com a antinomia que Mills identificou no direito de investimento internacional de tentar satisfazer as necessidades regulamentares públicas dos estados (que inclui regulamentação que visa proteger os direitos constitucionais e os bens públicos) e os interesses privados dos investidores. Ver Alex Mills, Antinomias of Public and Private at the Foundations of International Investment Law and Arbitration, 14 J. Int'l Econ. L. 469, 488 (2011).

válido que os estados sejam internacionalmente responsáveis por limitar os direitos dos investidores por ações que funcionários públicos fizeram com o objetivo de cumprir com regras e padrões de direitos humanos.²⁵ No entanto, estados anfitriões às vezes não incluem exceções às proteções aos investidores com base em obrigações de direitos humanos e constitucionais nos tratados internacionais de investimento. Por esse motivo, o princípio *pacta sunt servanda* concede aos investidores o direito de reivindicar compensação adequada por essas limitações. Nesse sentido, tribunais de arbitragem de investimento internacional às vezes adotam uma visão estreita, focada no tratado, e não consideram obrigações de direitos humanos e constitucionais como defesas válidas do estado.²⁶ De fato, há uma forte justificativa para essa escolha. De acordo com o Artigo 52(1)(b) da Convenção do Centro Internacional para a Solução de Disputas de Investimento (ICSID), 'a má identificação ou não aplicação das leis aplicá-

25 Este desafio transcende a visão tradicional da fragmentação, segundo a qual o direito internacional do investimento e os direitos humanos são dois domínios jurídicos totalmente distintos e autônomos. Ver Pierre-Marie Dupuy, *Unificação em vez de fragmentação do direito internacional? O Caso do Direito Internacional do Investimento e do Direito dos Direitos Humanos*, em Pierre-Marie Dupuy et. al, *Direitos Humanos no Direito Internacional de Investimento e Arbitragem* 45 (2009). Naturalmente, ambos os domínios também podem se sobrepor parcialmente. Uma violação de um direito constitucional ou humano também pode constituir uma violação de um tratado internacional de investimento. Por exemplo, uma violação extrema do devido processo legal de um investidor estrangeiro pode, ao mesmo tempo, representar a negação da justiça ao abrigo de um tratado de investimento internacional; ou uma discriminação pode ser uma violação do direito constitucional à igualdade e, ao mesmo tempo, da cláusula de tratamento nacional de um tratado internacional de investimento. Id at. 51. No entanto, também pode haver contradições ou colisões entre ambos os sistemas. Id at. 53.

26 Ver, por exemplo, *RREEF v. Reino de Espanha*, ICSID Case No. ARB/13/30, *Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum*, ¶¶ 79-150 (30 de novembro de 2018), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10455_0.pdf (focando a análise nas cláusulas do tratado).

veis' dá origem a um motivo para anulação de uma decisão arbitral, a saber, que o Tribunal 'excedeu manifestamente seus poderes.¹²⁷

De qualquer forma, se os estados anfitriões incluem exceções às proteções aos investidores com base em obrigações de direitos humanos e constitucionais, isso dá origem a uma questão de equilíbrio. Devido à textura aberta das cláusulas que especificam direitos humanos e constitucionais, as arbitragens devem equilibrar esses direitos com os direitos dos investidores. Não existe uma fórmula universal de equilíbrio para abordar este desafio complexo.

C) O Desafio da Igualdade

Tratados bilaterais de investimento abrangem padrões especiais de proteção aos direitos e expectativas dos investidores estrangeiros.²⁸ Em princípio, esses padrões não são concedidos a investidores nacionais.²⁹ Isso cria um problema de igualdade. Desse problema deriva um desafio à legitimidade normativa do direito internacional de investimento. Se a igualdade é uma condição de legitimidade normativa³⁰,

27 Ver CL Lim et. al, *Direito de Investimento Internacional e Arbitragem: Comentários, Decisões e Outros Materiais* 153 n.1 (2ª ed. 2021).

28 Ver Arnaud de Nanteuil, *Droit International de l'Investissement* 320–416 (2ª ed. 2014), traduzido em *Direito Internacional de Investimento* (2020).

29 Uma questão diferente é que, por vezes, o envolvimento com tratados de investimento internacionais leva os estados anfitriões a melhorar o seu sistema jurídico relativo à protecção geral dos investidores (incluindo os investidores nacionais). Sobre este tema, ver Mavluda Sattorova, *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance?* (2018). No entanto, esta visão está de alguma forma em tensão com outras análises críticas do direito internacional de investimento. Por exemplo, de acordo com Julian Arato, um dos piores efeitos do direito internacional de investimento é que conduz a uma distorção das instituições nacionais de direito privado. Ver Julian Arato, *A crítica do direito privado ao direito de investimento internacional*, 113 *Am. J. Internacional L.* 1 (2019).

30 Ver Alex Levitov, *Normative Legitimacy and the State*, em Oxford

como pode um sistema normativo que discrimina contra investidores nacionais concedendo-lhes extraordinários “benefícios legais”, “poderes e proteções” apenas a investidores estrangeiros - e essencialmente entranhando “favoritismo pró-investidor” - ser legítimo?³¹

D) O Desafio dos Padrões de Proteção

Tratados internacionais de investimento consolidam padrões de proteção por meio de disposições de textura aberta.³² Eles incluem conceitos ambíguos, como “tratamento justo e equitativo”, “padrão mínimo de tratamento”, “tratamento nacional”, “tratamento da nação mais favorecida” e “expropriação indireta”.³³ Investidores estrangeiros recorrem a essas disposições para contestar leis, políticas, regulamentos e decisões judiciais dos estados. Há evidências de que tribunais de arbitragem internacionais interpretam expansivamente esses padrões³⁴, de maneiras pró-investidor, particularmente quando grandes corporações são os requerentes.³⁵ As mesmas evidências mostram que, às vezes, esses

Handbook Topics in Politics (2016), <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935307.0>

01.0001/oxfordhb-9780199935307-e-131 (discutindo a igualdade de tratamento dos indivíduos como condição de legitimidade política sob diferentes teorias); ver também Dean J. Machin, *Political Legitimacy, the Egalitarian Challenge, and Democracy*, 29 J. Applied Phil. 101 (2012).

31 Van Harten, *Trouble*, supra note 10, at 1–3 (2020).

32 Ver HLA Hart, *The Concept of Law* 123, 128–36 (2ª ed. 1994) (discutindo a “textura aberta” das regras jurídicas).

33 O Tratado Bilateral de Investimento Colômbia-França é um exemplo de tratado que contém esses conceitos. Ver nota infra 81.

34 Gus Van Harten, *Comportamento do Árbitro em Adjudicação Assimétrica (Parte Dois): Um Exame de Hipóteses de Viés na Arbitragem de Tratados de Investimento*, 53 *Osgoode Hall LJ* 540, 557 (2016).

35 Gus Van Harten, *Líderes na Interpretação Expansiva e Restritiva de Tratados de Investimento: Um Estudo Descritivo das Decisões ISDS até 2010*, 29 *Eur. J. Internacional L.* 507, 508 (2018).

tribunais exibem pouca deferência às autoridades locais. Se verdadeiro, essa tendência pode minar a competência das autoridades estaduais para introduzir regulamentações justificadas em domínios econômicos de interesse do investimento estrangeiro.³⁶ De um ponto de vista constitucional, é normativamente legítimo que os estados tenham o poder de introduzir tais regulamentações. Dentro deste contexto, o desafio em relação aos padrões de proteção é como encontrar uma interpretação equilibrada dos padrões do direito internacional de investimento? Tal interpretação deve conceder proteções justificadas aos investidores estrangeiros e, simultaneamente, preservar a integridade dos poderes regulatórios dos estados.

E) O Desafio do ISDS

Finalmente, o desafio do ISDS está relacionado à crise de legitimidade na arbitragem internacional de investimento³⁷. Funcionários do estado e acadêmicos desafiaram a legitimidade normativa do ISDS por várias razões, incluindo: inconsistência entre decisões de arbitragem de investimento internacional, imprevisibilidade de decisões arbitrais, falta de neutralidade dos tribunais de arbitragem, falta de transparência nos procedimentos de arbitragem, ausência de um órgão de apelação, ineficiência do mecanismo de anulação e desproporcionalidade das decisões³⁸.

36 Gus Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* 74–75 (2013).

37 Ver David Schneiderman, *Projeto de Legitimação Interminável do Direito de Investimento Internacional*, 49 *Loy. U. Chi. LJ* 229 (2017); Daniel Behn, *Legitimidade, Evolução e Crescimento na Arbitragem de Tratados de Investimento: Avaliando Empiricamente o Estado da Arte*, 46 *Geo. J. Internacional L.* 363 (2015); Daniel Behn, *Performance of Investment Tratado Arbitragem*, em *The Performance of International Courts and Tribunals* 77 (Theresa Squatrito et. al eds., 2018).

38 Stephan W. Schill, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: A (Comparative and International) Constitutional Law Framework*, 20 *J.*

Há ligações entre alguns dos desafios de legitimidade mencionados. Em grande medida, o desafio da legitimidade do ISDS desencadeou questões relativas ao desafio da dependência do estado.³⁹ Devido aos efeitos econômicos negativos das decisões adversas do ICSID, a Bolívia em 2007, o Equador em 2009 e a Venezuela em 2012 denunciaram a Convenção do ICSID⁴⁰. Além disso, em 22 de abril de 2013, Cuba, Nicarágua, República Dominicana, São Vicente e Granadinas juntaram-se a esses três países em uma declaração avaliando negativamente o ICSID e pedindo iniciativas de cooperação legal e política regional para criar alternativas ao sistema existente.⁴¹ O Equador foi ainda mais longe. A Assembleia Constituinte consolidou no Artigo 422 da Constituição de 2008 uma proibição para o Equador assinar e ratificar “[t] ratados ou instrumentos internacionais onde o Estado equatoriano ceda sua jurisdição soberana a entidades de arbitragem internacional em disputas envolvendo contratos ou

39 Veja Malcolm Langford et. al, Backlash and State Strategies in International Investment Law, em *The Changing Practices of International Law* 70-102 (Tanja Aalberts & Thomas Gammeltoft-Hansen eds., 2018).

40 A Convenção ICSID - Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos - é um tratado sobre a resolução de disputas de investimento entre estados e nacionais de outros estados. A Convenção criou o Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID). A Convenção entrou em vigor em 14 de outubro de 1966. O texto completo da Convenção está disponível online. Convenção ICSID, Int'l Ctr. para Liquidação do Inv. Disp. Grupo Banco Mundial, <https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention>. Para mais informações sobre a Convenção, ver Antonio R. Parra, *The History of ICSID* (2ª ed. 2017); Christoph H. Schreuer e outros. al, *A Convenção ICSID: Um Comentário* (2ª ed. 2009).

41 Eduardo Silva Romero & Ana Carolina Simões e Silva, Nota Introdutória à Declaração da 1ª Reunião Ministerial dos Estados Latino-Americanos e do Caribe, por 649, 652 e 571 (2013), *Raúl Is/52 Int'l J. Legal Mater Int'l* 1321, 1322 (2013). *Investment Law in Latin America*, at xi-xiii (Attila Tanzi et. al eds., 2016).

comércio entre o Estado e pessoas naturais ou jurídicas[.]”⁴² Equador, Venezuela, Bolívia, Salvador, Nicarágua e Argentina também reavaliaram seu compromisso com tratados internacionais de investimento e encerraram alguns deles.⁴³ Além da América Latina, a África do Sul também encerrou muitos de seus tratados bilaterais de investimento.⁴⁴ Em vez disso, o Parlamento Sul-Africano promulgou um estatuto, que oferece aos investidores estrangeiros um quadro doméstico especial de proteção.⁴⁵

Além disso, há uma conexão essencial entre a textura aberta das disposições dos tratados bilaterais de investimento, o desafio dos padrões de proteção e o problema do ISDS. Devido à sua textura aberta, essas disposições têm uma 'franja de vaguidão'⁴⁶. Elas se tornam 'indeterminadas em sua aplicação a casos limítrofes'. Árbitros imparciais poderiam interpretá-las razoavelmente, quando aplicam essas disposições a tipos imprevistos de problemas. No entanto, se os procedimentos de arbitragem carecem de transparência, árbitros tendenciosos também poderiam interpretar as disposições de padrões de textura aberta de uma maneira expansiva e pró-investidor.⁴⁷ Esse tipo de interpretação po-

42 Sobre o impacto deste entrenchamento constitucional, ver Alexander B. Avtgis, *Rethinking Article 422: A Retrospective on Ecuador's Constitutional ISDS Recalibration 2008*, 2 Ind. Design 1 (2016) (citando Constitución Política de la República del Ecuador, 20 de outubro de 2008, art. 422(1)).

43 Ver Catharine Titi, *Arbitragem de Investimentos na América Latina: A Veracidade Incerta de Idéias Preconcebidas*, 30 Arb. Internacional 357, 363-66 (2014).

44 Ver Engela C. Schlemmer, *An Overview of South Africa's Bilateral Investment Treaties and Investment Policy*, 31 ICSID Rev. LJ 167 (2016).

45 Consulte a Lei de Proteção ao Investimento 22 de 2015 (S. Afr.).

46 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *supra* note 31.

47 Veja Brian Bix, *HLA Hart e a "Textura Aberta" da Linguagem*, 10 L. & Phil. 51, 52 (1991) (em relação a esta característica das disposições de textura

deria levar a decisões desproporcionais. Devido à ausência de uma doutrina de precedentes no direito internacional de investimento e à falta de mecanismos eficazes de anulação e dupla instância, os estados enfrentariam sérias dificuldades para contestar essas decisões. Novamente, isso pode levar os estados a considerar a retirada do sistema e a miná-lo.

III. A Revisão Constitucional do Tratado Bilateral de Investimento entre Colômbia e França: Um Espaço para Deliberação Aberta sobre o Impacto Doméstico do Direito Internacional de Investimento

Em 10 de julho de 2014, os Governos da França e da Colômbia assinaram um tratado bilateral de investimento⁴⁸. O tratado abrange cláusulas típicas protegendo os direitos, interesses e expectativas dos investidores estrangeiros: padrão mínimo de tratamento (Artigo 4), tratamento nacional (Artigo 5), nação mais favorecida (Artigo 5), proteção contra expropriação direta e indireta (Artigo 7) e ISDS sob o arcabouço do ICSID (Artigo 15). Em 12 de julho de 2017, o Congresso Colombiano ratificou o tratado por meio da Lei 1840/2017.

A Seção 10 do Artigo 241 da Constituição Colombiana de 1991 confere ao Tribunal Constitucional o poder de 'tomar uma decisão final sobre a execução de tratados internacionais

aberta).

48 Acordo entre o Governo da Colômbia e o Governo da França sobre a Promoção Recíproca e Proteção de Investimentos, Colom.-Fr., 10 de julho de 2014, UNCTAD, <https://investment>

policy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4771/download.

e as leis que os aprovam⁴⁹. Isso é uma revisão constitucional ex ante, ou seja, antes que o tratado possa entrar em vigor. Se o Tribunal Constitucional declarar inconstitucional um tratado ou uma disposição do tratado, o Governo não pode completar o processo de ratificação. Isso garante a supremacia da constituição no âmbito de um sistema jurídico que é monista em muitos aspectos, incluindo o direito internacional dos direitos humanos.

Com base nesse poder, o Tribunal Constitucional revisou a constitucionalidade do tratado bilateral de investimento (TBI) entre Colômbia e França. Regulamentos domésticos permitem que qualquer cidadão participe dos procedimentos de revisão constitucional. Essa possibilidade abre um quadro para deliberação⁵⁰. Na revisão do TBI⁵¹, o Tribunal Constitucional aprimorou essa deliberação ao solicitar que acadêmicos e especialistas submetessem *amicus curiae* e apresentassem seus argumentos em uma audiência pública. Funcionários do governo (trabalhando nos ministérios das relações exteriores e comércio, e na agência de defesa legal do estado), o Embaixador Francês, o CEO da Câmara de Comércio Colombiano-Francesa, acadêmicos, profissionais e árbitros proferiram discursos e apresentações na audiência pública. Os juízes do Tribunal Constitucional fizeram perguntas normativas, legais, empíricas e técnicas relevantes aos palestrantes. O evento foi transmitido nacionalmente.

As várias submissões escritas e a audiência pública cumpriram três funções. Primeiro, forneceram ao tribunal argumentos normativos, legais e empíricos para entender o texto e o contexto do TBI. Esses argumentos melhoraram a

49 Constituição Política da Colômbia [C.P.] art. 241(10) (4 de julho de 1991).

50 Decreto 2.067 de 1991, 4 de setembro de 1991, Diário Oficial [D.O.], art. 7 (Colom.) [doravante Decreto 2.067/91].

51 tratados bilaterais de investimento.

competência epistêmica do Tribunal, como um representante deliberativo do povo, para decidir sobre a constitucionalidade das disposições do tratado⁵². Segundo, criaram consciência sobre os impactos constitucionais, internacionais, políticos, econômicos e sociais mais prementes dos tratados internacionais de investimento na Colômbia. Terceiro, geraram incentivos para o cumprimento dos melhores padrões e práticas internacionais de tratados⁵³.

Na audiência e nas submissões escritas, várias partes apresentaram fortes razões legais, políticas, econômicas e sociais a favor e contra a constitucionalidade do TBI⁵⁴. Por um lado, o Governo Colombiano e outras partes (o Embaixador Francês, o CEO da Câmara de Comércio Colombiano-Francesa, alguns acadêmicos, profissionais e árbitros) afirmaram que os tratados bilaterais de investimento são uma ferramenta chave para fortalecer o estado de direito na governança da economia global. Eles criam um arcabouço legal e mecanismos de resolução de disputas, que visam estabilizar os fluxos de investimento internacional. Argumentavelmente, isso cria incentivos para manter e aumentar o investimento estrangeiro, particularmente no Sul Global, onde não há capital nacional suficiente para financiar projetos de infraestrutura em grande escala. Nesses países, o investimento estrangeiro parece ser essencial para alcançar metas de crescimento econômico e gerar receita suficiente

52 Ver Robert Alexy, *Balanceamento, Revisão Constitucional e Representação*, 3 Int'l J. Const. L. 572 (2005) (discutindo o papel dos Tribunais Constitucionais como representantes deliberativos do povo).

53 Sobre este papel das audiências públicas organizadas pelo Tribunal Constitucional Alemão, ver Jay N. Krehbiel, *The Politics of Judicial Procedures: The Role of Public Oral - Audiências no Tribunal Constitucional Alemão*, 60 Am. J. Pol. Ciência. 990 (2016).

54 Decisão C-252/19, nota 15 supra, traduzida em Oxford Reports on International Law (2019), <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-ildc/3198co19.case.1/law-ildc-3198co19?rskey=ieluCq&result=1&prd=OPIL>.

para financiar programas de bem-estar social com o objetivo de mitigar a pobreza e a desigualdade econômica⁵⁵. Além disso, alguns países do sul global mostram uma história de instabilidade política e incerteza legal. Constituições de curta duração, golpes de estado, expropriação, violação de direitos e expectativas legítimas e um judiciário ineficiente geram riscos visíveis. É compreensível que investidores estrangeiros busquem proteções contra esses riscos. Tratados bilaterais de investimento oferecem proteções adequadas. Todos esses fundamentos foram particularmente relevantes em relação ao TBI em análise. Investidores franceses têm uma presença significativa na Colômbia e geram centenas de milhares de empregos. Instabilidade política e legal na região andina (Venezuela sob Chavez e Maduro, Equador sob Correa, Bolívia sob Morales e Peru sob Castillo) nas últimas décadas criam desconfiança dos investidores⁵⁶.

Por outro lado, vários *amicus curiae* apontaram possíveis incompatibilidades entre o CIT e a Constituição Colombiana de 1991. No momento da revisão constitucional, investidores estrangeiros haviam apresentado vinte reivindicações contra a Colômbia - onze delas haviam iniciado procedimentos formais⁵⁷. Em nove das reivindicações, in-

55 Ver Stephen D. Cohen, *Corporações Multinacionais e Investimento Estrangeiro Direto: Evitando a Simplicidade, Abraçando a Complexidade* 179-204 (2007).

56 Ver George Philip, *Powering Up: Latin America's Energy Challenges: Oil and Twenty-First Century Socialism in Latin America: Venezuela and Ecuador* (Nicholas Kitchen ed., London School of Economics and Political Science 2010); Alejandro Gutiérrez, *Desenvolvimento Econômico e Social da Venezuela na Era do Chavismo*, 8 Am. Latina. Pol'y 160 (2017).

57 *Glencore International AG e CI Prodeco SA v. Colom.*, Caso ICSID nº ARB/16/6; *América Móvil S.A.B.*, nota 13 supra (decidir com base na Decisão C-553/13, nota 13 supra); *Eco Oro*, nota 13 supra (decidir com base na Decisão C-035/16, nota 13 supra); *Naturgy Energy Group, S.A. e Naturgy Electricidad Colombia, S.L.* (anteriormente *Gas Natural SDG, S.A. e Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.*) v. Colom., Caso

vestidores estrangeiros argumentaram que julgamentos do Tribunal Constitucional Colombiano violaram os direitos que os tratados bilaterais de investimento protegiam⁵⁸. Isso foi, argumentavelmente, um sinal da inconstitucionalidade das proteções do tratado bilateral de investimento. Nessas decisões, o Tribunal Constitucional visava fazer cumprir direitos constitucionais supostamente infringidos para garantir proteções aos investidores. Portanto, essas proteções eram, argumentavelmente, inconstitucionais.

Um exemplo pode sublinhar este ponto. Por meio do Julgamento C-035/2016, o Tribunal Constitucional da Colômbia derrubou algumas disposições dos Atos 1450/2011 e 1753/2015. Essas disposições concediam poderes a uma Comissão de Infraestrutura e Projetos Estratégicos para categorizar e regular projetos a serem realizados em zonas úmidas de alta altitude. Eles também permitiam a realização de projetos de exploração e refino de mineração, petróleo e gás nessas zonas úmidas, se os projetos tivessem sido autorizados sob contratos de concessão antes de certas datas em 2010 e 2011. O Tribunal não manteve ambas as disposições. O Tribunal alegou que as disposições violavam os direitos constitucionais a um ambiente saudável e água limpa. Segundo o Tribunal, as zonas úmidas de alta altitude eram frágeis, forneciam até 70 por cento da água potável da Colômbia e tinham uma enorme capacidade de capturar dióxido de

ICSID nº UNCT/18/1 (decidindo com base em vários acórdãos do Tribunal Constitucional que proíbem a suspensão do fornecimento de eletricidade a sujeitos de proteção constitucional especial, apesar das contas não pagas); Telefónica, nota 13 supra (decidir com base na Decisão C-553/13, nota 13 supra); Astrida Benita Carrizosa, nota 13 supra (decidindo com base na Decisão SU447-11, nota 13 supra); Red Eagle, nota 13 supra (decidir com base na Decisão C-035/16, nota 13 supra); Galway Gold, nota 13 supra (decidindo com base na Decisão C-035/16, nota 13 supra); Gran Colombia Gold Corp., nota 13 supra (decidir com base na Decisão SU133/17, nota 13 supra).

58 Decisão C-252/19, nota 15 supra.

carbono da atmosfera. A continuação dos projetos de mineração causaria danos irreversíveis a esses ecossistemas e prejudicaria a satisfação do direito constitucional à água para os habitantes da Colômbia.

A decisão tornou legalmente impossível para várias empresas de mineração realizarem seus contratos de concessão⁵⁹. Os direitos e expectativas de algumas dessas empresas, nomeadamente Red Eagle Exploration, Galway Gold Inc. e Eco Oro, foram protegidos por tratados bilaterais de investimento ratificados pela Colômbia. Portanto, segundo essas empresas, seus direitos e expectativas foram infringidos como consequência da decisão do Tribunal Constitucional. Essas empresas iniciaram procedimentos sob a jurisdição do ICSID. Por exemplo, a Eco Oro argumentou que como consequência dessa decisão e de outras medidas do estado, a Eco Oro foi privada de seus direitos sob o Contrato de Concessão 3452, e o valor de seus investimentos no setor de mineração colombiano foi destruído. Além disso, a Eco Oro alegou que 'a Colômbia tomou medidas que interferiram nos investimentos da Eco Oro e, em última análise, privaram a Eco Oro dos retornos de seus investimentos sem pagar qualquer compensação'⁶⁰, e que 'as medidas da Colômbia violaram as obrigações da Colômbia sob o [Tratado de Investimento Bilateral] [entre Canadá e Colômbia] e sob o direito internacional[.]'⁶¹ Na decisão arbitral, a maioria do Tribunal considerou que a decisão da Colômbia de proibir atividades de mineração nas zonas úmidas não constituía

59 Decisão C-035/16, nota 13 *supra*.

60 *Id.* ¶ 13(a)-(b).

61 *Colom., Caso ICSID nº ARB/16/41, Solicitação de Arbitragem*, ¶ 4 (8 de dezembro de 2016) [doravante *Eco Oro, Solicitação de Arbitragem*], <http://icsidfiles.worldbank.org>

[/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS10828_En.pdf](http://icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS10828_En.pdf).

expropriação ilegal⁶². No entanto, o Tribunal não aplicou a exceção relativa a questões ambientais, incorporada no TBI, e reconheceu a responsabilidade legal do estado⁶³.

Este cenário apresentou um dilema ao Tribunal Constitucional. As medidas do estado, presumivelmente necessárias para proteger os direitos humanos e constitucionais, constituíam, ao mesmo tempo, decisões ilegais sob o direito internacional de investimento. Opositores dos tratados de investimento bilateral e, em particular, da constitucionalidade do TBI entre Colômbia e França, alegaram que a única saída era declarar a inconstitucionalidade desses tipos de tratados. Além disso, argumentam que esses tratados criaram uma responsabilidade internacional que poderia pôr em risco a sobrevivência do estado colombiano e o cumprimento de sua missão. Uma avaliação de 2019 das reivindicações contra a Colômbia foi de: USD 9.525 bilhões⁶⁴. Isso representava mais de 10 por cento do orçamento nacional total para aquele ano fiscal.

IV. O Padrão de Revisão, o Constitucionalismo Transformador e o Desafio da Igualdade

O Tribunal Constitucional Colombiano, teoricamente, tinha duas alternativas extremas de padrões para revisar os

62 Ver Robert Garden, *Eco Oro v Colômbia: O Admirável Mundo Novo de Exceções Ambientais*, 38 ICSID Rev. LJ 17 (2022) (analisando a decisão arbitral *Eco Oro*).

63 *Eco Oro Minerals Corp. Colom.*, Caso ICSID nº ARB/16/41, Decisão sobre Jurisdição, Responsabilidade e Orientações sobre Quantum (9 de setembro de 2021), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf>

64 Esta avaliação foi realizada na Decisão C-252/19, nota 15 supra, ponto 73, com base em dados fornecidos pela Agência de Defesa do Estado Colombiano ao Tribunal Constitucional.

méritos do TBI entre Colômbia e França: aplicar um padrão de revisão muito deferente e fraco para manter o tratado ou empreender um escrutínio rigoroso e declarar sua inconstitucionalidade. Até 2019, a jurisprudência constitucional colombiana sempre adotou a primeira opção. Em uma linha contínua de precedentes⁶⁵, o Tribunal Constitucional aplicou um padrão de revisão fraco, foi extremamente deferente ao Governo e manteve todas as disposições dos tratados bilaterais de investimento.

O Tribunal invocou várias razões para fundamentar a aplicação de um padrão de revisão muito fraco e formalista. Primeiro, o Tribunal não tinha permissão para considerar

65 Ver Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 22 de agosto de 1996, Sentença C-379/96 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimento entre Colômbia e Cuba); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 14 de agosto de 1996, Sentença C-358/96 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimentos entre a Colômbia e o Reino Unido); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 23 de janeiro de 1997, Sentença C-008/97 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimentos entre a Colômbia e o Peru); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], febrero 17, 1998, Sentença C-494/98 (Colom.) (sobre o primeiro tratado bilateral de investimento entre Colômbia e Espanha); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 23 de abril de 2002, Sentença C-294/02 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimentos entre a Colômbia e o Chile); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 3 de maio de 2007, Sentença C-309/07 (Colom.) (sobre o segundo tratado bilateral de investimento entre Colômbia e Espanha); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 11 de março de 2009, Sentença C-150/09 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimentos entre a Colômbia e a Suíça); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 19 de maio de 2010, Sentença C-377/2010 (Colom.) (sobre o segundo tratado bilateral de investimento entre a Colômbia e o Peru); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 14 de março de 2012, Sentença C-199/2012 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimento entre a Colômbia e a China); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], febrero 22, 2012, Sentença C-123/2012 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimento entre a Colômbia e a Índia); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 7 de março de 2012, Sentença C-169/2012 (Colom.) (sobre o segundo tratado bilateral de investimento entre a Colômbia e o Reino Unido); Corte Constitucional [C.C.] [Tribunal Constitucional], 13 de maio de 2015, Sentença C-286/2015 (Colom.) (sobre o tratado bilateral de investimentos entre a Colômbia e o Japão).

qualquer tipo de razões políticas, econômicas e sociais a favor ou contra a ratificação de um tratado bilateral de investimento. Segundo, de acordo com os Artigos 189.2 e 150.16 da Constituição Colombiana de 1991, apenas o Executivo e o Congresso tinham legitimidade democrática para avaliar as razões políticas relevantes e a oportunidade de negociar, assinar e ratificar um tratado internacional. Portanto, o Tribunal não possuía essa legitimidade. Terceiro, apenas o Executivo e o Congresso têm capacidade técnica para avaliar a conveniência e a justiça das disposições dos tratados internacionais, e seu impacto econômico, político e internacional. O Tribunal também carecia dessa capacidade. Quarto, o Tribunal também estava privado da habilidade de avaliar a justiça e o impacto positivo ou negativo das regulamentações de investimento internacional. Autoridades políticas, organizações internacionais e tribunais e painéis de arbitragem internacionais são dotados dessa capacidade. Finalmente, como a revisão constitucional ocorre antes que o tratado entre em validade, o Tribunal se recusou a prever os impactos benéficos ou adversos previsíveis dos termos acordados.

Por causa da doutrina de precedente, que o Tribunal Constitucional reconheceu desde a Decisão C-836/2001, para revisar o TBI entre Colômbia e França, o padrão de revisão apropriado era fraco e deferente. No entanto, o Tribunal deveria ignorar completamente os argumentos contra a constitucionalidade do tratado, apesar de seu intenso impacto sobre os direitos constitucionais?

Após um exercício de equilíbrio, o Tribunal decidiu adotar um terceiro caminho. Esse terceiro caminho não implicava em exercer padrões de revisão fortes ou emitir remédios fortes. Presupunha que o Tribunal superasse o precedente referente ao uso de um padrão fraco e formalista. Assim, o Tribunal aplicou um escrutínio racional aprimorado. Ao escolher esse padrão, o Tribunal desempenhou um papel

transformador no campo que se relaciona à interseção entre o direito constitucional e o direito internacional de investimento. Dessa forma, o Tribunal seguiu a inspiração de Karl Klare, que associou a Constituição Sul-Africana de 1996 com a transformação das 'instituições políticas e sociais e relações de poder em uma direção democrática, participativa e igualitária'.⁶⁶ Essa atitude pioneira levou vários tribunais no Sul Global a aumentar a intensidade dos padrões de revisão para reduzir 'grandes disparidades de riqueza', mitigar 'condições deploráveis', 'grande pobreza', 'alto nível de desemprego, segurança social inadequada' e a falta de um 'acesso universal à água limpa ou a serviços de saúde adequados'.⁶⁷ Na América Latina, tribunais transformadores tentaram fortalecer a democracia, o estado de direito e os direitos humanos e abordar problemas comuns 'como a exclusão de amplas parcelas da população de ter voz no governo, bem como corrupção, hiperpresidencialismo'⁶⁸ e a fraqueza das instituições⁶⁹.

A primeira área na qual o Tribunal Constitucional aplicou o escrutínio racional aprimorado na revisão do TBI de uma perspectiva transformadora foi a igualdade. Desde seus primórdios, um recurso fundamental do direito inter-

66 Karl E. Klare, *Cultura Jurídica e Constitucionalismo Transformativo*, 14 S. Afr. J. Hum. Rt. 146, 150 (1998).

67 Veja Armin von Bogdandy et. al, *Constitucionalismo Transformativo na América Latina A Emergência de uma Nova Comuna Ius* (2017).

68 *Soobramoney v. Ministro da Saúde, Kwazulu-Natal 1997 SA 1 (CC) (S. Afr.)*. Sobre o papel dos tribunais superiores na consecução desses objetivos, ver Oscar Vilhena Vieira et. al, *Constitucionalismo Transformativo: Comparando os Tribunais Apex do Brasil, Índia e África do Sul* (2013); Roberto Gargarella et. al, *Tribunais e transformação social nas novas democracias: uma voz institucional para os pobres?* (2006); *Cortejando a justiça social: aplicação judicial dos direitos sociais e econômicos no mundo em desenvolvimento* (Varun Gauri & Daniel M. Brinks eds., 2009).

69 Ver Armin von Bogdandy & Rene Uruena, *Constitucionalismo Transformativo Internacional na América Latina*, 114 Am. J. Internacional L. 403, 438 (2020).

nacional de investimento tem sido a concessão de privilégios a investidores estrangeiros⁷⁰. Isso implica que os estados tratam investidores estrangeiros melhor do que seus próprios nacionais. Esse tratamento preferencial tem uma natureza dupla: substancial e processual. Por um lado, os tratados internacionais de investimento concedem direitos substanciais, expectativas e benefícios regulatórios apenas a investidores estrangeiros. Por outro lado, o ISDS permite que investidores estrangeiros evitem a justiça local e solicitem diretamente a tribunais de arbitragem internacionais que abordem suas reivindicações por meio de procedimentos rápidos.

Em decisões nos anos setenta e oitenta, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos sustentou que esses privilégios eram justificados porque investidores estrangeiros eram 'mais vulneráveis' e 'menos ligados à solidariedade' dentro dos estados anfitriões⁷¹. No entanto, nos últimos anos, vários autores argumentaram que esse recurso contradiz o princípio da igualdade e mina a legitimidade do direito internacional de investimento⁷². Isso desfavorece investidores domésticos e cria desequilíbrio nas relações de direito privado, em ambientes de mercado livre competitivos.

Na deliberação que levou à Decisão C-252/2019, os participantes argumentaram que os privilégios concedidos aos investidores franceses violavam os princípios constitucionais de igualdade e livre concorrência⁷³. Além disso, embora as

70 CL. Lim et. al, *Direito e Arbitragem de Investimentos Internacionais: Comentários, Decisões e Outros Materiais* 12-13 (1ª ed. 2018).

71 *James e outros v. Reino Unido*, App. n° 8.793/79, ¶ 63 (21 de fevereiro de 1996); *Lithgow e outros v. Reino Unido*, App. N° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81 (8 de julho de 1986).

72 Ver Ivar Alvik, *A Justificação do Privilégio no Direito do Investimento Internacional: Tratamento Preferencial de Investidores Estrangeiros como um Problema de Legitimidade*, 31 Eur. J. Int'l L. 289 (2020) [doravante Alvik, *Justificação de Privilégio*].

73 Ver Decisão C-252/19, nota 15 supra, ¶ 90.

reparações aos investidores domésticos não devessem alterar intensamente a sustentabilidade fiscal, essa regra não vincula os tribunais de investimento internacionais⁷⁴. Além disso, não há evidências empíricas de que os supostos benefícios em atrair investimento estrangeiro possam justificar as infrações ao princípio da igualdade.

Dentro deste quadro, o Tribunal Constitucional reconheceu como os desenvolvimentos recentes no direito internacional de investimento protegeram o direito à igualdade dos investidores domésticos, concedendo-lhes um tratamento não menos favorável do que o concedido aos investidores estrangeiros. Desta forma, o Ato de Comércio dos EUA (2002)⁷⁵ e o *Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act 2015* (TPA-2015)⁷⁶ proíbem conceder maiores direitos substantivos a investidores estrangeiros do que aqueles reconhecidos aos investidores locais nos Estados Unidos. Além disso, seguindo o Acordo Econômico e Comercial Global entre Canadá e a União Europeia e seus Estados Membros (CETA)⁷⁷, de 10 de outubro de 2016, as

74 Idem.

75 Lei Comercial de 2002, 19 U.S.C. §§ 3803–05. “[Ao mesmo tempo] garantindo que os investidores estrangeiros nos Estados Unidos não recebam maiores direitos substantivos no que diz respeito às proteções de investimento do que os investidores dos Estados Unidos nos Estados Unidos, e para garantir aos investidores direitos importantes comparáveis aos que estariam disponíveis sob os Estados Unidos princípios e práticas jurídicas[.]” Id. § 3802(b)(3).

76 Lei Bipartidária de Prioridades Comerciais e Responsabilidade do Congresso de 2015, 19 U.S.C. §§ 4201–10. Cf. Autoridade de Promoção Comercial (TPA): Perguntas frequentes, todos os representantes do CRS. (21 de junho de 2019), <https://www.everycrsreport.com/reports/R43491.html> (“[N]o acordo comercial deve levar ao concessão de investidores estrangeiros nos Estados Unidos maiores direitos substantivos do que os concedidos aos investidores norte-americanos nos Estados Unidos.”).

77 Acordo Econômico e Comercial Abrangente UE-Canadá, EU-Can., 30 de outubro de 2016, <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>. Este acordo tem um capítulo de investimento.

Partes Contratantes consideraram necessário assinar uma Declaração Interpretativa Conjunta na qual esclareceram que 'o CETA não resultará em investidores estrangeiros sendo tratados mais favoravelmente do que investidores domésticos'⁷⁸. Além disso, no âmbito da revisão constitucional do CETA, o Conselho Constitucional Francês, na decisão nº 2017-749 de 31 de julho de 2017, afirmou que:

“[A]s estipulações do Capítulo 8 do Acordo incluem, em favor dos investidores que não são residentes do Estado anfitrião do investimento, disposições relacionadas a certos direitos substantivos. Estes, que são, em particular, relacionados ao tratamento nacional, tratamento da nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo e a proteção contra expropriações diretas ou indiretas, têm o único propósito de garantir a esses investidores os direitos que seus investimentos nacionais beneficiam.”⁷⁹

No entanto, o Conselho observou que o parágrafo 6 da Declaração Interpretativa Conjunta 'estabelece que o Acordo 'não levará à concessão de tratamento mais favorável a investidores estrangeiros do que a investidores nacionais'. ' Portanto, o Conselho concluiu que, dessa forma, o CETA não criou diferença de tratamento. Como resultado, o tratado estava de acordo com o Artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que protege o direito à igualdade.

78 Secretariado-Geral do Conselho 12865/1/16, Instrumento Interpretativo Conjunto sobre o Acordo Económico e Comercial Abrangente (CETA) entre o Canadá e a União Europeia e os seus Estados-Membros, em 4 (10 de outubro de 2016), <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/public-register/public-register-search/results/?AllLanguagesSearch=False&OnlyPublicDocuments=False&DocumentLanguage=EN&ImmIdIdentifier=ST%2012865%202016%20INIT>.

79 Ver decisão do *Conseil constitutionnel* [CC] [Tribunal Constitucional] nº 2017-749, de 31 de julho de 2017 (fr.) (traduzido pelo autor).

Com base nessas considerações, o Tribunal Constitucional Colombiano observou que o tratado entre Colômbia e França não garante explicitamente tratamento igualitário entre investidores estrangeiros e nacionais em relação a privilégios substanciais. O Tribunal exigiu que essa igualdade fosse garantida. No entanto, o Tribunal considerou que essa garantia não poderia ser estendida ao ISDS. Apenas o princípio da reciprocidade deve guiar a análise da igualdade em relação ao ISDS. Investidores domésticos e estrangeiros no estado anfitrião não compartilham igualmente o interesse em levar suas reivindicações a um ISDS. Apenas investidores estrangeiros das partes contratantes compartilham esse mesmo interesse. Portanto, seu direito à igualdade é satisfeito se um tratado internacional de investimento conceder essa possibilidade a ambos os tipos de investidores estrangeiros em relação a ambos os estados anfitriões⁸⁰.

Por essas razões, o Tribunal Constitucional emitiu a seguinte declaração de constitucionalidade condicional do tratado. O tratado é constitucional apenas sob o entendimento de que 'nenhuma das disposições que se referem a direitos substantivos resultará em tratamento mais favorável injustificado para investidores estrangeiros em relação a nacionais.¹⁸¹ Esta declaração teve como objetivo prevenir que cláusulas do tratado - como as relacionadas ao escopo e proteção de expectativas legítimas (Artigos 4 e 6 do tratado), o conteúdo, escopo e limites de compensação (Artigo 15) ou as condições de pagamento (Artigos 6 e 15) - fossem interpretadas como privilégios injustificados de investidores franceses estrangeiros.

Para garantir a eficácia da declaração de constitucionalidade condicional, o Tribunal instruiu o Presidente da

80 Mas veja Alvik, *Justification of Privilege*, nota 70 supra, pp. 297-302.

81 Ver Decisão C-252/19, nota 15 supra (tradução do autor).

República — na época, o Presidente Ivan Duque — que, se, no exercício de sua competência constitucional para gerir relações internacionais, ele decidisse ratificar esse tratado, no âmbito do Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ele deveria tomar as medidas necessárias para promover a adoção de uma declaração interpretativa conjunta com o representante da República Francesa a respeito da condição para constitucionalidade. Ambos os governos assinaram a declaração, que incluiu a garantia de igualdade substancial para investidores nacionais.

V. Decisão C-252/2019 e o Desafio dos Padrões de Proteção

De uma abordagem transformadora, o Tribunal Constitucional também empregou um escrutínio racional aprimorado para examinar várias cláusulas substantivas do TBI com o objetivo de abordar o desafio referente aos padrões de proteção. O Tribunal observou que várias disposições de textura aberta poderiam estar em desacordo com o princípio constitucional de certeza legal e alguns direitos constitucionais. Além disso, se interpretadas de maneiras pró-investidor, essas disposições poderiam minar a autoridade regulatória do estado e fundamentar decisões injustas.

O Tribunal Constitucional empregou a mesma estratégia usada em relação ao princípio da igualdade. Esta estratégia foi tripla: (i) declarar que uma disposição do TBI permite pelo menos uma interpretação inconstitucional; (ii) manter essa disposição sob a condição de que a interpretação inconstitucional seja descartada; e (iii) solicitar às partes contratantes que emitam uma Declaração Interpretativa Conjunta para abordar a questão e ajustar o sentido da disposição aos padrões constitucionais.

O Tribunal empregou essa estratégia em relação às seguintes disposições:

Artigo 4, que consagra a cláusula sobre o padrão mínimo de tratamento⁸². Sobre essa cláusula, o Tribunal decidiu que:

A expressão 'de acordo com o direito internacional aplicável aos investidores da outra Parte Contratante e seus investimentos, em seu território'⁸³ violava o princípio constitucional de certeza legal (Artigo 1 da Constituição Colombiana). A textura extremamente aberta da disposição torna impossível para o estado e os investidores terem

82 Os investimentos realizados por investidores de uma Parte Contratante gozarão de total proteção e segurança no território da outra Parte Contratante, em conformidade com o direito internacional consuetudinário. Para maior certeza, a obrigação de fornecer proteção e segurança totais nos termos deste Artigo exige que cada Parte Contratante forneça aos Investidores e aos seus investimentos proteção contra danos físicos e materiais." Acordo para a Promoção Recíproca e Proteção de Investimentos entre a Colômbia e a França, Colom.-Fr., 10 de julho de 2014 [doravante denominado BIT Colômbia-França], <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tratadosdeinvestimentobilateral/3488/colombia---france-bit-2014> (traduzido pelo autor).

83 O texto deste dispositivo é o seguinte: "Artigo 4. Padrão Mínimo de Tratamento. 1. Cada Parte Contratante concederá tratamento justo e equitativo, de acordo com o direito internacional aplicável aos investidores da outra Parte Contratante e aos seus investimentos, no seu território. Para maior certeza, a obrigação de proporcionar um tratamento justo e equitativo inclui, inter alia: a) A obrigação de não negar justiça em processos civis, criminais ou administrativos, de acordo com o princípio do devido processo. b) A obrigação de agir de forma transparente, não discriminatória e não arbitrária em relação aos investidores da outra Parte Contratante e aos seus investimentos. Este tratamento é consistente com os princípios da previsibilidade e da consideração das expectativas legítimas dos investidores. A determinação de que outra disposição deste Acordo, ou de outro acordo internacional, foi violada não implicará que esta norma tenha sido violada. Entende-se que a obrigação de proporcionar tratamento justo e equitativo não inclui cláusula de estabilização legal nem impede que uma Parte Contratante adapte sua legislação de acordo com os termos deste parágrafo. 2. Ver Decisão C-252/19, nota 15 supra.

clareza sobre o arcabouço legal aplicável às suas relações jurídicas. Por essa razão, o Tribunal manteve a disposição 'sob a condição de que as Partes Contratantes definam seu conteúdo, de forma que seja compatível com o princípio de certeza legal.' Em uma Declaração Interpretativa Conjunta, emitida por França e Colômbia em 5 de agosto de 2020, as partes esclareceram que as fontes de direito internacional público aplicáveis para interpretar essa cláusula são: tratados internacionais (em particular, tratados ratificados pelas partes contratantes), direito internacional consuetudinário, decisões judiciais e decisões arbitrais. Essa enumeração de fontes não é adequada para reduzir totalmente a textura aberta da disposição. No entanto, ela estabelece um conjunto mais preciso de fontes legais, que é compatível, ao mesmo tempo, com a natureza mutável do direito internacional de investimento e com a certeza legal.

A expressão '*inter alia*' também violou o princípio constitucional de certeza legal. Portanto, o Tribunal a manteve sob a condição de que 'deve ser interpretada de maneira restritiva, em um sentido análogo e não aditivo.'⁸⁴ Essa interpretação limita razoavelmente o escopo das obrigações relacionadas ao padrão mínimo de tratamento.

Finalmente, em relação à proteção de 'expectativas legítimas', o Tribunal manteve essa expressão, sob a condição de que as partes a definam. Na definição, as partes devem considerar que uma expectativa é legítima apenas se for o resultado de atos específicos e reiterados executados pela Parte Contratante que induzem o investidor, agindo de boa fé, a realizar ou manter o investimento. Também há uma infração de uma expectativa legítima se as autoridades empreendem mudanças políticas ou legais abruptas e inesperadas que afetam o investimento. A Declaração Interpretativa Conjunta

84 Idem.

definiu o conceito de expectativas legítimas nesses termos.

Artigo 5, que consolida as cláusulas de tratamento nacional e nação mais favorecida.⁸⁵

O Tribunal manteve a expressão 'situação similar', que aparece no número 4, sob a condição de que as partes contratantes tornem seu escopo mais preciso, de uma maneira compatível com o princípio constitucional de certeza legal. As partes realizaram essa tarefa na Declaração Interpretativa Conjunta. Eles limitaram o escopo de 'situações similares' apenas à administração, empreendimento, operação, venda e disposição de investimento no mesmo campo econômico no território de uma das partes contratantes.

O Tribunal também manteve a expressão 'necessário e proporcional', que aparece sob o número 5, sob uma interpretação compatível com o preâmbulo do TBI. Esta inter-

85 O texto deste dispositivo é o seguinte: "Artigo 5. Tratamento nacional e nação mais favorecida. 1. Cada Parte Contratante aplicará em seu território aos investidores da outra Parte Contratante, em relação aos seus investimentos e atividades relacionadas com os seus investimentos, um tratamento não menos favorável do que aquele concedido em situações semelhantes aos seus investidores ou o tratamento concedido aos investidores de a nação mais favorecida, a que for mais favorável. 2. Este tratamento não incluirá privilégios concedidos por uma parte contratante a investidores de um terceiro Estado em virtude da sua associação ou participação numa zona de comércio livre, união aduaneira, Mercado Comum ou qualquer outra forma de organização económica regional ou acordo semelhante; qualquer existente ou futuro. 3. A obrigação de uma Parte Contratante conceder aos investidores da outra Parte Contratante um tratamento não menos favorável do que o concedido aos seus próprios investidores, não impede que uma Parte Contratante possa adoptar ou manter medidas destinadas a garantir a ordem pública em caso de ameaças graves. aos interesses fundamentais do Estado. Estas medidas não serão arbitrárias e deverão ser justificadas, necessárias e proporcionais ao objectivo prosseguido. 4. Para maior clareza, o tratamento de nação mais favorecida a ser concedido em situações semelhantes e referido neste acordo não se aplicará ao artigo 1.º ou aos mecanismos de resolução de litígios, como os contidos nos artigos 15.º e 16.º do presente acordo, que estão previstos em tratados ou acordos internacionais de investimento." BIT Colômbia-França, nota 81 supra.

pretação deveria ser compatível com a discrição, margem de apreciação e autonomia das autoridades nacionais para fins de garantir a ordem pública e proteger objetivos legítimos de políticas públicas.

Finalmente, o Tribunal manteve a cláusula da nação mais favorecida sob a interpretação - que foi posteriormente ratificada pelas partes na Declaração Interpretativa Conjunta - que cláusulas de outros tratados assinados pelas partes contratantes não constituem 'tratamento' que deve ser concedido aos investidores da outra parte. Esta interpretação é compatível com a integridade do poder de relações exteriores do executivo (que o Artigo 189.2 da Constituição Colombiana institucionaliza).

Artigo 6, que trata da expropriação e compensação.⁸⁶ Sobre este artigo, o Tribunal manteve as expressões 'expectativas legítimas' e 'necessário e proporcional' sob as mesmas condições especificadas sobre a revisão de outras disposições do TBI.

86 O texto deste dispositivo é o seguinte: “Artigo 6.º Desapropriação e indemnização. 1. Nenhuma das Partes Contratantes tomará contra investimentos realizados por investidores da outra Parte Contratante em seu território, exceto para fins públicos ou de interesse social, que terão significado compatível com o de interesse público, especialmente no caso de estabelecimento dos monopólios, e desde que tais medidas não sejam discriminatórias; qualquer medida de: a) Expropriação; b) Nacionalização; c) Ou qualquer outra medida cujos efeitos sejam equivalentes a expropriação ou nacionalização (doravante designada por “expropriação indirecta”). 2. A expropriação indirecta resulta de uma medida ou de um conjunto de medidas adoptadas por uma Parte Contratante que tenha efeito equivalente a uma expropriação sem transferência formal directa de título ou propriedade. Para determinar se uma medida ou série de medidas de uma parte contratante constitui uma desapropriação indirecta, a análise será feita caso a caso, considerando entre outros fatores: a) O grau de interferência no direito de propriedade da medida ou série de medidas; b) O impacto económico da medida ou série de medidas; c) O impacto da medida ou série de medidas nas expectativas legítimas do investidor. As medidas tomadas por uma Parte Contratante destinadas a proteger

A declaração de constitucionalidade condicional dessas disposições, juntamente com o remédio fraco de solicitar ao Governo Colombiano que promova uma Declaração Interpretativa Conjunta, foi um meio adequado para: (i) abordar o desafio dos padrões de proteção; (ii) preservar o poder de relações exteriores do Presidente; e (iii) reduzir o espaço de discricção de futuros tribunais arbitrais, prevenindo decisões injustas e desproporcionais. Como resultado, essa estratégia conferiu legitimidade legal e normativa ao TBI.

VI. Decisão C-252/2019 e o Desafio do ISDS

Uma das deficiências da Decisão C-252/2019 foi que ela não abordou o desafio do ISDS. Como já mencionado, estudiosos questionaram a legitimidade normativa do ISDS por várias razões. Em relação às decisões de investimento internacional, essas razões incluem a imprevisibilidade das decisões arbitrais, a falta de neutralidade dos tribunais de arbitragem, a falta de transparência nos procedimentos de

objetivos legítimos de política pública, como a saúde pública, a segurança e a proteção do meio ambiente, não constituem expropriação indireta, quando necessária e proporcional à luz desses objetivos, e serão aplicados de tal forma que respondam efetivamente aos objetivos de política pública para os quais foram concebidos. 3. Todas as medidas previstas nos n.ºs 1 e 2 deste artigo, adiante designadas por “expropriação”, darão lugar ao pagamento de uma indemnização pronta, efectiva e adequada, que será igual ao valor real do investimento em causa e ser determinada de acordo com a situação económica normal existente antes de qualquer ameaça de expropriação. Em caso de atraso no pagamento da indemnização, esta incluirá juros até à data do pagamento da indemnização, à taxa de juro em vigor. Tal indenização, os valores e as condições de pagamento serão fixados até a data da desapropriação. Esta compensação será livremente transferível. 4. As Partes Contratantes confirmam que a emissão obrigatória de licenças em conformidade com o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) da Organização Mundial do Comércio (OMC) não pode ser contestada nos termos do presente artigo.”. BIT Colômbia-França, nota 81 supra.

arbitragem, a ausência de um órgão de apelação, a ineficiência do mecanismo de anulação e a desproporcionalidade das decisões.

Naturalmente, responder plenamente a esses desafios está além dos poderes do Tribunal Constitucional e do escopo da revisão constitucional do TBI. No entanto, como notei em minha opinião concorrente sobre a constitucionalidade do Artigo 15 do TBI, o Tribunal deveria ter abordado: (i) a aplicação das Regras da UNCITRAL sobre Transparência em Arbitragens entre Investidores e Estados, e (ii) os limites para as decisões de compensação⁸⁷.

Em relação à primeira questão, de acordo com o Artigo 228 da Constituição Colombiana, todas as decisões judiciais devem cumprir os princípios do estado de direito. Publicidade é um princípio do estado de direito. Agora, o Artigo 15, número 12 do TBI estabelece que, se uma das partes se opuser à aplicação das Regras da UNCITRAL sobre Transparência em Arbitragens entre Investidores e Estados - que tornam os procedimentos arbitrais em conformidade com o princípio da publicidade - essas regras não seriam aplicáveis. Essa exceção prejudica a transparência nos procedimentos do ISDS. Essa transparência é especialmente importante em relação ao investimento internacional porque eles se relacionam com questões de interesse público. A esse respeito, a emissão, em 2022, das regras do ICSID é um avanço claro do estado de direito, no sentido de que garantem maior transparência nos procedimentos de arbitragem do ICSID⁸⁸.

Em relação à segunda questão, o Tribunal deveria ter revisado as regras sobre as decisões ou acordos de compensação - fornecidos pelo Artigo 15(15) do TBI, à luz

87 Minha opinião concorrente encontra-se ao final do acórdão na Decisão C-252/19, nota 15 *supra*.

88 Ver Gary J. Shaw, *The 2022 ICSID Rules: A Leap Towards Greater Transparency in ICSID Arbitration*, 38 *ICSID Rev. LJ* 54 (2023).

dos princípios constitucionais de certeza legal (Artigo 1 da Constituição Colombiana), igualdade (Artigo 13 da Constituição Colombiana) e sustentabilidade financeira (Artigo 334 da Constituição Colombiana). O problema central é que o Artigo 15 do TBI não estabelece um limite máximo para as decisões de compensação. Isso pode estar em desacordo com a certeza legal. Além disso, a jurisprudência do Conselho de Estado sobre responsabilidade pública estabelece limites precisos de decisões para investidores domésticos. Portanto, danos semelhantes poderiam levar a diferentes montantes de execuções, dependendo da natureza do requerente: doméstico ou estrangeiro. Finalmente, tribunais de investimento internacionais anteriormente concederam execuções muito significativas a investidores estrangeiros. Cumprir essas decisões poderia colocar em risco a sustentabilidade financeira do Estado (que o Artigo 334 da Constituição Colombiana garante).

VII. Conclusões

Por meio de uma análise crítica da Decisão C-252/2019, o artigo mostrou como, ao revisar a constitucionalidade de tratados internacionais de investimento, os tribunais constitucionais podem contribuir para a solução de alguns problemas de legitimidade do direito internacional de investimento. Tribunais constitucionais podem aumentar a conscientização e catalisar a deliberação sobre o impacto do direito internacional de investimento na conformidade do estado com os direitos humanos e constitucionais e padrões. Além disso, os tribunais constitucionais podem criar alavancagem que os governos dos estados anfitriões podem usar na negociação de tratados internacionais de investimento. Esses governos podem usar essa alavancagem para negociar disposições mais equilibradas e menos abertas, salvaguar-

dando poderes regulatórios e submetendo procedimentos do ISDS a princípios do estado de direito - como transparência, publicidade, coerência e previsibilidade. Isso pode reduzir o espaço de discrição dos tribunais arbitrais de investimento internacionais. Todas essas iniciativas podem fortalecer a legitimidade do direito internacional de investimento como um meio legal de proteger investidores estrangeiros de arbitrariedades, enquanto, ao mesmo tempo, possibilitam que os estados anfitriões promovam o bem comum e otimizem a conformidade com as obrigações de direitos humanos e constitucionais.

O estudo de caso colombiano também mostra como os tribunais de cúpula podem fortalecer os governos e colaborar com eles no exercício de seus poderes de relações exteriores. Uma estratégia bem-sucedida é a combinação de uma revisão de racionalidade aprimorada com um remédio fraco. Na Decisão C-252/2019, o remédio fraco foi solicitar ao Governo Colombiano que promovesse a assinatura de uma Declaração Interpretativa Conjunta. No final, o Governo da França concordou com este pedido. Isso também eleva o limiar de legitimidade do TBI.

Recebido em: 26/03/2024

Aprovado em: 17/06/2024

Carlos Bernal Pulido

E-mail: calibep@yahoo.es