

REFORÇANDO DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ARBITRAGEM DO ESTADO-INVESTIDOR: “PACIFIC RIM CAYMAN LLC” VS. REPÚBLICA DE EL SALVADOR

ENFORCING HUMAN RIGHTS THROUGH CONSTITUTIONAL LAW IN INVESTOR- STATE ARBITRATION: PACIFIC CAYMAN LLC V. THE REPUBLIC OF EL SALVADOR

ANGELO JR GOLIA

*Ph.D. in “Internationalization of Legal Systems and Fundamental Rights - Public, European and Comparative Law”,
University of Naples II School of Law. 2. Visiting Research Scholar. Research topic: “An International Convention
on Corporate Human Rights Violations”. E-mail: angelojunior.golia@unina2.it*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 CONTEXTO DE PROCEDIMENTOS; 1.1 A FASE JURISDICIONAL; 1.2 A FASE DOS MÉRITOS;
2 O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO SALVADORENHA; 2.1 UM CONFLITO ENTRE AS LEIS NACIONAIS E
TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS; 2.2 A POSSIBILIDADE DE OUTROS CONFLITOS DE LEI: EQUILÍBRIO
ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS; 2.3 AMPLIAR A PERSPECTIVA: A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
DIREITO INTERNACIONAL”; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em 30 de abril de 2009, a Pacific Rim Cayman LLC apresentou uma reivindicação à arbitragem no governo de El Salvador frente ao Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID Caso No. ARB/ 09/12), em conformidade com as disposições do Acordo de Livre Comércio Dominicano-Centro americano (CAFTA)¹ e da Lei do Investimento Salvadorenha (SIL)².

¹ Arts.10,16 (1) (a), 10,16 (1) (b), e 10,16 (3) (a) Cafta. O Acordo Dominicano-Centro-Americano de Livre Comércio (CAFTA-DR, ou simplesmente CAFTA) é um acordo de livre comércio entre os Estados Unidos e

Após 12 anos de guerra civil, que terminou em 1992, El Salvador passou por um processo lento e frágil de democratização, e promulgou várias leis particularmente favoráveis aos investidores: a assinatura e ratificação do CAFTA, em 2006, deve ser vista como parte de uma política geral do governo salvadorenho, com o objetivo de atrair fluxos de capital estrangeiro. Isto significa que a estabilização política do país se caracterizou pela criação de ideias neo-liberais na economia, às quais foi dado um quadro jurídico coerente e altamente protetor, sem levar em conta especificidades sociais e ambientais de El Salvador.

Por outro lado, o requerente, uma empresa totalmente possuída e controlada pela Canadian Pacific Rim Mining Corporation (Pac Rim), era um investidor com base nos EUA, organizada sob as leis de Nevada e que, por sua vez, controlava duas empresas salvadorenhas³, que detém os direitos à exploração em vastas áreas no interior do país em desenvolvimento: no início da década de 2000, essas empresas descobriram grandes quantidades de ouro de alta qualidade e outros minerais⁴, e em 2004 solicitaram a licença final para exploração, a fim de começar a fase de extração.

Não obstante, as atividades das empresas de mineração deram origem a protestos de comunidades locais e movimentos de base⁵, particularmente preocupados com o potencial impacto da extração nos abastecimentos de água do país - que além do superpovoamento, tinha 90% dos seus recursos hídricos de superfície contaminados. A atmosfera tensa resultou entre os

um grupo de países em desenvolvimento da América Central, assinado em 2004 e que entrou em vigor em El Salvador em 1 de Março, de 2006. Para obter uma visão geral sobre o uso de tratados de investimento pelas empresas extrativistas ver ANDERSON, PÉREZ-ROCHA, DREYFUS, ARTIGA-PURCELL, Mining for Profits in International Tribunals: How Transnational Corporations Use Trade and Investment Treaties as Powerful Tools in Disputes over Oil, Mining, and Gas, Washington DC., 2011.

² Art. 15 Ley de Inversiones (Decreto Lei 732/1999), alterado em 2013 (d.l.423/2013).

³ Pacific Rim El Salvador, Sociedad Anónima de capital variável (PRES) e Dorado Exploraciones, Sociedad Anónima de Capital Variável (DOREX). É preciso recordar que em 2013 OceanaGold Corporation, uma corporação canadense-australiana de mineração, adquiriu à Pac Rim, e deve agora ser considerada o demandante "real".

⁴ Estimado de 1,30 milhões de onças de ouro e 9,48 milhões de onças de prata (ver em <<http://www.oceanagold.com/our-business/el-salvador/>>).

⁵ Que estabeleceu uma coligação de ONGs chamada Mesa Redonda Nacional Contra Mineração (conhecida como La Mesa): ver <http://noalamineria.org.sv/>. Desde o início, movimentos populares e ONGs ambientais trabalharam juntos, desempenhando um papel fundamental de pressão política em relação ao governo. Eles também demonstraram de forma convincente como as atividades de mineração prejudicaram a população local e danificaram o ambiente, sem a criação de empregos ou crescimento. Ver, em geral, ORELLANA et al, Bringing Community Perspectives to Investor-State Arbitration: The Pac Rim Case, London, 2015.

que são a favor e contra a mineração: inúmeros episódios de violência e intimidação ocorreram e vários ativistas anti-mineração foram mortos ou ameaçados⁶.

Também como consequência dos protestos, as autoridades salvadorenhas não concederam a autorização de exploração necessária à Pac Rim e, em 2008, o ex-presidente conservador, Antonio Saca, em resposta à pressão pública, declarou publicamente sua oposição à mineração de metais, introduzindo uma *proibição* de facto a qualquer outra licença. Esta proibição - apesar de não ser juridicamente vinculativa - foi confirmada até hoje pelos seus sucessores, Mauricio Funes e Salvador Sánchez. Pac Rim passou quase quatro anos em atrasos burocráticos, silêncio e lobbying improdutivo em relação a funcionários do governo, mas finalmente entrou em ação e processou o governo perante o ICSID, o órgão de solução de controvérsias estabelecido pelo Banco Mundial em Washington: entre várias queixas, a empresa procurou alívio e compensação por violação do direito ao tratamento nacional (arts. 10.3 CAFTA, 5 SIL); direito a tratamento de nação mais favorecida (art. 10.4 CAFTA); proteção contra a expropriação (art. 10.7 CAFTA, 8 SIL). A empresa alegou que os danos cobertos tanto a perda de valor do investimento inicial e as despesas de exploração, e pediu uma compensação de 314 milhões de dólares, o equivalente a quase 2 por cento do PIB de El Salvador e, também, ao orçamento de 3 anos do país para a saúde, educação e segurança pública⁷.

A partir desta pequena perspectiva geral dos fatos, um primeiro ponto já está claro: neste caso envolve uma violação ainda *potencial de um* direito humano por uma empresa transnacional (pelo menos no que diz respeito ao direito à água e ao ambiente saudável)⁸, e, portanto, *lidamos com Responsabilidade do Estado de proteger os direitos dos seus próprios cidadãos contra as de um investidor estrangeiro*.

⁶ Em 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma medida de precaução neste sentido, pedindo ao «the State of El Salvador to adopt the measures necessary to guarantee the life and personal integrity of the beneficiaries» (PM 239/09, consulte [http : //mondediplo.com/blogs/el-salvador-violence-and-impunity](http://mondediplo.com/blogs/el-salvador-violence-and-impunity)). Veja também a declaração escrita detalhada apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU em 26 de maio de 2014 pelas ONGs: Centro-Europa Tercer Mundo, Institute for Policy Studies e Center for International Environmental Law: http://www2.ohchr.org/english/corpos/hrcouncil/docs/7session/A-HRC-7-78_sp.doc.

⁷ Ver em <<http://www.telesurtv.net/english/opinion/Salvadorans-Warn-Canadians-about-World-Banks-Kangaroo-Court-20150515-0022.html>> .

⁸ Isso faz de Pacific Rim v. El Salvador substancialmente diferente de outros casos envolvendo violações reais do direito à água, tais como Azurix Corp. v. A República Argentina (Processo ICSID nº ARB / 01/12) e Aguas del Tunari SA v. República da Bolívia (Processo ICSID nº ARB / 02/3).

Além disso, queremos destacar que o objetivo específico da presente análise não é analisar completamente todo o processo antes do ICSID desde 2009, nem explorar em detalhes o impacto político e económico do processo no país. Por conseguinte, a responsabilidade legal potencial da Pac Rim para a violência em curso contra activistas locais e defensores do ambiente estará fora do escopo deste trabalho⁹.

Assim, e ainda que todos os elementos acima mencionados serão levados em conta, o *objetivo específico da análise é estudar a possibilidade de implementar uma estratégia jurídica específica pela qual os direitos humanos à água e ambiente saudável poderiam entrar na arbitragem entre investidores e Estados, fundamentada sobre a plena exploração do potencial normativo e axiológico da constituição doméstica. Obviamente, esta ideia não é totalmente nova na literatura académica¹⁰ nem nos argumentos apresentados no ICSID¹¹, mas, como veremos a seguir, pelas suas características específicas, Pacific Rim v. El Salvador poderia tornar-se um caso marco no desenvolvimento da arbitragem entre investidores e Estados*

Em outras palavras, vamos olhar para *Pacific Rim v. El Salvador* adotando as ferramentas e perspectiva dos chamados litígios transnacionais de direitos humanos, uma prática que consiste (pelo menos na sua noção estendida) *em trazer reivindicações e argumentações dos direitos humanos perante tribunais nacionais e internacionais, é certo que procuram «a enunciação de uma norma internacional pública que irá estimular o» alívio «na forma de uma solução política negociada». No nosso caso, no entanto, mais do que «uma solução política negociada¹², a intenção específica é a internalização da racionalidade dos direitos humanos no regime global de empresas transnacionais, através de uma típica dinâmica de baixo para cima¹³.*

⁹ Ver de qualquer maneira STEINER, Gold, Guns, and Choice: The El Dorado Gold Mine, Violence in Cabanas, reivindicações do CAFTA, e o esforço nacional para a Proibição de Minas, Relatório IUCN, Fevereiro de 2010, pp. 17-23 e 27 ss, disponível em <<http://www.walkingwithelsalvador.org/Steiner%20Salvador%20Mining%20Report.pdf>>.

¹⁰ Ver, por exemplo, DUPUY, Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law, em DUPUY, Francioni, Petersmann (eds.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, Oxford, 2009, p. 59; mais geralmente, RÖDL, Fundamental Rights, Private Law, and Societal Constitution: On the Logic of the So-Called Horizontal Effect, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 1015, 2013, pp. 1032-1034.

¹¹ Ver CMS Gas Transmission Co. V. A República Argentina, processo ICSID nº ARB / 01/08, Award, 12 de Maio de 2005, par.114; Siemens AG v. República Argentina, processo ICSID nº ARB / 02/08, Award, 6 de fevereiro de 2007, par.75.

¹² KOH, Transnational Public Law Litigation, , 100 Yale LJ 2347, 1990-1991, p. 2348. Veja também ACEVES, Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal

Vista desta perspectiva, a abordagem argumentativa que sugeriremos, não só combateria mais eficazmente os argumentos baseados em constituição do requerente, mas também teria um impacto mais amplo - de um ponto de vista estratégico - no que veio a ser chamado de *lei global*¹⁴.

Para concluir esta introdução, argumentamos que, num mundo globalizado, em que nenhuma entidade pode ser considerada como legisladora, e normas legais podem fluir sem qualquer sistema abrangente legal (ou *nomos*) que define um parâmetro de validade final¹⁵, este processo, como outros semelhantes, deve ser *visto* como uma oportunidade *para colocar pressão legal sobre um "ponto de controle" fundamental, que é o sistema de sistema corporativo transnacional, do qual o sistema de adjudicação de investimento internacional é uma parte essencial*¹⁶.

1. CONTEXTO DE PROCEDIMENTOS

1.1. A fase jurisdicional

System of Transnational Law Litigation, 41 Harv. Int'l.LJ 129, 2000; FRYDMAN, HENNEBEL, Le contentieux transnational des droits de l'homme: une analyse stratégique, em Rev. trim. dr. h., 77, 2009, p. 73. , 77, 2009, p. 73. Para uma visão histórica do fenômeno e o papel desempenhado pelas ONG, ver também Cummings, The Internationalization of Public Interest Law, 57 Duke L.J. 891, 2008.

¹³ Nas palavras de Harold Koh, uma espécie de "upload": veja-se genericamente KOH, Why Transnational Law Matters, 24 Penn.St. Int'l L. Rev. 745, 2006. Sobre os efeitos gerais de litígios de direito público no campo específico das indústrias extrativas, consulte DRIMMER, Human Rights and the Extractive Industries: Litigation and Compliance Trends, 3 J. World Energy L. & Bus. 121, 2010.

¹⁴ Ver em geral FRYDMAN, Petit manuel pratique de droit global, Bruxelles, 2014.

¹⁵ Ver em geral OST, VAN de Kerchove, De La Pyramide au reseau ?, Bruxelles, 2002; FERRARESE, Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Roma-Bari, 2006.

¹⁶ Ver em geral FRYDMAN, uma abordagem pragmática para a Lei Global, Documento de Trabalho, Centro Perelman de Filosofia Legal, 2012, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2312504. Naturalmente, a pressão sobre o sistema corporativo transnacional não vai apenas através de meios institucionalizados e litígios nos tribunais, mas também através da ação direta dos movimentos sociais e ONGs, que desempenham um papel fundamental, como este caso de El Salvador demonstra claramente: ver geralmente ANDERSON , Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 881, 2013.

Como já foi referido, a Pac Rim processou El Salvador em ambos: CAFTA e SIL¹⁷. A empresa embasou suas queixas sobre a suposta violação por parte das autoridades nacionais das disposições pertinentes à Lei salvadorenha de Mineração¹⁸ (SML) e Direito Ambiental¹⁹ (SEL), que regulamenta o procedimento para obter uma concessão de exploração. Particularmente, a estratégia do requerente foi baseada na interpretação do art. 23 SML²⁰, como se introduzindo uma espécie de automatismo entre a exploração e a fase de exploração/extração, uma vez que todos os requisitos legais haviam sido satisfeitos, deixando pouca ou nenhuma margem de apreciação às autoridades governamentais salvadorenhas, o que seria "necessário" para conceder a concessão da exploração do licenciado/requerente²¹. Além disso, a Pacific Rim interpretou o art. 10 SML como dando ao direito de desenvolver uma mina às mesmas proteções constitucionais dos direitos de propriedade²². Seguindo esta linha de raciocínio, a corporação alegou ainda ter cumprido todos os requisitos legais nos termos do art. 37 SML²³ para obter a licença de exploração por parte do Ministério da Economia, exceto a licença ambiental emitida pelo Ministério do Meio Ambiente.

¹⁷ Ver Notificação de Arbitragem do Requerente, 30 de Abril de 2009.

¹⁸ Ley de Minería (decreto legislativo 544/1995), modificada pela última vez em 2012.

¹⁹ Ley del Medio Ambiente (decreto legislativo 233/1998).

²⁰ Com o seguinte teor: "once the exploration is concluded and the existence of economic mining potential on the authorized area is proved, the granting of the concession for the exploitation and utilization of minerals shall be requested; which concession will be verified through an Accord with the Ministry, followed by the granting of a contract between the Ministry and the holder, for a thirty (30) year term, which may be extended if the interested party requests it, if in the judgment of the Department [of Mines] and the Ministry, the requisites established by this Law are fulfilled" (uma vez que a exploração está concluída e a existência de potencial de mineração econômica na área autorizada for provado, a outorga da concessão para a exploração e utilização de minerais deve ser requerida; qual concessão será verificada através de um acordo com o Ministério, seguido pela concessão de um contrato entre o Ministério e o titular, por um período de 30 (trinta) anos, podendo ser prorrogado se o interessado solicitar, se no julgamento do Departamento [de Minas] e do Ministério, os requisitos estabelecidos por esta Lei são cumpridos).

²¹ Ver Resposta do Requerente a exceção preliminar do Requerido, 26 de Fevereiro de 2010, paras. 130 ss.

²² Ver Notificação de Arbitragem do Requerente, 30 de abril de 2009, para.37.

²³ Em particular: 1) uma descrição da área para a qual a concessão é solicitada; 2) uma demonstração de que o licenciado detém ou está autorizado a usar o imóvel onde o projeto da mina está localizada; 3) a licença ambiental relevante emitida pelo Ministério do Ambiente e acompanhada de uma cópia do Estudo de Impacto Ambiental correspondente; 4) um estudo de viabilidade; 5) um plano de desenvolvimento de cinco anos.

Agora, de acordo com art. 19 SEL e o art. 19 das Regulamentações da Lei Ambiental²⁴, a fim de obter essa licença, o requerente deve apresentar um Estudo de Impacto Ambiental multidisciplinar (EIS), que está sujeito a comentários técnicos do Ministério e aos comentários do público, com uma rodada subsequente de observações e respostas; no final deste procedimento, o Ministério pode conceder ou negar a autorização, mas, em qualquer caso, deve emitir a sua decisão no prazo de 60 dias a contar da apresentação original do EIS ou, em circunstâncias excepcionais, no prazo de 120 dias.

A Pac Rim, pediu a licença ambiental, pela primeira vez em setembro de 2004, e até dezembro de 2006 (portanto, mais de dois anos) receberam várias vezes observações e comentários, tanto pelo Ministério do Ambiente, quanto pelas comunidades locais. De dezembro de 2006 em diante, o Ministério cessou toda comunicação oficial com a empresa, mas nunca emitiu uma decisão oficial de negação. Assim, a Pac Rim nunca foi capaz de obter a licença de exploração por parte do Ministério da Economia, mesmo já tendo pedido por ela em dezembro de 2004.

Apesar disso, a empresa nunca contestou os atrasos nem o silêncio perante a jurisdição administrativa competente de El Salvador, e em vez disso, preferiu seguir garantias informais por funcionários de alto nível e fazer lobby para a mudança da SEL. No entanto, em março de 2008, o presidente salvadorenho, Saca, declarou publicamente sua oposição à concessão de licenças de mineração no país: esta posição foi respeitada até o final de seu mandato, e por seus sucessores também. Como já foi dito, este foi o evento chave que levou a empresa a iniciar a arbitragem perante o ICSID.

Por outro lado, El Salvador afirmou que a Pac Rim não tinha cumprido com todos os requisitos legais para obter a concessão de exploração, porque não tinha demonstrado ter a propriedade da terra ou os requisitos para autorização (art. 37 SML), e nunca tinha apresentado um estudo de viabilidade em acordo com as normas de direito de El Salvador, mas apenas um "estudo de pré-viabilidade"²⁵. Além disso, El Salvador sustentou que, mesmo que a empresa

²⁴ Decreto Executivo 17/2000.

²⁵ De acordo com um estudo financiado pela La Mesa, o estudo de impacto ambiental (EIA) apresentado pela Pac Rim não cumpriria as normas geralmente aceitas nos países ocidentais desenvolvidos. Além disso, a unidade de mineração causaria não só uma crise no abastecimento de água do país (necessitando entre 75 e 110 litros de água por segundo a fim de operar), mas também a poluição do Rio Lempa com resíduos químicos, sendo esse maior rio de El Salvador. Veja MORAN, Technical Review of the El Dorado Mine

tivesse cumprido as exigências, as autoridades do governo ainda tinham arbítrio residual afim de conceder ou negar a autorização, e por isso recusou qualquer automatismo entre a exploração e a fase de exploração.

Em outras palavras, na opinião de entrevistados, o investimento inicial e a atividade de exploração não deu à Pac Rim qualquer "direito adquirido" para iniciar a extração: considerando de outro modo, todo o procedimento de consulta pública não faria qualquer sentido. Além disso, o requerente não havia identificado qualquer comparação adequada para defender a alegada violação do tratamento de nação mais favorecida e as normas nacionais de tratamento no âmbito dos arts. 10.3 e 10.4 do CAFTA, e, portanto, estas queixas tiveram de ser dispensadas pelo Tribunal²⁶.

Esta, no entanto, a objeção mais eficaz levantada por El Salvador nesta fase do processo teve natureza jurisdicional: ao abrigo do art. 10.12 (2) CAFTA, uma parte pode negar as proteções de investimento garantidas pelo Tratado

"to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of any Party, other than the denying Party, and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise" (a um investidor de outra Parte que seja uma empresa dessa outra Parte e aos investimentos desse investidor se a empresa não tem atividades comerciais substanciais no território de qualquer das partes, com exceção da Parte negando, e as pessoas de uma não-Parte, ou da Parte negada, possuir ou controlar a empresa).

Esta é uma típica negação de provisão de benefícios (DOB), comumente presente na maioria dos tratados de investimentos bilaterais ou multilaterais, a fim de evitar o seu uso indevido como "carona" para interesses de países terceiros ou formas indesejáveis de "compra de tratados"²⁷. E este foi o caso.

Project Environmental Impact Assessment (EIA), outubro de 2005, atualmente disponível em http://www.votb.org/elsalvador/Reports/Technical_Review_EI_Dorado_EIA.pdf.

²⁶ Ver, por exemplo, El Salvador's Reply (Preliminary Objections), 31 de março de 2010, paras. 178 ss.

²⁷ A este respeito ver GARAPON, GHARAVI, Les procédures abusives, in Faut-il réformer l'arbitrage d'investissement? Dossier documentaire de la journée d'étude du 27 mars 2013, 2013, pp. 21 ss., Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1S3l_W4g0SIJ:convention-

Na verdade, Pacific Rim Cayman LLC era originalmente uma holding das Ilhas Cayman e, como já foi sublinhado, por sua vez foi detida e controlada por uma companhia canadense²⁸: ela tinha sido reincorporada como uma corporação de Nevada apenas em dezembro de 2007, portanto, mais de três anos depois do primeiro pedido de licença de exploração, a fim de se tornar uma companhia dos EUA e desfrutar dos benefícios da proteção de investimentos CAFTA. Além disso, ela não tinha atividades comerciais substanciais no Estados Unidos²⁹. Como consequência, e apesar das tentativas da Pac Rim para neutralizar essa objeção³⁰, depois de uma longa rodada de audiências (e submissões *amicus curiae*³¹) *em matéria de competência durou mais de um ano, um tribunal ICSID aceitou pela primeira vez na história do NAFTA ou CAFTA uma objeção fundamentada na cláusula DOB, e, posteriormente, declarou não ter competência para decidir as demandas baseadas no CAFTA*³². *Em outras palavras, a partir daquele momento a jurisdição do Tribunal baseou-se apenas no art. 15 SIL (apesar dos pedidos de El Salvador para rejeitar jurisdição também nos termos da lei salvadorenha*³³).

Esta decisão representou um ponto de viragem fundamental no processo também do ponto de vista do direito material aplicável: de acordo com art. 42.1 da Convenção ICSID, na verdade,

“the Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, *the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute* (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable” (O tribunal decide a disputa conforme as regras de direito que possam ser acordadas pelas partes. Na ausência de tal acordo, o Tribunal aplicará a lei

s.fr/wp- conteúdo Dossier documentaire de la journée d'étude /uploads/2013/03/Dossier-27-mars_2503.pdf+&cd=3&hl=it&ct=clnk&gl=fr.

²⁸ O Canadá não é parte do CAFTA.

²⁹ Ver El Salvador's Memorial Objections to Jurisdiction, 15 de outubro de 2010, par. 106 ss.

³⁰ Ver Pacific Rim LLC's Counter Memorial in Response to Respondent's Objections to Jurisdiction, 31 Dezembro de 2010, paras. 247 ss.

³¹ Ver o depoimento do *amicus curiae* apresentado pelo Centro de Direito Ambiental Internacional (CIEL), 2 de Março de 2011.

³² Ver Decisão sobre objeções jurisdicionais do Requerido, 01 de junho de 2012. A esse respeito ver também BEHLMAN, Out on a Rim: Pacific Rim's Venture Into CAFTA's Denial of Benefits Clause, 45 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 397 de 2014.

³³ Ver El Salvador's Memorial Objections to Jurisdiction, 15 de outubro de 2010, paras. 337 ss.

do Estado Contratante parte no litígio (incluindo as suas normas de conflito de leis) e as regras de direito internacional que possam ser aplicadas).

Isto significa que, a partir daquele momento, e uma vez que não houve outras regras de direito que as partes acordaram, não só a competência do Tribunal foi baseada em uma norma interna, mas também, o direito material aplicável era o salvadorenho; e o direito internacional, secundariamente, “as may be applicable” (poderia ser aplicado)³⁴.

1.2. A fase dos Méritos

A mudança para o direito interno forçou a Pac Rim (nesse interim, adquirida pela OceanaGold em 2013) a alterar a sua estratégia, e basear as suas alegações de méritos apenas sobre as disposições e princípios do direito salvadorenho. Ao fazê-lo, a empresa não se baseou somente no arts. 5 (igualdade entre os investidores), 8 (proteção contra a expropriação) e 13 (proteção e segurança da propriedade) SIL, mas também - e em grande parte - sobre os direitos e princípios da Constituição de El Salvador (SC), que prevalece sobre todas as leis e regulamentos (art. 246 SC), e segundo a qual as disposições pertinentes da SIL devem ser interpretadas e aplicadas.

Em outras palavras, a Pac Rim sustentou que a proibição de facto de concessões de mineração, implementado pelo Poder Executivo de El Salvador, violou os princípios da legalidade (art.86 SC), a liberdade econômica (arts. 101, 102 SC), não-abuso de direito e da expectativa legítima. Além disso, de acordo com Pac Rim, a conduta do governo, considerada como uma forma de expropriação indireta, violou o direito à propriedade (arts. 2, 22, 103 SC) e, mais especificamente, a proteção contra expropriação ilegal e discriminatória (art. 106 SC³⁵). O uso maciço da constituição como uma ferramenta para apoiar seus argumentos chegou mesmo a afirmar a inconstitucionalidade do art. 37.2 (b) SML³⁶, se interpretado como exigindo a

³⁴ Sobre a aplicabilidade fundamental da legislação nacional quando não houver acordo entre as partes, consulte Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e outros contra República Unida dos Camarões e Sociéte Camerounaise des Engrais, Caso ICSID nº ARB / 81/2, Sentença, 21 de outubro 1983; Decisão de anulação, 03 de maio de 1985, parágrafos. 57, 69 e 78; e Amco Asia Corp. v República da Indonésia, Caso ICSID No. ARB / 81/1, Sentença, 20 de novembro de 1984; Decisão de anulação, 16 de Maio de 1986.

³⁵ Ver em geral Pacific Rim LLC Memorial sobre os méritos e Quantum, 29 de Março de 2013.

³⁶ Ver Pacific Rim LLC Memorial sobre os méritos e Quantum, 29 de março de 2013, paras. 560 ss.

propriedade ou a autorização de utilizar toda a superfície terrestre. Além disso, é notável que a empresa tenha utilizado estas disposições e princípios constitucionais como causas de ação, a fim de trazer os seus pedidos de indenização nos termos do direito da responsabilidade civil salvadorenha³⁷.

Finalmente, é importante notar que a empresa, que não podia mais contar com a proteção do CAFTA, recordou o direito internacional apenas para apoiar a sua interpretação do padrão de tratamento dos investidores estrangeiros³⁸.

Por outro lado, nesta fase de méritos, a estratégia de El Salvador foi quase totalmente baseada em negar qualquer papel à fontes de lei diferentes da SIL: no raciocínio do demandado, sendo a jurisdição do Tribunal com base no art. 15 SIL, as únicas reclamações que poderiam ser feitas na arbitragem eram reivindicações relativas aos direitos substantivos e proteções incluídas na própria SIL³⁹.

Ao fazê-lo, o demandado teve como objetivos: 1) limitar o escopo das potenciais causas de ação; 2) dismantelar, posteriormente, as reivindicações fundamentadas na SIL, e demonstrar que o requerente não estava em conformidade com os requisitos da lei salvadorenha. Na verdade, e para resumir, o próximo passo de El Salvador foi mostrar que o requerente não alegou qualquer fato ou apresentou quaisquer argumentos em apoio de um pedido de uma violação do art. 5 (igualdade para todos os investidores) ou 6 (não discriminação) da SIL. Além disso, os fatos alegados pela Pac Rim não poderiam apoiar uma reivindicação de violação do art. 8 (proteção contra a expropriação) da SIL, simplesmente porque a empresa nunca possuiu uma concessão de exploração⁴⁰, nem os depósitos minerais no subsolo⁴¹:

“if Pac Rim disagreed with the Ministry’s processing of its concession application, it should have brought its claim to the Salvadoran Supreme Court under the Law of Administrative Litigation Jurisdiction” (Se a Pac Rim discordou com o

³⁷ Ver as disposições conjugadas do art. 245 SC e art. 2065, 2067 do código civil de El Salvador (Pacific Rim LLC Memorial sobre os méritos e Quantum, 29 de março de 2013, paras. 644 ss.).

³⁸ Ver Pacific Rim LLC Memorial sobre os méritos e Quantum, 29 de março de 2013, paras. 405, 407 ss.

³⁹ Ver Contramemorial de El Salvador sobre os méritos, 10 de janeiro de 2014, par. 259 ss.

⁴⁰ O único que, de acordo com art.10 SML, tem as mesmas garantias (constitucionais) do direito de propriedade.

⁴¹ Que pertencem ao Estado (art.103,3 SC, 7 SIL, 2 SML). Ver Contramemorial de El Salvador sobre os Méritos, 10 de Janeiro de 2014, paras. 303 ss.

processamento do seu pedido de concessão do Ministério, ela deveria ter trazido o seu pedido para o Supremo Tribunal de El Salvador sob a Lei de Litígio de jurisdição administrativa⁴²).

Seguindo a estratégia que apontamos, El Salvador usou argumentos baseados na constituição, principalmente, para opor-se aos utilizados pelo requerente. Em particular, o demandado: 1) se recusou a interpretação do requerente de art. 37.2 (b) SML, como desrespeitando os limites à liberdade econômica ao abrigo do art. 102,1 SC, e fez lembrar que, mesmo admitindo aquela interpretação, a Pac Rim deveria contestá-lo perante o Supremo Tribunal de El Salvador⁴³; 2) recordou as disposições constitucionais pertinentes (arts. 1.3, 65, 117.1 SC), que impõem ao Estado o dever de proteger a saúde das pessoas e o meio ambiente⁴⁴.

Após esta visão geral do processo até hoje, e independentemente da decisão final que o Tribunal irá emitir, na próxima seção, vamos tentar demonstrar que o demandado, seguindo uma estratégia de alguma forma diferente, poderia ter usado argumentos mais eficazes à base de constituição, tanto do ponto de vista normativo quanto axiológico.

2. O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO SALVADORENHA

Ao explorar o papel potencial da constituição nacional, é válido, em primeiro lugar, lembrar o quadro jurídico salvadorenho sobre tratados internacionais: de acordo com o art. 144 SC,

“the international treaties formalized by El Salvador with other states or international organisms, constitute laws of the Republic once they enter into effect, in conformity with the dispositions of the same treaty and of this Constitution. The law shall not modify or repeal that agreed in a treaty in effect for El Salvador. *In case of conflict between the treaty and the law, the treaty shall prevail*”⁴⁵ (os tratados internacionais formalizadas por El Salvador com

⁴² Ver Contramemorial de El Salvador sobre os Méritos, 10 de Janeiro de 2014, para.306.

⁴³ Ver Contramemorial de El Salvador sobre os Méritos, 10 de janeiro de 2014, par. 90 ss.

⁴⁴ Ver Contramemorial de El Salvador sobre os Méritos, 10 de janeiro de 2014, par. 202 ss.

⁴⁵ “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del

outros Estados ou organismos internacionais, constituem leis da República uma vez que entram em vigor, em conformidade com as disposições do mesmo tratado e desta Constituição. A lei não deverá modificar ou revogar o acordado em um tratado em vigor para El Salvador. Em caso de conflito entre o tratado e a lei, o tratado deve prevalecer).

Além disso, o art. 149 SC tem o seguinte teor:

“the authority to declare the inapplicability of the dispositions of any treaty contrary to the constitutional provisions shall be exercised by the tribunals within the scope of their jurisdiction. The declaration of unconstitutionality of a treaty, in a general and obligatory manner, shall be made in the same form foreseen by this Constitution for the laws, decrees and regulations”⁴⁶ (a autoridade para declarar a inaplicabilidade das disposições de qualquer tratado contrária às disposições constitucionais deve ser exercido pelos tribunais no âmbito da sua jurisdição. A declaração de inconstitucionalidade do tratado, de uma maneira geral e obrigatória, deve ser feita na mesma forma prevista por esta Constituição para as leis, decretos e regulamentos).

As disposições acima mostram que: 1) no primeiro caso (conflito entre um tratado e direito interno) o tratado em vigor prevalece, sem necessidade de uma declaração formal de inconstitucionalidade; 2) no segundo caso (conflito entre a constituição e um tratado), o tratado pode ser declarado inaplicável por tribunais comuns, e declarado inconstitucional na mesma forma prevista para as leis ordinárias, que está junto à Sala constitucional do Supremo Tribunal Federal (art. 174 SC).

Lembramos mais uma vez que no presente processo, após a aplicação da cláusula de DOB do CAFTA, o tribunal ICSID “shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable” (é aplicável a lei do Estado Contratante parte no litígio (incluindo as suas normas de conflito de leis) e as regras de direito internacional como podem ser aplicáveis) (art.42,1 Convenção ICSID): assim, o tribunal arbitral deve resolver os conflitos entre leis e tratados

mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

⁴⁶ “La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia. La declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las leyes, decretos y reglamentos”.

nacionais (por um lado) e entre constituição e os tratados (por outro lado) da mesma maneira que um juiz nacional faria. Este é o nosso ponto de partida.

O próximo passo é identificar corretamente o tipo de conflito que temos em *Pacific Rim v. El Salvador*. Já que o CAFTA não é mais relevante após a decisão sobre a competência, em 2012, não há um conflito entre dois tratados internacionais (um conflito T-T, por exemplo, entre um tratado de investimento bilateral e qualquer tratado de direitos humanos que El Salvador poderia ser parte), nem um conflito entre a constituição e um tratado (um conflito C-T, por exemplo, entre um tratado de investimento e os direitos fundamentais consagrados na constituição), como em outros processos perante tribunais ICSID, onde preocupações com os direitos fundamentais foram levantados⁴⁷.

Como veremos logo abaixo, o conflito (potencial) que temos neste processo encontra-se entre as leis ordinárias domésticas e vários tratados de direitos humanos que El Salvador é parte de (um conflito T-L), um conflito que, de acordo com as disposições combinadas dos arts .42.1 da Convenção ICSID e 144 SC, o tribunal arbitral deve resolver em favor dos tratados.

2.1. Um conflito entre as leis nacionais e tratados de direitos humanos

A República de El Salvador é parte em diversos tratados de direitos humanos e instrumentos que reconhecem - direta ou indiretamente - o direito fundamental à água e, mais geralmente, a um ambiente saudável.

⁴⁷ Esta é uma diferença substancial e crítica com casos como o CMS Gas Transmission Co. contra A República Argentina (Caso ICSID nº ARB / 01/08), Azurix Corp. contra A República Argentina (Caso ICSID nº ARB / 01. / 12) e Siemens AG contra A República Argentina (caso ICSID nº ARB / 02/08). No CMS o governo argentino argumentou que o tratado de investimento não poderia prevalecer sobre direitos constitucionalmente reconhecidos, dada a crise social e econômica do país; em Azurix argumentou-se que um conflito entre um tratado de investimento bilateral e tratados de direitos humanos deve ser resolvido em favor dos direitos humanos; na Siemens foi novamente argumentado que os direitos humanos reconhecidos na Constituição devem prevalecer sobre os direitos de propriedade do requerente, tendo em conta a situação econômica e social da Argentina. Em todos os casos, o tribunal rejeitou os argumentos, e afirmou que os argumentos não tinham sido totalmente argumentados / desenvolvidos, ou que não havia questão de afetar os direitos humanos fundamentais. Ver HIRSCH, Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths e REINER, SCRHREUER, Human Rights in International Investment Arbitration, em DUPUY, FRANCONI, PETERSMANN (eds.), op. cit., pp. 102-104 e 89-90.

Entre estes, e apenas para mencionar alguns instrumentos vinculativos, lembramos: 1) arts. 11, 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR)⁴⁸; 2) art. 24.2 (c) da Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC)⁴⁹; 3) art. 14.2 (h) da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)⁵⁰; 4) arts. 10, 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador").

Após esta breve descrição, é evidente que os direitos à água e ambiente saudável têm a maior relevância no ordenamento jurídico de El Salvador e, sendo reconhecidos na ligação a tratados internacionais em vigor para El Salvador, prevalecendo sobre as leis nacionais inconsistentes, ou seja, as leis que poderiam permitir - de uma forma ou de outra - o início da fase de extração e, posteriormente, uma violação desses direitos.

Em outras palavras, dada a elevada probabilidade de que as atividades de extração seriam fatais para os fornecimentos de saúde e de água do povo salvadorenho⁵¹, o tribunal ICSID, que neste caso deve aplicar a lei salvadorenha e do direito internacional, como puderem ser

⁴⁸ Que reconhecem o direito ao mais alto nível possível de saúde e por sua vez compreendem o direito à água potável e saneamento (de acordo com oS - não vinculativos, mas altamente autoritários - Comentários Gerais No. 14 e 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Ver <http://www.refworld.org/docid/4538838d11.html>.

⁴⁹ Que dispõe o seguinte: "States Parties [...] shall take appropriate measures [...] to combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water, taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution" (Os Estados Partes [...] tomarão as medidas adequadas [...] para combater as doenças e a desnutrição, dentro do contexto dos cuidados primários de saúde, através, nomeadamente, da utilização de técnicas facilmente disponíveis e ao fornecimento de alimentos nutritivos adequados e de água potável, tendo em consideração os perigos e riscos da poluição ambiental).

⁵⁰ Que dispõe o seguinte: "States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas in order to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular, shall ensure to such women the right [...] to enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications" (Os Estados Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais, a fim de assegurar, em uma base de condições de igualdade entre homens e mulheres, para que participem e se beneficiem do desenvolvimento rural e, em particular, devem garantir a essas mulheres o direito [...] de desfrutar de condições de vida adequadas, particularmente em relação à habitação, saneamento, eletricidade e abastecimento de água, transportes e comunicações).

⁵¹ Como demonstrado por relatórios do governo e ONGs: ver nota supracitada 25

aplicadas, não pôde ordenar El Salvador a emitir a autorização de exploração, nem atribuir uma indenização correspondente a Pac Rim.

Nesta perspectiva, que tipo de responsabilidade, caso exista, poderia permanecer? Claro que não a que vem a partir da negação substancial da licença de exploração, que - como nós tentamos mostrar - representa tanto uma obrigação legal e uma faculdade da soberania para El Salvador⁵².

Em nossa opinião, a única responsabilidade legal que a Pac Rim poderia invocar perante o tribunal ICSID, é a violação do governo de El Salvador dos prazos legais para emitir uma decisão negativa adequada e explícita sob a SML e SEL, e nada mais: desta forma, os danos seriam, assim mesmo, muito menos do que o reivindicado pela Pac Rim (isto é, a perda de valor de todo o investimento e as despesas de exploração). Além disso, o cálculo da compensação deve levar em conta a negligência do próprio requerente, que, como já foi recordado, não conseguiu contestar o silêncio do governo perante a jurisdição administrativa competente, isto é, através das ferramentas legais oferecidas pelo ordenamento jurídico salvadorenho⁵³.

⁵² É sabido como a racionalidade subjacente do sistema de arbitragem de investimento coloca em risco o princípio da soberania do Estado (irrelevância das mudanças na legislação interna, desnacionalização e a despolitização dos conflitos legais), uma pedra angular do direito internacional público. Além disso, incorpora {1 um modelo gerencial, neo-liberal e de resolução de problemas de julgamento, que remove completamente a função simbólica dos órgãos judiciais, ligada à ideia de justiça substancial. A literatura sobre o assunto é enorme, e aqui nós apenas gostaríamos de recordar GARAPON de modo geral, *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, Paris, 2010; LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, em *Riv. dir. cost.* 164, 1996; e CAMERON, *Reflections on Sovereignty over Natural Resources and the Enforcement of Stabilization Clauses*, em SAUVANT (ed.), *Anuário de Direito Internacional de Investimento e Política de 2011 - 2012*, Oxford, 2013, pp. 311 ss. Sobre as possíveis mudanças no texto dos tratados de investimento, a fim de garantir os direitos fundamentais, consulte DUMBERRY, DUMAS-AUBIN, como impor as Obrigações de Direitos Humanos às Empresas por força de tratados de investimento? Orientações pragmáticas para a alteração dos BITs, em SAUVANT (ed.), *Op. cit.*, 2013, pp. 569 ss.

⁵³ Obviamente, nós não afirmamos aqui que o tribunal ICSID deve reconhecer o princípio do esgotamento dos recursos internos: afinal, o objetivo de cada arbitragem de investimento internacional é a criação de um fórum alternativo aos tribunais nacionais, e mesmo assim não há nenhuma disposição na Convenção ICSID apoiando este argumento.

Esta abordagem deve, por sua vez, ser distinguida da chamada "doutrina de mãos limpas", que é «o princípio de que uma parte não pode buscar reparação justa se essa parte tenha violado um princípio equitativo» (ver DUMBERRY, DUMAS-AUBIN, *When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration*, 13 *J. World Investment & Trade* 349, 2012, pp. 362 ss).

Neste raciocínio, obviamente, seguimos a linha de argumentação do demandado, segundo o qual no presente processo não existe direito de propriedade em jogo e, conseqüentemente, expropriações ilegais: como já foi salientado, a lei salvadorenha garante os direitos à propriedade e, posteriormente, contra expropriação apenas para a licença de exploração final, que a Pac Rim nunca obteve; Além disso, parece que a lei salvadorenha não reconhece a noção geral de expropriação "indireta" ou "regulamentar", como é comumente usada por tribunais internacionais.

Não obstante a isso, na próxima seção, vamos assumir a perspectiva do demandante e mostrar que, mesmo reconhecendo as garantias do direito de propriedade para investimento da Pac Rim, valores constitucionais continuam a desempenhar um papel que poderia evitar (ou reduzir substancialmente) a responsabilidade de El Salvador.

2.2. A possibilidade de outros conflitos de lei: equilíbrio entre valores constitucionais

Tal como sublinhado pelo requerente, constituição de El Salvador reconhece o direito de propriedade (arts. 2, 22, 103 SC) e dá proteção contra desapropriação ilegal e discriminatória (art. 106.1 SC). Além disso, e para tornar o quadro ainda mais complexo, lembramos que El Salvador é parte em instrumentos de direito internacional que reconhecem o direito à

O que estamos recordando é simplesmente um princípio geral do direito penal (presente tanto na lei comum e jurisdições de direito civil, e amplamente reconhecido na doutrina e decisões internacionais), em que a compensação deve ser reduzida de acordo com a contribuição do autor para o dano (negligência, ver art. 2081 código civil de El Salvador). No que se refere à arbitragem entre investidores e Estados, o princípio foi aplicado em MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA contra Chile (Caso ICSID nº ARB / 01/7), um caso em que a empresa havia investido com o incentivo de autoridades chilenas, mas devido a um regulamento de zoneamento, não foi possível construir o projeto planejado. A empresa finalmente prevaleceu por quebra de padrão de tratamento justo e equitativo (FETS), mas a compensação foi reduzida em 50 por cento pela sua falta de diligência: ver SABAHI, Compensation and Restitution in Investor -State Arbitration: Principles and Practice, Oxford, 2011 , pp. 175-176. Vale a pena lembrar que o FETS é reconhecido no art. 10.5 CAFTA, mas, no que respeita o direito interno de El Salvador, apenas no preâmbulo da SIL.

propriedade, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁴ (não-vinculante) e da Convenção Americana dos Direitos Humanos⁵⁵ (vinculante/obrigatória).

Assim, mesmo admitindo que Pac Rim manteve algum tipo de propriedade, e que sofreu uma expropriação ilegal (indireta), haveria um conflito entre valores diretamente ou indiretamente consagrados na constituição nacional e os instrumentos internacionais de direitos humanos: por um lado, a direito de propriedade e, mais genericamente, à liberdade econômica; Por outro lado, o direito à água e, mais geralmente, ao ambiente saudável⁵⁶.

Neste cenário complexo, nossa opinião é que o tribunal arbitral seria chamado a um equilíbrio e coordenação delicados entre regimes diferentes Agora, «coordination requires evaluation and hierarchy - the assessment of the value of individual regimes and their ultimate organization in some order of priority⁵⁷» (coordenação exige avaliação e hierarquia - a avaliação do valor dos regimes individuais e a organização máxima em alguma ordem de prioridade), *esta tarefa de equilibrar (ou seja, hierarquização) valores, mesmo se particularmente desagradável para os tribunais arbitrais, é (e será cada vez mais) fundamental para a legitimidade e a própria*

⁵⁴ Cujo art. 17 tem a seguinte redação: «Everyone has the right to own property alone as well as in association with others. No one shall be arbitrarily deprived of his property» (Toda a pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade).

⁵⁵ Cujo art. 21 tem a seguinte redação: «Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law» (Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse da sociedade. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e segundo as formas previstas na lei. Usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem deve ser proibida por lei). Nós preferimos evitar aqui qualquer referência aos argumentos baseados nas normas jus cogens internacionais, devido à incerteza do seu âmbito e conteúdo.

⁵⁶ Assim, o tribunal ICSID iria encontrar-se «in the awkward position of having to adjudicate conflicting human rights norms» (na incômoda posição de ter de julgar normas conflitantes de direitos humanos): ver KARAMANIAN, Business Law Forum: Balancing Investor Protections, the Environment, and Human Rights: The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration, 17 de Lewis & Clark L. Rev. 423, 2013, pp. 9, 11.

⁵⁷ KOSKENNIEMI, Hegemonic Regimes, em Young (ed.), Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation, Cambridge, 2012, p. 305.

*sobrevivência do sistema de adjudicação econômica internacional, e envolve a adoção de teorias orientadas para a constituição*⁵⁸.

As características específicas de *Pacific Rim v. El Salvador*, no entanto, obrigam o tribunal ICSID a resolver este conflito, da mesma forma que um tribunal nacional faria e, por isso, exigem uma análise profunda da axiologia geral elaborada no sistema legal de El Salvador, tendo também em conta as fontes pertinentes do direito internacional. Em outras palavras, e mesmo com o risco de adotar uma abordagem excessivamente positivista, nossa opinião é que o juiz (ou o árbitro) deve basear o equilíbrio em fontes legais pertinentes, e não (apenas) em considerações relacionadas com as teorias políticas ou filosóficas.

Olhando para as disposições constitucionais, é bastante evidente que o sistema legal de El Salvador - como outras jurisdições da América Latina - não dá uma proteção absoluta ao direito de propriedade: pelo contrário, os direitos de propriedade e liberdade econômica são reconhecidos e garantidos contanto que eles absorvam sua função social (art. 103.1 SC⁵⁹) e não estão em contradição com os interesses da sociedade (art. 102.1 SC⁶⁰); Além disso, o art. 65.1 SC afirma expressamente que a saúde dos habitantes da República representa um bem público, que o Estado e os povos são chamados a proteger e monitorar⁶¹; Além disso, a arte. 117 SC esclarece que é dever do Estado proteger os recursos naturais, bem como a diversidade e integridade ambiental, a fim de garantir o desenvolvimento sustentável, e que a *proteção dos recursos naturais é um interesse social*⁶².

Através desta visão geral, podemos afirmar que o direito interno salvadorenho estabelece uma hierarquia clara: *quando o conflito é inevitável e não pode ser resolvido sem o*

⁵⁸Ver em: PETERSMANN, Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration, em DUPUY, FRANCONI, PETERSMANN (eds.), Op. cit., pp. 137 ss. Para uma crítica profundamente argumentada, de uma perspectiva da legislação constitucionalista, da legitimidade do sistema de arbitragem ICSID atual, ver PETERS, Membership in the Global Constitutional Community, in KLABBERS, PETERS, ULFSTEIN (eds.), The Constitutionalization of International Law, Oxford, 2009, pp. 251 ss.

⁵⁹ “Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”

⁶⁰ “Se garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social”

⁶¹ “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”

⁶² “Es deber del Estado proteger los recursos naturales, así como la diversidad e integridad del medio ambiente, para garantizar el desarrollo sostenible. Se declara de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales, en los términos que establezca la ley”

sacrifício (parcial ou total) de um dos dois valores, a proteção da saúde e do meio ambiente prevalece sobre os direitos de propriedade e as liberdades econômicas. Isto pode ser considerado como um princípio de ordem pública no sistema de El Salvador.

O resultado não muda muito, se considerarmos os instrumentos internacionais que reconhecem o direito à propriedade relevante para a lei salvadorenha. Também neste caso, as disposições constitucionais desempenham um papel central: de acordo com o art. 145 SC,

“treaties in which constitutional dispositions are in any manner restricted or affected shall not be ratified, unless the ratification is done with the corresponding reservations”⁶³ (Tratados em que disposições constitucionais são, de qualquer forma limitadas ou afetadas não serão ratificados, a menos que a ratificação seja feita com as reservas correspondentes).

Além disso, de acordo com o art. 146.1 SC,

“treaties shall not be entered into or ratified, nor shall any concessions be granted that would in any way alter the form of government or damage or diminish the territorial integrity, sovereignty, or independence of the Republic or the fundamental rights and guarantees of human persons”⁶⁴ (Tratados não devem ser celebrados ou ratificados, nem serão concedidas quaisquer concessões que de qualquer forma alterarem a forma de governo ou prejudiquem e ou diminuam a integridade territorial, a soberania, ou a independência da República ou os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana).

Se conectarmos estas disposições com os arts. 144, 149 SC citados acima (p. 11-12), segue-se que um juiz nacional (e, posteriormente, o tribunal ICSID) deve declarar a inaplicabilidade das disposições de qualquer tratado (até mesmo um tratado de direitos humanos), que poderia ter como consequência, a prioridade dos direitos de propriedade sobre a saúde e o meio ambiente e, no nosso caso, a concessão da licença de exploração.

⁶³ “No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes”

⁶⁴ “No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana”

Além disso, o argumento que apoiamos também seria consistente com o princípio da proporcionalidade, tal como adotado pela primeira vez por um tribunal ICSID no caso *TECMED*⁶⁵: na verdade, dada a incompatibilidade irremediável dos dois conjuntos de valores / interesses neste caso, a única forma de o governo salvadorenho proteger o direito à saúde dos seus cidadãos era negar a licença de exploração.

Finalmente, queremos sublinhar que, de acordo com art. 146.2-3 SC:

“the provisions of the previous paragraph shall apply to all international treaties or agreements entered into with governments or domestic or international companies in which the Salvadoran State is subject to the jurisdiction of a tribunal of a foreign state. The aforementioned does not prevent the Salvadoran State from submitting, in treaties and contracts, to arbitration or to an international tribunal for a decision in the event of a dispute”⁶⁶ (As disposições do parágrafo anterior aplicam-se a todos os tratados ou acordos internacionais firmados com governos ou empresas nacionais ou internacionais em que o Estado salvadorenho está sujeita à jurisdição de um tribunal de um Estado estrangeiro. O acima mencionado não impede o Estado salvadorenho de submeter, *em tratados e contratos, à arbitragem ou a um tribunal internacional para uma decisão no caso de uma disputa.*)

Estas disposições implicam que o sistema legal de El Salvador, apesar de não proibir a arbitragem internacional (para. 3), não pode deixar - como regra geral - qualquer sentença arbitral violar a ordem pública fundamental estabelecida pela Constituição (parágrafo.1-2)⁶⁷.

⁶⁵ Técnicas Medioambientales Tecmed, SA contra Estados Unidos do México, Caso ICSID No. ARB (AF)/00/2. Nesse caso (de alguma forma similar a Pacific Rim contra El Salvador, uma vez que envolveu a não renovação de uma licença para operar um aterro de resíduos perigosos): de acordo com o tribunal, a avaliação da proporcionalidade deve levar em conta o interesse público. Veja KROMMENDIJK, MORIJN, ‘Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitrationem DUPUY, FRANCIONI, PETERSMANN (eds.), op. cit., p. 439-440.

⁶⁶ “Lo dispuesto en el inciso anterior se aplica a los tratados internacionales o contratos con gobiernos o empresas nacionales o internacionales en los cuales se someta el Estado salvadoreño, a la jurisdicción de un tribunal de un Estado extranjero. Lo anterior no impide que, tanto en los tratados como en los contratos, el Estado salvadoreño en caso de controversia, someta la decisión a un arbitraje o a un tribunal internacionales”

⁶⁷ Arts. 146 e 103.3 SC são claramente inspirados ao princípio da soberania do Estado no seu território, fortemente defendido no século XIX pelo estudioso argentino Carlos Calvo, segundo o qual «the responsibility of governments towards foreigners cannot be greater than that which these governments

Isso afeta nosso caso, pelo menos, de duas maneiras: em primeiro lugar, nenhum tribunal internacional pode subverter a hierarquia constitucional de valores; em segundo lugar, nenhum tribunal internacional pode ordenar ao governo salvadorenho que pague uma compensação que poderia afetar substancialmente sua capacidade de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana (ou seja, o tribunal ICSID não poderia solicitar El Salvador, em qualquer caso, a pagar 314 milhões de dólares, conforme solicitado pelo requerente⁶⁸).

Assim, mesmo partindo do princípio (e não o fazemos) que Pac Rim possuiu algum tipo de direito de propriedade, e que a conduta de El Salvador constituiu expropriação indireta e ilegal, temos mostrado que a negação da licença de exploração foi de qualquer maneira uma obrigação legal para o governo.

Neste contexto, que é o mais favorável às reivindicações da Pac Rim, que tipo de responsabilidade, caso exista, poderia o demandante invocar? Se a negação (ou seja, a suposta desapropriação indireta) foi um dever legal para o governo de qualquer maneira, e uma vez que um procedimento de expropriação formal para os direitos detidos pela Pac Rim (ou seja, a licença de exploração) não era concebível e nem justificável, a única responsabilidade seria, mais uma vez, a violação do dever do governo para emitir uma negação adequada e explícita, mitigado pelo fracasso da Pac Rim para contestar o silêncio das autoridades governamentais perante a jurisdição administrativa de El Salvador, como mostrado acima (p. 14).

have towards their own citizens» (a responsabilidade dos governos em relação aos estrangeiros não pode ser maior do que a que esses governos têm para a sua cidadãos próprios) (ver SHEA, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, 1955). A doutrina de Calvo teve uma grande influência sobre o constitucionalismo da América Latina, onde várias constituições e leis nacionais contêm uma "cláusula de Calvo. Como mencionado acima (nt. 52), no entanto, o próprio conceito de arbitragem investidor-Estado de alguma forma colide com o princípio da soberania e controle sobre os recursos naturais do estado, pelo menos tal como é entendido na doutrina de Calvo e nas resoluções da Assembleia Geral da ONU, que na década de 60 e 70 do século XX promoveu uma Nova Ordem Econômica Internacional (ver, por exemplo, a resolução GA 3281, 29ª Sess, 1974; resolução GA 626, 7ª Sess de 1952; resolução GA 1803, 17ª Sess, 1962; GA, a resolução 3201, S-VI, 1974). Ver em geral KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration.. The Interplay Between National and International Law*, Oxford, 2013, pp. 163-170; SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997.

⁶⁸ É interessante notar que El Salvador evocou o art. 146 SC apenas na fase jurisdicional do processo, e apenas para argumentar que o art. 15 SIL não constitui consentimento na arbitragem, para fins do art. 25 da Convenção ICSID: ver Memorial de Objeções de El Salvador para a Jurisdição, 15 de outubro de 2010, par. 374 ss.

Na verdade, e para considerar um último ponto, a conduta do governo não pode ser considerada como uma violação dos FETS⁶⁹, nem a Pac Rim pode afirmar que foi privada de qualquer expectativa legítima: independentemente das supostas garantias informais de altos funcionários governamentais, a companhia não possuía *expectativa*⁷⁰ baseada legalmente para obter a autorização de exploração, e, portanto, não há violação do princípio da segurança jurídica (*seguridad jurídica*) para além de, mais uma vez, a incapacidade de cumprir com o processo legal para emitir uma decisão de negação.

Tendo mostrado a estratégia baseada na constituição que poderia ter sido seguida, na próxima seção, em parte, deixaremos a análise estritamente relacionada com o desenvolvimento do processo e incidirá sobre o seu impacto potencialmente mais alargado sobre a chamada "constitucionalização do direito internacional".

2.3. Ampliar a perspectiva: a “constitucionalização do direito internacional”

Com a ideia de "constitucionalização do direito internacional"⁷¹, juristas geralmente indicam alguns desenvolvimentos que tendem a "constitucionalizar" o direito internacional, pelo menos a partir de um ponto de vista estrutural. Estes desenvolvimentos compreendem (mas não estão limitados a): propagação da maioria na tomada de decisões em vez de tomada de decisão intergovernamental nos organismos internacionais; adjudicação compulsória dos tribunais

⁶⁹ Como já mencionado acima (nt. 53), não está presente em nenhum texto da SIL, mas apenas no seu preâmbulo.

⁷⁰ Ver Pacific Rim LLC's Memorial on the Merits and Quantum, 29 de Março de 2013, paras. 410 ss.

⁷¹ Sobre este assunto complexo e altamente debatido, ver, por exemplo DUNOFF, TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Government*, Cambridge, 2008; KLABBERS, PETERS, ULFSTEIN (eds.), *op. cit.*, 2009; DOBNER, LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010; RUIZ FABRI, ROSENFELD (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, 2011; FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *Internationalisation des constitutions et constitutionnalisation du droit international: réflexions sur quelques interactions entre droit constitutionnel et droit international*. Journée d'études - 24 juin 2013, Aix-en-Provence, 2015.

internacionais; requisitos super majoritários para alterar alguns documentos ou cartas legais constitucionais ou "quasi-constitucionais"⁷².

*Agora, a principal questão em jogo é se essas mudanças na estrutura do direito internacional são susceptíveis a executar as mesmas funções realizadas pelo constitucionalismo moderno em sistemas jurídicos internos, que é a limitação do poder objetivando a garantia de direitos*⁷³.

Por que casos como *Pacific Rim v. El Salvador* são relevante a este respeito? Para responder a esta questão, é em primeiro lugar necessário fazer uma pequena digressão.

Em nossa opinião, o debate sobre a constitucionalização do direito internacional⁷⁴, geralmente não dá importância suficiente para *uma* distinção fundamental - bem conhecida por estudiosos de direito comparado - *no desenvolvimento histórico e teórico do constitucionalismo moderno, que está entre constitucionalismo da civil law ou continental e constitucionalismo da common*⁷⁵.

Como uma questão de princípio, e não tendo oportunidade de desenvolver plenamente questões tão complexas, podemos dizer que o constitucionalismo da civil law é típico dos ordenamentos jurídicos em que: a autoridade política central forte já foi estabelecida; há um "momento constitucional"⁷⁶ evidente e basicamente único; um ou vários documentos legais têm supremacia formal, como para invalidar outras fontes legais inconsistentes; finalmente, a função

⁷² Ver em geral GARDBAUM, Human Rights and International Constitutionalism, in DUNOFF, TRACHTMAN (eds.), op. cit., 2008, p. 233 ss.

⁷³ Nesta distinção essencial ver DOGLIANI, Sulla necessità di affiancare alla distinzione tra «Costituzione no senso formale e materiale» quella tra «Costituzione no senso strutturale e funzionale», em Barcelona, DI MARIA (a cura di), Costituzione e globalizzazione, Enna, 2012, pp. 85-98.

⁷⁴ Deve recordar-se que uma parte relevante dos estudiosos do direito constitucional sustenta que a reprodução das funções específicas (limitação do poder objetivando a garantia de direitos) historicamente realizada por constituições no Estado é altamente problemática ou mesmo impossível em uma escala global, e alguns deles veem a "constitucionalização do direito internacional" como nada menos que o fim do constitucionalismo moderno: ver, por exemplo, GRIMM, The Constitution in the Process of Denationalization, 12, 4 Constellations 448, 2005; DE BÜRCA, GERSTENBERG, The Denationalization of Constitutional Law, in 47, 1 Harv. Int'l. L. J. 243, 2006; AZZARITI, Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?, Roma-Bari, 2013.

⁷⁵ No entanto, estamos perfeitamente conscientes de que esses dois termos constituem apenas tipos ideais, modelos que nunca existiram na sua forma mais pura, e que todas as ordens jurídicas, a Civil Law e tradição da Common Law, geralmente apresentam algumas características de ambos.

⁷⁶ Ver ACKERMAN, The Rise of World Constitutionalism, 83 VA. L. Rev. 775, 1997; GRIMM, Integration by Constitution, in 3 Int'l J. Const. L. 193, 2005.

de limitação do poder é geralmente realizada no momento da fundação do próprio poder, ou seja, abstratamente, com apenas um papel secundário atribuído a órgãos judiciais comuns.

Por outro lado, o constitucionalismo da *common law* é típico dos ordenamentos jurídicos em que uma autoridade política central é frágil ou não existe de todo; não há um "momento constitucional" único, mas, sim, uma estratificação cultural de documentos altamente autoritários ("quasi-constitucionais"), que, no entanto, não são reconhecidos em uma supremacia formal sobre outras fontes legais; Finalmente, a função de limitação de poder é realizada no momento da progressão real do poder em si mesmo, numa base de caso-a-caso, isto é, nos momentos de conflitos reais entre as regras opostas, valores ou interesses. Estes conflitos (ou colisões, usando uma palavra particularmente apreciado pelos sociólogos⁷⁷) entre regimes diferentes de alguma forma dão origem a *uma* manta de retalhos *legais estratificada* que, finalmente, resulta na constituição normativa real: é manifesto como corpos judiciais, que são aqueles comandando no momento do conflito real, tem um papel absolutamente crucial no desenvolvimento desta colcha de retalhos⁷⁸.

Em outras palavras, queremos destacar *como*, dadas as *características atuais do sistema jurídico transnacional*, a sua "constituição", se houver, será uma de direito da *common law*⁷⁹, cada vez mais desenvolvida por ambos corpos judiciais nacionais (por exemplo, os tribunais constitucionais) e não nacionais (por exemplo, tribunais arbitrais, como o ICSID)⁸⁰, e os juristas devem ter em conta este elemento antes de tomar qualquer posição sobre a questão da constitucionalização do direito internacional.

Então, voltando ao nosso assunto, temos uma explicação sobre o porquê casos tais como *Pacific Rim v El Salvador*, cujos conflitos axiológicos tentamos destacar até agora, estão intimamente ligados com a "constitucionalização do direito *internacional*". Eles representam

⁷⁷ Ver, em particular, FISCHER-LESCANO, TEUBNER, Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, 25 Mich. J. Int'l L. 999, 2004.

⁷⁸ A literatura sobre o assunto é simplesmente enorme: ver, por exemplo TREVES, Fragmentation of International Law. The Judicial Perspective, 23 Comunicazioni e studi 821, 2007; CASSESE, I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale, Roma, 2009; SLAUGHTER, A Global Community of Courts, 44 Harv. Int'l L.J. 191, 2003; ALLARD, GARAPON, Les juges dans la mondialisation, Paris, 2005

⁷⁹ Ver HURRELL, On Global Order, Oxford, 2007, p. 53; TEUBNER, Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect?, in 3 NJLP 191, 2011, pp. 195-198

⁸⁰ Ver a pesquisa sobre prática arbitral em RENNERT, Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?, 26,4 Journal of International Arbitration 533, 2009.

oportunidades inestimáveis de: 1) afirmam uma hierarquia entre alguns direitos fundamentais (no nosso caso, o direito à saúde e direitos de propriedade) no sistema jurídico transnacional; 2) limitar o poder transnacional (econômico); 3) por este meio, *contribuir para a constitucionalização do direito internacional (não apenas estrutural, mas também funcional, como o definimos acima).*

Aqui, porém, gostaríamos de observar como algumas perspectivas sobre a "constitucionalização do direito internacional" são, provavelmente, ainda muito ligadas ao paradigma centrado no Estado (legal e politicamente), e não colocam a questão nos termos certos: na nossa opinião, e adotam a perspectiva do pluralismo constitucional e constitucionalismo social, *não haverá uma lei internacional "constitucionalizada"*, absorvendo os outros regimes transnacionais da mesma forma que as constituições dos estados fez com classes, partidos, etc .; em vez disso, *haverá uma pluralidade de regimes transnacionais co-existentes sempre colidindo, limitando uns aos outros e, por este meio, constitucionalizado.* Neste cenário, casos como *Pacific Rim v El Salvador*, com as interpretações evolutivas relacionadas, deve ser vistos como ferramentas para forçar o regime transnacional de empresas em um processo de auto-constitucionalização, isto é, auto-limitação das suas próprias externalidades negativas⁸¹.

⁸¹ A abordagem teórica proposta é claramente inspirado ao constitucionalismo social, que por sua vez tem suas raízes na escola institucionalistas Francesa e Italiana do início do século XX (Hauriou, Duguit, Romano e Cesarini Sforza). Sobre o constitucionalismo social de hoje, em geral, ver SCIULLI, *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York, 2001; TEUBNER, *Constitutional Fragments Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012; THORNHILL, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge, 2011; ROBE, *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Paris, 2015. A ligação íntima entre o constitucionalismo social, o constitucionalismo da common law e a litigância transnacional em direitos humanos é aparente nas palavras de Gunther Teubner, que, respondendo a algumas críticas por Bart van Klink (VAN KLINK, *The Destruction and Reconstruction of the Tower of Babel. Um comentário ao apelo de Gunther Teubner para uma "Constituição de Common Law"*, 3 NJLP 230, 2011), afirma: "ele me acusa de não responder à pergunta: «he accuses me of not answering the question: 'against whom should fundamental rights be invoked?' He seems to ignore the answer which I give explicitly. My answer: suing individual or collective actors in existing procedures of individual human rights litigation, and translating the questions of individual rights into institutional issues within this individual litigation. This method has a long history in constitutional law, private law and competition law, and my suggestion is to extend it to horizontal effects of human rights» (Contra quem deverão ser os direitos fundamentais invocados? Ele parece ignorar a resposta que dou explicitamente. Minha resposta:

Neste quadro geral, direito constitucional interno e tribunais constitucionais não são deixados sem qualquer papel: ao contrário, quando a lei constitucional não consegue expandir-se (ou seja, a sua hierarquia de valores) para a ordem jurídica transnacional, ele continua (ou deve continuar) absolvendo, através do acoplamento estrutural com o monopólio de Estado da força legítima dentro de um território específico⁸², a sua função de *limite à fontes de direito internacional incompatíveis com a proteção dos direitos fundamentais*.

Isso posto, nos permite responder a outra pergunta: e se o *Tribunal ICSID premia a Pac Rim com a concessão do pedido*? Neste caso, a mais crua e única solução legal para El Salvador seria provavelmente a declaração de inconstitucionalidade da Convenção ICSID pelo Supremo Tribunal de El Salvador (direito interno que ratificou a): isso provavelmente seria o resultado mais áspero e menos desejável para a política de amigável a investidores de El Salvador, mas, de um ponto de vista teórico, teria pelo menos a vantagem de destacar o "papel firewall" estratégico desempenhado pelos tribunais nacionais⁸³.

CONCLUSÃO

processando atores individuais ou coletivos em procedimentos existentes de litígios individuais de direitos humanos, e traduzindo as questões de direitos individuais em questões institucionais dentro deste contencioso individual. Este método tem uma longa história no direito constitucional, direito privado e concorrência privada, e minha sugestão é a de estendê-lo para efeitos horizontais dos direitos humanos » (TEUBNER, Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments, 3 NJLP 275, 2011, p. 279).

⁸² Em monopólio do estado das estruturas de segurança - mesmo nos tempos atuais de globalização - a teoria do poder estrutural de Susan Strange ainda é fundamental: ver STRANGE, States and Markets, London, 1994. Mais recentemente, sobre a centralidade persistente do Estado como forma jurídica e política, consulte RAZ, Why the State? King's College London Law School Research Paper No. 2014-38, October 2013, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2339522>. Kings College London School Law Research Paper No. 2014-38, em outubro de 2013, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2339522>.

⁸³ Este desenvolvimento potencial faria Pacific Rim v El Salvador semelhante, por alguns aspectos, a um outro caso famoso que ocorreu no Equador, Aguinda v Texaco:.. Ver, por exemplo, KIMERLING, Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia : The Case of Ecuador, ChevronTexaco, and Aguinda v. Texaco, 38 International Law & Politics 413, 2006. Talvez uma outra solução, mais política, mas ainda admissível nos termos do direito internacional, poderia ser que denunciar a Convenção ICSID, como outros países da América Latina já fizeram (Bolívia, Equador, Venezuela), mas a sua retroatividade (isto é, a sua relevância para o nosso caso) seria problemática na melhor das hipóteses.

Sobre o que nós chamamos papel estratégico dos tribunais nacionais, ver, em geral, SLAUGHTER, BURKE-WHITE, The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law), in 47 Harv. Int'l L.J. 327, 2006; BERMAN, Global Legal Pluralism, 80 S. Cal. L. Rev. 1155, 2006-2007.

Dada a sua natureza de trabalho em progresso, o escopo do presente artigo - sugerindo uma estratégia de argumentação, parcialmente diferente e alternativa em uma arbitragem de investimento internacional, com base na combinação da cláusula DOB do CAFTA e disposições constitucionais salvadorenhas - foi reconhecidamente limitada ao próprio processo.

Este, no entanto, e apesar de não ter sido possível desenvolver plenamente as enormes questões em pauta, nós também tentamos mostrar como a abordagem argumentativa proposta não é neutra no que diz respeito às suas consequências teóricas e implicações, especialmente em uma escala da lei global. Ao fazê-lo, usamos o caso *Pacific Rim v. El Salvador* como um exemplo paradigmático de como a argumentação baseada em constituição poderia deixar a racionalidade dos direitos fundamentais (isto é, axiologia constitucional) entrar no sistema de adjudicação de investimento, reforçando a legitimidade política e institucional deste último⁸⁴.

Além disso, como apontamos claramente, enfrentamos essa tarefa usando as ferramentas teóricas oferecidas pelo contencioso direito humano transnacional e o constitucionalismo social que, em nossa opinião, são os únicos adequados para evitar uma deriva

⁸⁴ Nós propositadamente evitamos o problema da fragmentação do direito internacional, que é a multiplicação e especialização dos regimes internacionais e dos órgãos judiciais, cada um com sua própria racionalidade e alcance, um fenômeno que, segundo alguns estudiosos, coloca em risco ("fragmenta ") a tradicional unidade e coerência do direito internacional (ver YOUNG (ed.), op. cit., 2012; e o seminal CHARNEY, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, 271 *Recueil des cours* 101, 1998).

No entanto, é bom lembrar que vários estudiosos vêem 'reivindicações na arbitragem de investimento como uma oportunidade para preservar direitos humanos (' desfragmentar ') a unidade do direito internacional. No entanto, em nosso ponto de vista e, seguindo a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a colisão de regimes que estão ocorrendo em casos como a *Pacific Rim v. El Salvador* produz conflitos legais em que uma norma (espero, a norma de direitos humanos) prevalece, ou deve prevalecer : isto não significa, no entanto, que os conflitos são resolvidos em termos de hierarquia na escala de direito global, nem que um regime é absorvido pelo outro. Mais realisticamente, a internalização parcial da racionalidade dos direitos humanos representa apenas uma ferramenta para limitar as externalidades potencialmente destrutivas de um sistema transnacional de empresas: por isso, enquanto a prevalência da norma de direitos humanos pode realmente contribuir para a minimização dos piores resultados da fragmentação do direito internacional (fragmentação jurídica), ela não reduz e, pelo contrário, através da sua legitimação, aumenta a diferenciação funcional social, que está na origem da própria fragmentação jurídica. Ver TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, 61 *Modern Law Review* 11, 1998; FISCHER-LESCANO, TEUBNER, *Regime-Collisions*, op. cit., 2004.

niilista na compreensão dos fenômenos jurídicos a caracterizar o globalizado século XXI⁸⁵, já que eles dão uma orientação teórica e prática aos juristas.

Não obstante, é aparente que os efeitos da constitucionalização serão alcançados apenas com uma estratificação de médio / longo prazo das decisões judiciais e políticas institucionais coordenadas (tanto a nível nacional quanto internacional): este trabalho pressupõe, por sua vez um esforço duro e implacável - por ambos os acadêmicos e os litigantes - para promover os direitos fundamentais na arena do direito global. O presente trabalho teve como objetivo ser nada mais do que uma contribuição mínima e muito modesta para esse esforço.

⁸⁵ Ver IRTI, Nichilismo giuridico, Roma-Bari, de 2005.