

## RESENHA

### **PUBLIC HEALTH IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION** \*

Luciana Correia Borges <sup>†</sup>  
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)  
E-mail: lucianacborges@live.com

As últimas três décadas foram marcadas pela proliferação de acordos internacionais voltados a regular os Direitos de Propriedade intelectual (PI), com destaque para a adoção, ao fim da Rodada Uruguaia do GATT, do *Trade-related Aspects of Intellectual Property* (TRIPS). O TRIPS estabeleceu o ordenamento básico do regime internacional de proteção à PI ao estruturar um padrão mínimo de proteção a todos os países signatários. Entretanto, imediatamente após sua conclusão, países desenvolvidos, especialmente EUA, União Europeia e Japão, buscaram o aprofundamento dos padrões globais de proteção, através da negociação de vários tipos de acordos, sejam preferenciais, regionais e multilaterais, contendo normas de tipo TRIPS-*plus*. Essa estratégia de inclusão de cláusulas de proteção à PI em diversos acordos internacionais em instâncias distintas ao Conselho do TRIPS ficou conhecida como *forum shifting* e teve, na negociação de Acordos Bilaterais de Investimentos (BITs), uma forma de inserção de mecanismos de *enforcement* de direitos de PI que ultrapassam os padrões exigidos pelo TRIPS.

Em geral, as provisões TRIPS-*plus* elevam a proteção dos direitos de PI e afetam diretamente a liberdade dos países em definirem de forma autônoma seus sistemas nacionais de proteção. O aumento da proteção privada sobre o conhecimento e a diminuição das flexibilidades concedidas aos Estados acabam impactando um conjunto de outras políticas públicas voltadas à consecução de direitos elementares aos cidadãos, principalmente em áreas sensíveis como a

---

\* Resenha do livro *Public Health In International Investment Law And Arbitration*, de Valentina Vadi.

<sup>†</sup> Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIFE); Graduada de Relações Internacionais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Membro do grupo de estudos em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento (UFPB).

saúde, acesso a conhecimento e educação; desenvolvimento agrário e segurança alimentar, etc.

O impacto da privatização do conhecimento sobre países avançados economicamente e países em desenvolvimento e menos desenvolvidos é diferente e assimétrico. Nesse sentido, a construção de normas de proteção universalizantes cada vez mais rígidas impõe restrições mais severas a países demandantes de acesso a conhecimento, transferência de tecnologia e mesmo cuidados públicos mais avançados em áreas sociais afetadas pelos direitos de PI. Ao considerarmos essas especificidades, as flexibilizações existentes no TRIPS, que permitem certa liberdade aos países na adequação de seus sistemas de proteção, ganham relevância. Da mesma forma que passam a ser “alvo” das políticas de negociação de acordos TRIPS-*plus* por parte de países desenvolvidos.

Os BITs, negociados nas últimas décadas, são dotados de mecanismos de *enforcement* e têm a arbitragem internacional como ferramenta de solução de controvérsias, consolidando fortemente esse mecanismo nas discussões no campo do Direito do Investimento Internacional. Ainda mais importante, é a relação que se estabelece com questões relacionadas à garantia de direitos elementares e proteção ao interesse público, uma vez que a cláusula investidor-Estado, constante na maioria desses acordos, cria a possibilidade de reclamações que afetam a capacidade do Estado receptor garantir e/ou cumprir determinadas obrigações.

A relevância desse tema se dá, por um lado, pelo fato de que a construção de um aparato normativo para regular e garantir a proteção privada sobre o conhecimento impõe limitações no uso de tecnologias protegidas, assim como impacta a organização e implementação de estratégias e políticas públicas voltadas ao desenvolvimento econômico e social por parte dos países em desenvolvimento. A ampla definição do que se configura como “investimento” nos BITs engloba os elementos da propriedade intelectual e, ao defender os direitos do investidor – objetivo maior desses acordos – acirra a proteção a patentes e marcas, dando margem para reclamações que envolvem esse tipo de direito. Dentre os tipos de reclamações, se destacam: expropriação direta/indireta; quebra do tratamento justo e equitativo; discriminação e compensação desproporcional ao prejuízo por parte do investidor.

Por outro lado, pelos questionamentos advindos das controvérsias políticas e jurídicas acerca

da utilização da arbitragem como meio de solução de litígios no âmbito dos BITs, principalmente quando tratando dos possíveis impactos da utilização da cláusula investidor-Estado na consecução de políticas de interesse público. Na medida em que a Arbitragem Internacional se tornou o principal método para solução de controvérsias e disputas entre indivíduos, corporações e Estados, avolumando os litígios envolvendo DPIs, tivemos o aumento e destaque das discussões sobre a matéria na academia.

Uma literatura mais crítica vem levantando indagações acerca da legitimidade da utilização da arbitragem em acordos de investimento, ao considerar questões de interesse público. O cerne dessa problemática está na resposta do seguinte questionamento: até que ponto as prerrogativas de um acordo de investimento pode colidir com a obrigação do Estado de atender as necessidades da sua população, especialmente no que concerne o direito peremptório à saúde pública? O livro de Valentina Vadi se propõe a discutir as questões que permeiam essa ponderação, analisando mecanismos que possibilitariam uma harmonia entre um elevado patamar de proteção aos direitos privados do investidor e a busca pelo interesse público por parte do Estado receptor. Nesse sentido, reconhece que o atual arcabouço do Direito Internacional de Investimento e arbitragem não proporciona essa harmonia, por serem entendidos de forma isolada do Direito Internacional, exatamente por não conter mecanismos legais específicos para proteção do bem e interesse públicos. Entretanto, enfatiza que o Direito Internacional fornece métodos e técnicas para reconciliar esses interesses, desde que o investimento internacional seja tratado como um ramo importante do Direito Internacional Público, capaz de integrar a promoção e defesa da saúde pública e correlacioná-la com a proteção dos direitos do investidor. Desse modo, o conflito de normas e problemática não derivaria dos acordos de investimentos, per se, mas, sim, do isolamento desses do arcabouço geral do Direito Internacional e de interpretações que qualificam os direitos do investidor como direitos absolutos. Assim, os direitos do investidor estariam sub-rogados aos preceitos da saúde pública, protegidos pelo regimento do Direito Internacional.

A obra, que inova ao analisar de que maneira a saúde pública está inserida nos acordos de investimento a partir da lente do Direito Internacional, é fruto de uma década de estudos a respeito do papel desse direito na acomodação de interesses público e privado no contexto da arbitragem de investimento. Consolida uma profunda reelaboração da tese doutoral da autora e objetiva preencher a lacuna da literatura acadêmica a respeito da correlação entre o Direito

Internacional do Investimento, Política Internacional e a saúde pública. O livro, para tanto, se divide em três partes e seus respectivos capítulos.

Na sua primeira parte, composta por três capítulos, temos esmiuçada a ligação teórica entre saúde pública e os direitos do investidor. O primeiro capítulo fornece uma base teórica necessária para o entendimento das particularidades das normas de investimento que são importantes para mensurar os impactos diante da saúde pública. Foca-se na definição de Investimento Estrangeiro Direto e na regulamentação que o disciplina. Em seguida, dá ênfase nas características dos acordos de investimento, com considerável destaque na questão da expropriação direta e indireta e características centrais da arbitragem investidor-Estado.

Vale frisar que a autora inicia sua investigação a respeito da legitimidade da arbitragem de investimento, ao questionar se a saúde pública pode ser protegida em uma arquitetura em que o foco principal é a proteção do interesse privado. Ela enfatiza que a arbitragem se configura, estruturalmente, como um modelo privado de adjudicação. Entretanto, a arbitragem em acordos de investimento pode ser vista como adjudicação de direito público, uma vez que os árbitros determinam questões como a legalidade das atividades governamentais; o grau em que os indivíduos podem ser protegidos pelas regulações, e o apropriado papel do Estado diante da consecução de direitos basilares.

O segundo capítulo analisa a arquitetura conceitual e teórica através da qual a saúde pública é protegida no Direito Internacional. Discutem-se as razões por trás do negligenciamento histórico da saúde pública no âmbito internacional e o redirecionamento do conceito no Direito Internacional contemporâneo. É clara a ligação entre saúde pública e desenvolvimento feita nesse capítulo, exaltando a necessidade de integrá-los e atentar para os desafios que podem surgir como reflexo dessa interação, posto que essa relação é ambígua pelo fato de que algumas atividades econômicas acabam por ameaçar a saúde pública. Desse modo, o desafio seria, notadamente, achar o equilíbrio entre desenvolvimento econômico e atenção à saúde, sendo esse alicerçado no conceito de desenvolvimento sustentável.

No terceiro capítulo detalham-se as áreas de conflito entre as provisões dos acordos de investimento e as regulações da saúde pública. O capítulo é elucidativo ao afirmar que, na medida em que os investimentos estrangeiros são tidos como provedor de desenvolvimento, o aumento dos investimentos, a partir da garantia de proteção, produziria resultados positivos.

Não obstante, ressalta-se que esse cenário positivo nem sempre é o caso, ao passo que os investimentos estrangeiros e suas regulações voltadas à proteção do investidor redesenham a soberania estatal, tendo grande impacto no *policy space* do Estado receptor; além de influenciar e determinar aspectos da jurisdição interna e funções legislativas. Quando da ocorrência de um investimento estrangeiro, alguns poderes e autonomias são transferidas para outros tomadores de decisão, como os árbitros/tribunais arbitrais. Os acordos são desenhados para atraírem o investimento, mas, em contrapartida, muitas vezes podem acabar por limitar a autonomia dos legisladores na implementação de leis domésticas, uma vez que eles estão submetidos a arquitetura dos BITs. Os tribunais arbitrais têm a jurisdição para revisarem a conduta dos Estados receptores do investimento e avaliarem se essas representam, de alguma forma, uma infração nas garantias do acordo de investimento. Essa delegação representa uma mudança de paradigma da tradicional prerrogativa dos juízes nacionais. Assim, o Estado se encontraria, por vezes, numa dicotomia entre violar cláusulas do tratado de investimento e promover políticas voltadas à saúde pública.

Os três capítulos seguintes integram a segunda parte do livro. Essa parte analisa a ligação entre o Investimento Estrangeiro Direito e saúde pública na prática, por meio da avaliação de alguns casos concretos. A autora aborda o acesso a medicamentos, o controle ao tabaco e a saúde ambiental, uma vez que esses três temas chaves foram alvo de poucas análises acadêmicas, até então, apesar de ganharem destaque nos casos atuais de litígio. O quarto capítulo do livro, primeiro dessa segunda parte, examina a ligação entre a proteção aos direitos de PI no Direito de Investimento Internacional e o acesso a medicamentos. Ponto a ser destacado nesse capítulo é a análise do acesso a medicamentos através da lente dos direitos humanos, que permite enxergar a correlação tanto com a proteção à saúde pública quanto, ao mesmo tempo, com o direito à saúde e o direito à vida. Por conseguinte, na visão da autora, tem-se que essa interpretação consolida o acesso a medicamentos como direito humano clássico, não derogável, sendo indispensável para vida e enquadrado no status de regra *jus cogens*.

O capítulo cinco explora a ligação entre o controle ao tabaco e a proteção do investimento estrangeiro através dos BITs. Essa temática é de extrema relevância para a análise, ao passo que tensões surgem quando os Estados adotam medidas de controle ao tabaco que interferem nos investimentos estrangeiros. Nesse cenário, os investidores estão desafiando as medidas de

controle ao tabaco e buscando compensação pelo impacto das referidas medidas na sua expectativa de lucro, através da arbitragem investidor-Estado. Desse modo, a autora dá o devido destaque ao fato de que a mera ameaça de um processo investidor-Estado vem provocando um efeito negativo nos tomadores de decisão e minando a implementação de políticas públicas em atenção á saúde.

Essas colocações advêm da qualificada análise de casos concretos, em especial o litígio entre Philip Morris x Uruguai - três filiais da Philip Morris Internacional abriram processo arbitral contra o Uruguai, alegando expropriação dos seus respectivos direitos de PI amparadas por um BIT entre Suíça e Uruguai. A empresa alega que as ilustrações dos efeitos lesivos do tabaco ferem a proteção da marca, mitigando o seu respectivo valor comercial. De acordo com o reclamante, os efeitos combinados dessas medidas configuram uma expropriação indireta. Eles ainda ressaltam que nenhuma compensação foi paga e que as medidas não seguiram o devido processo legal. Sobre essa questão, o argumento conclusivo caminha para a indicação de introduzir cláusulas específicas nos acordos de investimento esclarecendo que medidas para controle do tabaco, em conformidade com o Direito Internacional, não devem ser consideradas como expropriação. Através de cláusulas específicas, o Estado receptor pode deixar claro e se resguardar de que os investidores estrangeiros estarão cientes de que o nível de proteção dentro da saúde pública vai além de doenças infecciosas e incluem componentes não tão tradicionais, como a proteção do tabaco.

O capítulo seis trata da relação entre a saúde ambiental e os direitos do investidor nos tratados de investimento estrangeiro e arbitragem. Há um reconhecimento amplo no Direito da Saúde Pública que a proteção do meio ambiente é uma condição básica e elementar para usufruirmos de uma saúde plena. O princípio do desenvolvimento sustentável requer que os Estados foquem na proteção do bem estar da humanidade e proteção dos recursos naturais, levando em consideração a equidade e questões ambientais. Ademais, uma vez que os perigos ambientais advindos dos processos da globalização econômica ameaçam seriamente a saúde, a autora apresenta uma necessária análise ao advogar pela necessidade de reconciliar a proteção do meio ambiental com a necessidade de desenvolvimento econômico. Assim, a autora avalia até que ponto uma proteção forte de investimento dificulta a obrigação do Estado para atingir objetivos ambientais, que vêm sendo cada vez mais demandados no cenário internacional, haja vista a maior conscientização a respeito dos impactos negativos da degradação ambiental.

A terceira parte do livro traz o sétimo e último capítulo, além das considerações finais. O capítulo sugere o uso de mecanismos disponíveis para melhor conciliar saúde pública e direitos do investidor. Adotando uma abordagem unitária, a obra suporta o argumento que o Direito Internacional, embora descentralizado, não é um campo anárquico de diferentes normas, tendo uma estrutura similar a um sistema. Nesse diapasão, o Direito do Investimento Internacional e a arbitragem não se constituem como regimes isolados, mas sim como uma parte integrada do DIP. Isso se dá pelo fato de que, além da arbitragem de acordos de investimento ser parte do Direito Internacional, estabelecida pelos tratados internacionais; o Direito Internacional é, na maioria dos casos, a lei aplicável ao procedimento. Na medida em que elementos da saúde pública passam a serem interpretados como normas peremptórias do Direito Internacional, as considerações acerca da proteção desse direito passam a ter maior peso nas sentenças arbitrais. Assim, a sentença arbitral, quando julgando casos que apresentam violações a um direito fundamental, não seria final, estando acima de tudo, uma vez que regras *jus cogens* ou peremptórias são *binding* - obrigatórias/vinculantes para todos os Estados e atores privados.

Ao analisar o disposto na conclusão, nota-se que o ponto da reflexão está, justamente, na dimensão de Direitos Humanos que a saúde tomou, na medida em que não pertence apenas a tradições constitucionais de alguns Estados, mas constitui um campo emergente do Direito Internacional. Por conseguinte, a partir desse olhar, alguns componentes da saúde pública já pertencem ao Direito Internacional Consuetudinário, se consolidando como normas *jus cogens*. Assim, ao adotar uma abordagem “interna” ao Direito Internacional, a obra foi clara ao ressaltar que, embora a arbitragem de acordos de investimento não constitua o melhor fórum até então para tratar disputas que envolvem elementos de saúde pública, uma jurisprudência rica surgiu nos anos recentes. Nesse contexto, analisar de forma detida esse paradigma legal recente, foi de grande valia para o avanço da temática na academia. Uma vez consolidada, essa interpretação terá grande impacto no cenário do investimento internacional, abrindo brecha para a nulidade de decisões arbitrais que ferissem diretamente normas peremptórias de saúde.

Não obstante, o livro cumpre a tarefa de explorar a interação entre o Direito à Saúde e o Direito Internacional do Investimento. Em termos abstratos, os dois campos do Direito podem ser vistos como complementares, uma vez que a saúde pública é fundamental para a redução

da pobreza, desenvolvimento humano e crescimento econômico; e os investimentos estrangeiros podem também ter como objetivo a promoção do desenvolvimento. Por fim, a contribuição da autora é, notadamente, destacar que diante dos conflitos de normas que venham a surgir, sentenças arbitrais que violam preceitos de saúde pública podem ser contestadas sob a regência de normas internacionais que a protegem. Assim, deve-se extrair do livro a ideia de que a integração e diálogo judicial entre cortes e tribunais internacionais, em torno de questões que envolvem a saúde pública, tem o potencial de promover a humanização do Direito Internacional de Investimento.

### **Referências Bibliográficas**

VADI, Valentina. (2013) *Public Health In International Investment Law And Arbitration*. Nova York, NY: Routledge, 224 páginas.