

# BRASIL E ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS: REALIDADES E POSSIBILIDADES

José Augusto Fontoura Costa<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO



Em minha opinião, seria muito bem vinda a adesão brasileira à Convenção de Washington, pois isso deixaria clara a intenção de participar ativamente na construção de um Direito Internacional do Investimento Estrangeiro, deixando de lado a passividade com que tal tema tem sido tratado pela política do governo e do Itamaraty na última década. Como não é parte em nenhum acordo para a promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI), o país poderia se destacar na conformação de novas alternativas, tanto multilaterais, quanto setoriais, regionais ou mesmo bilaterais.

Embora no momento a principal questão brasileira a respeito do Direito Internacional do Investimento Estrangeiro pareça ser a da adesão ao sistema de arbitragem do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID), sobretudo, a partir do argumento alicerçado no incremento do fluxo de capitais para o exterior dadas as relações de câmbio, esse é apenas um aspecto, por mais que seja importante, das perspectivas que podem ser adotadas para uma ampla compreensão da formação e aplicação de um Direito do investimento estrangeiro de dimensões globais. Muito mais do que a participação em um sistema arbitral, o que está em jogo é

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito de São Paulo (USP) e da Universidade Católica de Santos. Bolsista produtividade do CNPq. Agradeço a Vivan Rocha pelos ajustes das referências e citações.

a capacidade brasileira de participar e influenciar as mudanças que vêm alterando as feições das regras materiais internacionais de proteção aos investimentos estrangeiros, especialmente a partir da convicção de que o uso que se passou a fazer dos tratados de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRIIs) passou dos limites da razoabilidade e criou um desequilíbrio em favor dos investidores.

Nesse sentido, por exemplo, a recente saída de países sul-americanos do ICSID e um grande número de casos contra a Argentina, na década passada, podem ser entendidos mais como um resultado da estrutura dos APPRIIs do que de um viés da arbitragem ou dos árbitros<sup>2</sup>. Nesse contexto, seria aconselhável a manutenção da distância até hoje conservada.

Porém, as peculiaridades geopolíticas e econômicas brasileiras podem alavancar outras estratégias mais ativas. Dotado de um Produto Interno Bruto (PIB) que supera com folga a soma de todos os demais países da América do Sul e com uma economia dinâmica, que além de importar, também exporta investimentos, o Brasil é capaz de estabelecer estratégias próprias, voltadas a interesses que não são os mesmos de países menores e menos desenvolvidos.

Sem se desejar ingressar em um debate bastante complexo, é fato que sua posição no G20 e nos foros multilaterais colocam o país em um dilema: assumir vigorosamente uma liderança regional e dos países em desenvolvimento, ou migrar para o grupo dos países desenvolvidos. Para o que interessa nesse capítulo, qualquer que seja a opção, a pura e simples apatia em relação ao sistema internacional de proteção dos investimentos estrangeiros já não parece ser uma alternativa razoável.

A compreensão dos aspectos técnico-jurídicos da proteção internacional dos investimentos estrangeiros, portanto, se

---

<sup>2</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. A imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 21, 2009.

mostra como um elemento necessário para informar solidamente a discussão a respeito da adesão, ou não, aos acordos sobre arbitragem mista e de promoção e proteção recíproca de investimentos. É a isso que o presente artigo se dedica e, para tanto, traça com clareza as relações entre a arbitragem administrada pelo ICSID e as formas de consentimento e delimitação do objeto das lides.

## FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Um dos responsáveis pelo projeto que inspirou os modernos APPRIs, Lord Shawcross, apresentou o seguinte argumento em discurso na Academia de Direito Internacional da Haia, em 1961, durante o período mais delicado para o tratamento político e jurídico dos investimentos estrangeiros:

Investidores privados investem para obter lucro, não por benevolência. Eles estão preparados para correr os riscos do negócio, muitas vezes de grandes proporções, que são inerentes ao estabelecimento de novas empresas. Mas se eles realizam lucros, naturalmente esperam, depois da tributação normal, que terão direito a mantê-los. Se adquirem propriedade, esperam ter direito a ela. É o sentimento de insegurança a respeito desses aspectos, causado por experiências amargas do passado, que talvez seja o principal óbice ao fluxo de capital privado para os países em desenvolvimento. O que, então, faz, ou pode fazer, o Direito Internacional Público para regular estas relações e prover ordem e segurança às quais estamos acostumados a encontrar nos sistemas jurídicos internos civilizados?<sup>3</sup>

Pronunciado hoje, esse discurso certamente causaria polêmica por seu tom, mas não está em desconformidade com as percepções da época. Hartley William Shawcross, é importante dizer, não foi uma figura conservadora da política inglesa. Pelo

---

<sup>3</sup> SHAWCROSS, Hartley William. The problems of foreign investment in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, 335-363, 1961, p.342.

contrário. Membro do Partido Trabalhista, teve uma notável carreira em que são destaques a participação como Promotor Chefe para o Reino Unido no Tribunal de Nürenberg e a intensa atividade na promoção e proteção dos direitos humanos, inclusive como fundador e primeiro presidente da JUSTICE, uma destacada organização não governamental britânica. A estranheza, ao que parece, nasce da construção ideológica de um outro tempo. Não obstante, o lugar retórico da necessidade de proteger juridicamente os capitais e seus detentores de eventuais submersões nas areias movediças próprias do ambiente político, econômico e institucional de alguns países, porém, ainda se espalha por todo o discurso da proteção dos investimentos.

Mais importante, para o tema dos investimentos estrangeiros, é compreender que se tinha em vista uma função para o Direito Internacional: substituir os frágeis Ordenamentos nacionais por uma estrutura jurídica – normativa e organizacional – capaz de garantir os contratos e a propriedade, contra os riscos decorrentes da instabilidade política e da fragilidade institucional dos países em desenvolvimento.

A ideia de utilizar normas e órgãos de aplicação especiais para complementar sistemas jurídicos considerados inseguros ou insuficientes, de modo a atender às exigências de investimentos complexos e de longa duração, não é nova. Já desde o início da expansão internacional das economias ocidentais se fizeram comuns regimes de capitulações, em que os estrangeiros tinham o privilégio de ser julgados em conformidade com seu próprio Direito e por suas próprias autoridades, e, no caso da exploração de recursos naturais, da formação de verdadeiros enclaves, em que o controle das autoridades do país receptor se limitava, quando muito, a conferir a quantidade de bens explorados para fins de cálculo dos *royalties*.

O que, porém, ganha relevo nos anos 1950 e 1960 é que a exceção à aplicação do Direito local decorrente na origem

estrangeira de investidores e investimentos já não era aceitável depois da Segunda Guerra Mundial e, particularmente, da ampla difusão de movimentos de libertação nacional e da afirmação de uma identidade do Terceiro Mundo. À noção de um afastamento *ratione personae* dos Ordenamentos nacionais, portanto, termina por se impor uma excepcionalidade episódica, mesmo que previsível em face da conjuntura mundial, que tinha em mente que o inevitável desmantelamento do colonialismo não se dava sempre de maneira suave e, muitas vezes, os saltos e solavancos políticos terminavam em nacionalizações e socializações de ativos estrangeiros.

O papel que se atribuía ao Direito Internacional, portanto, era o de gerar alguma estabilidade e segurança para os fluxos internacionais de valores mediante a aplicação de princípios materiais historicamente consagrados, particularmente, os referentes ao tratamento dos estrangeiros, aos critérios para a desapropriação e aos padrões de indenização. Isso, como se terminou de dizer, tampouco era novo; as circunstâncias, porém, sugeriam a necessidade de uma mudança radical na sistemática de estabelecimento contratual de obrigações e de aplicação dessas regras públicas internacionais, já que em um mundo ideologicamente dividido e disputado centímetro a centímetro pelas superpotências, a possibilidade de representação diplomática dos interesses privados havia minguado.

Com os Estados fora das disputas pelos investimentos, duas ideias ganharam terreno: a de contratos destacados do Direito interno do país receptor dos investimentos e que se assemelhavam a tratados internacionais<sup>4</sup> e a de que a solução de controvérsias em matéria de investimentos deveria ser feita por arbitragem entre investidores e Estados, também chamadas

---

<sup>4</sup> SHAWCROSS, Hartley William. The problems of foreign investment in international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, 335-363, 1961, p.342; VERDROSS, Alfred. The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1958-9.

arbitragens mistas ou de investimento.

A noção de que contratos entre particulares e Estados derivam sua validade do Direito Internacional nunca chegou a ser amplamente aceita. Apesar da engenhosidade de seu argumento central (as relações entre investidores e Estados teriam um *status* ontológico próprio que as vincularia a um Direito novo e diverso), do ponto de vista prático, isso jamais pode ser posto goela abaixo dos ordenamentos nacionais, que sempre definiram tais relações como próprias de seu Direito Administrativo, mesmo nas leis de proteção de investimento estrangeiro editadas por países em desenvolvimento a partir dos anos 1950. A ideia de contratos flutuando no espaço sideral terminou por fenecer em razão da sua escassa utilidade, não por falta de labilidade dos conceitos na doutrina jurídica. As soluções efetivamente encontradas foram outras.

Com efeito, o vácuo deixado pelas capitulações e o uso da representação diplomática para defender interesses de investidores foi preenchido por vários meios, notadamente: (1) a reestruturação contratual dos negócios, com o surgimento de acordos de *joint ventures* contratuais com empresas estatais para a exploração de recursos e os contratos de prestação de serviços<sup>5</sup>; (2) a difusão de leis nacionais de proteção do investimento, inclusive com previsão de aplicação subsidiária de padrões e princípios do Direito Internacional e de arbitragem e (3) a difusão de tratados de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI), sobretudo, bilaterais (BITs)<sup>6</sup>. Todas essas formas admitem, normalmente, a utilização subsidiária de padrões de proteção do estrangeiro consagradas no Direito In-

---

<sup>5</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção do investimento no Mercosul*. Florianópolis: GEDI, 2012; HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de Direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989; PETER, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.

<sup>6</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

ternacional e na arbitragem mista.

A aplicação *per se* da proteção conferida pelo Direito Internacional, mediante a proteção diplomática, deixara de ter espaço, pois era politicamente vista como um resqúcio indesejável da soberba metropolitana. Na arbitragem, em que o direito é aplicado em virtude do consentimento das partes, tais normas internacionais passam a ser relevantes apenas se, e na medida que, são determinadas pelo contrato, lei de investimento ou APPRI: não compõe, portanto, o Direito de base, de fundamento das obrigações.

De um modo geral, portanto, o contexto histórico da descolonização serviu para reposicionar as formas jurídicas de proteção dos investimentos estrangeiros: (1) os principais contratos, em especial para a exploração de recursos naturais, passaram de concessões muito gerais a acordos de *joint ventures* e de serviços; (2) o Direito Internacional geral deixou de ser aplicado mediante a proteção diplomática, deixando espaço para os contratos, leis de investimentos e APPRIs e (3) o fortalecimento das arbitragens mistas, entre investidores e Estados, foi considerado como principal meio de solução de controvérsias.

## CRIAÇÃO E PRIMEIROS PASSOS DO ICSID

No momento em que a proteção internacional dos investimentos estrangeiros se mostrava mais necessária e os instrumentos clássicos do Direito Internacional se mostravam frágeis, três principais propostas de incremento da segurança jurídica passaram a ser amplamente consideradas: (a) a criação de uma agência internacional de seguro de investimentos no exterior mediante cobertura de riscos políticos, nos moldes dos programas alemão, americano e japonês, o que teve de esperar até 1988, quando foi criada a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA); (b) a criação de códigos de conduta,

como a própria convenção modelo Abs-Shawcross, os quais não conseguiram obter consenso em um mundo dividido e, conforme relatório da ONU em 1960, teriam menos eficácia que um tratado sobre arbitragem e (c) a criação de um sistema arbitral para resolver controvérsias entre investidores estrangeiros e Estados, o que levou ao aparecimento do Centro Internacional para a Solução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID), mediante a Convenção de Washington de 1965 (CW) do Banco Mundial<sup>7</sup>.

As três linhas de criação de instrumentos internacionais se desenvolveram e, em um aparente paradoxo, mostraram sua maior expansão e eficiência passadas mais de duas décadas do momento em que se mostraram mais necessários, ou seja, apenas no tempo da queda do Muro de Berlim, das revoluções de veludo e dos estertores da União Soviética: a MIGA foi criada no final dos anos 1980, a assinatura de BITs cresceu exponencialmente nos anos 1990, ao mesmo tempo em que os casos do ICSID e seu mecanismo complementar se tornavam comuns. No entanto, a criação do sistema arbitral antecedeu em aproximadamente trinta anos sua utilização normal<sup>8</sup>.

De fato, a criação de um sistema próprio de arbitragem de investimentos enfrentou importantes dificuldades em seu início. Em particular, a absorção das arbitragens de investimento pela sistemática da arbitragem comercial privada era temida por vários países, que viam em sua utilização a continuidade do poder colonial e, decerto, de uma visão capitalista e centrada nas tradições ocidentais.

Desse modo, a atuação do Banco Mundial foi de essencial importância para a criação do ICSID, especialmente, por

---

<sup>7</sup> PARRA, Antonio R. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>8</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Modelos de Solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle R. (Orgs.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007; COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.



meio da atuação de seu Presidente de 1949 a 1962, Eugene R. Black. Com efeito, o Banco e seu presidente vinham atuando na conciliação e solução de disputas desde o início dos anos 1950, com destaque para as questões da Companhia de Petróleo Anglo-Iraniana (1951) e do Canal de Suez (1956)<sup>9</sup>. Essa atuação efetiva, combinada com o caráter técnico, multilateral e independente do Banco, tornaram-no o âmbito mais adequado para a discussão do sistema de arbitragem de investimentos.

Em 1961, enquanto se discutia a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Aron Broches, Procurador Geral do Banco Mundial, abraçou a ideia de uma convenção para promover a arbitragem mista. Depois de um longo e acidentado percurso, partindo dos relatórios de consultas a especialistas em várias conferências (Adis Abeba, Santiago, Genebra e Bangkok), a partir de um esboço, gerou-se um projeto por parte do Comitê Jurídico, aprovado em março de 1965 pelos Diretores Executivos do Banco Mundial. A Convenção de Washington recebeu prontamente as 20 ratificações necessárias para seu vigor, iniciado aos 14 de outubro de 1966<sup>10</sup>.

No início, apresentando resistência desde a negociação, os países da América Latina não aderiram à Convenção. Nos anos 1990, porém, houve um movimento acelerado de ratificações no continente, de maneira que apenas Brasil, Guiana e Suriname estavam fora do ICSID na primeira década do presente século. Depois do incremento do número de casos, porém, Bolívia e Equador denunciaram a CW como uma forma

---

<sup>9</sup> PARRA, Antonio R. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012; ROWAT, Malcolm D. Multilateral approaches to improving the investment climate of developing countries: the cases of ICSID and MIGA. *Harvard International Law Journal*, n. 33, 103-144, 1992, p.106.

<sup>10</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010; PARRA, Antonio R. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012; REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*, 2a Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

de obter alguma blindagem contra as reclamações originadas nos APPRIs muito favoráveis aos investidores que os assinaram.

Ao que parece, porém, a postura inicial latino-americana em relação à CW não distava da percepção geral: houve uma espera de seis anos pelo primeiro caso, resolvido por transação. Mais de duas décadas passariam até que o número de casos anuais ultrapassasse a marca de cinco.

Efetivamente, as mesmas condições geopolíticas que haviam tornado o recurso dos meios e regras tradicionais do Direito Internacional Público também impediam o pleno desenvolvimento e uso de um sistema arbitral independente. Na prática, a busca dos investimentos para a exploração de recursos naturais, sobretudo, minérios e petróleo, ocorria a despeito da falta de segurança jurídica e, as novas formas contratuais eram suficientes para regular àquelas situações em que a posse dos recursos se mostrava suficiente para assegurar boas posições de negociação para os Estados, o que possibilitava uma razoável redistribuição das margens de benefícios. Por seu turno, os países que, como o Brasil, optaram por uma política de desenvolvimento pautada pela substituição de importações e, portanto, pelo favorecimento dos investimentos estrangeiros como condição de acesso ao mercado interno, ofereciam segurança jurídica e medidas transparentes de controle do fluxo de capitais, inclusive mediante a tributação da remessa de lucros e repatriação de capitais proporcional a requisitos de desempenho<sup>11</sup>

Nesse contexto, foi se reduzindo a necessidade de um sistema imparcial de arbitragem. A nova realidade dos investimentos em um mundo dividido, mas com perspectivas claras a respeito do futuro, remodelou as expectativas de investidores e países receptores de investimentos, de modo a fortalecer o uso

---

<sup>11</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção do investimento no Mercosul*. Florianópolis: GEDI, 2012.

do Judiciário como modo normal de resolução de litígios. O momento de crise, em que as nacionalizações e socializações causavam justificado temor e o Terceiro Mundo parecia querer ir à forra contra séculos de exploração passou e os dois grandes movimentos de recomposição da ordem econômica mundial dos anos 1950 e 1960 – a criação de uma Nova Ordem Econômica Mundial e a formação de um sistema internacional de proteção dos investimentos estrangeiros – recuaram à medida que o sistema de Bretton Woods e o GATT se mostravam suficientemente resilientes e adaptáveis para incorporar mudanças importantes, mas que se colocavam na clara linha do capitalismo incrustado<sup>12</sup>.

Com o tratado constitutivo em vigor desde 1966, o ICSID teve seu primeiro caso apenas em 1972<sup>13</sup>. O primeiro laudo foi proferido em agosto de 1977<sup>14</sup>. Até 1989 somaram-se 24 casos, 10 dos quais solucionados definitivamente por decisão do tribunal constituído, uma média global de aproximadamente um caso por ano, menos da metade dos quais efetivamente arbitrados. Hoje, conforme relatório do ICSID (2013) calculado para o agregado de 1972 a 2012, a proporção de casos decididos pelo tribunal é de 68%, bem maior do que em seus primeiros tempos.

É certo que o pouco movimento pode ser, pelo menos parcialmente, justificado pelos custos e duração tornados possíveis pela sistemática do ICSID, particularmente com a previsão de procedimentos para a anulação dos laudos proferidos<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> John Ruggie (1983) cunhou a expressão *embedded capitalism* para significar a compreensão que vincula a estabilidade e prosperidade internacionais a um sistema de regulação econômica pautado pelo Direito internacional que busca evitar crises que levem à instabilidade política e, conseqüentemente, ao totalitarismo e à guerra.

<sup>13</sup> Holiday Inns S.A. and others v. Morocco, ICSID Case n. ARB/72/1, 13 January 1972, Date Registered.

<sup>14</sup> Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire, ICSID Case n. ARB/74/1, 29 August 1977, Award.

<sup>15</sup> SCHREUER, Christian. Three generations of ICSID annulment proceedings. In: GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (Editors). *Annulment of ICSID*

Como, ao contrário das arbitragens normais, o sistema possibilita tal recurso para conferir maior segurança aos Estados, pode haver considerável protelação, como no caso *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*<sup>16</sup>, que iniciado em fevereiro de 1981, teve a sentença confirmada apenas em dezembro de 1992, depois da constituição de dois tribunais arbitrais e dois comitês de anulação. Destino similar, aliás, teve o caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*<sup>17</sup>, resolvido definitivamente apenas em 1990.

Mas seria equivocados atribuir a baixa frequência de operação do sistema a esse aspecto processual. As condições econômicas e políticas, bem mais estáveis, não pressionavam por seu uso. Desse modo, os anos 1970 e pelo menos a primeira metade dos 1980 viram uma relativa estagnação da generalização e implementação dos mecanismos que haviam sido pensados para enfrentar as nacionalizações e socializações do período mais agudo da descolonização. A maior estabilidade das estruturas jurídicas nacionais, a preponderância de fatores econômicos como atrativos do capital estrangeiro e, até mesmo, o arrefecimento das tensões leste-oeste, contribuíram para o estado de latência do ICSID, observado mais como uma curiosidade jurídica do que como uma alternativa necessária e efetiva aos Judiciários estatais.

Como se verá mais adiante, esta situação apenas iria se alterar nos anos 1990, com a ampla recomposição geopolítica e ideológica das relações internacionais.

## ICSID: DE CURIOSIDADE JURÍDICA A MECANISMO

---

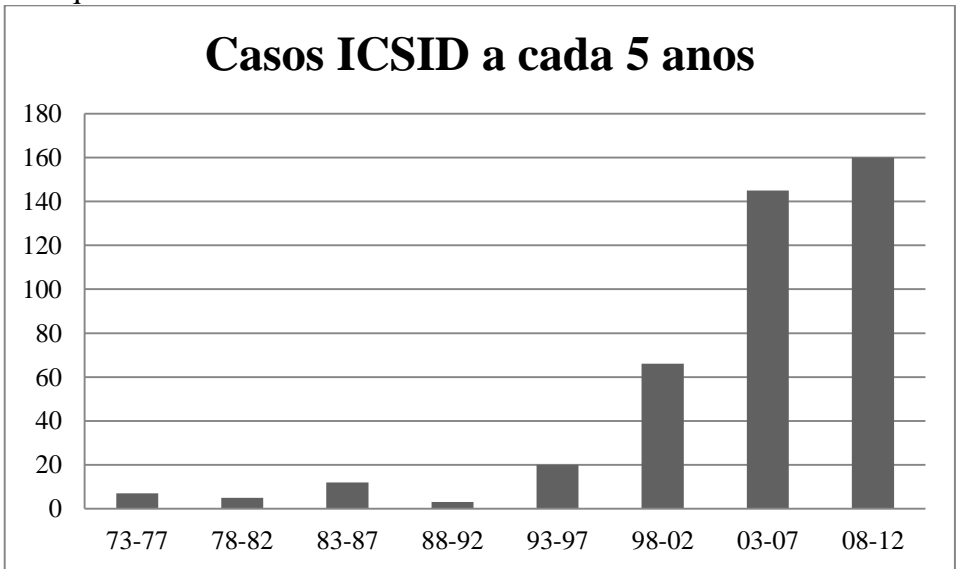
*Awards*. Huntington: Juris Publishing, 2004.

<sup>16</sup> *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case n. ARB/81/1, 17 December, 1992, Second Annulment Proceeding.

<sup>17</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case n. ARB/82/2, 17 May 1990, Second Annulment Proceeding.

## NORMAL

Desde o final dos anos 1990, quando se alcançou a marca dos dez casos anuais em 1997, a marca vem aumentando e se consolidando. Desde 2003, quando se alcançou pela primeira vez o patamar de vinte casos, jamais se caiu abaixo de tal valor, alcançando-se, em 2012, a notável soma de 50 casos<sup>18</sup>. Para uma visão geral, o Gráfico 1 apresenta um diagrama de barras com o total de número de casos iniciados em cada quinquênio entre 1973 e 2013.



(Gráfico 1)<sup>19</sup>

Há várias explicações possíveis para tal fenômeno, as quais podem envolver o cenário geopolítico, o grande incremento do número de APPRIs, a solução dos primeiros casos em que houve pedido de anulação e o contexto de crises eco-

<sup>18</sup> Para uma visão detalhada das estatísticas de casos do ICSID, veja-se: ICSID. The ICSID caseload statistics (Issue 2013-1). Washington: ICSID, 2013.

<sup>19</sup> Elaborado a partir de: ICSID. The ICSID caseload statistics (Issue 2013-1). Washington: ICSID, 2013.

nômicas. Cada qual, evidentemente, contribui com sua parcela de esclarecimento.

Em primeiro lugar, a profunda redefinição geoestratégica que se seguiu à desagregação da União Soviética modificou o cenário internacional pois soterrou o conflito ideológico que marcara a Guerra Fria, dando espaço a um amplo consenso neoliberal, ao mesmo tempo em que reduzia o poder de barganha dos países em desenvolvimento, já que a alternativa socialista parecia haver deixado de existir e a unidade do Terceiro Mundo se erodia em face da diversidade de agendas econômicas, conformadas às condições de cada país e não a uma identidade internacional compartilhada. É nesse sentido que a própria remodelagem do sistema multilateral de livre comércio seguiu os ditames estabelecidos por Estados Unidos e União Européia, muito mais fortes. Foi, então, a chamada aliança transatlântica que estabeleceu os termos da Organização Mundial do Comércio (OMC), valendo-se da fragilidade dos demais países<sup>20</sup>.

Além disso, embora seja evidente que o incremento do número de APPRI's se deveu ao mesmo contexto histórico, é fato que o grande aumento do número desses tratados, que normalmente trazem a previsão de arbitragem entre investidor e Estado, implica em maior potencial para a utilização do ICSID. De quase 400 tratados em 1990 se passou a quase 3.000 no final da primeira década do novo século. Desde o primeiro caso nascido do consentimento dado em um tratado, o *AAPL v. Sri Lanka*<sup>21</sup>, de 1987, as arbitragens originadas nesses acordos se tornaram as mais comuns, respondendo por mais de 70%

---

<sup>20</sup> BARTON, John H.; GOLDSTEIN, Judith L.; JOSLING, Timothy E.; STEINBERG, Richard H. *The evolution of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO*. Princeton: Princeton University Press, 2006; COSTA, José Augusto Fontoura. Do GATT à OMC: uma análise construtivista. *Sequencia*, UFSC-PPGD, v.32, n. 62, 161-192, 2011.

<sup>21</sup> *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case n. ARB/87/3, 20 July 1987, Date Registered.

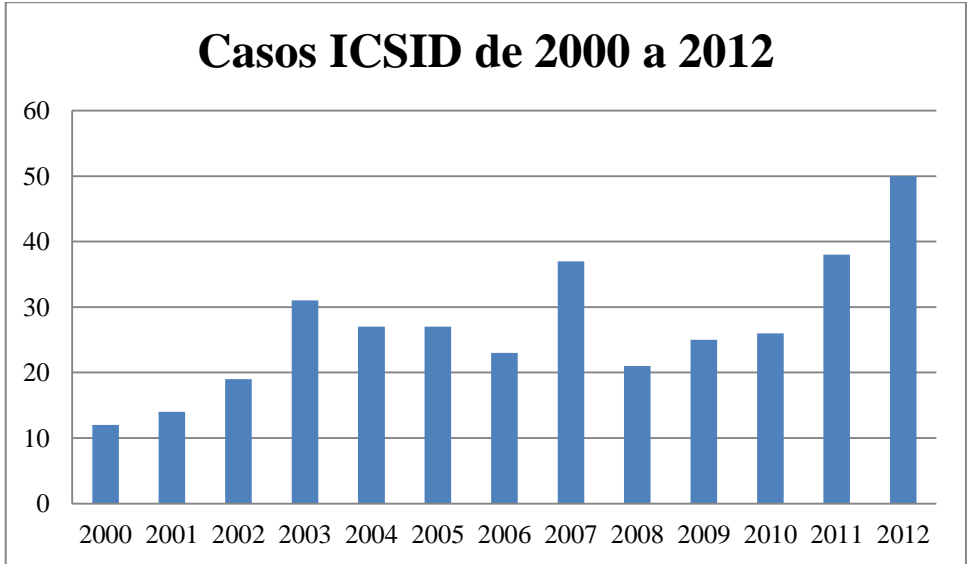
dos casos do ICSID<sup>22</sup>.

Decerto, mesmo em face das maiores facilidades políticas e jurídicas, a utilização preferencial do ICSID no texto dos APPRIIs e na escolha das partes depende da reputação desse sistema também no que se refere à rapidez e eficiência de suas decisões. Nesse sentido, caso a submissão de pedidos de anulação houvesse se tornado muito freqüente e levado constantemente à anulação integral ou parcial dos laudos, haveria um forte incentivo para concentrar as arbitragens em outros foros, como a Câmara de Comércio Internacional (CCI) ou a Câmara de Comércio de Estocolmo (CCE), ou mesmo a arbitragens *ad hoc* com emprego das normas da UNCITRAL. O fato de apenas um caso haver sido iniciado entre 1988 e 1991 se deve, como se observou, à incerteza que derivou dos pedidos de anulação julgados a favor dos Estados. Quando, não obstante, os pedidos de anulação começaram a ser negados no final dos anos 1980 e no início dos 1990 houve um sólido crescimento das arbitragens.

Por fim, parece haver uma forte relação entre o aumento episódico do número de casos e a ocorrência de crises econômicas. O Gráfico 2, que descreve o número de casos entre 2000 e 2012, parece mostrar alguma relação do número de casos iniciados com as tendências de crescimento.

---

<sup>22</sup>REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*, 2a Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011; ICSID. *The ICSID caseload statistics (Issue 2013-1)*. Washington: ICSID, 2013.



(Gráfico 2)<sup>23</sup>

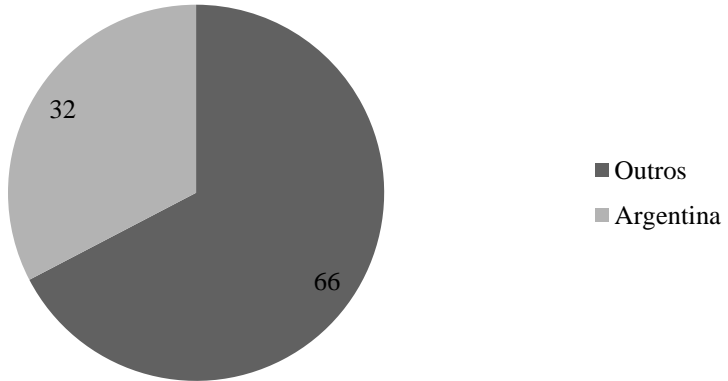
Em particular, a crise econômica da Argentina, em 2000, provocou uma clara reação de investidores por meio das arbitragens de investimentos, como se observa na Figura 1. O crescimento posterior ao ano 2008, possivelmente relacionado com as crises das hipotecas americanas e dos déficits públicos europeus, não se concentra em um único país, o que dificulta o estabelecimento de um vínculo causal forte e possivelmente se deve à distribuição dos efeitos por um grupo mais extenso de países. Não obstante, há gregos preocupados...<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Elaborado a partir de: ICSID. The ICSID caseload statistics (Issue 2013-1). Washington: ICSID, 2013.

<sup>24</sup> KARADELIS, Kyriaki. Greece: a new Argentina? *Global Arbitration Review*, v. 7, n. 3, 2012.



## Casos argentinos de 2002 a 2005



(Figura 1)<sup>25</sup>

Assim, é possível explicar o crescimento do número de casos a partir das perspectivas mencionadas. É difícil, decerto, saber quantos casos haveria sem as mencionadas crises econômicas, até porque o fato do ICSID haver sido utilizado com maior frequência é um fator que, possivelmente, induz a uma retroalimentação, pois torna a arbitragem de investimentos mais conhecida e, portanto, observada como uma alternativa possível, bem como favorece a formação de profissionais mais afetos ao sistema.

Esse possível círculo virtuoso, não obstante, tem sido muitas vezes criticado como o resultado de um viés arbitral favorável aos investidores e, por conseguinte, contrário aos Estados. Em minha opinião, é equivocada a afirmação de que a

---

<sup>25</sup> Elaborada a partir de: COSTA, José Augusto Fontoura. Modelos de Solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle R. (Orgs.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

arbitragem seja realmente parcial nesses casos: o que parece ocorrer é que a aplicação das regras contidas em APPRIs elaborados precipuamente com a finalidade de proteger os investidores e investimentos estrangeiros dá a impressão de excessos. É importante, porém, discutir em maior detalhe a questão da tendência pró-investidor.

## PARCIALIDADE PRÓ-INVESTIDOR: ARBITRAGEM OU APPRIs?

Nascidos da ideia de gerar códigos de conduta para as relações entre particulares e Estados, os APPRIs passaram por um período de relativa inatividade. Mesmo quando o Brasil avaliou a possibilidade de ingressar nesses acordos, em meados dos anos 1990, a academia aconselhava a ratificação pois isso pouco alteraria os padrões de proteção tradicionalmente seguidos pelo Brasil já que se destinavam a casos excepcionais<sup>26</sup>. Pouco tempo depois, passou-se a perceber os APPRIs como instrumentos mais abrangentes, capazes de impor controle internacional a questões internas<sup>27</sup>, de modo a colocar de sobreaviso mesmo os tradicionais exportadores de capitais que descontinuaram a negociação de um acordo multilateral<sup>28</sup> e passa-

---

<sup>26</sup> ARAUJO, Nádia de; SOUZA JR., Lauro da Gama e. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o Direito interno – Análise das questões jurídicas. In: CASELLA, Paulo B.; MERCADANTE, Araminta de A. (Orgs.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998; MAGALHÃES, José C. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, 13-18, jul./set., 1997.

<sup>27</sup> HARTEN, Gus van. Investment treaty arbitration and public law. Oxford: Oxford University Press, 2007; HARTEN, Gus van. The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 56, n. 2, 2007b; HARTEN, Gus van; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. *European Journal of International Law*. Florença: European University Institute, v. 17, n. 1, 121-150, 2006.

<sup>28</sup> MUCHLINSKI, Peter T. The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where now? *The International Lawyer*, v. 34, n.3, 1033-1054, 2000.;

ram a rever os termos dos tratados que firmam, de modo a preservar a capacidade regulatória estatal e proteger setores-chaves<sup>29</sup>.

Em sua origem, não se esperava que os APPRIs pudessem ampliar significativamente os Direitos dos investidores. Para retomar as palavras do Lord Shawcross<sup>30</sup> se buscava

meramente reafirmar os princípios mais elementares e geralmente aceitos do Direito internacional nesse campo, particularmente as regras sobre compensação e santidade dos contratos.

Esse núcleo mínimo, claramente focado nas nacionalizações e na problemática dos padrões de compensação, buscava reafirmar as soluções clássicas do Direito Internacional ao mesmo tempo em que desloca as controvérsias do âmbito de aplicação das regras internas para um ordenamento supostamente neutro. Assim, as funções dos APPRIs seriam a de proteger o arcabouço normativo clássico de transformações propostas por países socialistas e em desenvolvimento e, ao mesmo tempo, oferecer soluções razoáveis – inclusive em sua dimensão política – em tempos de instabilidade interna e fragilidade institucional de muitos países. Sua aplicação, portanto, foi pensada para casos excepcionais e críticos.

Uma análise dos documentos propostos inicialmente, que vieram a inspirar os primeiros APPRIs europeus, revela

---

PICCIOTTO, Sol. A critical assessment of the MAI. In: PICCIOTTO, Sol; MAYNE, Ruth (Orgs.). *Regulating International Business – Beyond Globalization*. Londres: MacMillan Press, 1999; STERN, Brigitte. How to regulate globalization. In: BYERS, M. (Org.). *The Role of Law in International Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

<sup>29</sup> ALVAREZ, José E. (2010) “Chapter 1: The Evolving BIT”, in Coordenadores: LAIRD, Ian A. e WEILER, Todd J., *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Huntington: Juris-Net; GANZ, David A. The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement. *American University International Law Review*, v. 19, n.4, 680-767, 2004.

<sup>30</sup> SHAWCROSS, Hartley William. “The problems of foreign investment in international law”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, 335-363, 1961, p.361-362.

uma proteção ainda restrita a estes termos. Tanto o projeto de convenção Abs-Shawcross<sup>31</sup>, quanto a Convenção para a proteção da Propriedade Estrangeira da OCDE de 1967<sup>32</sup>, inspirada pelo primeiro, apresentavam regras bastante tímidas, sobretudo, se comparadas aos documentos que predominaram nos anos 1990, com destaque para o TBI modelo americano de 1984<sup>33</sup>.

De fato, até pelo momento em que foi proposta, a convenção modelo Abs-Shawcross se parecia mais a um código de conduta ou uma consolidação de padrões internacionais costumeiros, não prevendo a possibilidade de um sistema próprio de solução de controvérsias entre investidores e Estados, o que só ocorreu a partir da Convenção da OCDE e com diversas restrições<sup>34</sup>. Os APPRIs modernos, com pouquíssimas exceções, estabelecem a arbitragem mista como forma de solução, mencionando o ICSID, seu mecanismo complementar ou a aplicação das regras da UNCITRAL.

A cobertura dos primeiros era apenas para a *propriedade* de estrangeiros, garantindo-se tratamento justo e equitativo (Artigo 1 de ambos os documentos), ao passo que o modelo americano, para o qual investimento estrangeiro significa “qualquer tipo de investimento no território de uma Parte de propriedade ou controle, direto ou indireto, de nacionais ou companhias de outra Parte” de modo a incluir de maneira explícita ativos como ações, quotas, dívidas e contratos de servi-

31

Disponível

em

<http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium/en/137%20volume%205.pdf>, consultado em 25 de fevereiro de 2013.

32 Disponível

em

<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=242&Lang=en&Book=False>, consultado em 25 de fevereiro de 2013.

33 Para um quadro comparativo do modelo de 1984 e o de 2004, veja-se: [http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv4/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_faculty\\_profiles\\_jalvarez/documents/documents/ecm\\_pro\\_066871.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv4/groups/public/@nyu_law_website_faculty_profiles_jalvarez/documents/documents/ecm_pro_066871.pdf), consultado em 25 de fevereiro de 2013.

34 PARRA, Antonio R. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ços.

Ainda a respeito do alcance dos acordos, embora ausente dos documentos dos anos 1960, há no TBI modelo dos Estados Unidos de 1984 uma cláusula que estende a cobertura para “qualquer obrigação (*any obligation*) [que a Parte] possa ter assumido em relação a investimentos”. Havia, é certo, o Artigo 2 do projeto Abs-Shawcross e da Convenção da OCDE que apontava para o dever de “assegurar a observância de quaisquer compromissos/garantias (*undertakings*) que [a Parte] possa ter assumido em relação aos investimentos (“à propriedade”, na Convenção da OCDE) de nacionais de qualquer outra Parte”, mas este dificilmente poderia ser compreendido de modo a abarcar um leque tão amplo de situações, como as permissões e autorizações públicas e todos os tipos de acordos entre o investidor e o Estado.

Não foi, porém, apenas o âmbito material de aplicação da convenção que se expandiu. Também os padrões de tratamento se tornaram mais amplos. Se no projeto Abs-Shawcross e na Convenção da OCDE o único padrão de tratamento explicitamente contemplado é o de *tratamento justo e equitativo* (Artigo 1 de ambas), havendo apenas a menção à proibição de “medidas discriminatórias” (Artigo 1 de ambas), o que dificilmente seria suficiente para implicar os padrões de *tratamento nacional* e de *nação mais favorecida*. Nesse sentido, a Convenção da OCDE exclui, expressamente, a obrigação de estender à outra Parte quaisquer vantagens dadas aos investidores de outro Estado (Artigo 1). Já o TBI modelo de 1984 incorporava as exigências de tratamento nacional e nação mais favorecida, ao mesmo tempo em que expandia os limites do padrão mínimo, ao diferenciar o tratamento justo e equitativo do “tratamento não inferior ao exigido pelo Direito internacional” (Artigo II, 2), o que alimentou uma vívida polêmica a respeito da determinação do alcance da expressão “*fair and equitable treat-*

ment” no contexto do NAFTA<sup>35</sup>.

Tais aspectos dos APPRIs levaram a uma redefinição de sua finalidade original. Com efeito, a ampliação da cobertura material associada a padrões de proteção mais fortes e uma sistemática acessível de solução de controvérsias fizeram com que os acordos internacionais sobre investimentos passassem a ser utilizados não apenas em casos excepcionais, mas para circunstâncias normais e plenamente justificáveis em face dos deveres e objetivos dos Estados na tarefa de construção de uma ordem econômica.

Os árbitros, pelo simples fato de aplicarem um Direito enviesado, passaram a atrair a atenção e, com esta, as dúvidas a respeito da imparcialidade.

Há dois aspectos que, aliás, poderiam indicar desvios sistêmicos a favor dos investidores relacionados com os interesses dos árbitros. A quase totalidade dos casos é levada ao ICSID por iniciativa dos investidores, o que decorre do consentimento unilateral previamente dado pelos Estados e o estabelecimento de direitos subjetivos de proteção para os investidores, mas raramente para Estados receptores, nos APPRIs. Assim, pode-se imaginar uma tendência a alargar a jurisdição dos tribunais para que a arbitragem alcance o maior universo possível de casos, bem como o favorecimento das partes que podem gerar as arbitragens.

Como as decisões sobre a jurisdição, normalmente associadas a aspectos de saneamento procedimental, são anteriores à decisão em matéria de mérito<sup>36</sup>, haveria uma tendência a confirmar a competência do tribunal arbitral para manter a continuidade do caso. Como isso sempre ocorreria a pedido dos

---

<sup>35</sup> GANZ, David A. The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement. *American University International Law Review*, v. 19, n.4, 680-767, 2004.

<sup>36</sup> Observe-se que a decisão do caso *Methanex v. United States of America*, proferida com base no NAFTA e utilizando o sistema das regras da UNCITRAL, foi muito criticada por deixar para uma única sentença a decisão em matéria de jurisdição.

investidores, ter-se-ia uma tendência ao alargamento das competências em seu favor.

Por outro lado, seria possível imaginar que parte da comunidade profissional vinculada às arbitragens de investimentos tenderia a gerar decisões enviesadas como forma de incentivar um círculo virtuoso de utilização do sistema. Em palavras mais simples, ao beneficiar os investidores – que quase sempre são os reclamantes – os árbitros criariam mais oportunidades de atuação, tornando seu serviço mais atraente.

Não se trata de uma discussão fácil, podendo até mesmo gerar respostas exasperadas na medida em que parece colocar em tela a própria honestidade de profissionais que têm na reputação um de seus mais sagrados ativos. Por outro lado, não é tarefa fácil comprovar empiricamente a existência ou não de qualquer viés, apesar de alguns estudos interessantes<sup>37</sup>, dificilmente se mostra possível chegar a uma resposta cabal a respeito do que *efetivamente* ocorre.

A respeito desse tema, o ano passado viu a publicação de um relatório bombástico: *Lucrando com a injustiça: como os escritórios de advocacia, árbitros e financistas estão alimentando o boom da arbitragem de investimento*, da autoria de Pia Eberhardt e Cecilia Olivet<sup>38</sup>. De conteúdo panfletário, es-

---

<sup>37</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. A imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 21, 2009; COSTA, José Augusto Fontoura. Comparing WTO panelists and ICISD arbitrators: the creation of international legal fields. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 4. 2011; FRANK, Susan. Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration. *North Carolina Law Review*, v. 86, 2007; FRANCK, Susan. Development and outcomes of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Review*, v. 50, n. 2. 2009; HARTEN, Gus Van. Investment treaty arbitration and public law. Oxford: Oxford University Press, 2007a; HARTEN, Gus Van. The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 56, n. 2, 2007b; HARTEN, Gus Van. Contributions and limitations of empirical research on independence and impartiality in international investment arbitration. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 4, 2011.

<sup>38</sup> EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. Bruxelas e Amsterdam: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012.

posa uma teoria conspiratória revelada no próprio título, sem estabelecer uma metodologia clara em que hipóteses previamente estabelecidas possam vir a ser refutadas pelos dados obtidos. Com efeito, fica a impressão de que a interpretação dos dados é que se adequa a uma visão preestabelecida que condena a possibilidade de levar questões entre investidor e Estado a tribunais arbitrais. Não se pode, decerto, sacar conclusões daí, embora compartilhe a virtude dos folhetos acrílicos: apresentar posições claras sobre o assunto.

Buscando-se uma postura menos parcial, porém, um ponto parece gerar consenso: se existe algum viés favorável aos investidores este se deve à estrutura do sistema de solução de controvérsias e dos direitos subjetivos atribuídos aos investidores pelos APPRIs. Com efeito, os laudos arbitrais dos tribunais do ICSID, que geralmente estão integralmente disponíveis para o público em geral, são de excelente qualidade técnica e refletem fielmente o conteúdo dos acordos que aplicam.

Os resultados favoráveis a investidores, ao que parece, se devem ao fato de que os tratados os protegem; se esses são excessivos, é porque os padrões de proteção são excessivos.

Por conseguinte, a adesão ao ICSID apenas poderia se mostrar prejudicial se combinada com o ingresso em acordos internacionais de investimentos excessivamente protetivos, o que deve, sim, ser evitado. Além disso, as características do sistema – com destaque para a existência de um procedimento de anulação – oferecem aos Estados garantias que a arbitragem *ad hoc* ou institucional privada não soem estabelecer.

## JURISDIÇÃO, CONSENTIMENTO E SUBMISSÃO À ARBITRAGEM



Do ponto de vista técnico, é importante esclarecer algumas dúvidas a respeito de como se estabelece a jurisdição e se dá o consentimento para a arbitragem do ICSID. Isso é particularmente importante, pois deixa claro que a adesão à CW não implica qualquer submissão à arbitragem, a qual depende de manifestação específica por escrito. Assim, caso o Brasil opte por ingressar no sistema, isso não implica, *per se*, o consentimento para qualquer caso contra o país, embora desde logo possibilite o uso do Centro por investidores brasileiros com capital em países cujas leis de investimento deem o consentimento.

O Artigo 25 da CW estabelece a jurisdição do ICSID mediante parâmetros materiais e subjetivos. Assim, as controvérsias devem ser *jurídicas e sobre investimentos*. O caráter jurídico se deve à intenção de afastar as questões políticas da análise dos tribunais, esclarecendo que os pedidos e defesas devem buscar esteio técnico. A limitação aos casos sobre investimentos, por seu turno, não chega a restringir vigorosamente a jurisdição, pois, intencionalmente, não há definição de investimento no texto, o que facilitou o consenso entre as Partes<sup>39</sup>. No que se refere à jurisdição *ratione personae*, as arbitragens devem ser entre Estados contratantes e nacionais de *outro* Estado contratante, utilizando-se o critério da nacionalidade para as pessoas físicas (não o domicílio ou residência), vedando-se a participação de quem tenha, a qualquer tempo relevante para o caso, exclusivamente a nacionalidade do país receptor, mas não os detentores de dupla nacionalidade<sup>40</sup>. As

---

<sup>39</sup> MANCIAUX, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*. Paris: LexisNexis – Litec, 2004; REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*, 2<sup>a</sup> Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011; SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>40</sup> MANCIAUX, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : trente années d'activité du CIRDI*. Paris: LexisNexis – Litec, 2004. REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID*

pessoas jurídicas estão sob a cobertura da CW sempre que tenham nacionalidade do outro país, conforme seu Direito, ou quando há controle estrangeiro, o que é muito importante quando o investimento é mediado por subsidiárias ou *joint ventures* corporativas no país receptor<sup>41</sup>.

Se a controvérsia estiver coberta pelas condições do Artigo 25, há jurisdição do ICSID, pois essa deriva diretamente da CW. Nesse sentido, Aron Broches afirma que:

Os tribunais constituídos em razão do registro de um requerimento são tidos por validamente constituídos mesmo que o consentimento das partes seja defeituoso; seus laudos podem ter de se limitar a declarar sua incompetência ou poderão ser anulados (...) mas não podem ser tratados como inexistentes em razão de uma base jurisdicional defeituosa. A esse respeito, a arbitragem do Centro difere daquela sob o Direito internacional tradicional, na qual a arbitragem é apenas uma questão de vontade e deriva sua força apenas do acordo entre as partes. Sob a Convenção é introduzido um elemento institucional que possibilita, mediante os mecanismos do Centro, a criação de tribunais que, uma vez estabelecidos, derivam seus poderes da própria Convenção<sup>42</sup>.

Essa posição é importante, pois deixa claro que o tribunal pode funcionar legitimamente para julgar a existência e a extensão do consentimento dado pelas partes na controvérsia. Evidentemente isso não quer dizer que tribunais possam ser constituídos sem a existência de um documento escrito em que se dá o consentimento, já que o próprio Artigo 36 da Convenção exige que o requerimento de arbitragem inclua os consen-

---

*arbitration*, 2<sup>a</sup> Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011; SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>41</sup> COSTA, José A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010; SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>42</sup> BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on jurisdiction. *Selected Essays*: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994, p. 176-177.

timentos das partes, indicando sua data e os instrumentos em que foram dados (Regras de Procedimento, Regra 2 (c)) na ausência do qual o registro não pode ser feito. Não há, portanto, que se temer o início de procedimento sem que exista o consentimento por escrito; observe-se que as considerações de Aron Broches são para quando *já houve o registro*, o qual depende do consentimento escrito e, portanto, o que ocorre é a possibilidade do tribunal constituído discutir os defeitos e a extensão do consentimento dado pelas partes. Assim, embora a jurisdição se baseie no Artigo 25 da CW, a existência de um consentimento escrito é elemento formalmente necessário para que a ela se constitua no caso, ou seja, ele é elemento fático necessário para a incidência da hipótese convencional da qual, decerto, deriva a jurisdição.

O consentimento pode ser definido como o “ato de vontade mediante o qual um sujeito expressa sua autorização para a instituição de um procedimento arbitral para a solução de controvérsias a respeito de um conjunto determinado ou determinável de matérias”<sup>43</sup>. É ato unilateral, mesmo que expresso por ambas as partes em texto único<sup>44</sup>. Nos termos da CW, Artigo 25 (1), deve ser necessariamente revestido de forma escrita e, uma vez que ocorra a aceitação da outra parte, não pode ser retirado unilateralmente.

A grande maioria dos casos, como se observou, nascem de situações em que o consentimento é oferecido genericamente pelo Estado, mediante lei sobre investimentos estrangeiros ou em um APPRI. Cabe, portanto, ao investidor interessado comunicar sua adesão ao compromisso por escrito, sem necessidade de identificar os limites de uma lide específica ou mesmo um conjunto de fatos específico; pode, portanto, também ser dado de maneira genérica. Nesse sentido, já no caso *SPP v.*

---

<sup>43</sup> COSTA, José A. F. *Direito internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 220.

<sup>44</sup> SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

*Egypt*<sup>45</sup>, havendo o consentimento estatal sido dado em lei de investimentos, o tribunal decidiu que uma nota revelando a intenção de aceitar a arbitragem enviada um ano antes do início da disputa servia como consentimento.

Embora, decerto, quando o consentimento genérico do investidor complementa o do Estado também seja possível este último iniciar a arbitragem, na sistemática dos APPRIs o risco disso ocorrer seria baixo, pois, como já se viu, esses acordos dificilmente originam pretensões dos Estados em relação aos investidores. Assim, como lembram Lucy Reed, Jan Paulsson e Nigel Blackaby<sup>46</sup>:

Embora o acordo necessário para arbitrar possa ser aperfeiçoado no requerimento de arbitragem [encaminhado ao ICSID], investidores bem assessorados expressam seu consentimento o mais cedo possível, pois até que o façam o Estado poderá ter condições de retirar seu consentimento modificando ou rejeitando sua legislação nacional sobre investimentos. Um investidor deve expressar uma aceitação inequívoca da jurisdição do ICSID e deve cumprir quaisquer condições de aceitação, como termo ou outras formalidades exigidas pela legislação.

Assim, torna-se inócua a revogação ou modificação de dispositivos jurídicos que oferecem unilateral e genericamente o consentimento estatal<sup>47</sup>. Decerto, esse risco será bem menor no caso dos APPRIs, que normalmente apresentam períodos de latência da denúncia e, portanto, dão alguma margem ao investidor para reagir à mudança da postura estatal<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3), 27 de novembro de 1985, Decision on Jurisdiction, § 50.

<sup>46</sup> REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*, 2ª Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 57.

<sup>47</sup> BROCHES, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on jurisdiction. *Selected Essays*: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994; SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>48</sup> SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge,

Ainda a respeito do consentimento, é importante observar que embora este não possa estender a cobertura jurisdicional do ICSID para, por exemplo, abarcar disputas meramente comerciais, ele pode ser utilizado para delimitar e restringir a competência *ratione materiae* e *ratione personae*<sup>49</sup>. Serve, deste modo, como um segundo filtro da arbitrabilidade que pode ser bastante útil para, por exemplo, excluir a cobertura dos investimentos realizados por meio de empresas constituídas no país receptor ou especificar o sentido de investimento estrangeiro, evitando a arbitragem para investimentos em carteira, cobertura pré-entrada ou atividades que não envolvam concessões ou permissões estatais.

Por fim, havendo o consentimento de pelo menos uma das partes, pode-se dar o primeiro passo do procedimento arbitral: a submissão. Trata-se do envio de um requerimento escrito, redigido em espanhol, francês ou inglês (idiomas oficiais), ao Secretário Geral do ICSID, em seis vias assinadas e seis cópias eletrônicas, bem como o pagamento de um preparo de US\$ 25.000,00<sup>50</sup>. Embora seja possível a submissão conjunta, não há registro desta modalidade até o presente<sup>51</sup>. Entre outros aspectos, é necessária a menção ao consentimento, indicada sua data e as cópias dos seus instrumentos formadores. Em face da documentação apresentada, o Secretário Geral fará o registro do caso e iniciará as gestões necessárias para a composição do Tribunal arbitral.

Há, claro, vários aspectos importantes e interessantes do

---

Cambridge University Press, 2001.

<sup>49</sup> SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001; VINUESA, Raúl E. Bilateral investment treaties and settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience. In: *Law and Business Review of the Americas*, n. 8, 2002.

<sup>50</sup> Para as formalidades do requerimento, veja-se <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/HowToFileReq.jsp>, consultado em 01 de junho de 2013.

<sup>51</sup> REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*, 2ª Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

procedimento arbitral, mas o objetivo do presente capítulo é apenas o de discutir a conveniência para o Brasil de ingressar no ICSID e, portanto, deixar claro que a exigência de consentimento escrito, nos termos do Artigo 25 da CW, deixaria ampla liberdade para o país. Nesse sentido, as observações feitas são suficientes.

A adesão não implica, *per se*, qualquer obrigação do Estado brasileiro se converter em parte de qualquer conciliação ou arbitragem. Tem a vantagem de, desde logo, possibilitar o acesso ao sistema aos investidores brasileiros que tenham negócios em mercados estrangeiros, que poderiam prontamente se beneficiar das autorizações legais dadas em vários países, ou passariam a dispor de mais um instrumento contratual de gestão de riscos, principalmente os de natureza política.

Como o país, que vai se movimentando cautelosamente no campo das arbitragens com o Estado, não entrou na arriscada arena dos APPRIs, a utilização do ICSID pelo Estado pode ser bem articulada e planejada.

## A “BELLE OF THE BALL” E OUTROS RITMOS

Recente artigo da *Global Arbitration Review*<sup>52</sup> usou a alegoria da “bela do baile” como representando o Brasil que, cheio de beleza e charme, vem causando sensação no universo da arbitragem. Mesmo tendo chegado tarde ao salão, aderindo à Convenção de Nova Iorque em 2002, tem dançado com todos e, ao que parece, vem impressionando com a proverbial ginga.

Essa boa experiência, iniciada com a promulgação da Lei 9.607/96, ajuda a colocar em discussão a possível adesão brasileira ao sistema do ICSID, sobretudo em uma ambiente no qual a apreciação cambial e o crescimento da economia nacional têm aberto alamedas para o investimento direto no exterior.

---

<sup>52</sup> BOLTON, Clare. Brazil: belle of the ball. *Global Arbitration Review*, v. 7, n. 3. Janeiro de 2012.

Como se observou, a adesão à CW poderia facilitar tais fluxos de capitais e proteger os brasileiros sem implicar um envolvimento público em compromissos desnecessários.

Com efeito, a retórica de que é necessário ingressar em APPRIs para ajudar a atrair investimentos estrangeiros não faz muito sentido no caso brasileiro. Mesmo em momentos de menor estabilidade, o país sempre acertou o passo com um bom tratamento ao capital alienígena e, apesar de possíveis críticas ao marco regulatório e dificuldades para investir por aqui, os riscos políticos não fazem parte do passado, presente ou, acredita-se, futuro brasileiros.

Além disso, as vantagens de firmar tais tratados com países estrangeiros menos estáveis, sobretudo na África, América Latina e Oriente Médio, não se apresentam com grande clareza. Quando os investimentos envolvem grandes projetos, sobretudo vinculados ao setor de exploração de recursos naturais, é razoável ditar o ritmo usando o poder de barganha das empresas e estabelecer um regime de estabilização contratual bem protegido contra os tropeções governamentais e macroeconômicos. Nesse sentido, aliás, a CW pode ser bem mais importante do que os APPRIs.

Não se pode condenar a seletividade da moça mais linda do baile... Que se recusem os convites de parceiros ou para danças que não agradem. Mas é pouco sensato fugir do recinto só porque a amiga andou levando lá seus pisões.

Há, atualmente, uma reconhecida necessidade de reformular os acordos internacionais de investimentos, o que muitas vezes aparece acoplado a instrumentos mais amplos e complexos e que envolvem, também, aspectos comerciais e regulatórios. Já não se toca o mesmo repertório neoliberal dos anos 1990 e o tratamento dos investimentos vem sendo revisto para dar maior atenção às necessidades dos Estados<sup>53</sup>. O Brasil pode

---

<sup>53</sup> ALVAREZ, José E. The Return of the State. *Minnesota Journal of International Law*, v. 20, n. 2, 2011.

participar ativamente desse movimento, ou manter-se apático; talvez esperando pela OMC. Seria essa a melhor estratégia? Dificilmente, sobretudo quando a dinâmica do Direito Internacional Econômico vem apontando para um relativo imobilismo do sistema multilateral.

Assim, a adesão ao ICSID não se coloca apenas na correta perspectiva de um instrumento para favorecer os investimentos brasileiros no exterior ou na ideia ultrapassada de ajudar a atrair investimentos. Ela poderia assinalar a intenção brasileira de atuar efetivamente em um cenário internacional que parece necessitar de alternativas para o tratamento dos investimentos, não apenas sua proteção desequilibrada.

## CONCLUSÃO

Como afirmei no início, entendo que a avaliação dos aspectos históricos da formação do presente sistema internacional de promoção e proteção do investimento estrangeiro, das circunstâncias atuais e das características técnicas da CW implica haver diversas vantagens e nenhuma desvantagem em um possível ingresso do Brasil no ICSID.

Historicamente construído para lidar com a instabilidade política que ditava a sorte de investidores estrangeiros pelo menos a partir dos anos 1950, o ICSID só passou a ser utilizado intensamente no presente século, quando os APPRIs firmados nos anos 1990 começaram a originar várias arbitragens. O abandono do caráter originariamente excepcional da arbitragem mista se deu em razão desses acordos serem excessivamente protetivos e enviesados a favor dos investidores, o que possibilitou seu uso para restringir a atividade regulatória legítima dos Estados. Como o Brasil jamais ratificou tais instrumentos, não tem razões para temer quaisquer efeitos deletérios derivados da adesão à CW, a qual pode marcar uma atitude mais ativa do país em face do novo cenário de negociação e criação de acor-



dos de investimentos.

A estrutura técnica da jurisdição e da competência dos tribunais arbitrais constituídos no ICSID, para a qual o consentimento escrito das partes é elemento fático condicionante da jurisdição, possibilita que ao aderir à Convenção um Estado não confira uma carta branca a investidores ou árbitros, mas que possa administrar conscienciosamente as ocasiões e dimensões de seu consentimento. Pode, então, deixar o sistema apenas para seus investidores, se entender conveniente, ou vincular-se à arbitragem quando julgar apropriado.

É claro que tal decisão deve ser bem discutida e informada, mas, ao que parece, vale a pena entrar nessa dança.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, José E. (2010) “Chapter 1: The Evolving BIT”, in Coordenadores: LAIRD, Ian A. e WEILER, Todd J., *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Huntington: Juris-Net.
- \_\_\_\_\_.The Return of the State. *Minnesota Journal of International Law*, v. 20, n. 2, 2011.
- ARAUJO, Nádia de; SOUZA JR., Lauro da. Os acordos bilaterais de investimento com participação do Brasil e o Direito interno – Análise das questões jurídicas. In: CASSELLA, Paulo B.; MERCADANTE, Araminta de A. (Orgs.). *Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio: a OMC e o Brasil*.São Paulo: LTr, 1998.
- BARTON, John H.; GOLDSTEIN, Judith L.; JOSLING, Timothy E.; STEINBERG, Richard H. *The evolution*

- of the trade regime: politics, law, and economics of the GATT and the WTO.* Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BIOCCA, Stella Maris. “Inversões Extranjeiras Tratados de Proteção Recíproca y CIADI”. In: *IV Eoncontro Internacional de Economía Política y Derechos Humanos* – Buenos Aires, Outubro de 2012. Disponível em <http://www.madres.org/documentos/doc20130123161228.pdf>, consultado em 4 de fevereiro de 2013.
- BOLTON, Clare. *Brazil: belle of the ball.* Global Arbitration Review, v. 7, n. 3, Janeiro de 2012.
- BROCHES, Aron. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on jurisdiction.* Selected Essays: World Bank, ICSID and Other Subjects of Public and Private International Law. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1994.
- COSTA. José Augusto Fontoura. Modelos de Solução de controvérsias investidor-Estado: os mecanismos nacionais e internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; SANCHEZ, Michelle R. (Orgs.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil.* São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- \_\_\_\_\_. A imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 21. São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito internacional do investimento estrangeiro.* Curitiba: Juruá, 2010.
- \_\_\_\_\_. Do GATT à OMC: uma análise construtivista. *Sequencia*, UFSC-PPGD v.32, n. 62, 161-192, 2011.
- \_\_\_\_\_. Comparing WTO panelists and ICISD arbitrators: the creation of international legal fields. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 4. 2011.
- \_\_\_\_\_. *Proteção do investimento no Mercosul.* Florianópolis: GEDI, 2012.

- EBERHARDT, Pia; OLIVET, Cecilia. *Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Bruxelas e Amsterdam: Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute, 2012. Disponível em [http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/pr\\_ofitingfrominjustice.pdf](http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/pr_ofitingfrominjustice.pdf), consultado em 1 de junho de 2013.
- FRANCK, Susan. Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration. *North Carolina Law Review*, v. 86, 2007
- \_\_\_\_\_. Development and outcomes of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Review*, v. 50, n. 2, 2009.
- GANZ, David A. The evolution of FTA investment provisions: from NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement. *American University International Law Review*, v. 19, n.4, 680-767, 2004.
- HARTEN, Gus van. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. The public-private distinction in the international arbitration of individual claims against the state. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 56, n. 2, 2007.
- \_\_\_\_\_. Contributions and limitations of empirical research on independence and impartiality in international investment arbitration. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 1, n. 4, 2011.
- HARTEN, Gus van; LOUGHLIN, Martin. Investment treaty arbitration as a species of global administrative law. *European Journal of International Law*. Florença: European University Institute, v. 17, n. 1, 121-150, 2006.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de Direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

- ICSID. *The ICSID caseload statistics (Issue 2013-1)*. Washington: ICSID, 2013.
- KARADELIS, Kyriaki. Greece: a new Argentina? *In: Global Arbitration Review*, v. 7, n. 3, 2012.
- MAGALHÃES, José C. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, 13-18, jul./set., 1997.
- MUCHLINSKI, Peter T. The rise and fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where now? *The International Lawyer*, v. 34, n.3, 1033-1054, 2000.
- PARRA, Antonio R. *The history of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PETER, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- PICCIOTTO, Sol. A critical assessment of the MAI. *In: PICCIOTTO, Sol; MAYNE, Ruth (Orgs.). Regulating International Business – Beyond Globalization*. Londres: MacMillan Press, 1999.
- REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID arbitration*, 2ª Ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- ROWAT, Malcolm D. Multilateral approaches to improving the investment climate of developing countries: the cases of ICSID and MIGA. *Harvard International Law Journal*, n. 33, 103-144, 1992.
- RUGGIE, John G. International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order. *In: KRASNER, Stephen D. (Org.). International regimes*. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- SHAWCROSS, Hartley William. “The problems of foreign investment in international law”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, 335-363, 1961.

- SCHREUER, Christian. *The ICSID Convention: a commentary*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. Three generations of ICSID annulment proceedings. In: GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (Editores). *Annulment of ICSID Awards*. Huntington: Juris Publishing, 2004.
- STERN, Brigitte. How to regulate globalization. In: BYERS, M. (Org.). *The Role of Law in International Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- VERDROSS, Alfred. "The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses". *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, 1958-9.
- VINUESA, Raúl E. Bilateral investment treaties and settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience. *Law and Business Review of the Americas*, n. 8, 2002.