DANIEL TAVELA LUÍS

**PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: O SISTEMA DO CENTRO
INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS RELATIVAS AO
INVESTIMENTO (CIRDI) E SUAS ALTERNATIVAS**

**ORIENTADOR: PROFESSOR ASSOCIADO DR. PEDRO BOHOMOLETZ DE ABREU
DALLARI**

Dissertação de Mestrado

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2013

DANIEL TAVELA LUÍS

**PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO: O SISTEMA DO CENTRO
INTERNACIONAL PARA A RESOLUÇÃO DE DISPUTAS RELATIVAS AO
INVESTIMENTO (CIRDI) E SUAS ALTERNATIVAS**

Dissertação de Mestrado apresentada como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Aluno: Daniel Tavela Luís

Orientador: Professor Associado Dr. Pedro
Bohomoletz de Abreu Dallari

Nº USP: 7399676

Dissertação de Mestrado

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2013

*"A luta pela vida nem sempre é vantajosa
aos fortes nem aos espertos.
Mais cedo ou mais tarde, quem cativa a
vitória
é aquele que crê plenamente
Eu conseguirei!"*

HILL, Napoleon. Filosofia do Sucesso.

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais, à minha avó Tereza e aos meus avós Holando e Salvina (ambos, *in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Devo confessar que sempre achei o espaço para agradecimentos que lia em livros, dissertações e teses superestimado – uma espécie de clichê elegante dos autores. Escrever esta dissertação me fez mudar de opinião. Concluí, na verdade, que, por mais capricho que eu dedique a estas breves linhas, os agradecimentos aqui feitos não serão suficientes para demonstrar minha eterna gratidão às mais diversas contribuições que deram a mim ou a este trabalho.

Antes de passar aos agradecimentos, faço duas observações. Em primeiro lugar, foram muitas as pessoas que contribuíram para as ideias contidas nesta dissertação e para a minha formação – parte das eventuais qualidades deste trabalho é devida a elas; os erros e defeitos são integralmente minha culpa. Em segundo lugar, peço desculpas antecipadas por eventuais injustiças nesses agradecimentos – espero não esquecer ninguém, mas reconheço que isso pode acontecer.

Dito isso, agradeço:

Ao professor Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, que me acolheu como orientando e tornou esta dissertação possível. Agradeço pela revisão atenta e comentários feitos sobre este trabalho, pelos longos telefonemas e reuniões discutindo as minúcias dos argumentos elaborados, pela disponibilidade e por todas as oportunidades propiciadas ao longo dos últimos três anos na Faculdade de Direito do Largo São Francisco e também no Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo.

Aos professores Masato Ninomiya e Carlos Alberto de Salles, pela participação na banca de qualificação e por todas as críticas, sugestões e elogios feitos ao trabalho quando da qualificação. Espero que as alterações feitas esclareçam parte das dúvidas havidas à época.

À Elisa Andrade, pela presteza, leitura atenta desta dissertação e diversas correções e sugestões feitas, visando garantir a melhor fluidez do texto.

A todos os professores com quem tive a honra de ter aula neste programa de mestrado. Agradeço em especial aos professores Umberto Celli Junior, o primeiro a abrir as portas para o início deste projeto ao me acolher como aluno especial, em 2010, e com o qual tive o prazer de iniciar as discussões sobre o tema; e Carlos Alberto Carmona, cujos

comentários sobre trabalho final da disciplina “Aspectos Processuais da Arbitragem” permitiram transformá-lo no Capítulo II desta dissertação.

Aos meus amigos (e também professores), Dr. Eduardo Parente e Dr. Ricardo de Carvalho Aprigliano, cujas teses de doutorado e discussões (dentro e fora de sala de aula) contribuíram decisivamente para diversas das reflexões deste trabalho.

A todos os meus professores da Direito GV por toda a contribuição para a minha formação acadêmica, profissional e pessoal. A experiência que vocês propiciaram durante a graduação foi muito maior do que eu poderia imaginar. Aproveito para agradecer especialmente aos professores Rabih e Salem Nasser – meus primeiros chefes, que sempre estimularam meu contínuo aprimoramento científico.

A todos os alunos da Direito GV que aceitaram se sujeitar aos treinamentos que desenvolvi para as competições de arbitragem, cujo entusiasmo não me permitiu esmorecer na longa jornada de escrever esta dissertação. A toda a equipe do meu escritório, Manuel Luís Advogados Associados, que me acolheu há mais de dois anos e permitiu o desenvolvimento deste trabalho, “segurando as pontas” sempre que foi necessário.

A todos os meus amigos (o risco de cometer injustiças aqui é grande), por todas as discussões jurídicas e não jurídicas: Victor Nóbrega Luccas (que teve a paciência de ler e comentar esta dissertação), Paulo Henrique Raiol Ostia (sempre com palavras de incentivo), Luis Antonio Gonçalves de Andrade (me lembrando que o caminho mais simples, costuma ser mais eficaz), Ricardo Dalmaso, André Halley, Ligia Gibbin, Juliana Villa Mello, Rafael Contin, Alexandre Pacheco da Silva e Luisa Galliez.

À minha família, pelo apoio incondicional a esta empreitada e, em especial, aos meus pais, que aguentaram o mau humor, a bagunça de livros pela casa, que me deram puxões de orelha quando necessário e permitiram o uso da paz de Campos do Jordão nos momentos decisivos da redação deste trabalho.

À Nataly Caroline de Almeida Albornoz, por ser mais do que uma namorada e uma amiga, por aturar as paranoias que vieram ao longo dos últimos anos, por, apesar da agenda puxada de uma estudante de medicina (agora médica), abrir mão de momentos de lazer e descanso para gastar horas preparando os mais diversos mimos e por me fazer tentar ser uma pessoa melhor a cada dia.

RESUMO

A proposta desta dissertação de mestrado é apresentar o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado tipicamente utilizado nos Acordos de Promoção e Proteção de Investimento (“APPIs”) e já consolidado no Direito Internacional do Investimento – a arbitragem de investimento segundo as regras do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”)– e as alternativas (auto e heterocompositivas) a esse mecanismo, já debatidas internacionalmente. A justificativa fundamental para este estudo é a constatação de que o Brasil ocupa uma posição de destaque no cenário internacional, com um movimento crescente de internacionalização de empresas nacionais, mas sem uma política pública de apoio e proteção a essa internacionalização.

Para cumprir este objetivo, a dissertação: (i) contextualiza a temática da proteção do investimento no âmbito do Direito Internacional Econômico, bem como apresenta as principais características dos Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos, introduzindo a perspectiva brasileira sobre o assunto; (ii) apresenta a arbitragem de investimento, enquanto espécie de arbitragem distinta da arbitragem comercial e da arbitragem entre Estados; (iii) apresenta o CIRDI, indicando as características que objetivaram tornar a arbitragem realizada sob seus auspícios verdadeiramente internacional, e; (iv) apresenta as alternativas ao mecanismo do CIRDI, com especial enfoque à arbitragem de investimentos regulada por leis nacionais e protegida pela Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

Em síntese, a dissertação conclui que:

(a) A limitação à liberdade regulatória do Estado, em virtude dos compromissos internacionais assumidos visando a proteção e promoção do investimento, é uma decorrência das garantias legais substantivas dos APPIs e não uma decorrência direta do método de resolução de conflitos escolhido.

(b) O objetivo da cláusula de resolução de controvérsias investidor-Estado é criar um mecanismo neutro de solução de controvérsias, evitando sua susceptibilidade a influências políticas locais.

(c) O CIRDI foi a organização internacional criada pelos Estados para administrar procedimentos internacionais de resolução de controvérsias investidor-Estado, que passou a ser criticada em virtude de três fatores: (i) inconsistência das decisões de tribunais arbitrais e comitês de anulação do CIRDI em assuntos sensíveis para os Estados; (ii) falta de transparência na condução dos processos; e (iii) falta de um mecanismo para mediar e resolver conflitos envolvendo os próprios árbitros.

(d) Existem alternativas ao CIRDI, já implementadas e utilizadas internacionalmente. A primeira alternativa é o tradicional mecanismo da proteção diplomática. A segunda alternativa são os métodos auto compositivos de solução de controvérsias. A terceira é a arbitragem de investimento realizada fora dos auspícios do CIRDI e sujeita ao controle de cortes nacionais.

(e) A proteção conferida pela Lei Modelo da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque para a arbitragem de investimentos pode ser semelhante à conferida pela Convenção de Washington ao CIRDI, desde que observadas algumas peculiaridades da legislação e judiciário locais.

Palavras-chave: Acordos de Promoção e Proteção de Investimento; Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos; Proteção de Investimentos; Política Pública; Resolução de controvérsias.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to present the investor-State dispute resolution mechanism typically used in Agreements for the Promotion and Protection of Investments (“APPIs”) and already consolidated in International Investment Law – investment arbitration pursuant to the rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) – and the alternatives to this mechanism that have been discussed internationally. The fundamental reason for this dissertation is the acknowledgement that Brazil occupies an important position in the international scenario, with growing level of internationalization of Brazilian companies, but without a public policy for the support and protection of this internationalization.

To fulfill this objective, the dissertation: (i) contextualize the investment protection theme under International Economic Law, as well as presents the main characteristics of the APPIs; (ii) introduces investment arbitration as an species of the gender arbitration, distinct from commercial arbitration and inter-State arbitration; (iii) introduces ICSID, indicating the characteristics that aimed to make arbitration under its rules truly international, and; (iv) introduces the alternatives to ICSID mechanism, with special emphasis to investment arbitration governed by national law and protected by the 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

In a nutshell, the dissertation concludes that:

- (a) the limits to regulatory freedom of a State because of the international commitments assumed for the protection and promotion of investment are a consequence of substantive legal guarantees of the APPIs and not of the dispute resolution method chosen;
- (b) the objective of the investor-State dispute resolution provision is to create a neutral dispute resolution mechanism, avoiding local political influences;
- (c) ICSID was the international organization created by the States to administer international investor-State dispute resolution procedures now being criticized for three reasons: (i) inconsistencies of decisions by arbitral tribunals and annulment committees in sensitive issues to States; (ii) lack of transparency in the conduct of the proceedings; and (iii) lack of a mechanism to mediate and solve conflicts regarding the arbitrators;

(d) there are alternatives to ICSID, some of which have already been implemented and used internationally. The first alternative is the classic method of diplomatic protection. The second alternative are the amicable dispute resolution methods. The third alternative is investment arbitration done outside of ICSID's rules and subject to the control of national courts, pursuant to national Law;

(e) the protection granted to investment arbitration by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the New York Convention are similar to the protection granted to ICSID arbitration by the Washington Convention, as long as some peculiarities of the municipal law and courts are observed.

Keywords: Agreements for the Promotion and Protection of Investments; International Centre for Settlement of Investment Disputes; Protection of Investments; Public Policy; Dispute Resolution.

SUMÁRIO

SIGLAS E ABREVIATURAS	15
INTRODUÇÃO: PORQUE E COMO ESTUDAR AS FORMAS DE PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL	17
<i>a. Caracterização da situação brasileira como peculiar: Brasil receptor e Brasil investidor</i>	<i>20</i>
<i>b. Investimento estrangeiro direto e a noção de Desenvolvimento.....</i>	<i>23</i>
<i>c. Notas Metodológicas.....</i>	<i>26</i>
CAPÍTULO I: DELIMITAÇÃO DO TEMA NO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO	29
1.1. As formas de proteção do Investimento Estrangeiro Direto como objeto do Direito Internacional Econômico.....	29
1.2. Fontes da proteção do investimento estrangeiro: os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos.....	32
<i>a. Definição do termo “investimento” e escopo de aplicação</i>	<i>33</i>
<i>b. Parâmetros genéricos de tratamento</i>	<i>36</i>
<i>c. Parâmetros específicos de tratamento.....</i>	<i>39</i>
1.3. Os APPIs e a soberania dos Estados	41
1.4. Introdução aos mecanismos vigentes de solução de controvérsias investidor-Estado e as perspectivas e críticas brasileiras.	43
<i>a. Breve histórico da evolução dos mecanismos de solução de controvérsias investidor- Estado</i>	<i>44</i>
<i>b. As críticas aos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado</i>	<i>46</i>
CAPÍTULO II: ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS.....	51
2.1. O que é arbitragem de investimento?.....	51
<i>a. Cenário político e econômico para o surgimento da “arbitragem de investimento”</i>	<i>51</i>
<i>b. O que é “investimento”?.....</i>	<i>53</i>
<i>c. A diferença entre arbitragem comercial e arbitragem de investimento</i>	<i>59</i>
<i>d. Afinal, o que é arbitragem de investimento?</i>	<i>63</i>

2.2. Características da Arbitragem de Investimento	65
a. <i>Neutralidade</i>	65
b. <i>Confidencialidade</i>	68
c. <i>Flexibilidade do procedimento</i>	70
d. <i>Expertise dos árbitros</i>	72
e. <i>Custo e celeridade</i>	73
f. <i>Menor participação de “terceiros” e não vinculação da sentença a “terceiros”</i> 74	
g. <i>Poderes limitados dos árbitros</i>	78
CAPÍTULO III: ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO CENTRO INTERNACIONAL DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVESTIMENTO (CIRDI): CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS	80
3.1. O CIRDI na estrutura do Banco Mundial	80
3.2. Por que o CIRDI é considerado tão diferente?	84
3.2.1. <i>Mecanismo auto contido e exaustivo de controle da sentença arbitral</i>	85
a. <i>Suplementação e retificação (art. 49(2))</i>	86
b. <i>Interpretação (art. 50)</i>	87
c. <i>Revisão (art. 51)</i>	88
d. <i>Anulação (art. 52)</i>	90
3.2.2. <i>Regime particular de reconhecimento e execução</i>	103
a. <i>O regime de reconhecimento e execução específico da Convenção de Washington</i>	105
b. <i>O regime de reconhecimento e execução de sentenças CIRDI na Convenção de Nova Iorque</i>	107
c. <i>Proteção diplomática e responsabilidade internacional</i>	111
3.3. Críticas ao CIRDI: um sistema parcial?	113
CAPÍTULO IV: AS ALTERNATIVAS AO CIRDI E SEUS SISTEMA	120
4.1. Proteção Diplomática	120

4.2. Métodos auto compositivos de resolução de controvérsias	124
4.2.1. <i>Conciliação e Mediação</i>	124
4.2.2. <i>Fact Finding e early neutral evaluation</i>	127
4.2.3. <i>Comitês de Resolução de Conflitos</i>	128
4.2.4. <i>Dispute Systems Design</i>	130
4.3. Arbitragem de Investimento em outros regulamentos de arbitragem	131
4.3.1. <i>O tratamento da arbitragem de investimento na Lei Modelo da UNCITRAL</i>	132
4.3.2. <i>A Convenção de Nova Iorque de 1958 como instrumento internacional de apoio e controle à Arbitragem de Investimento</i>	135
4.3.3. <i>As hipóteses de controle e apoio à arbitragem de investimento previstas na Lei Modelo da UNCITRAL e na Convenção de Nova Iorque em cotejo com a Convenção de Washington</i>	137
4.3.4. <i>A redação da cláusula arbitral e a escolha de um regulamento adequado</i>	154
CONCLUSÕES	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164
ANEXO 1: TABELA COMPARATIVA DE ESTADOS-PARTE: CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE, CONVENÇÃO DE WASHINGTON & LEI MODELO DA UNCITRAL	178
ANEXO 02: LISTA RESUMO DE CASOS DE ANULAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS CIRDI ..	183
ANEXO 03: GUIA BÁSICO PARA ELABORAÇÃO DE UMA CLÁUSULA ARBITRAL	188

SIGLAS E ABREVIATURAS

APPI(S)	Acordo para Promoção e Proteção de Investimentos
BACEN	Banco Central Do Brasil
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CIRDI	Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos
CPIJ	Corte Permanente de Justiça Internacional
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATS	Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (<i>General Agreement on Trade in Services</i>)
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>)
IBRD	<i>International Bank for Reconstruction and Development</i> (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento)
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i> (também referido como CIRDI)
IDA	<i>International Development Association</i> (Associação Internacional de Desenvolvimento)
IFC	<i>International Finance Corporation</i> (Sociedade Financeira Internacional)

MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIGA	<i>Multilateral Investment Guarantee Agency</i> (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos)
NAFTA	Acordo de Livre Comércio da América do Norte (<i>North American Free Trade Agreement</i>)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (<i>Organization for Economic Cooperation and Development</i>)
OMC	Organização Mundial do Comércio
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional (<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>)
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>)

INTRODUÇÃO: PORQUE E COMO ESTUDAR AS FORMAS DE PROTEÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO NO BRASIL

A proposta desta dissertação de mestrado é apresentar o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado tipicamente utilizado nos Acordos de Promoção e Proteção de Investimento (“APPI’s”) e já consolidado no Direito Internacional do Investimento – a arbitragem de investimento segundo as regras do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”)¹ – e as alternativas (auto e heterocompositivas) a esse mecanismo, já debatidas internacionalmente.

A cláusula de resolução de conflitos entre investidores e Estados é uma das garantias e direitos jurídicos outorgados pelo Estado receptor do investimento aos investidores. O mecanismo de resolução de conflitos preferencialmente utilizado é a arbitragem. Assim, o que as cláusulas tradicionalmente garantem não é propriamente a opção por diferentes formas de resolução de conflito, mas, fundamentalmente, a possibilidade de recurso à arbitragem, visando evitar o julgamento pelas cortes nacionais.

Algumas instituições são preferencialmente indicadas como foros para a resolução de conflitos relacionados a estes APPIs. A principal destas instituições é, sem sombra de dúvida, o CIRDI, instituição integrante do Grupo Banco Mundial, seja no mecanismo previsto na Convenção de Washington de 1965², ou no mecanismo adicional, conhecido internacionalmente como “*additional facilities*”). As razões para a preferência pelo CIRDI remontam ao ambiente político no qual a Convenção de Washington foi negociada e às particularidades atribuídas à arbitragem nele desenvolvida. O preâmbulo da Convenção de Washington deixa claro que o objetivo na época era criar um sistema apropriado para resolver

¹ Como o Brasil não aderiu à Convenção de Washington, não há uma tradução oficial da expressão International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). A escassa doutrina brasileira sobre o tema se refere à ele como ICSID, CISDI (Centro internacional de Solução de Disputas sobre Investimentos) ou CIRDI (Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos). Optou-se por utilizar esta terceira denominação, em função de sua utilização prevalecente na doutrina internacional, em língua portuguesa, sobre o tema. No entanto, as eventuais referências a ICSID ou CISDI ao longo desta dissertação também se referirão ao mesmo Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos.

² *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, assinada em Washington em 1965.

conflitos entre os Estados signatários da Convenção e os nacionais de outros Estados signatários³.

O CIRDI não é uma instituição puramente arbitral – possui também regulamentos específicos para conciliação e *fact finding*. Historicamente, no entanto, as regras sobre conciliação ou *fact facting* foram utilizadas poucas vezes. Isso decorre, em parte, da pouca referência em APPIs à obrigatoriedade de se utilizar esses procedimentos⁴.

Alguns APPIs indicam ainda a possibilidade de arbitragem institucional segundo outros regulamentos – como o da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, bem como de arbitragem *ad hoc* segundo a lei e o regulamento modelo da UNCITRAL. Os 14 APPIs assinados pelo Brasil na década de 90⁵, por exemplo, previam arbitragem segundo o mecanismo adicional do CIRDI, ou arbitragem *ad hoc* segundo as regras da UNCITRAL.⁶

Atualmente, no entanto, a opção dos APPIs por priorizar apenas a arbitragem – e, em especial, a arbitragem CIRDI – tem sido amplamente criticada pelos praticantes da arbitragem de investimento e também por acadêmicos da área. Ao mesmo tempo, existem ao menos outros cinco métodos que poderiam ser utilizados na resolução de conflitos do tipo investidor-Estado: (i) conciliação e mediação; (ii) *fact finding*; (iii) comitês de resolução de conflitos; (iv) *dispute systems design*, e; (v) arbitragem segundo regulamentos de outras instituições.

A discussão sobre os métodos de resolução de conflitos relacionados a investimentos estrangeiros está vinculada a um pressuposto essencial: a existência e o desenvolvimento de políticas públicas de proteção e promoção do investimento estrangeiro. O objetivo destas políticas, como a própria qualificação já denota, é promover e proteger o investimento estrangeiro – não só a recepção do investimento estrangeiro, mas também o investimento nacional que é feito no exterior.

Diversos países – inclusive parceiros comerciais brasileiros – já possuem políticas deste tipo, estruturadas e em constante desenvolvimento. O Brasil não possui uma política estruturada de proteção e promoção do investimento estrangeiro ingressante no país e,

³ . Pp.456-457.

⁴ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. pp. XVII-XX.

⁵ Nenhum dos APPIs assinados pelo Brasil foi ratificado ou aprovado pelo Congresso Nacional até a presente data.

⁶ LUIS, Daniel Tavela. *O Brasil e a Proteção de Investimentos*. pp. 31-39.

tampouco, de proteção e promoção do investimento de seus nacionais em outros países. No entanto, ao se olhar para a realidade econômica brasileira atual e sua posição relativa na economia mundial, é fácil perceber que esta temática poderia – e talvez devesse – integrar a agenda de negociações internacionais brasileiras, ou mesmo a pauta do Congresso Nacional.

Os relatórios do Ministério das Relações Exteriores⁷ sobre o balanço da política externa brasileira de 2003 a 2010 deixam clara a intenção do governo brasileiro de estimular o investimento estrangeiro tanto visando atraí-lo ao país, como visando fomentar o desenvolvimento do investimento de empresas brasileiras no exterior⁸.

Os relatórios referentes à América do Sul, América do Norte, à África, Europa, ao Oriente Médio, Ásia e à Oceania destacam os montantes investidos por empresas brasileiras no exterior e a diversidade de empresas investindo no exterior (os investimentos são realizados em infraestrutura, tecnologia de ponta, extração de recursos naturais, no setor alimentício, entre outros). Nenhum dos relatórios, no entanto, no item sobre “instrumentos legais”, faz menção a qualquer método de garantia utilizado pelo governo brasileiro visando mitigar os riscos não comerciais aos quais as empresas brasileiras estariam sujeitas, ainda que os investimentos sejam realizados em países cuja reputação não seja a de ter um ambiente social, político e jurídico estável e confiável (como é o caso dos países da África, do Oriente Médio e de alguns países da América do Sul).

Neste sentido, não seria um exagero dizer que o Brasil carece do desenvolvimento de uma política pública de proteção e promoção de investimentos brasileiros no exterior. É certo que diversos aspectos materiais e procedimentais devem ser analisados e ponderados, não sendo o objetivo desta dissertação tecer considerações sobre todos os aspectos relacionados a esta temática.

Pelo contrário, esta dissertação tem como objetivo prover uma modesta contribuição apresentando os métodos de resolução de disputas relacionados a investimentos discutidos atualmente, em nível internacional, de forma a delimitar claramente suas diferenças, suas vantagens e desvantagens. Espera-se que a dissertação possa contribuir para a formação (ou, ao menos, para a discussão) de uma política pública destinada à proteção do investimento estrangeiro que ingresse no Brasil e do investimento brasileiro que seja

⁷ Ministério das Relações Exteriores e Itamaraty serão utilizados, nesta dissertação, indistintamente, como sinônimos.

⁸ Os relatórios do Ministério das Relações Exteriores estão disponíveis no sítio eletrônico <http://www.itamaraty.gov.br>.

realizado no estrangeiro, bem como para que investidores (brasileiros e estrangeiros) tenham conhecimento do que lhes pode aguardar com relação à resolução de disputas.

a. Caracterização da situação brasileira como peculiar: Brasil receptor e Brasil investidor

Como apontado na abertura desta introdução, a elaboração de uma política pública de promoção e proteção do investimento estrangeiro é um tema importante que deve ser estudado no Brasil neste momento, especialmente em função do cenário econômico e político atual.

Segundo o Relatório Mundial de Investimento de 2011 da Conferência Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (“UNCTAD”), o Brasil é o quinto país que mais recebe investimento estrangeiro direto, tendo uma escalada, em um ano, de dez posições na lista global. O relatório mostra ainda que no ano de 2011 o Brasil recebeu US\$ 48,4 bilhões em investimento estrangeiro direto e foi superado apenas pelos Estados Unidos (US\$ 228,2 bilhões), China (US\$ 105,7 bilhões), Hong Kong (US\$ 68,9 bilhões) e Bélgica (US\$ 61,7 bilhões).⁹

No entanto, o Brasil não é mais um país apenas importador, mas também exportador de capital. A evolução no volume de capital brasileiro no exterior, acompanhada pelo Banco Central desde 2001, deixa claro que há cada vez mais investimento brasileiro fora do país. A tabela 1 mostra essa evolução de 2007 a 2011:¹⁰

⁹ UNCTAD. *World Investment Report 2011*; e CASTRO, André Zanatta Fernandes de, Camila BIRAL and Natália PEPPI. *O futuro da arbitragem de investimentos: uma perspectiva brasileira*.

¹⁰ Tabela elaborada pelo autor da dissertação com base nos dados constantes dos relatórios do Banco Central do Brasil sobre Capitais Brasileiros no Exterior de 2007 a 2011. Os relatórios estão disponíveis em <http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/ResultadoCBE2011.asp?idpai=CBE>. (Banco Central do Brasil)

Tabela 1 - Mapa do Investimento Brasileiro no Exterior				US\$ milhões	
Discriminação	2007	2008	2009	2010	2011
Total	197 258	211 999	223 250	274 621	281 063
Investimento brasileiro direto no Exterior	139 886	155 668	164 523	188 637	202 586
Participação no capital	111 339	113 755	132 413	169 066	192 933
Empréstimos intercompanhias	28 547	41 914	32 110	19 572	9 654
Curto prazo	26 343	39 100	28 580	15 200	4 634
Longo prazo	2 204	2 814	3 530	4 371	5 019
Investimentos em carteira	18 461	13 872	16 519	38 203	28 485
Investimentos em ações	6 644	4 828	8 641	14 731	16 903
Brazilian Depositary Receipts (BDR)	3 280	803	2 885	6 489	5 823
Demais	3 364	4 025	5 756	8 242	11 080
Títulos de renda fixa	11 817	9 044	7 877	23 472	11 581
Curto prazo	7 739	4 542	2 551	14 853	5 545
Longo prazo	4 078	4 502	5 326	8 620	6 036
Derivativos	142	609	426	797	668
Outros investimentos	38 768	41 850	41 783	46 983	49 325
Empréstimos	10 566	11 143	12 378	13 458	14 523
Curto prazo	236	106	126	104	104
Longo prazo	10 330	11 038	12 252	13 353	14 419
Moeda e depósitos	22 487	24 051	22 981	26 944	26 021
Outros ativos	5 715	6 656	6 423	6 581	8 781
Quantidade de declarantes	15 230	16 104	16 924	20 070	21 716
Pessoa física	13 426	14 228	14 990	17 879	19 414
Pessoa jurídica	1 804	1 876	1 934	2 191	2 302

A tabela acima evidencia que não só o investimento brasileiro no exterior vem crescendo continuamente nos últimos anos, como também que o número de investidores brasileiros no exterior tem aumentado. Esta diversidade é observada não só nos números absolutos apresentados acima, como também no perfil das empresas que se internacionalizaram – desde grandes grupos como Camargo Corrêa, Banco do Brasil e Embraer, até empresas de médio porte como Marcopolo, Weg e Duas Rodas. Não fossem estes números interessantes *per se*, observa-se que algumas empresas brasileiras já passam a possuir a maior parte da sua receita ou do seu ativo no exterior¹¹.

Apesar deste aumento significativo, pouco se tem discutido, e, muito menos, feito, para propiciar a estes investidores foros adequados para a resolução de conflitos referentes aos seus investimentos realizados no exterior. Três fatores, no entanto, devem ser levados em consideração para reverter a inércia regulatória sobre o assunto. Na perspectiva histórica, há casos de empresas brasileiras que sofreram com o não recebimento de valores

¹¹ Algumas empresas que já passam a obter a maior parte de sua receita ou de seu ativo no exterior são: Gerdau, Sabó, Marfrig, Vale, Metafrío e Odebrecht. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Infográfico: nossas empresas ganham o mundo*).

devidos por Estados com os quais haviam contratado¹². Na perspectiva atual, os dados acima mostram uma mudança no perfil destas empresas brasileiras, que se tornam, cada vez mais, globais. Por fim, verificando-se os países nos quais as empresas brasileiras estão investindo, os relatórios do Ministério das Relações Exteriores dão conta de grandes investimentos realizados em áreas notoriamente conhecidas por sua instabilidade política, jurídica e econômica – como é o caso, por exemplo, dos países da África e do Oriente Médio.

O momento para se engajar no debate sobre a elaboração de uma política pública de promoção e proteção do investimento é propício. Do ponto de vista dos marcos regulatórios internos, discute-se hoje em dia, no Congresso Nacional, a edição de uma nova lei de arbitragem (e, talvez, de mediação), tendo como pauta da discussão a elaboração de uma regulação mais precisa para que o Estado e as entidades estatais possam participar de procedimentos arbitrais.¹³ Não é de conhecimento do autor, no entanto, qualquer projeto de lei que vise lidar, especificamente, com a promoção e proteção de investimentos brasileiros no exterior, ou que tenha como objetivo incentivar e proteger o investimento estrangeiro no Brasil¹⁴.

Do ponto de vista dos marcos regulatórios internacionais, o Balanço da Política Externa 2003/2010 do Itamaraty deixa claro que o estímulo a investimentos estrangeiros (seja

¹² Este é o caso, por exemplo, da empreiteira Mendes Junior. Segundo a Revista VEJA: “em 1981, a empreiteira Mendes Junior foi contratada pelo governo do Iraque para construir uma estrada de seis pistas e 128 quilômetros, por 333 milhões de dólares (...) o governo brasileiro foi o fiador do negócio para manter abertos o mercado iraquiano e o acesso a seu petróleo – o Banco do Brasil abriu linhas de crédito de 209 milhões de dólares à Mendes Júnior. Com o início da guerra entre Irã e Iraque, a inflação do país disparou, os custos com logística aumentaram e a empreiteira tomou um calote do governo que foi de Saddam Hussein. Para receber o dinheiro, acionou, claro, o governo brasileiro. O processo se arrasta há anos e já está avaliado em mais de 10 bilhões de reais.” (CABRAL, Otavio. *Perdoados: para atender a potenciais financiadores de campanha, o governo brasileiro perdoa dívida de países chefiados por nababos que enriqueceram à custa do povo*).

¹³ Em que pese a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e de diversos tribunais estaduais ser favorável à adoção, pelo Estado, de cláusulas arbitrais, é certo que existem ainda desafios para o pleno desenvolvimento do instituto da arbitragem junto ao poder público. Como aponta Carlos Alberto de Salles, ainda perdura o entendimento de que há necessidade de autorização legislativa específica para que determinados órgãos (ou entidades) do Poder Público possam utilizar-se da arbitragem para resolução de suas controvérsias. A opção por se contratar cláusulas arbitrais deve ser realizada no momento da elaboração de procedimentos licitatórios, o que leva a duas barreiras: (i) o impedimento de se contratar a opção por arbitragem em momento posterior ao surgimento do litígio e (ii) a limitação de utilização de arbitragem a questões contratuais que, como será apresentado nos capítulos seguintes, não são as únicas que podem ser submetidas à arbitragem no cenário internacional. SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*.

¹⁴ Pelo contrário, existem vários projetos de lei que têm como objetivo limitar a participação de capital estrangeiro em setores tido como fundamentais. Este é o caso do PL 2138/2003, que visa proibir o capital estrangeiro nas instituições educacionais brasileiras; do PL 3027/2004, que “estabelece prazo mínimo para a permanência de recursos financeiros ou monetários ingressados no País”; e do PL 1790, que “dispõe sobre a participação de capital estrangeiro nas empresas de pesquisa, produção e distribuição de etanol e biodiesel”.

com o Brasil ocupando a posição de receptor ou de investidor) é uma das características marcantes do governo nos últimos anos. O tema, no entanto, poderia ser seguido de uma agenda de regulação propriamente jurídica para garantir os investimentos nacionais no exterior – criação de instrumentos regulatórios sobre investimentos é um dos temas mais marcantes da UNCTAD, foro do qual o Brasil orgulha-se de apoiar, e de cujos debates participa ativamente.¹⁵

Dentro deste contexto de promoção e proteção do investimento estrangeiro, o tema da cláusula de resolução de controvérsias investidor-Estado tem especial importância, visto que, tradicionalmente, representa uma característica marcante das políticas adotadas por outros países para a promoção e proteção de investimento estrangeiro e, conseqüentemente, para a elaboração de políticas ligadas ao desenvolvimento.

b. Investimento estrangeiro direto e a noção de Desenvolvimento

O sentido de se relacionar investimento estrangeiro direto (“IED”) e desenvolvimento é duplo. Em primeiro lugar, existe uma clara conexão entre IED e a noção de desenvolvimento econômico nacional e global. Em segundo lugar, a temática do investimento estrangeiro direto foi responsável pela evolução do Direito Internacional Econômico, inclusive visando a construção de novos paradigmas e instituições, algumas das quais constituem o cerne desta dissertação. Esta breve seção tocará nestes dois aspectos.

Com relação ao primeiro ponto de vista, o investimento estrangeiro direto¹⁶ é uma variável fundamental para o desenvolvimento de um país. Não é de hoje que as estatísticas mostram o papel crescente que o IED tem tido para o desenvolvimento econômico nacional de diversos países e, sobretudo, para o processo de globalização da economia mundial.

Na perspectiva do desenvolvimento econômico nacional, acredita-se que o investimento estrangeiro direto traga grande variedade de benefícios: aumento do de

¹⁵ Como se depreende do sítio eletrônico do Itamaraty, o Brasil promoveu juntamente com a UNCTAD o “Seminário de Alto Nível sobre o Papel dos Investimentos Públicos na Promoção do Desenvolvimento Econômico e Social”, cujos resultados deverão fomentar debates e estimular autoridades nacionais e estrangeiras a repensar como os países em desenvolvimento podem lidar com as necessidades de investimento e de inclusão social.

¹⁶ A noção de investimento será mais bem explicada no Capítulo I, onde se buscará identificar um conceito jurídico de investimento. Por hora, basta esclarecer que a noção de investimento estrangeiro direto se diferencia da noção de investimento em carteira, em virtude de sua falta de liquidez imediata e de sua dimensão intertemporal, isto é, seguida do intuito produtivo e de lucratividade.

investimento produtivo e da atividade da economia, treinamento de mão de obra, aumento dos salários, transferência de tecnologia, aumento da competitividade com a indústria nacional e maior segurança em relação às outras formas de fluxos financeiros.¹⁷ Ainda que existam diversas pesquisas questionando o impacto que os APPIs possam ter para atrair investimentos, são poucos os que questionam o efeito desenvolvimentista que os investimentos estrangeiros podem ter para um país.

Na perspectiva do desenvolvimento econômico internacional, a exportação de capital por meio de corporações transnacionais é um dos aspectos que justifica a observação e o desenvolvimento do fenômeno conhecido por globalização. Ha-Joon Chang aponta claramente esta evolução desde a década de 1970:

*“FDI [Foreign Direct Investment] has been growing four times faster than international trade since 1982. Since 1970s, the combined output of Transnational Corporations has exceeded the volume of international trade. FDI in developing countries has increased as dramatically in recent years, suggesting that more and more countries are being drawn into the process of globalization”*¹⁸.

Ainda que grande parte das empresas transnacionais estejam fortemente baseadas em seus países de origem – quanto à localização de seus ativos e às atividades produtivas – é um fato que o fluxo de investimentos entre países em desenvolvimento também aumentou. O Brasil é talvez um dos melhores exemplos deste desenvolvimento mais recente de expansão do investimento estrangeiro entre países em desenvolvimento, e que reforça o papel do fluxo de investimentos como importante para o fenômeno da globalização.

Duas premissas básicas estão por trás do crescimento da circulação de investimentos em nível internacional: instituições públicas fortes e regras claramente definidas. É neste ponto que a perspectiva da evolução do Direito Internacional Econômico fica mais clara. O bom desenvolvimento de uma política de promoção e proteção de investimento passa pela implementação de um modelo técnico, que permita o bom gerenciamento previsto no plano governamental, com a menor ingerência política possível.¹⁹

Com base nestas duas premissas, o Grupo Banco Mundial elaborou diretivas, com o objetivo de guiar países na elaboração de políticas públicas de promoção e proteção de investimento estrangeiro. Em suma, são quatro os aspectos abordados: (i) critérios de

¹⁷ SWENSON, Deborah L. *Why do Developing Countries sign BITs?*

¹⁸ CHANG, Ha-Joon. *Globalisation, Economic Development and the Role of the State*. p. 249.

¹⁹ CHANG, Ha-Joon. *Globalisation, Economic Development and the Role of the State*. Capítulo 09.

admissão; (ii) tratamento do investimento estrangeiro; (iii) desapropriação, e (iv) medidas unilaterais e litígios decorrentes dos investimentos.²⁰

No que toca os critérios de admissão, o Banco Mundial recomenda a adoção de listas negativas. Isto é, definem-se setores específicos que ficarão fechados ao investimento internacional, conforme a conveniência política e econômica dos Estados, permitindo maior controle do Estado sobre o fluxo de entrada de investimentos em seu país. Deve-se também garantir tratamento equivalente ao que se dá aos investidores nacionais ao investidor estrangeiro, abolir as exigências de desempenho e fazer boa divulgação das regras próprias aplicáveis ao investimento estrangeiro.

O tratamento do investimento estrangeiro deve seguir a lógica do Tratamento Nacional, isto é, de equivalência ao tratamento dado aos nacionais do Estado, garantindo-se total proteção e segurança aos ativos, incluindo a propriedade imaterial. Nesse sentido, deve-se reconhecer o direito de desapropriação do Estado, desde que atingidos os requisitos de pagamento de indenização à entidade expropriada, existência de devido processo legal e espírito de boa-fé, interesse público e não discriminação. As indenizações também devem ser adequadas, efetivas e pagas imediatamente.

Por fim, nas diretivas do Banco Mundial, litígios decorrentes dos investimentos devem ser resolvidos por meio de arbitragem investidor-Estado, dando-se preferência à utilização do CIRDI.

Um dos objetivos do Direito Internacional do Investimento é o de criar, repensar e permitir o desenvolvimento de instituições com o propósito de isolar a proteção do investimento de ingerências políticas desnecessárias. Essa foi a justificativa básica para o desenvolvimento das formas de resolução de controvérsias que serão estudadas nesta dissertação, como aponta Won-Mog Choi:

“Rightly or wrongly, host state courts are not perceived to be sufficiently impartial in this type of situation. In addition, domestic courts are formally bound to apply domestic law even if that law should fail to protect the investor’s right under international law. This amounts to an institutionalized bias towards host state law and over against other legal commitments and obligations. In addition, regular domestic courts as might be expected often lack the technical expertise required to resolve

²⁰ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. *Regras Multilaterais sobre o Investimento Internacional*. Pp. 135-138.

complex international investment disputes which necessitate a consideration of multiple contexts.”²¹

Em que pese a existência desses mecanismos técnicos de resolução de conflitos, a multiplicidade de contextos nas quais disputa relacionadas a investimentos se desenvolvem não permite que os variados instrumentos para a resolução de controvérsias entre investidores e Estados sejam descartados de antemão. Como será apresentado no capítulo IV, existem situações em que a utilização do mecanismo da proteção diplomática – um instrumento de natureza essencialmente política – pode ser bastante eficaz, a depender de certas condições políticas e econômicas. Em outras palavras, a depender do tipo de disputa ou objetivo, ingerências políticas podem ser mais efetivas do que uma determinação jurídica anterior.

Espera-se que a dissertação possa contribuir para identificar as situações em que uma modalidade ou outra de resolução de conflitos seja mais apropriada, considerando os fins almejados com a elaboração de uma política de promoção e proteção de investimento.

c. *Notas Metodológicas*

A metodologia de pesquisa utilizada para a elaboração desta dissertação consistiu, fundamentalmente, no levantamento bibliográfico sobre os quatro tópicos principais que serão abordados nos capítulos subsequentes: (i) Acordos para a Promoção e Proteção de Investimento; (ii) a criação e o desenvolvimento do CIRDI, sob seus aspectos políticos e jurídicos; (iii) métodos alternativos à arbitragem CIRDI de resolução de conflitos no Direito Internacional, tanto público quanto privado, e; (iv) jurisprudência de cortes nacionais sobre as hipóteses de anulação de sentença arbitral, no âmbito da Convenção de Nova Iorque e precedentes dos comitês *ad hoc* de anulação de sentenças arbitrais CIRDI.

Além da bibliografia básica e abrangente dos temas acima, foram também utilizados como fonte de pesquisa os APPIs celebrados pelo Brasil na década de 90 e APPIs modelos utilizados por outros países mais recentemente.

O propósito de todo o levantamento bibliográfico realizado foi, diante do complexo cenário envolvendo a perspectiva do Brasil como significativo receptor de investimento, e das empresas brasileiras como importantes investidoras em outros países, sistematizar as diversas características e críticas existentes aos mecanismos atuais de

²¹ CHOI, Won-Mog. *The present and future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*. p. 297.

resolução de controvérsias – notadamente da arbitragem sob os auspícios do CIRDI – e indicar eventuais vantagens na utilização de outros métodos de resolução de conflitos no âmbito internacional.

A intenção desta dissertação não é apresentar como resultado uma cláusula-modelo de resolução de controvérsias entre investidor e Estado que possa ser utilizada pelo Brasil em um APPI ou mesmo em uma lei dedicada à proteção do investimento estrangeiro. Pelo contrário, as quatro questões que esta dissertação se propõe responder são as seguintes:

- (i) Quais são as características da arbitragem de investimento que a tornaram o principal meio de solução de controvérsias entre investidores e Estados?
- (ii) Quais são as características que fazem das regras do CIRDI referência mundial em arbitragem de investimento?
- (iii) Quais são as críticas feitas à arbitragem sob os auspícios do CIRDI?
- (iv) Quais são as alternativas ao modelo de arbitragem CIRDI que poderiam ser utilizadas e que poderiam ser igualmente bem sucedidas na resolução de controvérsias investidor-Estado?

Diante destas perguntas, a dissertação está dividida em quatro capítulos.

O Capítulo I tem como objetivo contextualizar a temática da proteção do investimento no âmbito do Direito Internacional Econômico, bem como apresentar as principais características dos Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos e introduzir a perspectiva brasileira sobre o assunto.

O Capítulo II irá apresentar o mecanismo típico de solução de controvérsias investidor-Estado – a arbitragem de investimento – enquanto espécie de arbitragem distinta da arbitragem comercial e da arbitragem entre Estados. A apresentação será feita em duas etapas: inicialmente, apresentar-se-á o cenário político e econômico para o surgimento da arbitragem de investimento, e delimitar-se-ão as diferenças entre a arbitragem de investimento e a arbitragem comercial. Em seguida, a segunda parte do capítulo dedicar-se-á a esclarecer as características mais marcantes da arbitragem de investimento.

O Capítulo III tem como objetivo apresentar o expoente máximo da arbitragem de investimento – o CIRDÍ. Essa apresentação será feita em duas etapas: inicialmente, situar-se-á o CIRDÍ enquanto organização internacional na estrutura do Banco Mundial e, em seguida, as características que o tornam uma instituição arbitral única, diferenciada e realmente internacional. Por fim, apresentar-se-ão as principais críticas feitas ao CIRDÍ que deram aso às discussões mais recentes sobre o desenvolvimento de alternativas a ele.

O Capítulo IV, por sua vez, tem como objetivo apresentar as alternativas ao CIRDÍ que são discutidas hoje em dia, em nível internacional, algumas das quais já começaram a ser implementadas por alguns países e outras que são formas clássicas utilizadas pelo Direito Internacional. São três os mecanismos abordados: (i) proteção diplomática, (ii) métodos auto compositivos de resolução de controvérsias, e (iii) a arbitragem de investimentos regulada por leis nacionais – utilizando-se como modelo a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional – e protegida por meio da Convenção de Nova Iorque de 1958, comparando-a com as disposições de proteção previstas na Convenção de Washington.

Por fim, a conclusão identificará os principais resultados da pesquisa, visando responder as quatro perguntas fundamentais colocadas nestas breves notas metodológicas, e prover sugestões sobre eventuais caminhos a serem seguidos pelo Brasil na elaboração de uma política pública de proteção e promoção do investimento estrangeiro, ou de investidores brasileiros, quando da estruturação de investimentos no exterior.

CAPÍTULO I: DELIMITAÇÃO DO TEMA NO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

Este capítulo se dedica a apresentar e situar a temática da proteção do investimento nos ramos de estudo do Direito Internacional Público. A proteção do investimento, segundo a doutrina majoritária, está situada no âmbito do Direito Internacional Econômico e, portanto, das discussões decorrentes sobre tratados internacionais e sua relação com a soberania nacional.

Para isso far-se-á uma breve e compreensiva explicação sobre os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (“APPIs”) e suas principais disposições, bem como sua relação com os aspectos da soberania nacional já discutidos no âmbito internacional. Em seguida, apresentar-se-á a perspectiva brasileira sobre o assunto, conforme desenvolvida quando da discussão dos APPIs no Congresso Nacional na década de 1990.

1.1. As formas de proteção do Investimento Estrangeiro Direto como objeto do Direito Internacional Econômico

Atualmente pouco se discute se a temática do investimento estrangeiro direto integra ou não o objeto de estudo do Direito Internacional Público. Consolidou-se ao longo dos anos o entendimento de que o Direito Internacional dos Investimentos é um dos sub-ramos de estudo do Direito Internacional Econômico. Isto porque, o Direito Internacional Econômico tem como objeto as relações econômicas internacionais, com ênfase nos vínculos econômicos formados entre seus atores. Assim, o Direito Internacional Econômico, em sentido amplo, “*engloba todas as operações econômicas, qualquer que seja a sua natureza, que apresentem um elemento de estraneidade, i.e., que tenham uma conexão com dois ou mais ordenamentos jurídicos, ou que sejam regidas pelo Direito Internacional Público*”. Ou seja, o Direito Internacional Econômico é “*o ramo do direito que regulamenta, de um lado, o estabelecimento do investimento internacional e, de outro lado, a circulação internacional de mercadorias, serviços e pagamentos*”.²²

O tema da proteção do Investimento Estrangeiro Direto, no entanto, nem sempre foi central para o Direito Internacional. A mudança ocorreu a partir do final do século XIX e

²² FERREIRA SILVA, Caio Carlos Cruz. *O Regime Jurídico Brasileiro de Tratamento e Proteção dos Investimentos Internacionais Diretos*. P. 41

início do século XX. Até este período, havia um consenso internacionalmente reconhecido de que a propriedade privada deveria ser respeitada e que, em caso de expropriação ou desapropriação haveria compensação adequada. Este cenário, no entanto, foi alterado com a Revolução Russa de 1917 e com o reconhecimento internacional da situação de fato que se estabeleceu posteriormente.²³

É possível dizer, portanto, que a Revolução Russa questionou o *status quo* estabelecido com relação à regulamentação do direito de propriedade de estrangeiros. Foi esse fenômeno político internacional que marcou o surgimento das diversas doutrinas acerca do direito de estrangeiros sobre seus investimentos, notadamente a Doutrina Calvo – desenvolvida por Carlos Calvo a partir de 1868 – e a Formula Hull – desenvolvida pelo então Secretário de Estado dos Estados Unidos da América, Cordell Hull, a partir de 1938. Ambas as doutrinas visavam estabelecer a posição do Direito Internacional costumeiro com relação ao direito de estrangeiros sobre seus investimentos.²⁴

Segundo a Doutrina Calvo, implementada em grande parte na América Latina, o Direito Internacional reconhecia o direito de propriedade dos estrangeiros sobre seus investimentos em igualdade de condições com os cidadãos do Estado receptor do investimento. Alguns países chegaram a adotar a posição de que os investidores (proprietários de terras ou empresas sediadas em seu país) deveriam renunciar a todas as formas de proteção concedidas por seu país de origem. De forma similar à Doutrina Calvo, a Formula Hull reconhecia aos estrangeiros o direito de propriedade sobre seus investimentos. No entanto, ela estabelecia que, em caso de desapropriação ou expropriação, deveria haver compensação imediata, adequada e efetiva²⁵.

Duas diferenças entre a Formula Hull e a Doutrina Calvo, neste aspecto, eram bastante claras. A primeira diferença reside no fato de que a Doutrina Calvo apenas exigia compensação adequada, dispensando o imediatismo e a efetividade proposta pela Formula Hull. A segunda diferença (esta sim, diretamente relacionada à temática da dissertação) é que a Formula Hull permitia que os estrangeiros se utilizassem de recursos de natureza internacional para eventuais disputas relacionadas a seu investimento, enquanto a Doutrina Calvo pugnava pela sujeição dos investidores estrangeiros às leis e à jurisdição do Estado no qual se investia e pela abstenção na utilização da proteção diplomática por parte do seu

²³ LOWENFELD, Andreas F. International Economic Law.

²⁴ LOWENFELD, Andreas F. International Economic Law.

²⁵ Os termos utilizados pela formula Hull são, especificamente, “prompt, adequate and effective compensation”.

Estado de origem, ou seja, em essência, pela não intervenção nos assuntos internos de um Estado e pela absoluta igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.

Estas formas e parâmetros de proteção ao investimento estrangeiro foram adotados de maneiras diferentes ao redor do globo. Alguns países inseriram previsões sobre o investimento estrangeiro em suas constituições nacionais ou no ordenamento jurídico infraconstitucional; outros passaram a tratar o assunto na esfera de política internacional, inserindo-o na agenda de negociações internacionais bilaterais, regionais ou multilaterais. Assim, o direito dos investimentos é composto por regras cujas origens são nacionais e internacionais, gerando diferentes consequências jurídicas e diferentes níveis de proteção.

As regras nacionais – de direito interno – aplicam-se aos investimentos realizados no território de um determinado país. Apesar de seu critério essencialmente nacional, elas podem ser reconhecidas como fontes do Direito Internacional “*na medida em que possam ser invocadas por outros Estados em abono de uma vindicação qualquer, ou como base da licitude de certo procedimento*”²⁶. Em outras palavras, especificamente no que toca aos investimentos internacionais, as normas de direito interno – atos unilaterais de um Estado – são reconhecidas pelo Direito Internacional, com base nos princípios de soberania e independência, como normas que produzem efeitos na esfera internacional.

As regras de Direito Internacional, por sua vez, são formuladas por Estados e Organizações Internacionais, com a finalidade de harmonizar o tratamento conferido aos investimentos pelos Estados e de disciplinar a atuação das empresas transnacionais²⁷.

Ambas as regras, nacionais e internacionais, podem disciplinar o regime aplicável aos investimentos internacionais de duas formas: como regras cogentes (*hard law*), ou; como regras indicativas (*soft law*). As regras cogentes são tanto as leis nacionais, quanto os tratados internacionais bilaterais ou regionais assinados e internalizados pelos Estados. As regras indicativas, por sua vez, são aquelas destinadas a ser apenas guias para os Estados e os investidores, sendo o maior exemplo a Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Transnacionais, adotada em 1976 e atualizada em 1979, 1984, 1991, 2000 e 2011²⁸.

²⁶ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. P. 84.

²⁷ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. P. 84 .

²⁸ O Brasil aderiu à Declaração sobre investimento internacional e empresas multinacionais em 14 de novembro de 1997. (OCDE)

É este complexo de normas cogentes e também não vinculantes que deve ser levado em consideração quando do estudo dos investimentos estrangeiros na perspectiva da formulação de uma política pública.

Assim, esta seção terá o objetivo de apresentar, à luz do Direito Internacional, os três principais assuntos das formas de proteção do investimento estrangeiro direto: os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs); as cláusulas da nação mais favorecida e do tratamento nacional; e a relação do tema com a soberania nacional dos Estados.

1.2. Fontes da proteção do investimento estrangeiro: os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos

Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (“APPIs”) são tratados elaborados entre dois Estados com o objetivo de encorajar, promover e proteger, de maneira recíproca, investimentos realizados no território de um destes Estados por empresas com sede ou operação no território do outro Estado-parte²⁹.

Os APPIs representam uma das fontes do Direito Internacional sobre proteção de investimentos. Além deles, existem diversos outros tipos de acordos – de natureza multilateral³⁰ e/ou de integração regional³¹ – que possuem objetivos semelhantes aos dos APPIs. Os objetivos de todos esses tratados é resumido por Scandiucci Filho, que ressalta o objetivo de oferecer segurança jurídica por meio de um instrumento internacional:

*“O objetivo dos acordos é oferecer, aos investidores e investimentos estrangeiros, algumas garantias e direitos legais, de modo a prevenir que atos administrativos da autoridade pública, alterações do ordenamento jurídico-legal ou decisões judiciais, no âmbito doméstico, possam trazer-lhes prejuízos financeiros ou frustração de expectativas dos negócios.”*³²

Historicamente visando estes objetivos, os APPIs podem ser considerados como o principal instrumento de proteção de investimentos. O início de seu desenvolvimento data de

²⁹ UNCTAD. *What are BITs?*

³⁰ Este é o caso da Convenção que estabeleceu a Agência Multilateral de Garantia ao Investimento – MIGA, estabelecida desde 12 de abril de 1988 e também integrante do Grupo Banco Mundial.

³¹ Como é o caso do NAFTA - North American Free Trade Agreement - tratado envolvendo Canadá, México e Estados Unidos, que visa estabelecer uma zona de livre comércio entre estes países.

³² SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*, p. 281.

1959, por meio de um acordo entre Alemanha e Paquistão³³, que representou o começo do desenvolvimento dos mais de 2.000 APPIs vigentes hoje em dia em mais de 176 países³⁴. Foi também por meio dos APPIs que o próprio Direito Internacional dos Investimentos desenvolveu-se substantivamente, especialmente desde a década de 1990. Todos estes fatores tornam os APPIs, senão a fonte primária para o estudo do Direito Internacional dos Investimentos, ao menos uma das mais importantes a serem consideradas quando do estudo de qualquer dos aspectos da matéria.

A abrangência de assuntos dos APPIs é fundamental para que se entenda a estrutura geral sobre a qual o Direito Internacional dos Investimentos se desenvolveu e, sobretudo, sua relação com o tema da soberania nacional dos Estados, considerada um dos aspectos mais sensíveis para o desenvolvimento de uma política pública de proteção aos investimentos estrangeiros.³⁵

As matérias tipicamente cobertas pelos Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos são as seguintes: (i) definição do termo “investimento” e escopo de aplicação; (ii) parâmetros de tratamento, e; (iii) mecanismos de resolução de conflitos.³⁶ Antes de passarmos à temática central desta dissertação, que são os mecanismos de resolução de controvérsias, cumpre apresentar um panorama geral da estrutura dos instrumentos que constituem os elementos de direito material que visa-se proteger por meio dos mecanismos de resolução de controvérsias apresentados a partir do próximo capítulo.

a. Definição do termo “investimento” e escopo de aplicação

Após o preâmbulo, responsável por esclarecer as razões políticas e econômicas para a celebração de um APPI entre dois Estados signatários, a primeira disposição normativa desses tratados diz respeito à definição do termo “investimento” e de seu escopo de aplicação. As referências são geralmente feitas às pessoas e entidades compreendidas pelo tratado, bem como ao território e ao efeito temporal que se pretende dar a ele.³⁷

³³ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*, p. 278.

³⁴ Como apresentado na Introdução, o Brasil assinou 14 APPIs na década de 1990, mas não ratificou desses tratados.

³⁵ No Brasil, o aspecto da soberania nacional, tanto no aspecto jurídico quanto de controle de políticas econômicas, foi fundamental para as críticas feitas aos APPIs assinados pelo país na década de 90. (SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*. pp. 288-300).

³⁶ UNCTAD. *Investment Instruments Online: UNCTAD Analysis of BITs*.

³⁷ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, p. 39.

Este é, talvez, o elemento central na definição da política pública para a promoção e proteção de investimento de um Estado, pois é por meio destas disposições que Estados podem restringir ou aumentar o escopo aos quais os parâmetros de tratamento se aplicarão, bem como escolher destinar uma determinada política a um determinado setor econômico. É também por esta razão que não é possível estabelecer uma definição internacionalmente aceita do que juridicamente constitui investimento, como será mais bem desenvolvido no Capítulo II.

No entanto, é possível fazer uma breve introdução deste assunto, em uma perspectiva que demonstra o desenvolvimento do instituto. A tendência recente dos APPIs é a de favorecer uma ampla definição do conceito de investimento, que inclui ativos físicos e imateriais, incluindo posições contratuais. Alguns tratados, no entanto, excluem de sua definição investimentos em *portfolio*³⁸, focando, portanto, em investimentos diretos, justamente por serem estes mais estáveis do que aqueles, merecendo uma proteção diferenciada.³⁹

Os APPIs também definem o regime de admissibilidade dos investimentos baseando-se no poder soberano dos Estados de determinar o parâmetro de admissibilidade de estrangeiros em seu território.⁴⁰ Existem, fundamentalmente, cinco modelos de admissibilidade do investimento estrangeiro nos APPIs vigentes:⁴¹

- (i) Controle de investimento: segundo o qual o Estado receptor do investimento se reserva o direito de regular a entrada de recursos do exterior em seu território, de acordo com seu direito nacional. Este é o modelo mais utilizado internacionalmente;
- (ii) Liberalização seletiva: ilustrado pelo Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (“GATS”), segundo o qual o direito de estabelecimento apenas passa a existir quando um membro assume um compromisso específico de acesso a mercado ou, nesse caso, de investimento;

³⁸ Investimentos em *portfolio*, para os fins desta dissertação, deve ser entendido como o investimento em participações societárias inferiores a 10% do capital de empresas e que não garantam controle sobre a empresa ao investidor.

³⁹ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 39-40.

⁴⁰ É importante lembrar, neste sentido, que o Direito Internacional não adota um parâmetro pré definido de admissibilidade de pessoas ou entidades estrangeiras em território nacional. Assim, reconhece-se que Estados têm o poder de definir livremente as condições que darão aos estrangeiros em seu território.

⁴¹ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 40-42.

- (iii) Programa regional de industrialização: baseado nos acordos de alguns países em desenvolvimento que buscam a integração progressiva de suas economias em nível regional;
- (iv) Tratamento nacional mútuo: utilizado, por exemplo, pela Comunidade Europeia; e
- (v) Tratamento nacional e nação mais favorecida: que estende o modelo de liberalização total (protegido pelas cláusulas de tratamento nacional e nação mais favorecida) do tratado à fase anterior à entrada do investimento.

A outra matéria relacionada à proteção conferida pelos APPIs diz respeito diretamente ao conceito de pessoas e entidades compreendidas pelo tratado. Os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos definem também as pessoas e empresas que podem ser consideradas como investidores para os fins da proteção material neles estipulada.

O assunto gera particular discussão quando se trata de pessoas jurídicas, visto que existem vários critérios para a determinação da nacionalidade de uma empresa: o local onde está registrada, onde possui sua sede administrativa, seu escritório registrado ou por referência à nacionalidade de seu controlador.⁴² As especificidades de cada uma dessas disposições fogem ao escopo desta dissertação, mas é fundamental perceber que as garantias de um determinado APPI apenas são estendíveis a investidores protegidos pelo referido tratado⁴³, incluindo as garantias de acesso aos métodos de resolução de conflito. Assim, como será apresentado no Capítulo III, a nacionalidade pode ser um critério de determinação de jurisdição de um tribunal arbitral.

Por fim, o escopo de aplicação dos APPIs é determinado também pela aplicação ao território e no período temporal por ele definido. Do ponto de vista de territórios, costumeiramente os Tratados permitem sua aplicação em toda extensão territorial dos Estados envolvidos, havendo algumas discussões com relação à aplicação em zonas econômicas exclusivas marítimas para os tratados que não disciplinam esse tipo de zona especificamente. Do ponto de vista temporal, a particularidade dos APPIs são os prazos de

⁴² MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 43-45.

⁴³ Para os tratados que possuem a previsão da cláusula da nação mais favorecida é possível estender o escopo de proteção segundo parâmetros de outros tratados, como se verá mais adiante.

validade negociados entre os Estados e que, geralmente, são de 10 anos, embora este prazo possa variar de tratado para tratado.⁴⁴

Em outras palavras, as garantias materiais apenas são aplicáveis aos investidores e investimentos que cumpram com os requisitos de aplicabilidade determinados no respectivo APPI. Assim, quando da formulação de uma determinada política pública, é fundamental que os Estados que negociam o APPI tenham claras estas variáveis, a fim de atuar em consonância com sua política pública nacional; da mesma forma, é fundamental que investidores, ao decidirem por investir no exterior, estruturem seus investimentos de forma a assegurar as proteções materiais destes tratados.

b. Parâmetros genéricos de tratamento

Os parâmetros genéricos de tratamento representam os direitos substantivos gerais concedidos aos investidores por meio dos APPIs. São quatro os principais parâmetros que servem de referência, nos APPIs, para a fixação de direitos que são assegurados aos investidores: (i) tratamento justo e equitativo; (ii) tratamento nacional; (iii) direitos decorrentes da cláusula da nação mais favorecida, e; (iv) cláusulas guarda-chuva.

O tratamento justo e equitativo pode ser entendido de duas formas: como uma referência ao parâmetro mínimo de tratamento estabelecido pelo Direito Internacional, ou como uma interpretação autônoma. Esta discussão decorre do fato de que o conteúdo substantivo da disposição não é descrito nos Acordos. Em todo o caso, o entendimento corrente é o de que ele representa uma garantia do próprio Direito Internacional contra tratamento não isonômico em relação a determinado investimento⁴⁵, isto é, o Estado tem o dever de agir de maneira consistente, sem ambiguidades nem arbitrariedade, de forma transparente e conforme o princípio de boa fé.⁴⁶

O tratamento justo e equitativo representa uma garantia procedimental de transparência e uma garantia material de consideração às circunstâncias do caso concreto, visando uma solução justa e equitativa. Nem todos os tratados possuem esta previsão, que

⁴⁴ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 45-46.

⁴⁵ A questão, segundo aponta Muchlinski, é “*whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment*”. (MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, p. 48.)

⁴⁶ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 47-50.

tenta ser evitada por países importadores de capital, mas que tem se mostrado como um parâmetro cada vez mais aceito de proteção mínima a investimentos. A prática recente dos tribunais especializados em investimentos tem sido a de analisar substantivamente se, diante do parâmetro aceito de administração da justiça, as decisões são claramente impróprias, com o resultado de sujeitar o investimento (e, conseqüentemente, o investidor) a um tratamento injusto e não equitativo. Essa análise leva em consideração não só os atos dos Estados como também os dos investidores.⁴⁷

O segundo parâmetro é o tratamento nacional, que estabelece que os investidores estrangeiros devam receber tratamento não menos favorável que o de investidores nacionais comprometidos com atividades empresariais similares.⁴⁸ O objetivo da disposição de tratamento nacional é garantir condições iguais de competitividade a investidores domésticos e estrangeiros em situações equivalentes⁴⁹.

A redação destas cláusulas de tratamento nacional obedece a um padrão básico comum: primeiro, define-se seu escopo de aplicação, estabelecendo se suas disposições serão aplicáveis antes ou após a entrada do investimento; em segundo lugar, indicam-se as situações factuais às quais serão aplicadas – podendo especificar um determinado setor econômico e o grau de similaridade junto à indústria doméstica; em seguida, determina-se o parâmetro de tratamento, que pode ser igual ao nacional (como as primeiras gerações de tratados previam), ou não menos favorável que o tratamento dado aos nacionais, permitindo que se criem situações mais favoráveis aos investidores estrangeiros; em quarto lugar, a cláusula do tratamento nacional pode ser independente ou se relacionar com as cláusulas de tratamento nacional e de tratamento justo e equitativo; por fim, não é incomum que países escolham criar exceções ao tratamento nacional, sejam elas relacionadas a questões de segurança nacional, de saúde pública, de moralidade pública ou de desenvolvimento.⁵⁰

O terceiro parâmetro de tratamento é o da nação mais favorecida. O efeito da cláusula da nação mais favorecida em um APPI é o de estender ao nacional de um país contratante garantias e direitos mais favoráveis outorgados a nacionais de outros Estados pelo país receptor do investimento. Desta forma, eventuais medidas discriminatórias em relação a investidores são evitadas, garantindo-se tratamento igual aos investidores estrangeiros

⁴⁷ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 48-49.

⁴⁸ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, p. 50-52.

⁴⁹ Evidente que, para que esta previsão seja relevante, é necessário que existam investidores nacionais desenvolvendo atividades empresariais similares à que o investidor estrangeiro está desenvolvendo.

⁵⁰ UNCTAD, *National Treatment*, p. 11.

protegidos por esta cláusula e, assim, promovendo igualdade de condições de competitividade entre investidores de diferentes Estados.⁵¹

São poucas as variáveis relacionadas à redação desta previsão. Atualmente, a maior parte dos tratados não estipula condições para a sua aplicação, mas define algumas exceções, especialmente com relação à tributação e aos acordos de integração regional a que os Estados contratantes estejam sujeitos. É de se apontar também que a aplicação da cláusula da nação mais favorecida não se limita aos parâmetros de proteção substantiva, mas se aplica também à proteção procedimental de alguns tratados, de forma que alguns investidores conseguem se beneficiar de cláusulas de resolução de conflitos previstas em tratados celebrados entre o Estado receptor do investimento e outros Estados para iniciar procedimentos arbitrais contra o Estado receptor do investimento.⁵²

Por fim, as cláusulas guarda-chuva (*umbrella clauses*) são previsões que determinam a observância das leis e regulamentos locais, que preveem um tratamento mais favorável ao investidor do que os parâmetros especificados no tratado, e de obrigações assumidas pelo investidor junto ao Estado em acordos separados ou em autorizações específicas. O objetivo destas previsões é assegurar que o APPI seja uma garantia mínima ao investidor, e que possa ser complementado ou aprimorado por regulamentos locais, contratos ou autorizações especiais, os quais gozarão de proteção internacional por força desta cláusula prevista no tratado. Em outras palavras, a cláusula guarda-chuva garante uma proteção adicional aos investidores, ao garantir que eventuais direitos adicionais conferidos por força de lei, regulamentos, contratos ou autorizações específicas entre um investidor e o Estado sejam protegidos e tutelados pelo APPI.⁵³

Foi com base na proteção das cláusulas guarda-chuva que se iniciou o debate hoje existente sobre violações contratuais serem consideradas violações a tratados internacionais.⁵⁴ Este aspecto das cláusulas guarda-chuva é particularmente relevante para o tema desta dissertação por permitir que investidores que eventualmente possuam um acordo específico com um Estado, com uma cláusula de resolução de conflitos diferente da prevista no tratado, possam recorrer à previsão do contrato ou à previsão do APPI. Isto porque eventual violação

⁵¹ UNCTAD. *Most-Favoured-Nation Treatment*. p. 13.

⁵² Este foi o caso *Maffenzi v. Spain* (ICSID Case n. ARB/97/7) e *Siemens AG v. Argentina* (ICSID Case n. ARB/02/8). (MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp.52-54.

⁵³ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*”, pp. 54-55.

⁵⁴ O caso *Vivendi* foi um dos primeiros a ter essa discussão levada a cabo pelo tribunal arbitral e pelo comitê de anulação. (*Compania des Aguas del Aconquija AS and Vivendi Universal v. Argentina – ICSID Case n. ARB/97/3*).

ao contrato ou autorização também pode ser considerada uma violação ao APPI, de forma a permitir que o investidor tenha acesso ao mecanismo de solução de controvérsias previsto tanto no contrato quanto no tratado internacional.⁵⁵

Com base nesta breve explicação, pode-se verificar que os parâmetros genéricos de proteção ao investimento têm como objetivo, fundamentalmente, prover uma garantia mínima de proteção contra atos estatais de natureza expropriante e abusiva. No entanto, as proteções genéricas também atendem a um objetivo de cunho econômico maior: garantir a igualdade de condições de competitividade entre os investidores estrangeiros e entre estes e os investidores nacionais. Os parâmetros específicos de tratamento, que serão abordados na subseção seguinte, proveem garantias materiais substantivas e, como a própria classificação já deixa claro, específicas aos investidores.

c. Parâmetros específicos de tratamento

Os parâmetros específicos de tratamento representam as proteções substantivas que viabilizam a proteção ao investimento estrangeiro realizado no país receptor do investimento. Existem, obviamente, diversos direitos específicos concedidos aos investidores, mas quatro deles devem ser destacados nesta seção: (i) garantia da livre transferência de recursos; (ii) compensação para os casos de expropriação ou de danos ao investimento; (iii) promoção de investimentos, e; (iv) direitos de entrada de indivíduos ligados ao investimento.

A garantia à livre transferência de recursos é um dos corolários dos APPIs. O objetivo desta previsão é garantir que os investidores possam transferir os aportes e lucros relacionados ao seu investimento para fora do país receptor do investimento, ou seja, é a garantia de repatriação do investimento e dos frutos dele decorrentes. Esta garantia compreende a possibilidade de transferir o investimento sem demora, na moeda convertida e conforme o câmbio da data da transferência. Não é incomum, no entanto, que se regule a forma como referida transferência se realiza, visando proteger a posição da balança de pagamentos do país receptor do investimento.⁵⁶

A compensação para os casos de expropriação ou de danos ao investimento representa o aspecto mais sensível da relação entre países exportadores de capital e países importadores de capital e, ao mesmo tempo, é uma das previsões mais importantes dos

⁵⁵ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 54-58.

⁵⁶ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 59-61.

APPIs. Em primeiro lugar, é de se notar que a maioria dos APPIs recentes prevê a proteção contra medidas expropriatórias diretas e indiretas⁵⁷, o que pode vir a gerar maiores empecilhos para que os governos dos Estados receptores de investimento tenham espaço para a elaboração de políticas públicas.

A grande maioria dos APPIs contém previsão permitindo a expropriação ou nacionalização do investimento do investidor em casos de interesse público, segundo regras mínimas do devido processo legal, sem discriminação e mediante o pagamento de indenização imediata, adequada e efetiva, de acordo com o valor de mercado do investimento logo após o ato expropriatório. Isto é, a maioria dos APPIs acabou por adotar a formula Hull para fins de determinação da indenização em caso de expropriação. De acordo com os princípios que fundaram a formula Hull, esses Acordos preveem que o pagamento seja realizado imediatamente e na forma de ativos realizáveis e transferíveis.⁵⁸

Os outros dois parâmetros específicos – promoção de investimentos e direito de entrada dos indivíduos relacionados ao investimento – são consequências esperadas da existência dos APPIs que, muitas vezes, possuem como objetivo aumentar o fluxo de investimentos entre dois Estados e também o fluxo de indivíduos. Os APPIs não se confundem com os acordos de livre circulação de pessoas, na medida em que objetivam apenas garantir acesso dos investidores ao território onde o investimento está sendo realizado, sujeitando-os às regras locais sobre contratação de estrangeiros e tempo de permanência, e não as modificando nem criando situações privilegiadas, como ocorre nos acordos de livre circulação de pessoas.

Por fim, no que toca os parâmetros específicos de proteção ao investimento, a matéria está em constante evolução. A tendência mais recente na área é a de aumentar as obrigações dos Estados exportadores de capital (no qual os investidores estão sediados) e dos próprios investidores, diminuindo a priorização aos direitos de investidores e deveres do Estado receptor do investimento, que foi a grande responsável pela consolidação e evolução da matéria até atualmente.

⁵⁷ Não cabe nesta dissertação discorrer longamente sobre a diferença entre medida expropriatória direta e indireta. Como regra geral, deve-se perceber apenas que as medidas indiretas são aquelas em que o valor do ativo do investidor – seu investimento – é neutralizado, diminuído ou extinto, em função de alguma medida governamental, sem que haja qualquer alteração na propriedade de referido ativo.

⁵⁸ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 61-63.

1.3. Os APPIs e a soberania dos Estados

A assinatura de APPIs, como no caso de qualquer tratado internacional, decorre do exercício de uma liberdade decorrente da própria noção de soberania nacional e pode implicar limitação ao poder dos Estados regularem nacionalmente o tratamento conferido aos investimentos estrangeiros⁵⁹. A adoção de medidas de proteção ao investimento estrangeiro de acordo com os parâmetros genéricos e específicos de tratamento identificados acima levamos, naturalmente, ao questionamento sobre o grau de limitação imposto à liberdade dos Estados em legislar de forma diferente a nível nacional em função dos compromissos assumidos internacionalmente.

A questão que se coloca, portanto, diz respeito a uma análise comparativa dos benefícios decorrentes da assinatura de um tratado deste tipo e dos óbices que são colocados à liberdade regulatória nacional, diante de um modelo regulatório que permita ao país receptor do investimento e ao exportador de capital chegar aos objetivos almejados com o APPI. Nesse sentido, muito se discutiu se a celebração dos APPIs representaria uma abdicação prejudicial à autonomia regulatória nacional. São três os aspectos criticados neste ponto: (i) garantia à livre transferência de capitais; (ii) indenização por expropriação do investimento, e; (iii) possibilidade de contestar o Estado em tribunais internacionais de arbitragem.⁶⁰

A garantia à livre transferência de capitais no âmbito de um APPI representa limitação significativa aos poderes do Estado quanto à elaboração de políticas macroeconômicas domésticas e maior susceptibilidade aos riscos decorrentes dos movimentos da economia internacional. Isto porque os investidores teriam plena liberdade para retirar o capital investido no país a qualquer momento, inclusive se houvesse uma crise nacional ou internacional. O fato de não se haver limites claros e objetivos que permitam que os Estados regulem a saída de capital pode representar uma limitação significativa à autonomia regulatória nacional.

Não se pode esquecer, no entanto, que diversos APPIs regulam a forma como a retirada do capital deve ocorrer. Alguns acordos, como é o caso do Tratado Bilateral entre Reino Unido e Filipinas, fazem referência à regulação do Fundo Monetário Internacional

⁵⁹ Nesta seção, o uso da expressão “soberania nacional” tem como objetivo dialogar com a perspectiva sugerida por Scandiucci Filho. No Brasil, a doutrina especializada por vezes utilizou-se da expressão advinda da retórica política e que leva à ideia de abdicação à soberania. Em verdade, o que parece existir ao se celebrar um tratado internacional é o exercício de uma liberdade decorrente da própria noção de soberania nacional.

⁶⁰ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*, p. 288.

sobre a transferência de capital, incorporando a regulação do FMI ao Tratado. Por sua vez, outros tratados preveem a retirada progressiva do investimento, garantindo uma retirada anual mínima, quando houver situação financeira excepcional, ou condições financeiras que exijam ou justifiquem esta medida por parte do país receptor do investimento.⁶¹

A obrigatoriedade de pagar indenização por expropriação do investimento realizado é outra medida que pode ser considerada perigosa à liberdade regulatória nacional, a depender da forma como se dê tal regulação no APPI. Dois aspectos são importantes neste tópico: a vedação à expropriação direta e indireta, e a forma pela qual o pagamento da indenização deve ser feito. A proteção do investidor contra atos de expropriação indireta pode vir a tornar a elaboração de políticas públicas substancialmente mais onerosa, haja vista que novas medidas regulamentares poderiam ser vistas como medidas com efeitos similares ou equivalentes à de uma expropriação⁶². Já com relação à exigência de que os pagamentos sejam feitos de forma imediata, em moeda conversível e livremente transferível, alguns países – e este é o caso do Brasil – possuem óbices constitucionais a esta disposição⁶³.

Por fim, o mecanismo de solução de controvérsias, que permite que investidores questionem diretamente os Estados perante tribunais arbitrais sem qualquer apoio ou intermediação do Estado do qual são nacionais, é criticado por representar grande abdicação à liberdade regulatória. Isto porque, diferentemente de um contrato que possui um escopo de assuntos específicos a serem levados a uma eventual arbitragem, os APPIs permitem que um leque de assuntos muito mais amplo e compreensivo seja questionado perante estes tribunais. O efeito, segundo a crítica de Scanducci Filho, é o de que:

“aquilo que fora criado para representar estabilidade e previsibilidade ao investidor externo – na forma de garantia a um recurso judicial que se situasse fora do alcance do Governo hospedeiro e, portanto, fosse dotado de maior neutralidade – termina por se tornar em seu contrário: a

⁶¹ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*, pp. 59-61.

⁶² A discussão existente sobre novas medidas regulamentares serem consideradas expropriatórias, no âmbito dos APPIs, é muito similar à discussão existente no âmbito do direito administrativo brasileiro, sobre novas medidas regulamentares serem consideradas desapropriação indireta. Para maior aprofundamento no Direito brasileiro sobre desapropriação indireta sugere-se a leitura de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, e de JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶³ O artigo 100 da Constituição Federal prevê que “*Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim*”. O regime de desapropriação é especial, mas ainda assim, alguns casos exigiriam o pagamento da indenização por meio de precatórios, títulos da dívida agrária ou da dívida pública, quando, por exemplo, há questionamento judicial ao valor de indenização determinado pelo Estado.

completa fragilidade e insegurança do Estado–Receptor do investimento”⁶⁴

Esta situação de incerteza seria agravada nos momentos de crise dos Estados quando, muitas vezes, se faz necessária a adoção de medidas regulatórias mais drásticas e que estariam limitadas pelas garantias previstas nos APPIs, conforme apresentado nas seções anteriores. O mecanismo arbitral internacional de solução de controvérsias seria a forma de mitigar eventuais pressões sobre o poder judiciário local e, desta forma, colocaria o Estado receptor do investimento em posição de fragilidade e insegurança.

É de se questionar, no entanto, se o uso de um mecanismo internacional de resolução de controvérsias representaria um mal diferenciado à liberdade dos Estados ou se não seria, na verdade, decorrência das previsões de direito material contidas em referidos tratados. A seção seguinte abordará esta questão na perspectiva do que já foi discutido no Brasil.

1.4. Introdução aos mecanismos vigentes de solução de controvérsias investidor-Estado e as perspectivas e críticas brasileiras.

Na seção anterior exploraram-se brevemente os parâmetros de direito substantivo que formam a proteção básica conferida aos investidores estrangeiros e sua relação com a soberania nacional dos Estados. Os APPIs, no entanto, contêm previsões de direito procedimental que são importantes para que as garantias substantivas sejam, de fato, executadas. Essas garantias são apresentadas nas cláusulas de resolução de conflitos destes tratados internacionais. São basicamente dois os modelos de cláusulas de resolução de conflitos previstos nestes tratados: os relacionados às disputas entre os Estados contratantes sobre a observância e interpretação do tratado e os relacionados às disputas entre investidores e países receptores de investimento.

A resolução de conflitos envolvendo os Estados contratantes é geralmente fundada em dois mecanismos: negociação e, caso não seja possível chegar a um acordo, arbitragem *ad hoc*. Trata-se do modelo tradicional de resolução de conflitos – a proteção diplomática – previsto no Direito Internacional Público e presente em diversos tratados internacionais. Neste caso, a arbitragem tem como partes os próprios Estados, submetidos ao Direito Internacional Público ou aos princípios gerais do Direito. O objeto da discussão, neste

⁶⁴ SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*, p. 299.

caso, será sempre o eventual descumprimento, por um dos Estados, da obrigação prevista no APPI, e não o direito a eventual indenização por uma expropriação indevida de um de seus nacionais⁶⁵.⁶⁶

O segundo mecanismo, que será abordado em maior profundidade em toda esta dissertação, diz respeito às controvérsias entre investidores e os Estados receptores do investimento. São vários os métodos existentes e utilizados atualmente, havendo, historicamente, especial uso e atenção à chamada arbitragem de investimento. Diversas críticas a este mecanismo, no entanto, fomentaram o desenvolvimento de outras técnicas de resolução de conflito.

As duas subseções seguintes deste capítulo têm como objetivo apresentar brevemente a evolução dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado e as críticas feitas ao modelo utilizado largamente hoje em dia, dando especial enfoque à perspectiva brasileira.

a. Breve histórico da evolução dos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado

O desenvolvimento dos mecanismos de solução de controvérsias entre investidores e Estados está diretamente ligado à Convenção de Washington de 1965, que criou o Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos (“CIRDI”) e fomentou o desenvolvimento de cláusulas arbitrais prevendo a arbitragem CIRDI. Como será mais bem explicado no Capítulo II, a arbitragem de investimento nem sempre foi o método de resolução de controvérsias utilizado para garantir a proteção de investimentos estrangeiros. Sua utilização sempre gerou controvérsias e críticas que, atualmente, levam alguns autores a pôr em xeque todo o sistema de proteção de investimento criado ao seu redor, e a fomentar o desenvolvimento de outros métodos de solução de controvérsias.

A tradicional e clássica forma de se resolver conflitos relacionados a investimentos realizados por estrangeiros em um determinado país é submeter a disputa às

⁶⁵ Há uma exceção à esta regra, que é o caso do Estado do qual o investidor é um nacional se sub-rogar nos direitos de seu nacional de ser indenizado pelo Estado expropriante, em virtude da contratação, por seu nacional, de seguro por risco político feita junto à agência de investimento nacional. Neste caso, o pedido do Estado é uma consequência de ele se sub-rogar nos direitos do investidor, e não de uma conduta ilícita do Estado receptor do investimento contra o Estado demandante.

⁶⁶ MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*. Pp. 65-67.

cortes do país receptor do investimento. Esta foi a posição adotada, e por muitos anos defendida, por países receptores de investimento, especialmente na América Latina, e foi, inclusive, manifestada na legislação doméstica e em acordos regionais desses países, conforme preconizava a Doutrina Calvo. Por vezes, o acordo não era explícito ao proibir a utilização de métodos internacionais de resolução de controvérsias, mas proibia, ao menos, que fosse conferido tratamento mais favorável aos investidores estrangeiros do que aos investidores nacionais, demonstrando preferência pela resolução de disputas em cortes nacionais.

O próprio documento que embasava a discussão no Congresso Nacional do Brasil, um estudo preparado pela Consultoria Legislativa de Direito Internacional Público da Câmara dos Deputados, sobre os APPIs deixava clara esta visão de que a assinatura de APPIs tinha como grande objetivo privilegiar o tratamento aos investidores estrangeiros, algo que era percebido na cláusula de resolução de controvérsias:

“o objetivo dos acordos de conceder ao investimento de outra Parte um tratamento não menos favorável do que o dispensado aos investimentos de seus nacionais é paradoxal pois, sob o ponto de vista do investimento nacional, a igualdade se torna profundamente desigual: o investidor não pode recorrer a um foro externo para dirimir controvérsias com o Estado brasileiro, o que deve ser considerado uma desvantagem em termos de concorrência.”⁶⁷

De fato, investidores estrangeiros manifestavam predileção pela utilização de métodos internacionais de resolução de conflitos. Para diversos países a aceitação de se submeter a um método internacional de resolução de controvérsias representava o envio de uma mensagem para a comunidade internacional, de que o Estado estava comprometido com o desenvolvimento sério e seguro de uma política de atração de investimento.⁶⁸ É neste cenário político-econômico que a escolha dos métodos de resolução de controvérsias se apresentou para a discussão no Brasil, de forma relativamente pronta e testada internacionalmente.

Desde a década de 1990 os APPIs preveem a resolução de disputas de forma escalonada. Primeiramente as partes devem tentar obter uma solução amigável para o caso, por meio de negociações diretas. Posteriormente, na falta de acordo entre as partes, as

⁶⁷ AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. p. 8.

⁶⁸ Esta foi, inclusive, uma das justificativas apresentadas pelo presidente Fernando Henrique Cardoso ao Congresso Brasileiro, quando do envio dos APPIs assinados pelo Brasil na década de 90. (AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*).

disputas devem ser submetidas à arbitragem – podendo esta ser *ad hoc* ou institucional e, neste último caso, optando preferencialmente pela utilização das regras e da administração do CIRDI (inclusive por meio de seu mecanismo adicional, caso um dos países não seja parte da Convenção de Washington).

Os APPIs que foram assinados pelo Brasil na década de 1990 continham esta estrutura de resolução de conflitos. Todos os APPIs assinados pelo Brasil previam a opção por arbitragem *ad hoc*, segundo a Lei Modelo da UNCITRAL, ou de arbitragem institucional segundo as regras do CIRDI⁶⁹. A escolha pelo CIRDI apenas não foi feita no caso do APPI assinado com Cuba, que previa apenas a arbitragem *ad hoc* segundo a Lei Modelo da UNCITRAL.

A tendência de utilização da arbitragem como método preferido de resolução de conflitos relacionados a investimentos estrangeiros foi mantida ao longo das décadas subsequentes. Entretanto, como se verá no Capítulo III, a seguir, diversas críticas à larga utilização do CIRDI como método principal de resolução de controvérsias acabaram por colocar o modelo em cheque, e, atualmente forçam, o repensar do sistema, de forma a se buscar métodos neutros, imparciais e eficientes para a resolução deste tipo de controvérsia.

b. As críticas aos mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado

A discussão no Congresso Nacional sobre a ratificação dos acordos assinados pelo Brasil na década de 90 iniciou o debate, no Brasil, sobre os mecanismos de solução de controvérsias investidor-Estado previstos naqueles tratados. Não se pode dizer que tenha havido longo e profundo debate sobre a matéria – a pesquisa não revela isso – mas certamente um dos pontos centrais que preocupavam a Câmara dos Deputados eram as cláusulas de resolução de controvérsias previstas em tais acordos.⁷⁰

⁶⁹ O Brasil nunca foi parte da Convenção de Washington. Por esta razão, para os casos de arbitragem CIRDI, havia duas alternativas: (i) caso ambos os Estados relacionados à disputa tivessem assinado a Convenção de Washington, o procedimento seria o ordinário; ou (ii) até que ambos os Estados tivessem assinado e ratificado a Convenção de Washington, o procedimento seria regido pelas regras do Mecanismo Adicional do CIRDI. O APPI assinado entre Brasil e Portugal apenas previa arbitragem CIRDI caso ambos os países fossem contratantes da Convenção de Washington.

⁷⁰ Esta seção foi escrita com dois textos que identificam o panorama geral da discussão sobre os APPIs no Brasil. São eles: AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. e SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*.

Em suma, criticavam-se quatro aspectos: (i) a possibilidade de escolha de foro pelo investidor; (ii) a desnecessidade de esgotamento dos recursos internos para dar-se início ao procedimento arbitral; (iii) a criação de uma situação de desigualdade entre o investidor estrangeiro e o nacional; e, (iv) a violação dos princípios constitucionais da soberania e do acesso ao Poder Judiciário.

A possibilidade de escolha de foro pelo investidor, segundo a consultoria legislativa da Câmara dos Deputados, representava um problema apenas em alguns dos APPIs brasileiros. Isto ocorria apenas nos casos em que era permitido ao investidor migrar de um mecanismo de resolução de disputas para outro. Assim, apesar de iniciar um procedimento perante as cortes nacionais, por exemplo, os investidores poderiam renunciar à ação judicial e iniciar um procedimento arbitral internacional. Em outras palavras, o problema se restringia aos tratados que não possuíam a previsão denominada *fork in the road*, típica de diversos APPIs atualmente⁷¹. Os porquês de esta característica ser considerada um problema não estão claros no documento submetido ao Congresso.

A segunda crítica diz respeito ao abandono da regra que exigia o esgotamento dos recursos internos antes que a responsabilidade internacional do Estado fosse apurada. O objetivo desta regra, como aponta o relatório, é o de “salvaguardar a autonomia das jurisdições internas”. Ainda segundo o relatório, a adoção do sistema de arbitragem de investimento implicaria renúncia à parcela da soberania, sujeitando o Brasil ao regime jurídico internacional dos investimentos.

A terceira crítica feita àqueles tratados dizia respeito à criação de uma situação de desigualdade entre investidores estrangeiros e investidores nacionais. Arguia-se que os investidores estrangeiros teriam posição privilegiada, se comparados aos investidores nacionais por terem acesso a um meio de resolução de controvérsias mais ágil e, talvez, mais confiável que o judiciário nacional. De outro lado, investidores nacionais teriam acesso apenas ao judiciário nacional.

Por fim, afirmava-se haver violação de dois preceitos fundamentais da República: a soberania nacional (conforme disposto no artigo 1º, I da Constituição Federal) e o acesso ao Judiciário nacional (preceito insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal). Era clara

⁷¹ A previsão chamada de “*fork in the road*” representa uma escolha concedida a um investidor para que ele submeta disputas a uma corte local ou à arbitragem internacional, de forma irrevogável e irretratável, e em detrimento da outra forma de resolução de conflitos prevista no tratado.

a percepção de que a Constituição Brasileira destinava ao judiciário o monopólio do controle jurisdicional, sendo vedada a utilização de qualquer forma de resolução de controvérsias que afastasse ou limitasse esse poder-dever do Judiciário nacional.

Com o devido respeito às ponderações feitas à época em que os APPIs estavam à disposição do Congresso para aprovação – e sem entrar no mérito da questão de ter a decisão de não ratificar os tratados sido acertada – os motivos levantados no início dos anos 2000 para a não aceitação dos APPIs e, especificamente, das cláusulas de resolução de controvérsias, não podem balizar eventuais discussões atuais sobre a formulação de uma política pública de atração de investimentos.

No que toca a alegação de que haveria violação ao artigo 5, XXXV da Constituição Federal, é de se anotar que a promulgação da Lei 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem, e o julgamento da homologação de sentença estrangeira SE nº 5.206⁷², afastaram quaisquer questionamento quanto à constitucionalidade de utilização da arbitragem como método jurisdicional de resolução de controvérsias.

Já quanto à criação de uma situação de desigualdade entre o investidor estrangeiro e o nacional, a evolução da legislação nacional permite-nos concluir justamente o contrário. Em primeiro lugar, não existe nenhuma evidência empírica que nos permita concluir que o investidor nacional estaria em desvantagem. Em segundo lugar, não há qualquer obrigação de natureza constitucional que exija que o Estado brasileiro trate os investidores brasileiros de forma idêntica ou mais privilegiada que os estrangeiros; o que existe é uma obrigação de não discriminação injustificada. Em terceiro lugar, com a consolidação da arbitragem no Brasil como método de solução de controvérsias, inclusive envolvendo partes Estatais, é cada vez mais difícil sustentar a crítica à cláusula de resolução de controvérsias, tendo em vista que diversos contratos entre entidades estatais e privadas possuem cláusula arbitral.⁷³

No âmbito internacional, com relação à exigência de esgotamento dos recursos internos, o entendimento corrente é o de que se pode abdicar de tal regra, conquanto isso seja

⁷² O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 2001, da homologação de Sentença Estrangeira (SE nº 5.206), considerou a Lei Brasileira de Arbitragem constitucional. (STF. SE 5.206, DJU de 19/12/01)

⁷³ O escopo da proteção conferida por meio dos APPIs é diferente de um simples contrato de concessão ou de parceria público privada. Entretanto, o fato de se aceitar, no Direito brasileiro, a utilização de arbitragem com entidades públicas permitiria criar mecanismos de acesso do investidor nacional à arbitragem para escopos maiores do que os contratuais.

feito expressamente⁷⁴. Além disso, ao se discutir a necessidade de exaustão de recursos internos para se permitir acesso a um órgão jurisdicional de natureza internacional, não se está questionando a alternativa à justiça estatal, mas sim a confiança e respeito que se tem no sistema judicial nacional. Assim, a discussão sobre esgotamento de recursos internos não diz respeito diretamente à possibilidade de se comprometer com uma cláusula arbitral, mas, sobretudo, às condições de confiabilidade que o judiciário nacional demonstra ter em termos de eficiência e imparcialidade aos olhos dos investidores estrangeiros.

Na mesma linha pode-se arguir com relação à possibilidade de escolha de foro pelo investidor. A crítica feita à possibilidade de escolha de foro pelo investidor, na verdade, diz respeito à possibilidade do investidor mudar o foro que julgará o litígio após o mesmo ser instaurado em outro foro – em uma espécie de *forum shopping*. A crítica também não diz respeito ao arcabouço institucional sobre o qual o modelo de resolução de controvérsias investidor-Estado se firmou internacionalmente.

Por fim, como será mais bem detalhado nos Capítulos III e IV, não há violação dos princípios constitucionais da soberania. O simples fato de o Brasil se submeter à arbitragem internacional não representa uma violação da soberania nacional, protegida tanto pela Convenção de Washington de 1965 quanto pela Convenção de Nova Iorque de 1958.

Não se pretende, nesta dissertação, fazer uma defesa cega da utilização da arbitragem como o melhor método de solução de controvérsias para questões envolvendo investimentos internacionais. Como se verificará nos capítulos seguintes, há diversas críticas ao instituto que balizam a discussão atual do tema. O que se pretende nesta dissertação é sistematizar claramente a forma de funcionamento do instituto e as críticas a ele feitas, de forma a permitir maior clareza ao debate acerca da escolha do modelo de resolução de controvérsias a ser utilizado quando da formulação de uma política pública de proteção e promoção de investimento.

Em suma, é necessário entender as críticas feitas diretamente ao arcabouço institucional sobre o qual o modelo de resolução de controvérsias investidor-Estado se firmou internacionalmente, de forma a: (i) isolá-lo de críticas colaterais feitas ao Direito Internacional dos Investimentos; (ii) facilitar o debate sobre os caminhos para sua evolução,

⁷⁴ UNCTAD. *Dispute Settlement: Investor State*. p. 33.

e; (iii) permitir verificar a pertinência de o Brasil aderir ao modelo existente e se engajar em discussões sobre a evolução do mesmo.

CAPÍTULO II: ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO: DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Este capítulo tem como objetivo introduzir de forma técnica e dogmática o principal mecanismo de resolução de controvérsias entre investidores e Estados desenvolvido desde a década de 1960: a arbitragem de investimento. O objetivo é deixar clara a distinção conceitual existente entre a arbitragem de investimento e as demais espécies de arbitragem – comercial e entre Estados.

Visando atender a este objetivo, o capítulo está dividido em duas partes: no item 2.1 buscar-se-á uma definição clara do instituto, identificando-se, especialmente, as partes da disputa e a matéria geralmente levadas a litígio. O item 2.2, por sua vez, buscará aplicar as principais características do conceito de arbitragem às particularidades exigidas pela arbitragem de investimento.

2.1. O que é arbitragem de investimento?

Antes de se chegar a uma delimitação conceitual de arbitragem de investimento, é preciso traçar algumas breves considerações sobre (i) o cenário político e econômico em que o conceito de arbitragem de investimento surge, (ii) o próprio conceito de investimento, e (iii) a diferenciação existente entre arbitragem de investimento e arbitragem comercial.

a. Cenário político e econômico para o surgimento da “arbitragem de investimento”

José Augusto Fontoura Costa explica que o sistema de solução internacional de controvérsias entre investidor e Estado nasce “*das arbitragens ad hoc a partir de contratos de concessão para a exploração de recursos naturais internacionalizados*”. O primeiro caso de que se tem notícia é a disputa envolvendo a empresa inglesa *Lena Goldfields* e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, cuja sentença arbitral data de setembro de 1930. Em seguida, nos anos de 1950 e 1960 surgem outros casos, já no contexto das nacionalizações petrolíferas.⁷⁵

⁷⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp. 183-184.

É a partir destes casos, conhecidos como “*casos líbios de nacionalização*”, que surgem as experiências pioneiras da arbitragem de investimento, justamente para resolver os casos envolvendo investidores estrangeiros e Estados que nacionalizaram seus investimentos, especificamente, no setor de exploração de petróleo e gás natural⁷⁶, considerados setores estratégicos na nova ordem econômica mundial⁷⁷.

Neste ponto é relevante destacar que as nacionalizações Líbias afetaram particularmente os interesses da BP Libya (subsidiária da *British Petroleum*), da TOPCO/CALASIATIC (subsidiária da *Texaco Standard Oil of California*) e da Liamco (subsidiária da *Atlantic Ridgefield*). Essas grandes multinacionais protagonizaram os três casos originários da arbitragem de investimento⁷⁸, o que para alguns autores, como Sornarajah, definiu a forma como a arbitragem de investimento seria utilizada até os dias de hoje.⁷⁹

A localização histórica desses casos e suas origens (os contratos eram da década de 1950/60, e as disputas da década de 1970/80) nos permitem identificar o momento de transição da ordem econômica mundial. De maneira geral, o século XX pode ser considerado um marco fundamental da alteração do conceito de propriedade privada, que deixou de ser um direito universalmente reconhecido, em virtude da Revolução Russa e do crescimento do comunismo no mundo.

Neste sentido, dois momentos históricos devem ser destacados. O primeiro deles é o imediatamente seguinte ao segundo pós-guerra, quando houve uma importante alteração do equilíbrio geopolítico que culminou com a onda de nacionalizações e socializações da década de 1950.⁸⁰ O segundo momento é marcado pela queda do muro de Berlim, o fim da Guerra Fria e o consequente movimento de liberalização e internacionalização econômica da década de 1990.

O primeiro momento foi fundamental para a formação do modelo de arbitragem de investimento. Os processos de nacionalização e de socialização têm

⁷⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p 184.

⁷⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*. p. 118-120

⁷⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp. 186-187

⁷⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, pp. 101-103

⁸⁰ O conceito de nacionalização, segundo aponta Fontoura, tem sua origem política na descolonização, quando há a dissolução do pacto colonial e a criação de um novo Estado, independente. O conceito de socialização, por sua vez, está diretamente relacionado ao contexto de revoluções socialistas que, ainda que associadas a um processo de descolonização, tem como marco a dicotomia entre burgueses e proletariado ao invés da dicotomia colonizadores-colonizados. (COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p.44-45.)

relação direta com o risco político percebido pelos investidores estrangeiros aos investimentos estrangeiros (constantemente ameaçados por políticas expropriatórias) que acabou por gerar o clima de mútua desconfiança entre investidores e Estados.

É diante deste cenário político e econômico mundial que a arbitragem de investimento surge como uma alternativa às opções até então utilizadas (cortes nacionais) e inicia seu desenvolvimento. Este macro cenário é importante para que se perceba os interesses que estavam envolvidos quando da criação deste regime jurídico de proteção ao investimento estrangeiro, e também para que eventualmente se questione se a percepção deste risco ainda é a mesma, de forma a manter esse sistema de resolução de controvérsias como historicamente desenvolvido.

b. O que é “investimento”?

O conceito de investimento é central para a arbitragem de investimento. Isto porque, não só ele é o objeto que se pretende proteger, ao se instituir uma arbitragem relacionada às questões de investimento, como também é requisito jurisdicional para estabelecer a competência do tribunal arbitral que julgará sobre a matéria (*ratione materiae*).

Apesar de ser um conceito central para o estudo da matéria, muito se discute na doutrina o que pode ser considerado investimento. Segundo Bernardete de Figueiredo Dias, a identificação de um conceito de investimento é dificultada pela multiplicidade de concepções decorrente da proliferação das fontes internas e internacionais da matéria. Neste sentido, a autora aponta que o conceito de investimento depende de uma análise econômica, bem como da identificação do objetivo do instrumento internacional que o contenha.⁸¹

Em termos econômicos investimento seria, segundo Bernardete de Figueiredo Dias:

“fluxo de capitais associado a tecnologias de produção e gestão, sob a forma de participação direta ou empréstimos a longo prazo para as subsidiárias (...). Com base nessa definição macroeconômica, podemos concluir que o investimento é a despesa efetuada com vistas a resultado futuro de lucro, ou seja,

⁸¹ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. P. 24

as empresas investem, esperando que as receitas futuras sejam maiores que os custos do investimento”⁸² (destaquei)

Esta definição de cunho majoritariamente econômico é também a definição adotada por parte da doutrina especializada no assunto, conforme destacam Horn e Kröll:

“Foreign investment typically is a medium or long-term financial engagement in another country and, as a consequence, it involves a medium or long-term exposure to the different and less known environment of the host country with its different culture and traditions, mentalities, bureaucracy, legal system and political infrastructures, not to forget potential corruption, and, above all, a specific vulnerability to the interference by the Host State”⁸³

Do ponto de vista econômico, portanto, o investimento estrangeiro é definido por quatro critérios: (i) aporte de recursos em país estrangeiro; (ii) prazo de duração (iii) exposição a risco (seja este de natureza cultural ou legal), e; (iv) expectativa de retorno ou resultado positivo.

Apesar de funcional para a visualização da intenção do investidor, a definição econômica de investimento não é validada juridicamente pelos diversos instrumentos que regulam ou utilizam-se desse conceito com o fim de promovê-lo e protegê-lo. Seja do ponto de vista da previsão normativa, ou no plano da aplicação da definição a um caso concreto, não é possível identificar nas diversas fontes do direito um conceito jurídico padrão de “investimento”. Isto porque não há nos tratados nem nos acordos internacionais (tanto bilaterais, quanto multilaterais) uma definição clara deste conceito.⁸⁴

Houve tentativas de se chegar a um consenso, mas sempre sem acordo entre os países sobre as regras substantivas que seriam aplicáveis ao investimento⁸⁵. Prova desta dificuldade é a Resolução nº 1803 de 1962 da Assembleia Geral da ONU, sobre Soberania Permanente sobre Riquezas e Recursos Naturais. Esta resolução é tida como um dos documentos internacionais que padronizaram a disciplina internacional sobre

⁸² DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. P. 24.

⁸³ HORN, Norbert and Michael KRÖLL. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: procedural and substantive legal aspects*. p. 6.

⁸⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p.29.

⁸⁵ ESCOBAR, Alejandro A. *Requirements Ratione Materiae*, p. 13-14.

regras substantivas relacionadas a investimento⁸⁶, e ela não define o que se pode considerar como investimento. Pelo contrário, o item 2 da declaração deixa claro que será responsabilidade dos Estados definir a forma e o que se considera investimento.⁸⁷

Neste sentido, o estudo dos diversos instrumentos de proteção do investimento permite observar que o conceito de investimento adotado pelos Estados varia de acordo com os objetivos por eles traçados para a celebração de um determinado tratado internacional ou para a promulgação de uma determinada lei. É possível identificar ao menos três categorias de instrumentos destinados a regular os investimentos estrangeiros, conforme seus objetivos: (i) permitir a livre circulação dos fatores de produção, (ii) garantir a plena proteção dos investimentos, e (iii) promover os investimentos estrangeiros.⁸⁸

Os instrumentos destinados a permitir a livre circulação dos fatores de produção visam desenvolver investimentos nos países por meio da livre circulação de todos os fatores de produção. Como exemplo, pode-se citar o Tratado de Roma de 1957⁸⁹, que criou a Comunidade Econômica Europeia, e o Código da OCDE de Liberalização dos Movimentos de Capitais⁹⁰. Ambos os documentos possuem como

⁸⁶ A Resolução 1803/1962 da Assembleia Geral da ONU estabeleceu a soberania sobre riquezas e recursos naturais como um direito fundamental dos Estados à sua autodeterminação, bem como determinou o direito dos Estados nacionalizarem, expropriarem ou requisitarem bens e atividades de particulares em seu território, por razão de interesse público, garantindo-se ao particular a compensação adequada.

⁸⁷ “The exploration, development and disposition of such resources, as well as the import of the foreign capital require required for these purposes, should be in conformity with the rules and conditions which the peoples and nations freely consider to be necessary or desirable with regard to the authorization, restriction or prohibition of such activities”.

⁸⁸ As três categorias identificadas por Bernardete de Figueiredo Dias não são excludentes, sendo admissível que algum instrumento tenha como objetivo permitir a livre circulação de fatores de produção e promover os investimentos estrangeiros, por exemplo. (DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. p. 25-30.)

⁸⁹ Aqui vale a pena notar que embora o Tratado de Roma tenha criado o Banco Europeu de Investimento, ele não definiu o termo “investimento”.

⁹⁰ Diferentemente, o Anexo A ao Código da OCDE de Liberalização dos movimentos de capitais define investimento da seguinte forma:

“Investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investment which give the possibility of exercising an effective influence on the management thereof:

(a) in the country concerned by non-residents by means of:

1. creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise;
2. participation in a new or existing enterprise;
3. a loan of five years or longer.

(b) Abroad by residents by means of:

1. creation or extension of a wholly-owned enterprise, subsidiary or branch, acquisition of full ownership of an existing enterprise;
2. participation in a new or existing enterprise;
3. a loan of five years or longer.”

objetivo permitir a livre circulação de capitais entre os países que o adotem e, neste sentido, não colocam restrições substantivas ao que é considerado investimento, embora vinculem a ideia de investimento à noção de controle ou influência direta do investidor sobre o investimento.⁹¹

Os instrumentos destinados a garantir a plena proteção dos investimentos visam criar um ambiente jurídico tutelado pelo Direito Internacional e capaz de assegurar a confiança dos investidores, por exemplo, após as sucessivas nacionalizações e expropriações promovidas por países em desenvolvimento. O maior exemplo é a Convenção de Washington de 1965 que criou o Centro Internacional para Resolução de Disputas Relativas a Investimentos, que é uma das convenções mais importantes sobre o tema. Apesar de sua importância, ela não define o termo investimento. Pelo contrário, ela apenas determina que a jurisdição do CIRDI se estenderá a qualquer disputa legal derivada diretamente de um investimento.⁹²

Os instrumentos destinados à promoção de investimentos visam permitir a transferência de recursos dos países exportadores de capital para os países importadores de capital, oferecendo ao investidor garantias contra os riscos políticos, tais como o direito a uma indenização. Como exemplos, pode-se citar a Convenção de Seul que criou a Agência Multilateral de Garantia aos Investimentos⁹³ e os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos. A Convenção de Seul apenas discrimina os investimentos passíveis de cobertura pelo seguro dado pela Agência. Interessante perceber que, nos termos do artigo 12 da Convenção, os investimentos elegíveis à garantia incluem participações acionárias, empréstimos e investimentos diretos, conforme determinados

Nota-se que o conceito de investimento direto, para fins do código da OCDE é bastante amplo, utilizando como critério determinante o estabelecimento de uma relação econômica duradoura mediante o aporte de recursos, servindo as indicações das alíneas 1 a 3 como meros exemplos deste tipo de aporte. Ainda assim, é de se destacar que um empréstimo (independentemente de ser destinado à atividade produtiva) é considerado investimento.

⁹¹ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*, pp. 25-55

⁹² A linguagem utilizada no artigo 25 da Convenção de Washington é bastante ampla, como se vê da transcrição: *Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*

⁹³ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Pp. 25-55.

pela Diretoria da Agência.⁹⁴ Como se percebe, a Convenção em si não conceitua investimento de forma clara, tampouco, investimento direto.

Os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos poderiam auxiliar na busca de uma definição sobre o termo “investimento”. No entanto, tampouco os APPIs permitem extrair uma definição universal de investimento. Isso porque, eles buscam delimitar o conceito de investimento protegido sob sua égide – isto é, na relação entre os dois países que o negociem – o que sujeita a definição por eles fornecida às complexas negociações que precedem sua assinatura.

Existem APPIS que se destinam apenas a um determinado setor da economia (e.g. petróleo e gás), outros destinados a investimentos diretos, e ainda os que objetivam proteger investimentos indiretos⁹⁵. Esta dualidade é bem explicada por José Augusto Fontoura Costa, que identifica duas tendências principais na definição de investimento. Do ponto de vista dos países exportadores de capital, há uma tendência a buscar definições mais amplas que abranjam maiores setores da economia. Por outro lado, os países receptores de investimentos tentam limitar o escopo do conceito de investimento.⁹⁶

Esta multiplicidade de fontes e definições nos permite chegar a algumas hipóteses. A primeira delas é a de que, até o momento, os Estados foram incapazes de chegar a um consenso sobre o conceito de investimento – algo que pode mudar com o desenvolvimento, relativamente recente, de países tradicionalmente importadores de investimento que passaram a ser exportadores de capital. A segunda é a de que os Estados conscientemente escolheram garantir discricionariedade suficiente para

⁹⁴ A tendência da diretoria da Agência é ser guiada pela definição do Fundo Monetário Internacional sobre investimento direto, que o preceitua como “*investment that is made to acquire a lasting interest in an enterprise operating in an economy other than that of the investor, the investor’s purpose being to have an effective voice in the management of the enterprise*” (The Multilateral Investment Guarantee Agency). Embora esta seja uma tendência, não há como dizer que haja um consenso internacional sobre o conceito, a partir desta definição.

⁹⁵ Os APPIs assinados pelo Brasil na década de 90 possuíam uma definição amplíssima de investimento, que compreendia, em sua própria linguagem: “a) ações e outras formas de participações em sociedades; direitos derivados de todo tipo de aporte realizado com o propósito de criar valor econômico, incluídos os empréstimos diretamente vinculados a um investimento específico, tenham ou não sido capitalizados; c) os bens móveis e imóveis, assim como os direitos reais, tais como hipotecas, usufruto e direitos análogos; d) direitos para realizar atividades econômicas e comerciais outorgados por lei ou em decorrência de contrato, em particular os relacionados com a prospecção, o cultivo, a extração ou a exploração de recursos naturais; e) direitos no âmbito da propriedade intelectual, abrangendo expressamente patentes de invenção e marcas de comércio, bem como licenças de fabricação e ‘know how’”. (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, 1994).

⁹⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. Pp. 130-131.

descrever como investimento uma determinada operação ou categoria de transações, como na Resolução nº 1803 de 1962 da ONU.⁹⁷

Ambas as hipóteses podem ser justificadas por meio de uma análise política do cenário internacional, no qual se percebe a clara contraposição entre os países exportadores e importadores de capital. Os países exportadores de capital buscam definições mais amplas que abranjam maiores setores da economia, enquanto os países receptores de investimentos tentam limitar o escopo do conceito de investimento.

A própria UNCTAD, identificando estas duas posições, criou duas categorias para explicar o conceito de investimento à luz do tipo de acordo que o utilize. Uma definição restritiva do termo investimento é aquela adotada nos acordos que tratam do movimento de capitais e de recursos entre fronteiras, seja para controlá-lo, ou para liberalizá-lo. Neste cenário, a existência de “controle” do investidor sobre o investimento (no caso, uma empresa) é elemento essencial dessa definição.⁹⁸

Por outro lado, uma definição ampla do tema é aquela adotada por acordos sobre a proteção e promoção dos investimentos, que objetivam resguardar os interesses do investidor pós-estabelecimento do investimento, como os direitos adquiridos e os direitos de propriedade. Neste cenário, há uma flexibilização da necessidade de “controle” do investidor sobre o investimento.⁹⁹

Esta longa discussão sobre o conceito de investimento serve ao propósito de demonstrar a dificuldade de se chegar a um consenso sobre uma definição internacional do termo “investimento”, a ser utilizada nesta dissertação. Como visto, o sentido é mais ou menos amplo, a depender do objetivo que os países possuam ao celebrar um determinado tratado, acordo, ou ao promulgar uma lei nacional.

Parece, no entanto, razoável utilizar uma definição comumente aceita por tribunais arbitrais em disputas diretamente relacionadas com acordos de promoção e proteção de investimento. Embora haja variações em função de disposições específicas de tratados, o entendimento mais consolidado atualmente, indica ser possível definir “investimento” por meio de 5 características típicas: (i) projeto com uma certa duração; (ii) existência de alguma regularidade entre lucro e retorno; (iii) existência de um elemento de risco em ambos os casos; (iv) existência de um comprometimento

⁹⁷ ESCOBAR, Alejandro A. *Requirements Ratione Materiae*. P. 5.

⁹⁸ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Pp. 25-55

⁹⁹ DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Pp. 25-55.

substancial, e; (v) a operação deve ser significativa para o desenvolvimento do Estado receptor.¹⁰⁰

Desta forma, o conceito de investimento adotado para os fins desta dissertação é o de que investimento estrangeiro direto é o aporte de recurso substancial feito no exterior em um projeto, por um determinado período de tempo, objetivando algum tipo de retorno (lucro) ao investidor, que está sujeito a riscos (ou seja, não é um aporte com garantia certa de retorno) e que contribua de alguma forma para o desenvolvimento do Estado receptor do investimento.¹⁰¹

É este aporte – expropriado ou que tenha sofrido restrição ilegal pelo Estado receptor do investimento – que constituirá a matéria objeto da arbitragem de investimento. O ato estatal que causou referida restrição, isto é, a discussão sobre sua legalidade com vistas a desconstituí-lo, não será objeto da arbitragem de investimento, mas tão somente o direito do investidor de ser ressarcido pelos prejuízos causados por tal ato, caso ele venha a ser considerado ilegal pelo tribunal arbitral.

c. *A diferença entre arbitragem comercial e arbitragem de investimento*

A diferença entre arbitragem comercial e arbitragem de investimentos é tênue, embora implique alterações importantes nas características do procedimento a ser adotado. A doutrina elenca cinco aspectos como importantes aspectos que separam estas duas espécies de arbitragem: (i) a história de formação destas espécies de arbitragem; (ii) a fonte do poder do tribunal arbitral; (iii) as Partes do procedimento; (iv) a matéria e o escopo da disputa adjudicada; e (v) as formas de execução da sentenças arbitrais proferidas contra os Estados que tenham participado da arbitragem.

O primeiro aspecto de diferenciação da arbitragem comercial e da arbitragem de investimentos, a formação histórica desses dois institutos, é útil para compreender o conjunto de princípios e de características que definiram as características marcantes destas duas espécies de arbitragem, e que justificam, hoje, seu estudo separadamente¹⁰².

Como aponta Sornarajah, a origem da arbitragem comercial remonta às formas de resolução de conflitos tribais. Esta espécie de arbitragem foi desenvolvida

¹⁰⁰ ESCOBAR, Alejandro A. *Requirements Ratione Materiae*, p. 14.

¹⁰¹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 128.

¹⁰² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. pp. 158-159.

para resolver conflitos entre entes privados, relacionados a direitos disponíveis das partes envolvidas. Segundo o autor, o princípio da vontade das partes foi fundamental para o desenvolvimento da arbitragem comercial:

“The elevation of party autonomy has been found to be an attractive proposition in the course of these developments. It has meant the freedom of choice by parties as to the principles applicable to the dispute. It has also meant that the parties will have a wide latitude as to the composition of the tribunal and the rules of procedure to be followed by the tribunal. Party autonomy has been regarded as one of the important and attractive features of international commercial arbitration.”¹⁰³ (Destaquei).

Dentro desta concepção de resolução de conflitos, o princípio de autonomia da vontade das partes se desenvolveu como pedra angular da arbitragem comercial: às partes é permitido controlar quase que integralmente o processo arbitral, obedecendo-se aos limites impostos pela ordem pública, conforme definida pelo Estado.¹⁰⁴

O desenvolvimento histórico da arbitragem de investimento é ligeiramente diferente do observado na arbitragem comercial. Diferentemente da arbitragem comercial, que tem como pedra angular, a vontade das Partes, a arbitragem de investimento é fundada sobre a noção de Estado e nas limitações a que ele se sujeita. Neste sentido, a arbitragem de investimento possui uma grande similaridade com a arbitragem entre Estados¹⁰⁵, que é norteadas por princípios de Direito Internacional Público. Assim, não é possível falar em arbitragem de investimento, se não houver consideração e respeito aos limites impostos pela soberania nacional.¹⁰⁶

O segundo aspecto de diferenciação entre a arbitragem comercial e a arbitragem de investimentos, conforme apontado pela doutrina, é a fonte dos poderes do tribunal arbitral. A arbitragem comercial requer, em geral, uma convenção de arbitragem

¹⁰³ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. p. 155-162.

¹⁰⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública no Direito Processual Civil*. p. 21.

¹⁰⁵ A arbitragem entre Estados é caracterizada pela presença de dois Estados como partes, tendo por objeto uma controvérsia – política ou legal – a ser resolvida aplicando-se as regras escolhidas pelos Estados (geralmente, equidade ou Direito Internacional Público). São exemplos de arbitragem entre Estados aquelas que dizem respeito à delimitação de fronteiras ou interpretação de obrigações previstas em tratados internacionais. Para maior aprofundamento no conceito de arbitragem entre Estados e uma noção precisa de sua evolução, refere-se o leitor à GRAY, Christine, KINGSBURY. *Developments in Dispute Settlement: inter-state arbitration since 1945*. The British Yearbook of International Law, 1992 (disponível em: <http://iilj.org/aboutus/documents/DevelopmentsinDisputeSettlement.pdf>)

¹⁰⁶ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. p. 155-162.

estabelecida contratualmente entre as partes. A arbitragem de investimento, por sua vez prescinde deste acordo contratual específico entre o investidor e o Estado¹⁰⁷. Sem dúvida, é necessário que Estado e investidor consintam com a arbitragem, no entanto, o consentimento do Estado pode ser genérico – por meio de uma lei nacional, um tratado ou um acordo internacional.¹⁰⁸ A fonte imediata dos poderes do tribunal arbitral, portanto, é um ato fundamentalmente estatal, e não privado, como ocorre na arbitragem comercial.

Além destas diferenças de cunho notadamente histórico e teórico, a terceira diferença fundamental é que a arbitragem de investimento envolve o Estado (ou uma entidade estatal), de um lado, e, de outro lado, um particular. O fato de um Estado sempre estar envolvido no litígio dá contornos diferenciados ao procedimento e às expectativas que dele se pode ter, em função dos princípios da soberania e da imunidade do Estado. Estes dois princípios limitam o escopo da arbitragem de investimento, bem como a execução de sentenças arbitrais.¹⁰⁹

O terceiro aspecto de diferenciação entre essas duas espécies de arbitragem diz respeito ao escopo e objeto da arbitragem de investimento. Com relação ao escopo é fundamental pontuar que o consenso existente na doutrina e na jurisprudência internacionais é no sentido de que a matéria discutida é mais limitada do que em uma arbitragem comercial. Isto porque, por se tratar de um procedimento envolvendo uma parte soberana – o Estado – não há discussão sobre a validade de atos praticados por este Estado com o objetivo de desconstituí-los. Em outras palavras, como apontado na seção anterior, eventual discussão com vistas a desconstituir o ato danoso ao investidor não estará dentro do escopo de jurisdição do tribunal arbitral, que terá como missão apenas julgar sobre o direito do investidor de ser ressarcido pelos prejuízos causados por tal ato, caso ele venha a ser considerado em desconformidade com o Direito Internacional Público.¹¹⁰

O objeto da arbitragem de investimento é uma disputa legal relacionada a um investimento e, neste sentido, uma disputa apenas pode ser qualificada como “disputa legal” caso haja remédios que possam combatê-la ou compensá-la, como a restituição de

¹⁰⁷ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 764.

¹⁰⁸ O consentimento do investidor, neste caso, seria dado no momento em que há a propositura de uma demanda arbitral contra o Estado.

¹⁰⁹ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. P. 159-162

¹¹⁰ WILLIAMS QC, David AR. *Jurisdiction and Admissibility*. pp. 868-932.

valores ou danos, todos baseados em previsões legais. Assim, o objetivo de uma arbitragem de investimento é, em regra, o de buscar uma indenização adequada por uma determinada conduta considerada ilícita nos termos do contrato, da lei nacional ou do tratado internacional que proteja o investimento, respeitando, portanto, o princípio da soberania dos Estados.¹¹¹

Por fim, a execução das sentenças arbitrais proferidas contra Estados é outra questão delicada ao se tratar de arbitragem de investimento e que difere em relação à arbitragem comercial. Isto porque, diferentemente de uma entidade privada, o Estado pode invocar em seu favor o princípio da imunidade estatal, que lhe garante a prerrogativa de se opor à execução forçada de uma sentença arbitral contra si, bem como evitar que seus ativos sejam forçosamente utilizados como forma de pagamento de um crédito em favor de um investidor.¹¹² Este assunto será mais bem detalhado no próximo capítulo, mas é importante perceber desde já como ele é uma importante diferença em relação à tradicional arbitragem comercial envolvendo partes privadas e sociedades com capital estatal.

Outras questões de natureza política e econômica também devem ser consideradas quando se pensa no regime jurídico aplicável à arbitragem de investimentos. Grande parte das disputas que envolvem investimentos está relacionada aos objetivos do investimento, à repatriação de receitas e ao controle último dos benefícios do investimento. O investimento pode estar relacionado a projetos vitais de infraestrutura para o Estado, cuja completude pode ser vital para o desenvolvimento da economia nacional¹¹³.

Esse aspecto político deve ser contemplado no regime jurídico sobre o qual a arbitragem de investimento se desenvolverá. Em termos práticos, para que a distinção entre arbitragem comercial e arbitragem de investimento fique mais clara, Bishop e Crawford propõem o seguinte exemplo:

“An investment can be distinguished from an ordinary commercial transaction such as a purchase and sale of goods. A U.S. company that merely sells oil equipment to a foreign government is not thereby investing in the foreign country, and therefore, a dispute

¹¹¹ WILLIAMS QC, David AR. Jurisdiction and Admissibility. Pp. 868-932.

¹¹² GAILLARD, Emmanuel. *Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities: Three Incompatible Principle*.

¹¹³ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 763

arising out of this sale is not an investment dispute. It is an ordinary commercial dispute. But if the U.S. company enters into a production sharing contract with, or obtains a concession or license from, a foreign government by which it will commit substantial sums of money at its own risk over a period of years to explore for, and produce from certain geographical areas within the host state, oil and gas with the expectation of making a profit, then it is investing in the host country. A dispute over the sale of oil equipment by the investor to the government as part of the investment package might be considered an investment dispute. Similarly, such a sale may be considered an investment dispute if it derives from an agreement to construct a factory to manufacture oil equipment within the host country.”¹¹⁴ (Destaquei)

Em que pese a praticidade de se utilizar os desenvolvimentos práticos de uma espécie de arbitragem para fomentar o desenvolvimento da outra espécie, é também fundamental entender os traços teóricos distintivos de cada uma destas espécies para que se evitem erros e contaminações de um regime jurídico sobre o outro.

Diante destes elementos que distinguem a arbitragem de investimento da arbitragem comercial, fica mais fácil entender a proposta de Sornarajah de que é importante manter as espécies de arbitragem (entre Estados, comercial e de investimento) separadas. Elas se desenvolveram segundo pressupostos específicos e operam cada qual dentro de um regime jurídico específico.

d. Afinal, o que é arbitragem de investimento?

Tendo identificado nos itens acima o cenário econômico em que a arbitragem de investimento se desenvolveu, bem como as características do que se convencionou chamar “investimento”, e também os elementos que a distinguem da arbitragem comercial, é possível agora fazer uma aproximação teórica do conceito de arbitragem de investimento.

A arbitragem de investimento é uma espécie do gênero arbitragem. Isto é, assim como a arbitragem comercial ou a arbitragem entre Estados, ela é um “*modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efectuada por uma ou mais pessoas que*

¹¹⁴ BISHOP, R. Doak, James CRAWFORD and W. Michael REISMAN. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. p.9.

detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes”¹¹⁵.

A diferença fundamental para a arbitragem comercial reside na matéria arbitrável, nos sujeitos participantes das disputas e no direito aplicável. Estes elementos é que definirão as características próprias da arbitragem de investimento que diferenciam seu regime jurídico do regime jurídico da arbitragem comercial.

A matéria arbitrável no caso da arbitragem de investimento (sua *ratione materiae*) é o investimento ou, mais precisamente, as consequências econômicas decorrentes de um ato expropriatório ou limitador do direito de propriedade, ilegal, que limite o retorno do investimento ou o acesso ao investimento.

Os sujeitos envolvidos serão, de um lado, o investidor (*ratione personae*) e, do outro, um Estado¹¹⁶. O fato de um Estado estar envolvido na disputa implica a aplicação de princípios de direito público (nacional e internacional) sobre a disputa, alterando algumas características tradicionais da arbitragem comercial.

Em terceiro lugar, o direito aplicável será, ainda que apenas para garantir um parâmetro mínimo de proteção, o Direito Internacional Público, independentemente da escolha de direito aplicável feita pelas partes. Esse aspecto é uma decorrência do fato de a fonte primária de poderes do tribunal arbitral ser um ato estatal (geralmente um tratado internacional), e não privado, como ocorre na arbitragem comercial, baseada em contratos.¹¹⁷

Nesse sentido, a diferenciação principal da arbitragem de investimento para a arbitragem comercial não se dá tanto sobre os princípios fundamentais de natureza processual, genericamente comuns, mas, conforme aponta Barrocas¹¹⁸:

“pelo facto de tratar de litígios entre um Estado (ou certas entidades por ele controladas) e entidades privadas que são investidoras no Estado litigante, desde que elas sejam consideradas nacionais de um outro Estado que com o Estado

¹¹⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*.. pp.31-32.

¹¹⁶ Em geral, Estados ou entidades estatais (como, por exemplo, empresas públicas) figuram como demandados em arbitragens de investimento. No entanto, existem casos no âmbito do próprio CIRDI em que Estados iniciaram procedimentos arbitrais contra investidores, tais como Gabão v. Sociétés Serete AS (ARB/76/1), Tanzania Electric Supply Company Ltd v. Independent Power Tanzania Ltd. (ARB/98/8) e Governo da Província do Kalimantan do Leste v. PT Kaltin Prima Coal e outros (ARB/07/3).

¹¹⁷ TAWIL, Guido Santiago. *Applicable Law*. Pp. 08-11.

¹¹⁸ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*.. P. 725-726

litigante tenha firmado um tratado bilateral ou uma convenção multilateral destinada a promover e proteger os investimento ou certas transacções equivalente efectuados pelos nacionais respectivos.”¹¹⁹ (destaquei)

Isto é, os grandes elementos de diferenciação entre a arbitragem de investimento e a arbitragem comercial são os princípios a ela aplicáveis. Estes são decorrentes da marcante presença de interesse público sobre os litígios e dos princípios de direito público que devem informar o processo arbitral em função da participação do Estado e da matéria arbitrável. É neste sentido que se pode dizer que a arbitragem de investimentos possui características próprias, diferentes das características da arbitragem comercial, que serão detalhadas na próxima sessão.

2.2. Características da Arbitragem de Investimento

Esta seção se dedicará a analisar sete características da arbitragem, enquanto gênero, aplicadas à espécie arbitragem de investimento¹²⁰. O objetivo será delimitar traços distintivos da arbitragem de investimento por meio destas características tidas como básicas em procedimentos arbitrais.

Essas características são: (i) neutralidade; (ii) confidencialidade; (iii) flexibilidade do procedimento; (iv) *expertise* dos árbitros; (v) custo e celeridade; (vi) menor participação de terceiros e não vinculação da sentença arbitral a terceiros, e; (vii) limitação dos poderes dos árbitros.¹²¹ A análise dessas características deve ser cotejada com o princípio basilar que informa a arbitragem de investimento – isto é, o equilíbrio entre interesse público e interesse privado.

a. Neutralidade

A neutralidade é apontada como uma das principais características da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias. A neutralidade pode ser vista de duas formas: dirigindo-se aos árbitros – sendo o pilar fundamental da

¹¹⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. P. 725

¹²⁰ As sete características da arbitragem tratadas nesta seção são estabelecidas por Paulsson, Rawding e Reed, no livro “The freshfields guide to Arbitration and ADR”.

¹²¹ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. Pp. 2-5.

independência e imparcialidade necessárias para a condução do procedimento¹²² – e dirigindo-se ao método de resolução de conflitos, *per se*.¹²³

É com relação a este segundo aspecto que se conduzirá a presente análise. A arbitragem é um tipo de método de resolução de conflitos heterocompositivo que pode ser moldado de forma a ter uma característica não nacional, aceitável para ambas as partes de uma disputa que envolva aspectos de mais de uma nacionalidade, como é o caso da arbitragem de investimento.¹²⁴

Esta vantagem desponta como um dos principais aspectos da arbitragem de investimento. Na perspectiva do investidor, historicamente, há uma grande desconfiança sobre as cortes nacionais, especialmente as do país receptor do investimento que, em geral, seria a corte competente para decidir sobre a questão envolvendo o investimento. Este receio é especialmente justificado na medida em que não é incomum que os investimentos objetos do litígio lidem com aspectos sensíveis da infraestrutura de um país.¹²⁵

Por outro lado, a alternativa de ter os casos relacionados a investimento decididos por cortes do país do investidor assusta os Estados receptores de investimento e poderia significar outorgar um aspecto fundamental de sua soberania a outro Estado.¹²⁶

Esta é uma das razões pelas quais a arbitragem tem desempenhado um papel tão importante em conflitos relacionados ao investimento internacional: ela pode servir às partes como um mecanismo adjudicatório neutro, ao menos quanto à nacionalidade.

Parte da doutrina, especialmente a advinda de países em desenvolvimento, questiona esta assertiva acerca da neutralidade da arbitragem enquanto método de solução de controvérsias. São duas as questões latentes: a primeira diz respeito à escolha da arbitragem como foro neutro, e a segunda, às instituições que administram o procedimento arbitral.

Com relação à primeira questão, Sornarajah aponta que o fundamento para se considerar que a arbitragem é um mecanismo neutro se baseia no fato de que ela é um mecanismo consensual de solução de controvérsias. Do ponto de vista ideológico, a

¹²² GAILLARD, Emmanuel and John SAVAGE. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. pp. 557-628

¹²³ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 3.

¹²⁴ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 3.

¹²⁵ HORN, Norbert. *Arbitration and the Protection of Foreign Investment: concepts and means*. p. 20.

¹²⁶ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 762.

análise do autor é a de que esta afirmação deriva de um posicionamento liberal que visa favorecer o poder dos particulares em detrimento do Estado ao impor a aplicação de um regime jurídico que visa proteger o investimento.¹²⁷

Com relação à segunda questão, as partes podem escolher por um procedimento *ad hoc* ou por um procedimento administrado (também conhecido como arbitragem institucional). Em se tratando de arbitragem *ad hoc* há uma preferência geral pela escolha da aplicação do Regulamento Modelo de Arbitragem da UNCITRAL. Em termos de arbitragem institucional as regras mais utilizadas são as da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), da Câmara de Comércio de Estocolmo (“CCE”) e as do CIRDI¹²⁸.

Há pouca discussão acerca da neutralidade da arbitragem *ad hoc* ou da conduzida sob os auspícios da CCI e da CCE, no entanto, a neutralidade de tribunais arbitrais constituídos no âmbito do CIRDI tem sido questionada pela doutrina e por alguns praticantes da arbitragem internacional. Diversos Estados acusaram o CIRDI de ser tendencioso pró investidores e, inclusive, denunciaram o tratado, deixando de integrar o sistema por ele criado.¹²⁹

Pesquisas recentes, no entanto, ratificam o entendimento de que a arbitragem, inclusive sobre os auspícios do CIRDI, é um mecanismo de solução de controvérsias neutro. Segundo Susan Franck, que analisou diversas sentenças arbitrais até o ano de 2007¹³⁰, não há qualquer evidência empírica que permita estabelecer uma relação entre as arbitragens CIRDI e os valores demandados ou os resultados obtidos. Os resultados

¹²⁷ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. p. 164 e SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*.

¹²⁸ A CCI e a CCE, como o CIRDI, possuem a função exclusiva de administrar procedimentos arbitrais. Há, no entanto, uma diferença com relação à natureza jurídica destas instituições. A CCI e a CCE são entidades privadas, constituídas de acordo com as regras de Direito interno. O CIRDI, por sua vez, é uma organização internacional fundada em um tratado internacional e com o objetivo de constituir um mecanismo auto contido de resolução de conflitos que, como será mais bem explicado no próximo capítulo, evitará recursos a tribunais nacionais. Nesse sentido, ainda que a CCI e a CCE sejam bons exemplos de instituições que administram procedimentos arbitrais envolvendo partes de mais de uma nacionalidade (arbitragens estas chamadas de “internacionais”), inevitavelmente existirá uma instância judicial nacional que poderá exercer controle sobre esta arbitragem, conforme delimitado pelo direito nacional das partes e da sede da arbitragem.

¹²⁹ FRANCK, Susan D. *The ICSID Effect? Considering Potential Variation in Arbitration Awards*, p. 825.

¹³⁰ A pesquisa liderada por Susan Franck analisou oitenta e duas sentenças arbitrais proferidas no âmbito de arbitragens de investimento, das quais 74,4% foram proferidas no âmbito do CIRDI (59,8% segundo a Convenção de Washington e 14,6% no Mecanismo Adicional do CIRDI) e as demais 25,6% foram proferidas pela CCE ou outras regras *ad hoc*. Os resultados mostraram que 57,69% desses casos tiveram um resultado positivo para o Estado, enquanto 38,46% dos casos beneficiaram os investidores e 3,85% terminaram em acordo, sem diferença significativa entre arbitragens CIRDI e arbitragens realizadas em outros foros. Para um maior detalhamento da pesquisa, refere-se o leitor ao relatório da pesquisa: S. FRANCK, *The ICSID Effect? Considering Potential Variation in Arbitration Awards*.

não mostraram uma diferença estatística quando controlando para: (i) a presença de uma disputa energética, (ii) a presença de um Estado da América Latina como requerido; ou (iii) o estágio de desenvolvido do Estado requerido.¹³¹

Também segundo a Autora os resultados da pesquisa demonstram que as críticas quanto à parcialidade do CIRDI talvez tenham sido atribuídas a ele equivocadamente. Isto porque, no geral, a análise das sentenças proferidas por tribunais arbitrais constituídos sob os auspícios do CIRDI não revelou uma diferença estatística em relação aos processos arbitrais de arbitragem de investimento conhecidos. Ou seja, não haveria evidências empíricas que permitissem concluir que a arbitragem CIRDI é parcial em favor do investidor; pelo contrário, a arbitragem de investimento traz resultados relativamente equivalentes entre diversos fóruns arbitrais.

Assim, parte da crítica direcionada ao mecanismo de solução de controvérsia em si e, em especial, à instituição líder na arbitragem de investimento, talvez deva ser revista, como propõe o próprio Sornarajah, e direcionada à forma como o regime de proteção internacional do investimento foi estruturado, conforme sugerido no Capítulo I.¹³²

De qualquer forma, apesar de debatida por alguns Estados e, especialmente, por alguns governos específicos, a neutralidade foi um dos fatores que motivaram o desenvolvimento da arbitragem de investimento no âmbito internacional, como uma alternativa confiável para a resolução de disputas entre investidores e Estados.¹³³

b. Confidencialidade

O segundo aspecto ressaltado pela doutrina como uma característica importante (embora não obrigatória) da arbitragem é a confidencialidade. A confidencialidade é uma característica frequente e marcante das arbitragens comerciais, mas não é inerente à arbitragem enquanto gênero.

A posição atual da doutrina e da jurisprudência na questão envolvendo confidencialidade na arbitragem de investimento é bastante similar à posição atual na arbitragem comercial: salvo vedação expressa em contrário, reconhece-se às partes o

¹³¹ FRANCK, Susan D. *The ICSID Effect? Considering Potential Variation in Arbitration Awards*. pp. 825-827

¹³² SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*. pp. 104-105.

¹³³ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 763.

direito de dispor sobre a confidencialidade do processo. Assim, definir se um processo arbitral deve ou não ser confidencial dependerá dos ordenamentos jurídicos envolvidos (especialmente o do país receptor do investimento) e das regras escolhidas pelas partes para tutelar seu procedimento.

Por se tratar de um processo que envolve o Estado, não é improvável que um Estado exija transparência ou publicidade, como é o caso brasileiro, por exemplo.¹³⁴. A extensão do dever de confidencialidade, transparência e/ou publicidade, no entanto, é um assunto ainda polêmico.

Há uma interessante posição fixada pelo tribunal arbitral no caso *Giovanna a Beccara and others v. The Argentine Republic 2010*, realizado de acordo com as regras do CIRDI. Neste caso, as partes tomaram posições opostas no assunto referente à confidencialidade do procedimento e dos documentos produzidos durante a arbitragem, apesar de concordarem que a sentença arbitral fosse pública. O tribunal arbitral, primeiramente, reconheceu que tinha competência para decidir a questão da confidencialidade e decidiu que alguns aspectos da arbitragem deveriam ser mantidos em confidencialidade, e outros poderiam ser publicamente discutidos pelas partes.

Os fundamentos apresentados pelo Tribunal Arbitral no caso *Giovanna a Beccara* permitem uma reflexão sobre a extensão do dever de confidencialidade e/ou publicidade, segundo a dicotomia interesse público e interesse particular. Adotando o posicionamento prévio do caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania 2008*, o Tribunal Arbitral reconheceu que não existia um dever geral de confidencialidade, mas que, tampouco, existia um dever geral de transparência ou de não confidencialidade.

Nesta perspectiva, os Tribunais de ambos os casos decidiram que se devia incentivar a transparência na arbitragem de investimento, a fim de promover melhor governança dos Estados, desenvolvimento de jurisprudência coerente e fundamentada sobre o investimento internacional, segurança jurídica e confiança na arbitragem de investimento. No entanto, ambos os tribunais definiram um limite para a transparência

¹³⁴ Sobre as características da confidencialidade em questões envolvendo a administração pública brasileira, recomenda-se a leitura da Tese de Livre Docência de Carlos Alberto de Salles – “A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública”, especialmente às páginas 86 a 88.

do procedimento: ela não deve ser utilizada para exacerbar o caso e comprometer a integridade do procedimento arbitral¹³⁵.

Em outras palavras, salvo disposição expressa em contrário, as partes podem dispor acerca da confidencialidade no processo arbitral relacionado a investimentos. No entanto, não é desejável que a confidencialidade na arbitragem de investimento seja idêntica à adotada na arbitragem comercial, pois existem objetivos políticos que devem ser levados em consideração, bem como a necessidade de (alguma) transparência que pode ser obrigatória para diversos Estados¹³⁶.

c. Flexibilidade do procedimento

Assim como ocorre na arbitragem comercial, as partes não estão adstritas a regras nacionais de processo, isto é, na arbitragem de investimento também há a possibilidade de se escolher o procedimento que lhes pareça melhor às necessidades de cada caso¹³⁷.

Há dois momentos em que é possível identificar esta flexibilidade, conforme aponta Marcos André Franco Montoro¹³⁸. O primeiro momento diz respeito à escolha das regras procedimentais aplicáveis para a resolução de determinada disputa. O segundo momento é durante o procedimento e diz respeito a adaptações às regras inicialmente escolhidas.

Com relação ao primeiro momento, é amplamente reconhecido pela doutrina que as partes também podem dispor da escolha das regras procedimentais aplicáveis – trata-se da escolha entre realizar uma arbitragem *ad hoc*, e uma arbitragem institucional governada pelas regras de uma câmara de arbitragem, ou mesmo do CIRDI.

A escolha do Estado é expressa por meio da lei nacional ou do tratado/acordo internacional. Em geral, estes dispositivos preveem opções para os particulares iniciarem procedimentos arbitrais contra o Estado por meio de cláusulas arbitrais que permitem a escolha dentre diversas instituições arbitrais. No momento em que o investidor expressa

¹³⁵ NEWCOMBE, Andrew. *Confidentiality in Investment Treaty Arbitration*.

¹³⁶ Pode-se criticar o critério estabelecido pelos tribunais arbitrais com relação ao limite da confidencialidade para um procedimento arbitral, tendo em vista não ser ele objetivamente aferível. Entretanto, parece razoável que este limite seja determinado caso a caso, mediante um exercício de ponderação que leva em consideração as circunstâncias políticas, jurídicas e a vontade das partes no caso concreto.

¹³⁷ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p.3.

¹³⁸ MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*. pp. 69-71.

seu consentimento para arbitrar uma disputa, isto é, quando ele submete o requerimento de arbitragem, há também a escolha das regras procedimentais aplicáveis¹³⁹.

O segundo momento, referente à alteração do procedimento previsto no regulamento é que parece gerar maior debate. Em primeiro lugar é necessário verificar se, de acordo com as regras escolhidas pelas partes, é admissível que haja alteração do procedimento adotado. Alguns regulamentos não permitem que as partes alterem o que está lá fixado, mas apenas que o complementem em algumas circunstâncias. Outros regulamentos, como por exemplo, o Regulamento Modelo da UNCITRAL, permitem que as partes determinem o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral na condução do procedimento arbitral, desde que não haja conflito com as disposições ali contidas.

Esta autorização genérica muitas vezes outorgada às partes pelos próprios regulamentos de arbitragem não significa, no entanto, que elas tenham poder ilimitado para estabelecer o procedimento. Os limites, contudo, são delimitados por conceitos amplos, tais como o de ordem pública ou de devido processo legal.¹⁴⁰

O caso de não haver acordo entre ambas as partes quanto ao procedimento a ser seguido também gerou largo debate na doutrina, inclusive no grupo de trabalho que elaborou a Lei Modelo da UNCITRAL. Esta questão costuma ser superada nos regulamentos escolhidos pelas partes que, em geral, preveem uma autorização genérica para que o tribunal arbitral decida sobre o procedimento a ser adotado.¹⁴¹

Em suma, o procedimento arbitral na arbitragem de investimento também pode ser flexível como ocorre na arbitragem comercial. A presença do Estado não obsta a possibilidade de as partes disporem ou delegarem a um terceiro (árbitro único ou tribunal arbitral) a criação um procedimento arbitral mais adequado às especificidades do caso concreto.

¹³⁹ É importante lembrar que, diferentemente da arbitragem comercial, na qual há um contrato em que embasa a disputa, na arbitragem de investimento baseada em um tratado internacional, considera-se que o consentimento do investidor para arbitrar é dado no momento em que o mesmo submete seu requerimento de arbitragem. Por outro lado, o consentimento do Estado é dado genericamente e expresso, geralmente, em um APPI.

¹⁴⁰ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 524.

¹⁴¹ Para maior aprofundamento na questão da flexibilidade do procedimento arbitral e os limites impostos à vontade das partes, recomenda-se a leitura da tese de doutorado “Flexibilização do Procedimento Arbitral”, de autoria de Marcos André Franco Montoro.

d. *Expertise dos árbitros*

A quarta característica central da arbitragem é a expertise dos árbitros. Na arbitragem, as partes podem escolher seus julgadores de forma adequada às necessidades específicas do caso.¹⁴² Isto, aliás, é uma das suposições por trás do procedimento de nomeação de árbitros, conforme aponta Carlos Alberto de Salles¹⁴³.

Esta expertise não diz respeito única e exclusivamente ao conhecimento técnico de determinada matéria. É possível que para um determinado litígio seja fundamental que o árbitro conheça as práticas comerciais, os costumes de determinado país ou setor econômico, etc. Às partes é garantida a possibilidade de escolher os atributos que lhes proveem melhor.

Isto não significa, no entanto, que as partes possam escolher qualquer pessoa que lhes inspire confiança para ocupar o posto de árbitro em um tribunal arbitral. Existem limites à vontade das partes que, especialmente na arbitragem de investimento, ficam extremamente transparentes e que, costumeiramente, criam longos procedimentos de indicação de árbitros nos centros arbitrais especializados em matérias de investimento, como é o caso do CIRDI¹⁴⁴.

Os dois critérios mais comuns para limitar a vontade das partes na escolha de seus árbitros são os de independência e imparcialidade. É também um ponto pacífico na doutrina que lida com arbitragem que os árbitros devem ser independentes e imparciais¹⁴⁵. Não há um conceito universalmente aceito de independência e imparcialidade e, tampouco, é o objetivo aprofundar o estudo destes dois requisitos.¹⁴⁶

Os conceitos de independência e de imparcialidade são distintos. Independência é um critério considerado objetivo por parte da doutrina, isto é, ele requer que não haja qualquer relação de dependência econômica entre qualquer das partes e o árbitro que possa afetar ou aparentar afetar a liberdade de julgamento do árbitro. Os casos clássicos de falta de independência são aqueles em que se identifica que um árbitro

¹⁴² PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 3.

¹⁴³ SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*. pp. 79-81.

¹⁴⁴ A título de exemplo, no caso *Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, em trâmite perante o CIRDI, a composição do tribunal arbitral foi confirmada após 6 meses da instituição do procedimento arbitral em função de sucessivos questionamentos à independência e imparcialidade dos árbitros que haviam sido nomeados pelas partes.

¹⁴⁵ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 256.

¹⁴⁶ Para maior aprofundamento no conceito e nos casos relacionados à independência e imparcialidade dos árbitros, sugere-se a leitura do *Bulletin* da Câmara de Comércio Internacional, de 2007, que lida exclusivamente com a independência e a imparcialidade dos árbitros em uma edição especial.

possui interesse financeiro no resultado da disputa, aqueles nos quais o próprio árbitro é parte da controvérsia, ou, ainda, os casos em que ele tenha alguma relação importante como advogado de qualquer das partes no presente.¹⁴⁷

O conceito de imparcialidade, por sua vez, requer que o árbitro não favoreça uma parte nem esteja predisposto a julgar uma questão objeto da arbitragem. Como se percebe, este é um conceito muito mais subjetivo e abstrato.

No caso de arbitragens envolvendo Estados, a questão da imparcialidade é extremamente sensível. Lew, Mistellis e Kröll apontam um exemplo ocorrido no tribunal Irã-Estados Unidos. O Irã questionou a independência de um dos árbitros do tribunal arbitral por ele ter realizado “*propaganda política inadequada*” por acusar o Irã de “*condenar à execução*”¹⁴⁸. Ao final, o árbitro foi mantido no tribunal arbitral por força de uma decisão de uma corte holandesa, mas ficou claro como o assunto é sensível nos casos envolvendo Estados, visto que questões não relacionadas à matéria do próprio caso podem virar discussões mais complexas sobre a independência e a imparcialidade dos árbitros¹⁴⁹.

Portanto, o que se pode afirmar é que em se tratando de arbitragem de investimento, a possibilidade de as partes indicarem árbitros de sua confiança que possuam afinidade com a matéria arbitrada não só existe, como é recomendável. No entanto, os limites de independência e imparcialidade devem ser respeitados, e os árbitros devem ter especial cuidado ao expressarem sua opinião sobre algum assunto relacionado ao caso, ainda que do ponto de vista político e de forma genérica.

e. Custo e celeridade

A doutrina aponta que a possibilidade de flexibilidade do procedimento arbitral pode levar a grandes economias de tempo e dinheiro, tornando a arbitragem um mecanismo mais célere e menos custoso.¹⁵⁰ Estas comparações são feitas, em geral, com relação a processos judiciais, muito mais rígidos e, em geral, sujeitos a pelo menos uma

¹⁴⁷ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 263.

¹⁴⁸ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p.259-260.

¹⁴⁹ Curiosamente, a pesquisa realizada por Albert Jan van den Berg concluiu, após analisar 150 sentenças arbitrais, que nos 34 casos em que houve voto dissidente, a opinião vencida foi expressa pela árbitro indicado pela Parte que não foi bem sucedida na arbitragem. A pesquisa está disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12970228026720/van_den_berg--dissenting_opinions.pdf.

¹⁵⁰ MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*. p. 75.

instância recursal. A comparação da arbitragem com outros mecanismos de solução de controvérsias pode levar a conclusões diferentes.

A arbitragem de investimento é um processo caro e nem sempre célere. Pesquisa recente concluiu, após analisar 115 casos no CIRDI, que o tempo estimado de duração de uma arbitragem de investimentos administrada pelo CIRDI é de 3 anos e 6 meses.¹⁵¹ Este tempo, no entanto, considera apenas o período desde o início do procedimento até a sentença arbitral, ou seja, não considera eventuais procedimentos de anulação, retificação, suplementação ou revisão da sentença arbitral, que fazem parte do regime jurídico do CIRDI.

Existem formas de se tentar otimizar os gastos em uma arbitragem, que estão à disposição das partes. Nesse sentido, 3 fatores merecem especial destaque: (i) o procedimento adotado deve ser desenhado para resolver os aspectos controvertidos no caso concreto, (ii) o maior grau de cooperação das partes para resolver o conflito pode também facilitar o desenvolvimento da arbitragem, e (iii) a escolha de árbitros que estejam efetivamente disponíveis para ouvir e decidir sobre o caso permite maior celeridade na condução do procedimento arbitral¹⁵².

A análise de custo e benefício, no entanto, deve ser feita no caso concreto, à luz dos valores envolvidos e do interesse das partes. É preciso reconhecer, no entanto, que a arbitragem é sim um procedimento caro, mas que, a depender das alternativas a ela existentes, pode compensar do ponto de vista da análise econômica do Direito¹⁵³.

f. Menor participação de “terceiros” e não vinculação da sentença a “terceiros”

Segundo a doutrina, a menor participação de terceiros no processo arbitral e a não vinculação da sentença a terceiros são outras duas características importantes da arbitragem¹⁵⁴. O sentido que a palavra “terceiros” assume, nestes termos, diz respeito a dois aspectos, que serão analisados nesta seção. O primeiro é com relação a um determinado procedimento arbitral e o segundo é relacionado à vinculação de uma sentença arbitral a outros procedimentos, como precedente¹⁵⁵.

¹⁵¹ SINCLAIR, Anthony. *ICSID Arbitration: how long does it take?*

¹⁵² PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 4.

¹⁵³ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*.

¹⁵⁴ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. pp. 4-5.

¹⁵⁵ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 5.

Com relação ao primeiro aspecto, a regra geral é a de que um tribunal arbitral não tem poderes para obrigar uma terceira parte a participar do procedimento arbitral contra a sua vontade nem para consolidar duas ou mais arbitragens em um único procedimento sem o acordo de todas as partes.¹⁵⁶ Neste sentido, a princípio, a arbitragem se dará apenas entre o investidor (ou conjunto de investidores claramente identificados como reclamantes ou reclamados) e o Estado receptor do investimento (ou entidade estatal designada pelo Estado como responsável para responder ou iniciar qualquer procedimento relacionado a um investimento).

No entanto, observando a tendência recente das grandes câmaras de arbitragem mundiais e do próprio CIRDI, é possível perceber que as chamadas *arbitragens multi partes*¹⁵⁷ são um fenômeno em ascensão. Conforme apontam Lew, Mistellis e Kröll, a estatística de casos da CCI e da Corte de Londres de Arbitragem Internacional (*London Court of International Arbitration* – LCIA) demonstra uma tendência de crescimento no número de demandas com essa característica¹⁵⁸.

Isto se explica pelo fato de que casos que envolvem maiores volumes de dinheiro têm a tendência de envolver também mais de duas partes. Isto fica particularmente claro no caso da arbitragem de investimento. Uma breve análise dos casos pendentes no CIRDI demonstra que grande parte das disputas encaminhadas a este órgão envolve mais de duas partes.¹⁵⁹

Esta característica traz dificuldades práticas ao procedimento arbitral. Isto porque, procedimentos funcionais para arbitragens multiparte não são usualmente previstos em regulamentos de arbitragens¹⁶⁰. Isto significa que há maior espaço para questionamento das hipóteses de admissão de pedidos feitos por partes (investidores ou mesmo entidades estatais) que não tenham sido designados quando do começo do procedimento arbitral.

¹⁵⁶ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 5.

¹⁵⁷ Estas arbitragens referem-se àquelas situações em que há mais de duas partes envolvidas na disputa. A noção de arbitragem multiparte é um tema tratado na doutrina nacional e internacional sobre arbitragem comercial e arbitragem de investimentos juntamente com o assunto de participação de terceiros, ainda que os terceiros a que se refiram sejam parte de uma convenção de arbitragem. O assunto foi assim tratado nesta dissertação para fins de permitir o diálogo eficaz com a doutrina utilizada como base para esta dissertação.

¹⁵⁸ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. pp. 377/378.

Para maior detalhamento sobre o funcionamento das chamadas “arbitragens multi partes” refere-se o leitor ao Capítulo 16 do livro de LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*.

¹⁵⁹ Em breve consulta ao sítio eletrônico do CIRDI e à sua base de dados sobre casos pendentes, identifiquei a existência de 128 casos pendentes de julgamento, dos quais 54 envolvem mais de duas partes na disputa.

¹⁶⁰ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p. 5.

No caso *Giovanna a Beccara et. al. v. Republica da Argentina* o tribunal arbitral enfrentou esta questão na sentença arbitral parcial que determinou a jurisdição do tribunal arbitral para processar a disputa. Neste caso, o procedimento arbitral, que tinha como objetivo discutir a responsabilidade do Estado argentino de indenizar investidores italianos pela reestruturação de sua dívida pública externa e emissão de novos títulos, contava inicialmente com mais de 180.000 (cento e oitenta mil) reclamantes diferentes. Em 2007, após o envio do requerimento de arbitragem, mas antes de seu registro, alguns autores desistiram de prosseguir com o caso e foram inseridos novos autores no procedimento. Em 2010, diversos autores aceitaram uma proposta do governo argentino e solicitaram a desistência do processo arbitral.¹⁶¹

O tribunal entendeu que existiam dois pontos controvertidos com relação a este assunto e que diziam respeito à extensão da possibilidade de adicionar e de remover novos autores ao procedimento arbitral, e às condições para que isso fosse feito validamente. Especificamente no que toca à possibilidade de se adicionar novos autores, o Tribunal Arbitral decidiu que, em que pese a rigidez das regras aplicáveis ao CIRDI com relação à determinação precisa das partes do processo, seria permitida a adição de novos autores, sem a anuência da outra parte, desde que isto fosse feito antes do registro do requerimento de arbitragem pela Secretaria do CIRDI.

A *ratio decidendi* do tribunal para esta decisão foi baseada em três aspectos: (i) a permissividade da Convenção de Washington para que os autores sanassem eventuais defeitos nas informações apresentadas inicialmente no requerimento de arbitragem; (ii) o fato de que o réu no caso não havia ainda sido informado da instauração da disputa, portanto, não haveria qualquer prejuízo material a ele, e (iii) o fato de que o tribunal arbitral ainda não havia sido constituído, portanto, não haveria qualquer prejuízo à sua cognição nem mesmo aos direitos substantivos de todas as partes envolvidas.

Esse mesmo caso trouxe à tona uma controvérsia interessante sobre outro risco típico dos casos relacionados à mesma matéria de fato e de direito, envolvendo investidores ou entidades estatais distintos, que é haver grande margem para decisões contraditórias. Este foi um dos aspectos ponderados pelo tribunal arbitral no caso *Giovanna a Beccara et. al. v. Republica da Argentina* quando decidiu sobre a

¹⁶¹ Giovanna a Beccara and others v. The Argentine Republic.

admissibilidade de uma demanda de massa no âmbito do CIRDI. Segundo a decisão do Tribunal Arbitral, sendo as várias demandas suficientemente homogêneas, elas podiam ser tratadas coletivamente no mesmo processo arbitral, garantindo-se que não houvesse prejuízo para a defesa de qualquer dos autores ou réu(s) do caso.

A problemática da participação de terceiros não se resume apenas às arbitragens multipartes, especialmente em se tratando de arbitragem de investimento. Como visto anteriormente, a arbitragem de investimento é também informada pelo interesse público. Em função desta característica inerente é que alguns tribunais arbitrais aceitaram a submissão de *amicus curia* por não partes ao procedimento. Este foi o entendimento do tribunal no caso *Methanex Corporation v. United States 2001*¹⁶² que, baseado no amplo poder do tribunal arbitral de adequar o procedimento arbitral, permitiu a submissão de *amicus curia* por terceiros¹⁶³.

Em sua decisão aceitando que os terceiros submetessem perante o Tribunal Arbitral submissões relacionadas ao caso, o Tribunal Arbitral ponderou os diversos fatores levantados pelas partes como benéficos e contrários à aceitação das submissões dos terceiros. Os aspectos decisivos para que o tribunal aceitasse que dois terceiros submetessem *amicus curia* foram, basicamente: (i) a ausência de vedação legal, nos regulamentos aplicáveis ao caso; (ii) o amplo poder do tribunal de controlar e adequar o procedimento; (iii) o relevante interesse público na disputa, e; (iv) as altas credenciais dos terceiros que pleiteavam esta participação e sua clara relação com a disputa.^{164 165}

Por fim, com relação ao segundo aspecto, na arbitragem de investimento, o precedente ocupa um papel importante, embora não vinculante como reconhecido pelos tribunais arbitrais. Um dos objetivos da criação de mecanismos institucionais próprios para a solução de controvérsias relacionadas ao investimento internacional é o de criar um corpo de jurisprudência próprio, relacionado ao direito do investimento internacional. Diversas decisões relacionadas ao investimento internacional – sejam elas

¹⁶² Para uma análise detalhada do caso, sugerimos a leitura do resumo do caso, disponível em: <http://www.forumdemocracy.net/downloads/Forum%20Analysis-%20Methanex%20v%20US.doc>.

¹⁶³ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 764.

¹⁶⁴ *Methanex Corporation v. United States*.

¹⁶⁵ É importante destacar também que, embora as submissões dos terceiros tenham sido aceitas, o tribunal deixou claro, na decisão de 15 de janeiro de 2001, que iria levá-las em consideração apenas de forma suplementar, caso as partes não tivessem tratado e coberto parte dos assuntos objeto da arbitragem e relevantes para a tomada de decisão do tribunal. Não obstante, o tribunal também considerou que não seria criada nenhuma desigualdade entre as Partes, que continuariam tendo paridade de armas na defesa de seus casos.

proferidas sob os auspícios do CIRDI, ou não – se utilizam de precedentes para chegar a conclusões sobre a matéria de fundo que está sendo discutida¹⁶⁶.

Isto é, a participação de terceiros é uma característica marcante das arbitragens de investimento, seja por conta das chamadas “*arbitragens multi parte*”, ou por conta da admissão da participação de terceiros à disputa como *amicus curia*.

g. *Poderes limitados dos árbitros*

A última característica da arbitragem destacada pela doutrina é o poder limitado dos árbitros. Os árbitros não possuem poder coercitivo, e, em algumas circunstâncias, pode ser necessário voltar-se para as cortes nacionais em busca de medidas cautelares ou executórias de decisões arbitrais¹⁶⁷.

Esta característica é bastante sensível nas arbitragens de investimento e pode representar riscos significativos às partes da arbitragem, em especial, aos investidores. Do ponto de vista das medidas cautelares, o poder limitado dos árbitros implica a necessidade de os investidores, para medidas urgentes, se sujeitarem ao poder judiciário do Estado receptor do investimento, isto é, a um foro que, inicialmente, se tentava evitar por falta de confiança ou de neutralidade.

O principal limite, no entanto, diz respeito à fase de execução de uma decisão arbitral contra um Estado. Na maior parte das arbitragens de investimento – sejam elas no âmbito do CIRDI, ou sujeitas a outro direito aplicável, as determinações do tribunal arbitral são auto executáveis, isto é, prescindem de homologação judicial.

No entanto, caso uma das partes não cumpra a decisão voluntariamente, será necessário buscar executá-la de maneira coercitiva. No caso de descumprimento por parte de um investidor, a solução é simples: é possível buscar coagi-lo nas cortes nacionais. Se, no entanto, a decisão for desrespeitada pelo Estado receptor do investimento, será necessário avaliar os tipos de alternativa que estariam à disposição do investidor.

¹⁶⁶ O caso *Giovanna a Beccara and others v. The Argentine Republic 2010*, por exemplo, utilizou o precedente criado pelo caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania 2008* para determinar a questão da existência e extensão do dever de confidencialidade e de publicidade em arbitragens de investimento

¹⁶⁷ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. p.4.

Uma primeira alternativa seria, por meio do mecanismo da proteção diplomática, a responsabilização internacional do Estado perante a Corte Internacional de Justiça.¹⁶⁸ Esta alternativa, no entanto, não garantiria ao investidor a satisfação de seu interesse precípua (e.g. de receber os valores referentes à indenização). Assim, restariam ao investidor as seguintes opções (i) recorrer às cortes do Estado receptor do investimento – sujeitando-se, portanto, ao risco de sua falta de neutralidade, ou (ii) buscar a execução em cortes de outros países – correndo o risco de o Estado receptor do investimento utilizar-se de sua imunidade.

O não cumprimento de decisões arbitrais em matéria de investimento pode afetar a credibilidade do Estado no cenário internacional, o que pode gerar consequências danosas para a sua economia¹⁶⁹. No entanto, é inegável que a ausência de poder coercitivo dos árbitros é uma característica negativa importante da arbitragem em relação às demais formas de resolução de conflitos disponíveis, em especial em relação às cortes locais.

¹⁶⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p. 236.

¹⁶⁹ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 802.

CAPÍTULO III: ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO NO CENTRO INTERNACIONAL DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVESTIMENTO (CIRDI): CARACTERÍSTICAS E CRÍTICAS

O CIRDI, como apresentado, é a principal organização internacional responsável pela administração de procedimentos de arbitragem de investimento. Necessário, portanto, explicar, pormenorizadamente, as características desta instituição que a fizeram ser tão importante para o desenvolvimento do instituto da arbitragem de investimento como um todo. Este capítulo dedicar-se-á a fazer essa apresentação, bem como as principais críticas feitas ao CIRDI.

O capítulo está dividido em três tópicos. Primeiramente, contextualiza-se o CIRDI enquanto organização internacional na estrutura do Grupo Banco Mundial. Em seguida, apresentam-se as características que o tornam uma instituição arbitral única na formação do que se convencionou chamar sistema arbitral internacional autocontido. Por fim, apresentam-se as principais críticas feitas ao CIRDI que deram aso às discussões mais recentes sobre o desenvolvimento de alternativas a ele.

3.1. O CIRDI na estrutura do Banco Mundial

Ao se estudar o fenômeno da arbitragem de investimento, é absolutamente essencial dar especial atenção ao Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas a Investimento (“CIRDI”). Isto porque, como aponta José Augusto Fontoura Costa, “o CIRDI tem se firmado como predominante na solução internacional de controvérsias em matéria de investimento”¹⁷⁰. Pesquisa recente da UNCTAD corrobora este entendimento, ao mostrar que de um total de 357 disputas conhecidas, 225 foram iniciadas sob os auspícios do CIRDI ou seu Mecanismo Adicional de Resolução de Conflitos, 91 foram realizadas sob as regras da UNCITRAL, 19 da Câmara de Comércio de Estocolmo (“CCE”), 8 pela Corte Permanente de Arbitragem (“CPA”) e 5 na Câmara de Comércio Internacional (“CCI”)¹⁷¹.

O CIRDI é uma organização internacional criada e estabelecida pela Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros

¹⁷⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. P. 203.

¹⁷¹ UNITED NATIONS. *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*.

Estados, assinada em Washington em 18 de março de 1965 (“Convenção de Washington”), sob os auspícios do Banco Mundial. O principal objetivo da Convenção, como apontado no capítulo anterior, é proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre entidades privadas de diferentes nacionalidades e Estados.

Neste sentido, a opção adotada pelos Estados foi a de criar uma organização internacional, intergovernamental, multilateral, com personalidade jurídica própria, contemplada dentro da estrutura do Grupo Banco Mundial, mas independente das demais entidades que compõem o grupo¹⁷². O objetivo é o de oferecer mecanismos apropriados de conciliação e arbitragem para Estados e entidades privadas, dentro de uma estrutura multilateral confiável como a do Banco Mundial.¹⁷³

O estabelecimento do CIRDI dentro da estrutura do Banco Mundial faz sentido dentro dos objetivos deste. Isto porque o Banco Mundial não é precisamente um banco no sentido ordinário do termo, mas uma agência de desenvolvimento internacional que possui, entre seus objetivos, a promoção do investimento privado estrangeiro e o desenvolvimento econômico¹⁷⁴. As cinco organizações que integram o Grupo Banco Mundial possuem a promoção do investimento privado estrangeiro e o desenvolvimento econômico como alguns de seus pilares¹⁷⁵.

Estes dois objetivos foram, aliás, especificamente citados pelos Diretores Executivos do Banco Mundial responsáveis pela elaboração da minuta da Convenção apresentada aos governos dos Estados membros do Banco Mundial em 1965:

¹⁷² COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. Pp. 203-204

¹⁷³ PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID)*.

¹⁷⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 10-11.

¹⁷⁵ As cinco organizações que compõem o Bando Mundial são: (i) International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), que realiza empréstimos para governos com renda baixa ou média, mas com credibilidade para recebê-los; (ii) International Development Association (IDA), que realiza empréstimos a juro zero para os Estados mais pobres; (iii) International Finance Corporation, que tem como objetivo prover empréstimos, capital e assistência técnica, visando o estímulo ao setor privado em países em desenvolvimento; (iv) Multilateral Investment Guarantee Agency, que provê garantias contra perdas causadas por riscos não comerciais a investidores em países em desenvolvimento, e (v) o International Centre for Settlement of Investment Disputes (referido nesta dissertação como Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas a Investimento).

O Brasil é parte de todas as organizações que integram o Grupo Banco Mundial, exceto do CIRDI. Optou-se por utilizar as siglas pelas quais as organizações que compõe o Banco Mundial são conhecidas internacionalmente, tendo em vista sua notoriedade.

*“In submitting the attached Convention to governments, the Executive Directors are prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development. The creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it.”*¹⁷⁶

Na época em que a Convenção de Washington foi negociada, o Grupo Banco Mundial já havia atuado visando a resolução de conflitos relacionados a investimentos. Como aponta José Augusto Fontoura Costa, o Grupo Banco Mundial ofereceu seus bons ofícios em casos de nacionalização, como o da Companhia de Petróleo Anglo-Iraniana, em 1951 e 1952, bem como o do Canal de Suez pelo governo do Egito, em 1956¹⁷⁷. Assim, parece bastante adequada a inserção do CIRDI na estrutura do Grupo Banco Mundial.

Apesar dessa ligação umbilical com o Grupo Banco Mundial, o CIRDI é independente e possui sede – também em Washington – e estrutura administrativa própria. Sua estrutura administrativa foi desenhada para ser simples e eficiente, sendo formada por um Conselho Administrativo e uma Secretaria¹⁷⁸.

O Conselho Administrativo é o órgão plenário do Centro, formado por um representante de cada Estado contratante, que serve ao Centro sem qualquer remuneração.¹⁷⁹ Cada representante tem direito a um voto, e as decisões são tomadas por maioria, salvo se a Convenção exigir um quórum diferente. O Presidente do Grupo Banco Mundial serve como presidente do Conselho, mas não tem direito a voto. As principais funções do Conselho Administrativo, elencadas no artigo 6 da Convenção, são a eleição do Secretário e do Subsecretário Geral, a determinação do orçamento do Centro, a adoção de quaisquer regulamentos administrativos e financeiros, bem como a adoção dos regulamentos para arbitragem e conciliação.¹⁸⁰

¹⁷⁶ BROWER II, Charles H. Jack J. COE and William S. DODGE. *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. pp. 200-201.

¹⁷⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. P. 204.

¹⁷⁸ BROWER II, Charles H. Jack J. COE and William S. DODGE. *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. pp. 201-204.

¹⁷⁹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p.31.

¹⁸⁰ BROWER II, Charles H. Jack J. COE and William S. DODGE. *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. p. 202.

Por sua vez, a Secretaria é composta pelo Secretário Geral e um ou mais Subsecretários gerais e equipe administrativa. A Secretaria é responsável pela administração dos procedimentos no âmbito do CIRDI. O Secretário Geral, que é o representante legal do CIRDI, é o responsável por realizar as principais tarefas administrativas do Centro como, por exemplo, recusar um requerimento de conciliação ou arbitragem, caso esteja manifestamente fora do escopo da convenção, ou envolva uma parte que manifestamente não tenha consentido com a jurisdição do Centro e autenticar sentenças arbitrais.¹⁸¹

É importante destacar que o Centro ou qualquer de seus órgãos não é o responsável direto pela realização da conciliação ou arbitragem, sendo responsável unicamente por administrar referidos procedimentos. As atividades de facilitação e de administração desses procedimentos são diversas, dentre as quais se destacam: (i) a adoção de regulamentos detalhados sobre os procedimentos; (ii) a elaboração de cláusulas modelo a serem utilizadas em contratos entre governos e investidores; (iii) a manutenção de um painel de conciliadores e de árbitros; (iv) a verificação e registro de requerimentos de conciliação e arbitragem; (v) a assistência na constituição de comissões de conciliação e de tribunais arbitrais; (vi) o provimento de serviços e de locais adequados para a condução dos procedimentos, e (vii) a comunicação de documentos e informações relevantes para as partes.¹⁸²

As listas de árbitros e conciliadores são outro aspecto relevante do CIRDI. Elas são formadas a partir de indicações periódicas dos Estados membros e do Conselho Administrativo. Apesar de haver uma lista determinada de árbitros e conciliadores, os investidores e Estados são livres para indicar quaisquer julgadores, inclusive que não estejam elencados nas referidas listas. As listas são, no entanto, vinculantes às indicações que devem ser feitas pelo Presidente ou Secretário do CIRDI¹⁸³.

Para maiores detalhes sobre o histórico da negociação do artigo 6º, sugerimos a leitura dos comentários de SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*, em especial as páginas 20 a 27

¹⁸¹ BROWER II, Charles H. Jack J. COE and William S. DODGE. *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. p. 203-204 e SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 37-42.

Indica-se também a leitura de Parra, A.R. *The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention*, 13 *ICSID Review – FILJ* 85 (1998) para aprofundamento nas tarefas realizadas pela Secretaria em casos de arbitragem no CIRDI.

¹⁸² SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 37-42 e PARRA, A. R. *The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention*.

¹⁸³ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 11

Em outras palavras, o CIRDI, apesar de sua estrutura diferenciada, fundada em uma convenção internacional, e de seu propósito muito específico – investimentos internacionais – exerce funções muito semelhantes às de outras câmaras arbitrais internacionais expressivas, como a Câmara de Comércio de Estocolmo (“CCE”) ou a Câmara de Comércio Internacional (“CCI”)¹⁸⁴. O que, então, faz dele algo tão diferente e particular em relação aos demais procedimentos arbitrais? É esta pergunta que se pretende responder na próxima seção.

3.2. Por que o CIRDI é considerado tão diferente?

A grande diferença do CIRDI para as demais formas de arbitragem, inclusive de investimento, reside em sua característica fundamentalmente internacional. A arbitragem CIRDI¹⁸⁵ é um exemplo de procedimento arbitral deslocalizado e governado apenas por regras internacionais, não submetido às previsões de qualquer lei nacional de arbitragem. Em especial, uma sentença arbitral CIRDI não está submetida ao escrutínio dos Tribunais Nacionais para anulação nem execução¹⁸⁶.

Ademais, o mecanismo arbitral do CIRDI foi desenhado considerando-se que as arbitragens que seriam desenvolvidas em seu âmbito sempre envolveriam uma parte estatal. Assim, a Secretaria do Centro ativamente incentiva as partes a aumentar a transparência em suas disputas, buscando o acordo das partes para que as decisões sejam públicas e proferidas no menor prazo possível.¹⁸⁷ Além disso, parte-se do pressuposto de que nenhum Estado pode invocar imunidade de soberania para questionar a jurisdição de um tribunal arbitral sob os auspícios do CIRDI^{188 189}.

¹⁸⁴ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 11

¹⁸⁵ Conforme tratado na maior parte da doutrina especializada, o termo “arbitragem CIRDI” designa, nesta dissertação, o tipo de arbitragem realizada de acordo com as regras do CIRDI e administradas pelo CIRDI.

¹⁸⁶ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 775 e REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 13-14.

¹⁸⁷ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 15.

¹⁸⁸ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 775.

¹⁸⁹ Alguns autores pontuam que o fator Banco Mundial pode trazer uma pressão política pró cumprimento das sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CIRDI, em função do receio de retaliações no âmbito do Banco Mundial. Não há ainda evidências empíricas de que medidas retaliatórias tenham sido aceitas por membros do Banco Mundial, ainda que medidas tenham sido aventadas contra a Argentina em função do não cumprimento voluntário das sentenças arbitrais proferidas contra si. O Manual Operacional do Banco Mundial, no entanto, prevê que o Banco adote uma posição em caso de descumprimento de sentenças, que pode incluir a não concessão de empréstimos para o país que não cumpra com suas obrigações. (REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 16).

Nesse sentido, duas são as características que fazem do CIRDI um sistema diferente dos demais: (i) ser auto contido e exaustivo no que tange aos mecanismos de controle da sentença arbitral, e (ii) ser particular no que tange ao reconhecimento e execução da sentença arbitral.

3.2.1. Mecanismo auto contido e exaustivo de controle da sentença arbitral

Diferentemente de todos os demais regimes de arbitragem existentes, o sistema CIRDI foi criado para garantir às partes o máximo de autonomia com relação às cortes nacionais¹⁹⁰. Nesse sentido, o artigo 53(1)¹⁹¹ da Convenção de Washington estabelece os três princípios fundamentais de uma sentença arbitral proferida no âmbito do CIRDI: (i) ela é final e possui efeito *res judicata*, isto é, as partes não podem buscar remédio alternativo para a mesma disputa em outro foro; (ii) ela não está sujeita a qualquer controle externo, pois todos os recursos possíveis estão previstos exaustiva e taxativamente na Convenção de Washington, e; (iii) ela é vinculante e seu descumprimento deve ser caracterizado como violação de uma obrigação legal, de cunho internacional.¹⁹²

A natureza vinculante da sentença arbitral às partes de um processo é um conceito inerente à arbitragem e está expresso na maioria dos instrumentos nacionais e internacionais que tratam de arbitragem¹⁹³. O mesmo pode-se dizer do efeito *res judicata* atribuído à sentença arbitral – que impede qualquer das partes de recorrer a outro foro, nacional ou internacional, com a mesma questão¹⁹⁴; e da obrigatoriedade da sentença arbitral, que é uma decorrência lógica da natureza vinculante da sentença.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Isto não significa, no entanto, que não haverá participação das cortes nacionais em garantir a executoriedade da sentença arbitral. Como será mais bem detalhado na seção 3.2.2, a arbitragem CIRDI conta com a participação de cortes nacionais para garantir a execução (e por vezes também o reconhecimento) das sentenças arbitrais proferidas pelos tribunais constituídos sob sua égide. Em todo o caso, como será detalhado na seção 3.2.2, a ingerência que as cortes nacionais terão sobre estas sentenças será mínima.

¹⁹¹ “Article 53 (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall *abide by and comply with the terms of the award* except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention” (destaquei)

¹⁹² SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 1097

¹⁹³ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 1099.

¹⁹⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 1105.

¹⁹⁵ Schreuer também pontua que a vinculação das partes à sentença arbitral é indistinta. Isto é, tanto os Estados, quanto os investidores estão vinculados à sentença nos mesmos termos, ainda que os mecanismos de execução sejam diferentes entre Estado e investidor. Este mesmo entendimento foi ratificado por decisões dos comitês *ad hoc* de anulação de sentenças arbitrais nos casos *MINE v. Guinea* e *Mitchell v. DR. Congo*. SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 1106

Os remédios contra a sentença arbitral, no entanto, estão previstos de forma taxativa na Convenção de Washington e não fazem qualquer menção nem referência às cortes nacionais ou internacionais, pois devem ser aplicados pelo próprio tribunal arbitral, ou por um comitê *ad hoc*. Eles são apenas 4: (i) suplementação e retificação (art. 49(2)); (ii) interpretação (art. 50); (iii) revisão (art. 51), e; (iv) anulação (art. 52).¹⁹⁶

Esta seção detalhará cada um desses remédios, destacando suas principais características e peculiaridades.

a. *Suplementação e retificação (art. 49(2))*

A suplementação e a retificação, previstas no art. 49(2)¹⁹⁷ da Convenção de Washington, são hipóteses que visam sanar erros técnicos menores e omissões inadvertidas, como por exemplo, erros aritméticos, tipográficos e similares ou questões que sejam omitidas na sentença.¹⁹⁸

O pedido de suplementação e retificação deve ser dirigido ao secretário geral no prazo máximo de 45 dias contados da prolação da sentença arbitral. O secretário geral deverá convocar novamente o tribunal arbitral que proferiu a sentença arbitral, para que este decida o pedido da parte. Se o tribunal arbitral não estiver disponível, não haverá possibilidade de utilização desse remédio.¹⁹⁹

Parte da doutrina entende que estas duas medidas não são remédios propriamente ditos contra a sentença arbitral, haja vista que não referem uma disputa a uma autoridade decisória diferente. De fato, sequer há necessidade de existência de uma disputa nem, tampouco, há devolução da questão de mérito ao tribunal arbitral. Este terá apenas a função de corrigir erros que tenham ocorrido na redação da sentença, ou seja,

¹⁹⁶ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. p. 5.

¹⁹⁷ “Art. 49 (2) The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered.” (destaquei)

¹⁹⁸ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. p. 07. e LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 792.

¹⁹⁹ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. p. 07

este mecanismo não foi criado para permitir uma revisão ou reconsideração substantiva da decisão^{200 201}.

b. Interpretação (art. 50)

O pedido de interpretação está previsto no art. 50²⁰² da Convenção de Washington e é destinado a solucionar uma disputa específica e concreta relacionada ao significado ou escopo da sentença arbitral. O objetivo deste remédio é esclarecer pontos que tenham sido resolvidos com força vinculante e que, ainda assim, estejam gerando dúvidas entre as partes para sua implementação^{203 204}.

Isso significa que um pedido de interpretação apenas será aceito quando a situação em disputa impedir a execução forçada da sentença arbitral. Essa limitação visa evitar que as partes façam pedidos de interpretação com finalidades meramente teóricas e irrelevantes para o cumprimento da decisão no caso concreto, com o simples objetivo de atrasar a implementação da sentença arbitral.²⁰⁵

O pedido de interpretação pode ser realizado a qualquer momento após a prolação da sentença arbitral, isto é, não há prazo para a solicitação do pedido de interpretação. Isto porque, uma sentença arbitral pode impor uma obrigação contínua durante um longo período e questões relacionadas à interpretação podem surgir a qualquer momento durante sua implementação – seja ela em procedimento de execução forçada ou mesmo pelo cumprimento voluntário.²⁰⁶

Diferentemente do que ocorre no caso da retificação e suplementação, o pedido de interpretação poderá ser avaliado por tribunal arbitral diverso do responsável pela prolação da sentença arbitral. Isso visa garantir a possibilidade de formulação de

²⁰⁰ No caso, por exemplo, de uma omissão que possa ter efeito modificativo da sentença arbitral, a doutrina considera que o recurso cabível é o de anulação. (DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. p. 07)

²⁰¹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 849-850 e COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p. 231.

²⁰² “Article 50 (1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General.” (destaquei)

²⁰³ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. P. 09-10 e SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 868

²⁰⁴ Apesar de parecer bastante útil e funcional, até janeiro de 2010 apenas dois pedidos de interpretação haviam sido recebidos pelo ICSID, tendo um sido decidido (caso Wena Hotels v. Egito), e tendo havido desistência no outro. (REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 159).

²⁰⁵ O art. 50(2) garante ao tribunal arbitral responsável por analisar o pedido de interpretação a prerrogativa de suspender a execução da sentença arbitral.

²⁰⁶ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 867-869.

pedido de interpretação a qualquer tempo, ainda que o tribunal arbitral original não esteja disponível. É claro que, visando garantir a máxima eficiência e também coerência com a decisão original, deve-se dar preferência para o tribunal arbitral responsável pela elaboração da sentença arbitral.²⁰⁷

Por fim, a decisão relacionada a um pedido de interpretação não integrará a sentença arbitral, salvo para fins de reconhecimento e execução. Esta característica é importante de se destacar, pois implica a não sujeição da decisão de interpretação aos pedidos de suplementação, ratificação, interpretação, revisão e anulação. Isto porque Os pedidos de suplementação, ratificação, interpretação, revisão e anulação são remédios aplicáveis à sentença arbitral. Assim, o fato de não haver incorporação da decisão do tribunal arbitral à sentença arbitral, torna-a insuscetível de correção ou impugnação por qualquer dos remédios previstos na Convenção de Washington.²⁰⁸

No entanto, ao se buscar a execução da sentença arbitral junto a uma corte nacional em virtude do não cumprimento voluntário por parte da parte sucumbente, a sentença arbitral deverá ser interpretada tal como definida pelo tribunal arbitral responsável por decidir o pedido de interpretação. Desta forma, reduz-se o risco de eventuais ingerências de tribunais nacionais sobre as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais no âmbito do CIRDI.

c. *Revisão (art. 51)*

O pedido de revisão está previsto no art. 51²⁰⁹ da Convenção de Washington e é destinado a promover uma alteração substantiva da sentença original com base em fatos novos não conhecidos na data em que a sentença foi proferida. O pedido deve demonstrar que o fato (i) é novo; (ii) alteraria de forma substantiva a decisão do tribunal arbitral; (iii) era desconhecido da parte que requereu a revisão e do tribunal arbitral que apreciou a matéria

²⁰⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp.231-232.

²⁰⁸ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. pp. 09-10.

²⁰⁹ “Art. 51 (1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant’s ignorance of that fact was not due to negligence.” (destaquei)

inicialmente²¹⁰, e (iv) referido desconhecimento pela parte requerente do pedido não se deu por negligência própria.²¹¹

Diferentemente do que ocorre com o pedido de interpretação, o pedido de revisão, que pode ser formulado por qualquer das partes interessadas em revisar a sentença ou parte dela, não exige que exista desacordo entre as partes sobre a existência e relevância dos fatos recém-descobertos. Por se tratar de medida mais agressiva do que o pedido de interpretação, e que visa modificar o efeito *res judicata* da sentença arbitral – ou, ao menos, de parte dela – o pedido de revisão automaticamente atribui efeito suspensivo à sentença arbitral, desde que este pedido seja feito juntamente com a submissão do pedido de revisão, conforme dispõe a segunda parte do art. 51 (4) da Convenção de Washington.²¹²

O objeto de um pedido de revisão será sempre uma sentença arbitral. Decisões preliminares podem ser revistas, inclusive de ofício, pelo tribunal arbitral, mas não podem ser revistas posteriormente à prolação da sentença arbitral, salvo se tiverem sido incorporadas nesta. Por sua vez, as decisões dos comitês *ad hoc* relativas à anulação de uma sentença arbitral já proferida não estão sujeitas à revisão.²¹³

Como no caso do pedido de interpretação, a preferência deve ser para que o mesmo tribunal arbitral analise o pedido de revisão da sentença arbitral, mas admite-se que o pedido seja dirigido a um novo tribunal arbitral no caso de o primeiro estar indisponível.²¹⁴ É importante notar que o pedido de revisão devolve a discussão de mérito do caso ao tribunal arbitral, justamente por haver alteração do panorama fático que embasa a primeira sentença²¹⁵ e, por esta razão, é melhor que o tribunal arbitral já familiarizado com o caso, reveja o caso.

²¹⁰ Schreuer destaca, nesse sentido, que a outra parte poderia saber do fato, mas ter optado por escondê-lo de forma deliberada. Esta situação não afeta, *per se*, a pretensão da parte que pretende revisar a sentença arbitral.

²¹¹ DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. pp. 11-12. e COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p. 232.

²¹² “Art. 51(4) (4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request”.

Segundo Schreuer, o Secretário Geral deverá atribuir efeito suspensivo à sentença arbitral até que o tribunal arbitral que será responsável pela análise do pedido de revisão seja constituído e esteja apto a decidir provisionalmente sobre o pedido de suspensão da sentença arbitral. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 887-889.)

²¹³ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 880.

²¹⁴ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p.792.

²¹⁵ A alteração deve ser fática, não de direito. No entanto, admite-se que, em determinadas circunstâncias, uma decisão de um tribunal internacional ou nacional que uma violação de uma obrigação legal ocorreu pode constituir o requisito previsto no art. 51 da Convenção de Washington. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 883-884).

O prazo prescricional para que pedido seja realizado é duplo. A parte deve protocolar o pedido em até 90 dias, contados da data em que tomou conhecimento do fato, desde que o pedido seja realizado dentro do período de 3 anos, contados da data em que a sentença foi proferida.²¹⁶

d. *Anulação (art. 52)*

O procedimento de anulação de sentenças arbitrais está previsto no art. 52²¹⁷ da Convenção de Washington e representa a característica mais particular das arbitragens CIRDI, tido por alguns como uma de suas principais vantagens. Diferentemente do que ocorre nas arbitragens comerciais sujeitas fundadas em uma lei nacional – nos quais pedidos de anulação de sentenças arbitrais são direcionados a cortes nacionais – eventuais pedidos de anulação de sentenças arbitrais prolatadas no âmbito do CIRDI devem ser direcionados a um comitê *ad hoc*, constituído com o fim específico de analisar este pedido.²¹⁸

A criação de um mecanismo particular de anulação de sentenças arbitrais é destinada a preservar os interesses das partes na arbitragem e os princípios de finalidade e correição que norteiam a arbitragem CIRDI. A finalidade serve ao propósito de eficiência para uma solução de disputas expedita e econômica, enquanto que a correição é um objetivo elucidativo, que pode requisitar tempo, esforço e pode envolver diversas esferas de controle.

Nesse sentido, o processo de anulação é desenhado para prover ajuda emergencial para violações escandalosas de poucos princípios basilares, ao mesmo

²¹⁶ Historicamente este remédio foi pouco utilizado na prática do CIRDI. Schreuer aponta que, até março de 2009, apenas três pedidos de revisão haviam sido realizados, nos casos *AMT v. Zaire*, *Victor Pey Casado e President Allende Foundation v. Chile*, e *Siemens v. Argentina*. Todos estes pedidos satisfizeram, ao menos na análise do Secretário Geral do CIRDI, os prazos prescricionais, tendo sido também submetidos ao mesmo tribunal arbitral que prolatou a sentença original. Dois destes pedidos foram resolvidos por acordo das partes. Apenas o caso *Victor Pey Casado e President Allende Foundation v. Chile* foi decidido, tendo como resultado o indeferimento pelo tribunal arbitral, sob a razão de que o fato trazido à tona pelos autores não teriam uma influência decisiva na sentença arbitral, de forma a aumentar a condenação do Estado chileno. A decisão sobre este pedido de revisão não é, no entanto, pública. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. Pp. 879-889 e REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 160/161)

²¹⁷ “Art. 52 (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.” (destaquei)

²¹⁸ BALAS, Vladimír. *Review of Awards*. p. 1130. e REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 160-161.

tempo em que preserva a finalidade da decisão na maior parte de seus aspectos²¹⁹. Nas palavras de Blackaby, Paulsson e Reed: “o sistema de anulação foi desenhado para garantir a integridade, não o resultado de procedimentos CIRDI”.²²⁰

O histórico da redação da Convenção de Washington mostra que houve discussão acerca de se permitir a arguição da nulidade da sentença arbitral no âmbito de tribunais nacionais. A opção unânime, no entanto, foi a de criar um sistema próprio de anulação, nos moldes do que foi historicamente discutido no âmbito da Corte Internacional de Justiça.²²¹

Lew, Mistellis e Kröll apontam que sujeitar a sentença arbitral ao escrutínio das cortes do país no qual ela deverá ser executada comprometeria o ideal de neutralidade buscado pelo regime CIRDI. Isto porque, de um lado, o investidor poderia não confiar nas cortes do Estado receptor do investimento, e o Estado receptor do investimento poderia não confiar nas cortes de outro Estado.²²²

Esta é a principal razão pela qual o procedimento de anulação tramita perante um comitê *ad hoc* nomeado pelo Presidente do Conselho Administrativo do CIRDI, a partir da lista de árbitros. A imparcialidade dos membros que compõem o tribunal de revisão da sentença arbitral é bastante resguardada, conforme aponta Fontoura:

*“os membros [do comitê ad hoc] não podem ser da nacionalidade de qualquer dos árbitros do caso, não podem ser da nacionalidade do Estado ou do Estado do investidor parte no caso, não podem ter sido indicados para a lista de árbitros por nenhum desses países e não podem ter atuado como conciliadores na mesma disputa”*²²³

O pedido de anulação deve ser direcionado ao secretário geral do CIRDI, podendo a parte interessada requerer a suspensão dos efeitos da sentença, que deverá ser atribuída provisionalmente pelo secretário geral. O prazo é de 120 dias a partir da data em que a sentença arbitral é prolatada, salvo para o caso de corrupção de algum membro do tribunal arbitral, quando o prazo começa a ser contado da data de descoberta do ato de corrupção. A estabilização definitiva, após a qual não é possível pedir anulação, sequer

²¹⁹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 903

²²⁰ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 161.

²²¹ Schreuer aponta que discutiu-se a criação de um procedimento permanente de revisão de sentenças arbitrais a ser administrado pela CIJ. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 898-900).

²²² LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 793.

²²³ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p.234.

alegando descoberta de corrupção, ocorre após 3 anos da prolação da sentença arbitral original.

O mecanismo de anulação difere e não se confunde com o mecanismo de apelação que existe na maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais. Há duas diferenças fundamentais. A primeira é o efeito: na apelação há modificação da decisão original, ou seja, há criação de um novo efeito *res judicata*; enquanto que a anulação apenas invalida a decisão original, ou seja, destrói o efeito *res judicata*, sem substituí-lo. A segunda são as hipóteses de cabimento: a apelação é cabível em inúmeras hipóteses, inclusive nas relacionadas à correição da decisão no mérito e no procedimento, incluindo a possibilidade de revisão dos fatos levados em consideração na decisão questionada; por outro lado, a anulação lida estritamente com questões de direito e é baseada em um número bastante limitado de parâmetros fundamentais que, se violados, podem comprometer a própria legitimidade do processo decisório.²²⁴

Esses parâmetros fundamentais que podem comprometer a legitimidade do processo decisório estão claramente estabelecidos na Convenção de Washington em seu artigo 52(1): (i) constituição incorreta do tribunal; (ii) extrapolação de poderes pelo tribunal arbitral; (iii) corrupção de algum membro do tribunal arbitral; (iv) descumprimento grave de norma procedimental fundamental; e (v) falta de motivação da sentença arbitral.²²⁵

Até Setembro de 2010, Reed, Paulsson e Blackaby apontam, haviam sido registrados 40 pedidos de anulação de sentença, tendo sido publicadas 22 decisões²²⁶. Cada uma destas 22 decisões discute uma combinação das três questões utilizadas com maior frequência como fundamento para anulação: extrapolação de poderes pelo tribunal arbitral, descumprimento grave de norma procedimental fundamental e falta de motivação da sentença arbitral. Apenas duas decisões discutiram também uma alegada composição incorreta do tribunal arbitral. Nenhuma decisão chegou a discutir alegada corrupção de um membro do tribunal²²⁷.

²²⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 901-903.

²²⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p.233.

²²⁶ O Anexo 02 desta dissertação traz uma tabela com a lista de casos em que houve pedido de anulação de sentenças arbitrais no âmbito do CIRDI até janeiro de 2010. Dos vinte e dois casos conhecidos, sete tiveram a sentença arbitral totalmente anulada, enquanto quatro tiveram a sentença arbitral parcialmente anulada pelos comitês *ad hoc*. Onze casos, isto é, 50% das decisões conhecidas foram mantidas pelos comitês *ad hoc*.

²²⁷ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 162/163.

A maioria desses parâmetros é encontrada também em previsões para o controle de sentenças arbitrais em outros regimes. A Lei Modelo da UNCITRAL de 1985, com as emendas de 2006, prevê hipóteses limitadas para a anulação e o não reconhecimento e não execução de uma sentença arbitral internacional por um tribunal nacional²²⁸ e, de maneira similar, a Convenção de Nova Iorque para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 lista uma série específica e limitada de fundamentos segundo os quais o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral podem ser recusados a pedido de uma parte^{229 230}.

Vladimír Balas aponta que os fundamentos para requerer que uma sentença arbitral seja anulada, ou seu reconhecimento e execução indeferidos, são parecidos com os previstos no art. 52(1) da Convenção de Washington. No entanto, há duas diferenças práticas importantes nesta comparação:

*“Firstly, the grounds relating to public policy, including non-arbitrability, may be different in substance, depending on the State in question (i.e. State of setting aside or State of enforcement). Secondly, and more importantly, the grounds for refusal of recognition or enforcement are valid and effective only in the State (or States) where the winning party seeks recognition and enforcement, while the grounds for setting aside have a different impact.”*²³¹

Neste sentido, o mecanismo de anulação do CIRDI, autônomo e autocontido, tende a ser também muito mais previsível com relação às hipóteses em que se pode anular, ou deixar de reconhecer, ou executar uma sentença arbitral, visto que à parte que busca a anulação, apenas existem o mecanismo previsto no artigo 52 e as hipóteses ali estipuladas, impedindo o controle posterior por cortes nacionais.

Além disso, os comitês *ad hoc* do CIRDI possuem poder discricionário para anular a sentença arbitral, o que não é outorgado ao juiz nacional nos casos em que este é chamado a decidir pelo não reconhecimento, não execução ou mesmo anulação da sentença arbitral.

²²⁸ Os artigos 34 e 36 da Lei Modelo da UNCITRAL preveem, respectivamente, os fundamentos segundo os quais uma sentença arbitral pode ser derogada pelas cortes locais ou seu reconhecimento deferido.

²²⁹ O artigo V da Convenção de Nova Iorque de 1958 prevê as hipóteses em que os pedidos de reconhecimento e a execução da sentença arbitral poderão ser indeferidos. Cada hipótese da Convenção de Nova Iorque será apresentada no Capítulo IV, abaixo.

²³⁰ BALAS, Vladimír. *Review of Awards*. p. 1136.

²³¹ BALAS, Vladimír. *Review of Awards*. p. 1142.

Esta última diferença merece atenção especial. O juiz nacional está obrigado a não reconhecer, não executar ou anular uma sentença arbitral, se ficarem demonstrados os requisitos previstos no art. V da Convenção de Nova Iorque ou no art. 34(2) da Lei Modelo da UNCITRAL. Esta abordagem, no entanto, não foi a adotada pelos comitês *ad hoc* que decidiram sobre a anulação de sentenças arbitrais CIRDI. Segundo o recente precedente do caso MINE:

“An ad hoc Committee retains a measure of discretion in ruling on applications for annulment. To be sure, its discretion is not unlimited and should not be exercised to the point of defeating the object and purpose of the remedy of annulment. It may, however, refuse to exercise its authority to annul an award where annulment is clearly not required to remedy procedural injustice and annulment would unjustifiably erode the binding force and finality of ICSID awards”²³² (destaquei)²³³

Assim, diferentemente de um juiz estatal, o comitê *ad hoc* possui discricionariedade para, avaliando as circunstâncias do caso concreto, decidir sobre a anulação de uma sentença, ainda que uma das partes tenha conseguido demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses de anulação previstas no art. 52(1) da Convenção de Washington. O comitê *ad hoc* pode optar por não anular uma sentença arbitral em duas hipóteses: (i) quando a anulação da sentença não for necessária sanar a situação de injustiça processual demonstrada, e (ii) quando a anulação injustificadamente destruir a força vinculante e a finalidade da sentença arbitral proferida no âmbito do CIRDI.²³⁴ Isto é, ao decidir sobre uma anulação, o comitê *ad hoc* tem como missão fundamental encontrar a relação correta entre o requisito de finalidade e o de correção que se espera de uma sentença arbitral²³⁵.

A forma como a relação entre estes dois objetivos da sentença arbitral tem sido estabelecida pelos comitês *ad hoc* pode ser dividida em pelo menos três fases. A primeira fase representada pelos casos Klockner I (1985) e Amco I (1986) é determinada pela atuação do comitê *ad hoc* aplicando princípios próprios de um mecanismo de apelação, revisando o mérito da decisão do tribunal arbitral, isto é, sem se limitar a defeitos procedimentais. A resposta a esta fase é representada pelos casos MINE (1989), Klockner II (1990) e Amco II (1992), nos quais os comitês *ad hoc* adotaram um critério mais rígido para anulação das sentenças arbitrais, ponderando sobre a existência de

²³² SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 1037.

²³³ Esta abordagem foi seguida por outros comitês *ad hoc*, tais como *Wena Hotels v. Egypt* e *Vivendi I*.

²³⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 1036-1040.

²³⁵ BALAS, Vladimír. *Review of Awards*. P. 1147.

defeitos processuais graves. A terceira geração das decisões dos comitês *ad hoc*, por sua vez, representa um equilíbrio entre as duas primeiras gerações e tem como grande expoente os casos Wena (2002) e Vivendi (2002).²³⁶

O panorama destas três fases é bastante útil para se entender as bases segundo as quais houve anulação de sentenças arbitrais no âmbito do CIRDI. A seguir faz-se uma breve análise dos requisitos que já foram alegados (e, alguns, admitidos) por comitês *ad hoc* para a anulação de sentenças arbitrais CIRDI. Esta breve análise será importante para fins de melhor comparação com o sistema previsto na Convenção de Nova Iorque, que será mais bem explicado e discriminado no próximo capítulo.

(i) Composição imprópria do tribunal arbitral

A composição imprópria do tribunal arbitral é o primeiro fundamento para anulação da sentença arbitral listado no rol taxativo do art. 52 da Convenção de Washington. A história da negociação da Convenção mostra que esta previsão foi colocada para abarcar uma série de situações tais como: ausência ou invalidade de um acordo entre as partes, descumprimento de requisito de nacionalidade ou outra forma de inelegibilidade para composição do tribunal arbitral.²³⁷

Casos envolvendo questões sobre a composição imprópria do tribunal arbitral podem ser decorrentes da não aceitação de uma impugnação de membro de um tribunal arbitral ou da forma pela qual se lidou com um conflito de interesses que tenha surgido no curso do processo arbitral.

Em se tratando de arbitragem de investimentos, no entanto, a questão da nacionalidade pode assumir um papel determinante, como apontado no capítulo anterior. Nesse sentido, o Regulamento de arbitragem do CIRDI e a própria Convenção de Washington exigem que os árbitros possuam nacionalidade distinta da nacionalidade das partes envolvidas no litígio²³⁸. Neste sentido, Schreuer aponta que um árbitro pode ter mais de uma nacionalidade, e sua nacionalidade não dominante ser desconsiderada quando da

²³⁶ BALAS, Vladimír. *Review of Awards*. p. 1148; e REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*, Anexo 10. pp. 367 – 437.

²³⁷ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 935.

²³⁸ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 164-165.

formação do tribunal arbitral, ou, ainda, que a nacionalidade de um determinado investidor não seja devidamente esclarecida até que o tribunal arbitral seja constituído.²³⁹

Na história de casos do CIRDI até setembro de 2010, há apenas um caso em que a composição incorreta do tribunal arbitral motivou um pedido de anulação de sentença arbitral. Neste caso, o pedido de anulação, feito pela Argentina, baseou-se no fato de que o presidente do tribunal arbitral possuía alegados conflitos de interesse que levantavam dúvidas sobre sua imparcialidade, especialmente levando-se em conta a posição de um terceiro independente. Ao final, o pedido de anulação sob este fundamento foi rejeitado sob os argumentos de que o procedimento decisório sobre o pedido de impugnação fora respeitado, e de que a análise dos motivos que embasaram essa decisão extrapolaria a competência do comitê *ad hoc*.²⁴⁰

A *ratio decidendi* do comitê demonstra claramente sua filiação à terceira fase dos comitês *ad hoc* de anulação de sentenças arbitrais CIRDI, apresentadas na seção anterior, e os limites que têm sido traçados pelos comitês *ad hoc*, com relação à sua competência e escopo de atuação. Será fundamental considerar esta perspectiva na comparação dos poderes que as cortes nacionais efetivamente exercem para anular ou não reconhecer sentenças arbitrais no âmbito da Lei Modelo da UNCITRAL e da Convenção de Nova Iorque de 1958.

(ii) Manifesto excesso de poder pelo tribunal arbitral

O manifesto excesso de poderes pelo tribunal arbitral é a segunda hipótese de anulação de sentença arbitral prevista no art. 52(1) da Convenção de Washington. Desde o início da negociação da Convenção havia a previsão de anulação da sentença arbitral proferida com excesso de poder pelo tribunal arbitral.

A negociação da Convenção, no entanto, levou à inserção do qualificativo “manifesto”, que passou a requerer uma análise valorativa dos comitês *ad hoc* sobre o grau de excesso de poder eventualmente existente em um caso. Assim, a aplicação deste dispositivo passou a exigir a aplicação de um teste duplo pelos comitês *ad hoc*: decidir se há excesso de poder e caracterizá-lo como manifesto.²⁴¹

²³⁹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 936.

²⁴⁰ *Azurix Corporation v. Argentine Republic*.

²⁴¹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 937-938.

O termo “manifesto” não possui relação com a gravidade do excesso, mas sim com a maneira pela qual se percebe o excesso de poder e sua extensão. Os comitês *ad hoc* dos casos *Wena Hotels v. Egypt*, *CDC v. Seychelles* e *Repsol v. Petroecuador* consideraram que um excesso de poder manifesto é aquele percebido com pouco esforço e sem uma análise aprofundada. Estendendo esta interpretação e conciliando-a com a adotada no caso *Vivendi v. Argentina*, o comitê *ad hoc* do caso *Soufraki v. UAE* chegou à conclusão de que o excesso deveria ser não só percebido facilmente, como ser também substantivamente sério.²⁴²

Assim, estabeleceu-se um duplo teste que deve ser realizado para avaliar todas as alegações envolvendo excesso de poder. Há, tradicionalmente, dois tipos de alegações sobre excesso de poder: as de cunho jurisdicional – por exemplo, se o tribunal possui poder para ouvir e julgar determinada matéria; e as de cunho material – por exemplo, se o tribunal arbitral não aplicou o direito previsto no acordo das partes. Estas duas alegações – poder do tribunal arbitral para julgar uma matéria e aplicação do direito escolhido pelas partes – foram, historicamente, os dois motivos suscitados pelas partes para tentar anular uma sentença arbitral, nos termos do art. 52(1)(b).²⁴³

Em termos jurisdicionais, uma decisão de mérito por um tribunal que não possui competência é o exemplo mais óbvio de excesso de poder, conforme dá conta a própria história de redação da Convenção²⁴⁴. Assim, um tribunal arbitral que decide uma questão de mérito, sem que as partes tenham devidamente consentido, para submetê-la, comete excesso de poder.²⁴⁵ De forma similar, a falha em se declarar competente para exercer a jurisdição prevista no acordo das partes também caracteriza excesso de poder, visto que o tribunal arbitral não pode se recusar a decidir uma disputa (nem parte dela) se ela estiver de acordo com os requisitos jurisdicionais previstos na Convenção de Washington.²⁴⁶

²⁴² SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 939-943.

²⁴³ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p 163.

²⁴⁴ BROWER II, Charles H. Jack J. COE and William S. DODGE. *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. p. 208.

²⁴⁵ Neste sentido, vale a pena lembrar que os requisitos jurisdicionais previstos no artigo 25 da Convenção de Washington são de duas ordens: (i) *ratione materiae* – ligada à matéria, que deve ser o investimento; e, (ii) *ratione personae* – ligada à pessoa, que deve ser o investidor e o Estado que tenham consentido submeter litígios à arbitragem CIRDI. Esta discussão foi empreendida pelo comitê *ad hoc* nos casos *Klöckner I, Mitchell v. Democratic Republic of Congo*.

²⁴⁶ Os casos dos comitês de anulação *Soufraki v. UAE* e *Lucchetti v. Peru* adotaram a posição de que o não exercício do poder jurisdicional conferido pelo acordo das partes era um excesso de poder tanto quanto o

No que tange ao mérito, a não aplicação do direito devido (“*proper law*”) pode ser considerada excesso de poderes do tribunal arbitral. Segundo o próprio histórico de negociação da convenção, a não aplicação do direito escolhido pelas partes constitui excesso de poderes e é um motivo válido para anulação da sentença arbitral²⁴⁷. A aplicação errada do direito devido, no entanto, não pode ser considerada um motivo válido para anulação²⁴⁸. Do ponto de vista teórico, a distinção parece clara, mas na prática, os comitês *ad hoc* dos casos Klöckner I e Amco I foram criticados por terem estendido a análise sobre a avaliação de lei aplicável não só ao método utilizado pelo tribunal para determinação do direito aplicável, como também à forma como ele havia sido aplicado.²⁴⁹

A evolução dos precedentes dos comitês de anulação, após os casos Klöckner I e Amco I – ambos considerados como da primeira fase dos comitês de anulação – consolidou sua interpretação de que o dever dos comitês *ad hoc* é verificar se houve, no caso concreto, não aplicação do direito devido, ou substancial desvio em sua aplicação, a ponto de se poder considerar que não houve aplicação do direito devido como um todo.²⁵⁰

Nestes casos, especificamente, é muito difícil distinguir o papel dos comitês *ad hoc* do geralmente exercido por órgãos de apelação, visto que os comitês *ad hoc*, em todas as decisões analisadas, inevitavelmente chegaram a verificar se houve aplicação correta e substancial da *proper law*. Em comparação com o regime da Convenção de Nova Iorque, este será um elemento distintivo importante em relação ao papel adotado

exercício de poder jurisdicional para além do acordo das partes – seja isto relacionado à disputa inteira, seja apenas à parte dela. Em que pese o reconhecimento expresso do comitê *ad hoc*, desta tese, a decisão foi por não anular a sentença arbitral. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 943-948.)

²⁴⁷ Os casos *Klöckner I* e *Amco I* anularam as sentenças arbitrais, afirmando, sem maiores fundamentos teóricos, que a não aplicação do direito devido era uma hipótese de excesso de poder. No mesmo sentido, o comitê de anulação do caso *MINE* afirmou que a escolha da lei aplicável passaria a integrar o compromisso arbitral, de forma que seu desrespeito pelo Tribunal Arbitral seria uma derrogação não autorizada das regras escolhidas pelas partes. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 955-958)

²⁴⁸ Esta posição foi reiterada expressamente na decisão do comitê *ad hoc* no caso *Soufraki v. UAE*. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. Pp. 958.)

Um dos trechos do caso Klöckner I, alias, é claro ao estabelecer a distinção: “*It is clear that ‘error in judicando’ could not in itself be accepted as a ground for annulment without indirectly reintroducing an appeal against the arbitral award, and the ad hoc Committee under article 52 of the Convention does not, any more than the Permanent Court of Arbitration in the Orinoco case, have the ‘duty.... To say if the case has been well or ill judged, but whether the award must be annulled’*”. Klöcker Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais.

²⁴⁹ Sobre as críticas às decisões dos comitês de anulação de Klöckner I e Amco I, refere-se os interessados à nota de rodapé 309 da página 960 de SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*.

²⁵⁰ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 965.

pelas cortes nacionais nos controles de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, haja vista neste caso, as Cortes nacionais estão impedidas de avaliar substantivamente o mérito das disputas submetidas à arbitragem.

(iii) Descumprimento grave de norma procedimental fundamental

O descumprimento grave de uma norma procedimental fundamental é a quarta previsão sobre anulação de sentenças arbitrais no rol do artigo 52(1) da Convenção de Washington e um dos mais frequentemente arguidos nos processos de anulação perante os comitês *ad hoc*. Esta previsão esteve presente desde a primeira minuta da Convenção, que teve sua formulação copiada do Regulamento Modelo a Procedimentos Arbitrais de 1958 da Comissão de Direito Internacional.²⁵¹

Como ocorre com o requisito do inciso II do art. 52(1) da Convenção de Washington, o teste é duplo: a parte deve provar que a regra é fundamental e que seu descumprimento é sério. O entendimento geral sobre estes dois termos é o de que a regra é fundamental se for relacionada à integridade do procedimento (justiça, imparcialidade, tratamento igual das partes, direito de ser ouvido).²⁵² O descumprimento, por sua vez, é sério se privar a parte do benefício ou proteção que a regra vise garantir, ou se levar o tribunal a chegar a um resultado substantivamente diferente do que teria sido dado, tivesse a regra sido observada.²⁵³

As alegações já realizadas com base neste inciso envolvem questionamentos sobre a imparcialidade do tribunal arbitral (ou de ao menos um de seus membros), violação ao direito da parte ser ouvida, ausência ou abuso de deliberação entre os árbitros e violação às regras de produção de provas.²⁵⁴

²⁵¹ O artigo 35 do modelo do Regulamento Modelo a Procedimentos Arbitrais de 1958 da Comissão de Direito Internacional prevê que a validade de uma sentença arbitral seja questionada caso haja o descumprimento grave de uma regra procedimental fundamental. (UNITED NATIONS. *Model Rules on Arbitral Procedure 1958* e SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 979/980.)

²⁵² Os exemplos trazidos por Schreuer são: o direito de ser ouvido e a oportunidade razoável e igual de apresentar os argumentos e responder às submissões elaboradas pela outra parte. SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 979.

No caso *Wena Hotel v. Egypt*, o Comitê entendeu que um descumprimento é grave quando ele é “*substantial and [is] such as to deprive a party of the benefit or protection which the rule was intended to provide*”; e que o termo fundamental significa “*set of minimal standards of procedure to be respected as a matter of international law*”. (*Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*).

²⁵³ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 164.

²⁵⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 983.

Com relação à falta de imparcialidade, as circunstâncias levantadas nos casos em que este motivo foi alegado são variadas.²⁵⁵ Os comitês *ad hoc*, no entanto, têm sido cuidadosos ao avaliar as alegações das partes, os fatos, as provas existentes nos autos e, em especial, a forma pela qual os árbitros lidaram com esta alegação no curso do processo. Embora a exigência seja a de que o descumprimento seja sério e à norma fundamental, a forma pela qual os comitês de anulação analisam as alegações das partes requer cognição exauriente das alegações das partes.²⁵⁶

Com relação ao princípio de que ambas as partes devem ser ouvidas em todos os assuntos relacionados a seus pleitos – um dos conceitos mais básicos de justiça em procedimentos adversariais – a prática adotada pelos comitês *ad hoc* é a de que a cada parte deve ser dada a oportunidade de postular sobre todas as questões perante o tribunal arbitral, ainda que a solução do conflito seja óbvia.²⁵⁷ No entanto, os comitês *ad hoc* já reconheceram que o fato de um tribunal não se referir a todos os argumentos levantados pelas partes não constitui uma violação do direito de ser ouvido. De forma similar, já é reconhecido que o tribunal arbitral tem liberdade para decidir fundamentadamente dentro do quadro legal estabelecido pelas partes, ainda que se utilizando de argumentos não submetidos por elas^{258 259}.

Por fim, a Convenção não tem regras formais sobre produção de provas. Na prática dos comitês *ad hoc*, as partes questionaram sentenças arbitrais pela forma como a produção de provas foi conduzida e o ônus de prova alocado pelos tribunais arbitrais. Os comitês reconhecem que estes dois itens são regras fundamentais do processo, mas, ao analisarem se houve descumprimento, e sua seriedade, a posição dos comitês *ad hoc* é de

²⁵⁵ Explicar cada um dos motivos já alegados seria fugir ao escopo desta dissertação. Schreuer, no entanto, faz uma análise detalhada de cada um destes casos às páginas 983 a 986 de SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*.

²⁵⁶ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. Pp. 983-986.

²⁵⁷ Esta questão foi decidida no caso Amco II, em que o comitê *ad hoc* anulou parcialmente a decisão de retificação da sentença arbitral, visto que o tribunal arbitral não havia notificado a Indonésia de sua decisão de não receber observações adicionais sobre uma das matérias que seriam analisadas. Segundo o comitê *ad hoc*, como a Indonésia havia se reservado o direito de fazer novas submissões sobre o assunto, visto que sua defesa havia se limitado à fase preliminar de admissibilidade do pleito do investidor, a falta de notificação constituía uma violação ao princípio de tratamento igualitário entre as Partes. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 985-986 e *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*.)

²⁵⁸ Esta distinção nos parece tênue. O comitê de anulação do caso Klöckner I exemplificou a situação de forma elucidativa. Caso as partes façam todas as suas submissões com base em uma alegação de quebra contratual, o tribunal arbitral estaria livre para decidir, sem solicitar novas submissões das partes, desde que se utilizando dos conceitos e preceitos de direito contratual. No entanto, o tribunal arbitral não poderia decidir a questão utilizando-se dos conceitos de responsabilidade civil extracontratual. (*Klöcker Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*).

²⁵⁹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 987-991.

garantir amplos poderes aos tribunais arbitrais, para que controlem o procedimento, a forma de produção de provas e seu sopesamento. Da mesma forma, o ônus de prova tem sido distribuído de acordo com o que as circunstâncias do caso exijam^{260 261}.

De maneira similar ao inciso anterior, percebe-se que os comitês *ad hoc* fazem uma análise exaustiva e profunda do procedimento quando instados a decidir sobre o descumprimento sério de uma regra procedimental fundamental, bem como uma análise valorativa da violação e das consequências trazidas à integridade do procedimento arbitral.

(iv) Falta de motivação da sentença arbitral

A falta de motivação da sentença arbitral é a última hipótese de anulação de sentença arbitral prevista no art. 52(1) da Convenção de Washington. Em que pese ser a última hipótese, é, certamente, uma das mais importantes. A motivação da sentença arbitral é um requisito essencial para a administração da justiça. As razões contribuem não só para que a justiça seja feita, mas para que seja percebida como feita.²⁶²

Esta hipótese de anulação está na Convenção desde sua primeira minuta e, como ocorreu com o item anterior, segue o modelo do art. 35 do Regulamento Modelo a Procedimentos Arbitrais de 1958 da Comissão de Direito Internacional. A importância das razões decisórias na arbitragem CIRD foi elevada, portanto, a um patamar diferenciado de importância, não estando sujeita à disposição das partes.²⁶³

Neste sentido, toda sentença arbitral CIRD deve ser motivada. De fato, historicamente, não existem casos de anulação em que se tenha anulado a sentença por total e absoluta falta de razões. Os precedentes dos comitês *ad hoc* de anulação deixam claro, no entanto, que existem diversas formas de se considerar que uma sentença arbitral não seja (suficientemente) motivada. Se um tribunal arbitral é silente quanto às razões para a tomada de decisão sobre um determinado ponto controvertido, ou é radicalmente

²⁶⁰ O caso Amco I é um bom exemplo desta situação. No caso, o investidor foi expulso de sua sede no país receptor do investimento e não tinha como produzir provas, razão pela qual o ônus de produção de prova foi alocado, em boa parte à Indonésia. A Indonésia não conseguiu produzir todas as provas necessárias para o tribunal arbitral, que decidiu que, diante daquelas circunstâncias, era razoável que a Indonésia arcasse com o ônus de prova. O comitê *ad hoc* confirmou este entendimento como legítimo. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 992-993 e *Amco Asia Corporation and other v. Republic of Indonesia*).

²⁶¹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 991-994.

²⁶² SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 996-997.

²⁶³ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 996-997.

contraditório em decisões ou fundamentos específicos, considera-se que não há sentença motivada.²⁶⁴

Em termos de processo decisório, esta hipótese de anulação é a que deixa mais clara a linha tênue que separa o que os comitês de anulação *ad hoc* fazem (ou devem fazer) do que se espera e existe em um procedimento de apelação. Isto se dá pelo fato de que as razões dadas pelos tribunais são avaliadas em sua correição substantiva, haja vista que os comitês *ad hoc* executam testes de consistência dos argumentos e justificativas apresentados e desenvolvidos pelos tribunais arbitrais quando da motivação da sentença arbitral²⁶⁵. A dificuldade de elaborar esta diferenciação entre o papel dos comitês *ad hoc* e os procedimentos de apelação é exacerbada pela existência de requisitos culturais diferentes sobre o que é uma justificativa adequada ou suficiente.²⁶⁶

A extensão do papel dos comitês *ad hoc* com relação à anulação de sentenças arbitrais por falta de motivação é bem definida pelo comitê *ad hoc* do caso Vivendi, conforme ilustra o trecho abaixo:

“it is well accepted both in the cases and the literature that article 52(1)(e) concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not for the failure to state correct or convincing reasons (...) Provided that the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e) (...) This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in any expressed rationale; and the second, that point must itself be necessary to the tribunal’s decision.”²⁶⁷ (destaquei).

Em outras palavras, o caso Vivendi deixa claro que simplesmente apresentar justificativas insuficientes ou inadequadas não satisfaz o critério estabelecido pelo art. 52(1)(e) da Convenção de Washington para que a sentença arbitral seja anulada.²⁶⁸ O teste a ser observado pelos comitês de anulação é duplo. Em primeiro lugar, a falta de razões deve levar a decisão do tribunal arbitral a, essencialmente, não expressar qualquer

²⁶⁴ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 164.

²⁶⁵ A própria doutrina não é clara em estabelecer claramente a distinção entre a função esperada dos comitês de anulação e a função dos procedimentos de apelação. Atribui-se esta dificuldade aos aspectos culturais dos diversos ordenamentos jurídicos nacionais no que toca à função da apelação.

²⁶⁶ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 997-998.

²⁶⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic*. para. 64-65.

²⁶⁸ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 164.

fundamento lógico-racional e, em segundo lugar, o ponto questionado deve ser necessário para a decisão do tribunal arbitral.²⁶⁹

Por estes mesmos motivos, os precedentes dos comitês de anulação também consideram que uma sentença arbitral que apresente razões contraditórias pode dar ensejo à anulação por falta de motivação. O raciocínio, já adotado no caso Klöckner I pelo comitê *ad hoc*, é o de que, assim como as sentenças insuficientemente motivadas, as sentenças arbitrais que contenham razões contraditórias não permitem o entendimento preciso dos motivos adotados pelo tribunal para tomar uma determinada decisão.²⁷⁰

É neste sentido que Schreuer aponta que o requisito de que a sentença seja motivada significa que ela deve permitir ao leitor seguir com clareza e precisão a argumentação do tribunal arbitral nos pontos de fato e de direito. Somente as sentenças que cumprem esse requisito gozam da proteção conferida pela Convenção de Washington. As consequências dessa proteção serão melhor discriminadas na próxima seção.²⁷¹

3.2.2. Regime particular de reconhecimento e execução

A Convenção de Washington estabeleceu em seu artigo 54²⁷² um regime especial para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais. Este regime está baseado no caráter definitivo da sentença arbitral CIRDI, conforme estabelecido no artigo 53 da Convenção.

O artigo 53 determina que a sentença arbitral proferida no âmbito do CIRDI seja final, vinculante e obrigatória às partes²⁷³. Em outras palavras, o efeito *res judicata* da sentença impede as partes de buscar outros remédios para a mesma disputa em outros foros (caráter final), ficando as partes obrigadas a cumprir voluntariamente a sentença, sob pena de incorrerem em uma violação de obrigação legal, de caráter vinculante.

²⁶⁹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 1001-1003.

²⁷⁰ A posição de que sentenças arbitrais com motivos contraditórios equivalem a sentenças arbitrais imotivadas foi adotada no comitê de anulação do caso Klöckner I (*Klöcker Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*).

²⁷¹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 1001.

²⁷² “Article 54 (1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.” (destaquei)

²⁷³ Apesar de existirem 4 tipos de remédios contra as sentenças arbitrais CIRDI – todos administrados e resolvidos no próprio sistema CIRDI – é indiscutível na doutrina que as sentenças arbitrais CIRDI são finais, vinculantes e obrigatórias às partes. Isso fica claro na redação do art. 53 da Convenção de Washington.

A obrigação de cumprir a sentença arbitral é igual para ambas as partes, embora as consequências pelo descumprimento, e os remédios disponíveis para se garantir esse cumprimento não sejam simétricos. O não cumprimento de uma sentença arbitral por um Estado configura violação de uma obrigação internacional por ele assumida, sujeitando-o, portanto, ao regime de reconhecimento e execução e de responsabilização internacional previstos na Convenção de Washington²⁷⁴. Já o descumprimento de uma sentença arbitral pelo investidor acarreta uma violação legal e o sujeita apenas ao regime de reconhecimento e execução.²⁷⁵ Isto é, se o descumprimento ocorre por parte do investidor, a única medida ao Estado receptor do investimento é providenciar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral.

No entanto, se o descumprimento ocorre por conta do Estado receptor, o investidor pode se valer desse mesmo mecanismo de reconhecimento e execução e também procurar a proteção diplomática do Estado do qual é um nacional, visando responsabilizar internacionalmente o Estado receptor. Ademais, o Estado receptor do investimento pode também ver sua credibilidade internacional abalada pelo não cumprimento de uma sentença arbitral CIRDI proferida contra si – uma espécie de efeito colateral ou sanção não jurídica, previsto indiretamente pela Convenção.²⁷⁶

A característica comum destas três hipóteses é a necessidade de utilização de uma entidade nacional, cuja atuação sempre foi evitada, visando manter a coerência com a proposta de criação de um sistema autocontido e exclusivo. No entanto, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral exigirá o auxílio de cortes nacionais ou de uma ingerência política do Estado do qual o investidor é um nacional.

Fica claro, portanto, que, caso não haja cumprimento voluntário por qualquer das partes do procedimento arbitral, os recursos previstos na Convenção de Washington para se garantir o cumprimento dessas obrigações deverão ser utilizados. Esta seção será dedicada a apresentar os três recursos previstos na Convenção de Washington: (i) reconhecimento e execução segundo a Convenção de Washington; (ii) reconhecimento e

²⁷⁴ No caso *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, o comitê *ad hoc* decidiu que a posição adotada pela Argentina de que o pagamento da sentença seria feito mediante a adoção de procedimentos junto às suas cortes nacionais, era incompatível com a obrigação prevista no art. 53 da Convenção de Washington. (REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 183).

²⁷⁵ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 1119-1120.

²⁷⁶ Segundo Lew, Mistelis e Kröll, o efeito que descumprimento de uma sentença arbitral CIRDI pode ter sobre outros investimentos é, na maior parte dos casos, superior ao valor a ser pago segundo a sentença. LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 803.

execução segundo a Convenção de Nova Iorque, e; (iii) proteção diplomática e responsabilidade internacional de um Estado.

a. O regime de reconhecimento e execução específico da Convenção de Washington

O sistema de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais previsto no art. 54 da Convenção de Washington visa garantir a ingerência mínima das cortes nacionais sobre o resultado da arbitragem.

A primeira nota que se deve fazer é com relação às cortes nacionais obrigadas nos termos do art. 54. A Convenção não limitou a obrigação de reconhecer e executar as sentenças arbitrais às cortes dos Estados envolvidos (direta ou indiretamente na arbitragem). Isto é, não só as cortes do Estado receptor do investimento e do Estado do qual o investidor é um nacional estão obrigadas a reconhecer e executar as sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CIRDI.²⁷⁷

Com isso, as cortes de todos os Estados-parte da Convenção possuem essa obrigação independentemente de sua relação com a demanda. O objetivo foi o de criar um sistema de execução também deslocalizado e verdadeiramente internacional, permitindo ao investidor e aos Estados receptores maiores opções de foro para satisfazer sua pretensão.

Em segundo lugar, o art. 54 deixa clara a distinção entre reconhecimento e execução das sentenças arbitrais, especificando o limite de atuação das cortes nacionais em cada caso.²⁷⁸ No que toca o reconhecimento das sentenças arbitrais, as cortes estão obrigadas a conceder o *exequatur*, desde que a sentença arbitral tenha sido autenticada pelo Secretário Geral.²⁷⁹ O papel das cortes, neste sentido, é tão somente o de verificar a autenticidade da sentença arbitral, não estando elas autorizadas a reexaminar a jurisdição do tribunal arbitral, o mérito da decisão nem qualquer das hipóteses de anulação da sentença arbitral.²⁸⁰ Isto é, a Convenção de Washington não aceita qualquer fundamento para que as cortes nacionais recusem o reconhecimento de sentenças arbitrais CIRDI.²⁸¹

²⁷⁷ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. Pp. 1123-1124.

²⁷⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Modelos de Solução de Controvérsias investidor-Estado: os Mecanismos Nacionais e Internacionais*. p. 236.

²⁷⁹ A certificação da sentença arbitral pelo Secretário Geral do CIRDI faz as vezes da etapa de reconhecimento. (REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 178).

²⁸⁰ No caso do Brasil, havendo adesão à Convenção de Washington, poderá haver interessante discussão com relação às cortes competentes para promover o reconhecimento da sentença arbitral. Isto porque, o artigo 105, I

Tampouco podem as cortes nacionais conceder *exequatur* parcial das sentenças CIRDI baseado na segunda parte do art. 54(1) da Convenção de Washington, que dispõe acerca da obrigatoriedade das cortes nacionais de executar as obrigações pecuniárias previstas na sentença arbitral.²⁸² Esta questão já foi inclusive decidida pela Cour d'appel de Paris, que reverteu a decisão de um Tribunal Francês concedendo o *exequatur* parcial, nos seguintes termos:

“The judge at first instance, acting on a request pursuant to Article 54 of the convention of Washington could not therefore, without exceeding his competence, become involved in the second state, that of execution to which the question of the immunity of execution of Foreign States relates.

*Consequently that part of the order of 23 December of 1980 of the President of the Tribunal de grande instance of Paris which is the object of this appeal must be deleted.”*²⁸³ (destaquei)

Em outras palavras, a Corte de Apelação de Paris reconheceu que o procedimento de reconhecimento de uma sentença arbitral é diferente do procedimento de execução. O procedimento de execução, que pode gerar a constrição de bens do executado é que fica sujeito às regras de imunidade de execução de ativos de um Estado.²⁸⁴

No entanto, a obrigação de executar sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CIRDI como se fossem sentenças finais de uma corte do país no qual se busca execução existe, embora se estenda apenas a obrigações pecuniárias.²⁸⁵ Não há, assim, qualquer alteração do procedimento nacional previsto por um determinado país, em função de ser uma execução de sentença arbitral CIRDI.²⁸⁶ Essa disposição fica também clara no art. 54(3)²⁸⁷ da Convenção de Washington, que determina que a lei aplicável à execução será aquela do país onde se busca executar a sentença arbitral, evitando

(i) da Constituição Federal prevê que é competência do Superior Tribunal de Justiça homologar sentenças estrangeiras. Poder-se-ia alegar que a sentença arbitral do CIRDI, ainda que proferida fora do território brasileiro, estaria dispensada de homologação pelo STJ, tendo em vista sua natureza internacional, como ocorre, por exemplo, com as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁸¹ DONG, Wang. *Binding Force and Enforcement*. p. 12. e REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 179.

²⁸² LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 802.

²⁸³ *Benvenuti & Bonfant Srl v. Government People's Republic of the Congo*.

²⁸⁴ REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. p. 186.

²⁸⁵ DONG, Wang. *Binding Force and Enforcement*. pp. 13-14

²⁸⁶ É claro, todavia, que esta previsão da Convenção de Washington gera favorecimento de sentenças arbitrais CIRDI em relação a outras sentenças arbitrais ou judiciais estrangeiras. (LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 802).

²⁸⁷ Art. 54 (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

eventuais favorecimentos com relação ao rito ou às possíveis defesas a serem alegadas pela parte que vise resistir à execução.²⁸⁸

A Convenção de Washington não garante ao investidor qualquer defesa específica na fase de execução da sentença arbitral – ele fica sujeito às regras domésticas do local onde a execução está sendo promovida. No entanto, o artigo 55²⁸⁹ da Convenção de Washington é claro ao estabelecer que não há renúncia do Estado à sua imunidade em caso de execução da sentença arbitral. Isso significa que um Estado pode resistir à execução de uma sentença arbitral com base em sua imunidade, se esta defesa for possível segundo as leis do local onde se está promovendo a execução.²⁹⁰

Este é o grande limite da Convenção de Washington que, apesar de ser autocontido até o momento de execução da sentença arbitral, depende das cortes e leis nacionais para permitir a execução de sentenças arbitrais.²⁹¹ Além disso, a determinação dos ativos imunes fica a critério da lei do local onde se busca a execução da sentença arbitral, não tendo sido estabelecido um critério especial na Convenção de Washington.²⁹²

Cada país possui um critério específico para determinar os bens que estariam sujeitos à execução e os que estariam impedidos, não sendo objeto dessa dissertação uma análise comparada das hipóteses admitidas de imunidade.²⁹³ O critério internacionalmente utilizado é o de que bens que servem a um propósito comercial não são imunes, e bens que servem a um propósito relacionado à soberania do Estado são imunes.²⁹⁴

b. O regime de reconhecimento e execução de sentenças CIRDI na Convenção de Nova Iorque

Como apresentado no item “a”, acima, o regime de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais CIRDI previsto no artigo 54 da Convenção de

²⁸⁸ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 1149.

²⁸⁹ “Art. 55. Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.” (destaquei)

²⁹⁰ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 802.

²⁹¹ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 1120/1154.

²⁹² DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. p 17.

²⁹³ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 1154 e REED, Lucy, Jan PAULSSON and Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. pp. 185/186.

²⁹⁴ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 1156-1159 e DONG, Wang. *Binding Force and Enforcement*. pp. 18-23.

Washington possui, pelo menos, dois limites. O primeiro deles é representado por seu âmbito de aplicação territorial, haja vista que só é possível utilizá-lo nos Estados que são parte da Convenção de Washington. O segundo diz respeito à obrigação que se pretende executar, que deve ser pecuniária.

O limite territorial não é tão significativo quanto o limite material. A Convenção de Washington foi assinada e ratificada por 141 Estados, que passaram a integrar o sistema CIRDÍ de resolução de controvérsias. Por sua vez, a Convenção de Nova Iorque²⁹⁵ foi assinada e ratificada por 147 países, dos quais 114 também são partes da Convenção de Washington²⁹⁶. Esta breve análise já deixa claro que estes dois instrumentos foram muito bem aceitos internacionalmente e, na maioria das vezes, se sobrepõem. No entanto, a Convenção de Nova Iorque continua sendo o instrumento de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras mais aceito internacionalmente.²⁹⁷

Dessa forma, o limite material se apresenta como mais relevante, haja vista que as cortes dos Estados parte da Convenção de Washington apenas estão obrigadas a executar as obrigações pecuniárias contidas na sentença arbitral. Isto é, eventuais ordens para execução específica ou qualquer outra obrigação não pecuniária não estão incluídas no rol de situações cuja execução é obrigatória pelas cortes nacionais. Assim, estas obrigações devem ser executadas segundo a Convenção de Nova Iorque ou a lei do Estado no qual se busca execução²⁹⁸.

A utilização da Convenção de Nova Iorque para a execução de sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CIRDÍ coloca pelo menos duas desvantagens em relação à Convenção de Washington²⁹⁹. A primeira delas diz respeito às possíveis

²⁹⁵ A Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras tem por objetivo regular os procedimentos para reconhecimento e execução de sentenças arbitrais e estabelecer as hipóteses em que o reconhecimento e a execução poderão ser negados pelas cortes nacionais. O capítulo IV da dissertação detalhará o funcionamento da Convenção de Nova Iorque.

²⁹⁶ Vide Anexo 01 – Tabela Comparativa Convenção de Nova Iorque e Convenção de Washington.

²⁹⁷ Países relevantes no cenário internacional não ratificaram a Convenção de Washington, como é o caso do Brasil, Canadá e México.

²⁹⁸ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 801.

²⁹⁹ Segundo Schreuer, como a execução de sentenças arbitrais segundo a Convenção de Washington é mais simples de ser obtida em relação à Convenção de Nova Iorque, a questão de aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque para sentenças arbitrais CIRDÍ não é (e nem deve ser) frequente. No entanto, o assunto pode surgir em dois casos: (i) se a execução da sentença proferida no âmbito do CIRDÍ for demandada em um Estado que é parte da Convenção de Nova Iorque, mas não da Convenção de Washington; ou (ii) se a obrigação que se pretende executar não for pecuniária. Para estes casos, o regime de reconhecimento e execução a ser utilizado deve ser aquele previsto na Convenção de Nova Iorque. SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 1118.

declarações e reservas feitas nos termos do art. I(3). A segunda diz respeito ao controle que pode ser exercido pelas cortes nacionais, em função do disposto no artigo V.

Segundo o art. I(3)³⁰⁰, as partes podem fazer dois tipos de reserva ao aderir à Convenção de Nova Iorque. A primeira delas, em atenção ao princípio da reciprocidade, é a de aplicar a Convenção de Nova Iorque apenas a sentenças proferidas no território³⁰¹ de outro Estado contratante.³⁰² Esta limitação é taxativa, mas tem sua aplicação limitada em função da grande aceitação internacional que a Convenção de Nova Iorque teve e do número limitado de Estados que fizeram esta reserva³⁰³.

O segundo tipo de reserva diz respeito às matérias sobre as quais se pode pedir reconhecimento e execução de sentenças arbitrais. O Estado parte da Convenção pode restringir a aplicação da Convenção de Nova Iorque a “*relações de direito, contratuais ou não contratuais, que forem consideradas comerciais pela respectiva lei nacional*”. Esta reserva foi inserida para garantir que países que distingam entre transações comerciais e não comerciais também aderissem à Convenção, mas sua utilização na prática tem sido restrita³⁰⁴.

As cortes nacionais de países que fizeram essa segunda reserva à Convenção de Nova Iorque poderiam interpretá-la de maneira restritiva, o que impediria que sentenças arbitrais CIRDI – que lidam exclusivamente com matérias de investimento – fossem executadas sob os auspícios da Convenção de Nova Iorque. O termo comercial,

³⁰⁰ Art. I (3) No momento da assinatura ou da ratificação da presente Convenção, da adesão a esta ou da notificação de extensão prevista no Artigo X, qualquer Estado poderá, com base na reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução apenas das sentenças proferidas no território de um outro Estado Contratante. Poderá também declarar que aplicará apenas a Convenção aos litígios resultantes de relações de direito, contratuais ou não contratuais, que forem consideradas comerciais pela respectiva lei nacional.

³⁰¹ Em que pese a linguagem da Convenção de Nova Iorque ser taxativa com relação ao uso da expressão “território”, cumpre notar que as sentenças de arbitragens CIRDI são consideradas verdadeiramente internacionais e, portanto, independentes dos territórios nos quais tenham sido proferidas. Isto não significa, no entanto, que ela não possa ser aplicada às sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CIRDI, haja vista que a própria Convenção de Washington refere-se à Convenção de Nova Iorque para complementar o mecanismo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais.

³⁰² BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. p. 569

³⁰³ Aproximadamente dois terços dos países signatários fizeram esta reserva à Convenção de Nova Iorque. (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. pp. 24-25).

³⁰⁴ Apenas um terço dos países signatários fizeram esta reserva à Convenção de Nova Iorque. (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. pp. 24-25).

no entanto, deve ser interpretado de maneira abrangente³⁰⁵, e assim tem sido feito pela maioria das cortes nacionais³⁰⁶. A justificativa para esta baliza hermenêutica está no caráter internacional da Convenção de Nova Iorque, especialmente quando interpretada juntamente com a Lei Modelo da UNCITRAL em Arbitragem Comercial Internacional, que define o termo comercial como:

“The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road”³⁰⁷

Neste sentido, como aponta Schreuer, as características que distinguem investimentos de transações comerciais ordinárias devem ser interpretadas com o sentido de “além de”. Assim, o termo investimento, para os fins de aplicação da Convenção de Nova Iorque para a execução de sentenças arbitrais deve ser entendido como contemplado no escopo da Convenção.³⁰⁸

A segunda desvantagem da utilização da Convenção de Nova Iorque para a execução de sentenças proferidas no âmbito CIRDI é encontrada na autorização para que cortes nacionais efetuem controle sobre o processo arbitral e a sentença, segundo o art. V.

Como apontado anteriormente, ainda que boa parte das razões para se negar execução a uma sentença arbitral, segundo a Convenção de Nova Iorque, estejam previstas também no art. 52 da Convenção de Washington, há uma grande desvantagem no fato de que este controle seja realizado pelas cortes nacionais. Isto é, cria-se uma instância de controle fora do sistema autocontido previsto na Convenção de Washington

³⁰⁵ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 25 e SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 1122-1123.

³⁰⁶ A exceção, segundo Albert Jan Van den Berg são as cortes da Tunísia. BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. p.575.

³⁰⁷ UNCITRAL. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985: with amendments as adopted in 2006*. p. 1.

³⁰⁸ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. pp. 1122-1123.

e independente deste. Assim, haverá a possibilidade de mais um grau de controle das sentenças arbitrais, nacional e posterior, inclusive eventual procedimento de anulação previsto na Convenção de Washington para os casos de obrigações não pecuniárias que devam ser reconhecidas e executadas em virtude de uma sentença arbitral CIRDI.³⁰⁹

c. Proteção diplomática e responsabilidade internacional

A terceira forma de se garantir que uma sentença arbitral seja executada é via proteção diplomática por meio do Estado do qual o investidor é um nacional. Este procedimento é regulado pelo art. 27³¹⁰ da Convenção de Washington, que limita a possibilidade de concessão de proteção diplomática para os casos em que um Estado tenha falhado em cumprir com uma sentença arbitral proferida em uma disputa com a qual tenha consentido.³¹¹

A utilização do mecanismo de proteção diplomática tem sido restrita no sistema CIRDI. Em primeiro lugar, porque os investidores buscam resolver seus conflitos diretamente por meio de arbitragem. Em segundo lugar, porque a maior parte das sentenças arbitrais é cumprida voluntariamente – integralmente ou por meio de um acordo posterior – ou a satisfação ao crédito do investidor é obtida por meio dos mecanismos de execução previstos na Convenção de Washington.³¹²

O exercício da proteção diplomática pode ocorrer de duas formas: (i) por meio de negociações ou compensações de débitos que possam existir entre o Estado inadimplente e o Estado que representa o investidor, ou; (ii) por meio de uma ação perante a Corte Internacional de Justiça, nos termos do art. 64 da Convenção de Washington.³¹³ É importante que se tenha claro que, nos termos do art. 27(2)³¹⁴, há

³⁰⁹ Deve-se reconhecer, no entanto, que são raras as sentenças arbitrais resultantes de arbitragem de investimento que definam sanções não pecuniárias a qualquer das partes. (LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. pp. 802/803.)

³¹⁰ “Art. 27 (1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.” (destaquei)

³¹¹ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 802.

³¹² SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. p. 417. e LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 803.

³¹³ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. pp. 802-803.

³¹⁴ “Art. 27 (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.”

contatos diplomáticos informais com o propósito exclusivo de facilitar um acordo para a disputa.

A proteção diplomática no âmbito do CIRDI, seguindo a matriz estabelecida pelo Direito Internacional Público, estabelece duas condições para que se possa utilizar o mecanismo da proteção diplomática, além da violação de uma obrigação legal por parte do Estado. A primeira delas é a nacionalidade do investidor, que deve existir continuamente desde o momento do dano até que a lide tenha sido resolvida. A segunda é a exaustão dos remédios locais possíveis ao investidor contra o Estado que tenha cometido a violação.³¹⁵

O critério de nacionalidade pode gerar dúvidas com relação à sua aplicação. Schreuer aponta que o critério utilizado pela Convenção de Washington é mais flexível do que aquele determinado pela Corte Internacional de Justiça.³¹⁶ Isso porque, segundo a interpretação dada à Convenção de Washington, as partes podem concordar, nos termos do art. 25(2)(b)³¹⁷, que uma pessoa jurídica que possua a nacionalidade do Estado receptor do investimento seja tratada como estrangeira e nacional de outro Estado contratante, para os fins da Convenção de Washington. O fato de esta utilização ser “*para os fins da Convenção de Washington*” implica que este critério seja utilizado também para a proteção diplomática.

Não há, no entanto, nenhuma decisão internacional conhecida que permita afirmar qual o posicionamento das Cortes Internacionais com relação à exigência de nacionalidade ou de esgotamento de recursos internos, no caso de proteção diplomática concedida sob os auspícios da Convenção de Washington. Da mesma forma, não se tem conhecimento de casos em que Estados tenham conferido proteção diplomática a investidores específicos em função do descumprimento de decisões proferidas no âmbito da Convenção de Washington.³¹⁸

³¹⁵ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. pp. 802-803 e SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 415.

³¹⁶ Segundo o critério fixado pela Corte Internacional de Justiça no caso “Barcelona Traction”, o local de incorporação e sede de uma pessoa jurídica são decisivos para a determinação de sua nacionalidade.

³¹⁷ “Art. 25 (2) “National of another Contracting State” means: (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.” (destaquei)

³¹⁸ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 422-424

Há, no entanto, uma tendência recente de Estados parte da Convenção de Washington adotarem medidas políticas e econômicas contra Estados que não cumpram voluntariamente as obrigações estabelecidas em sentenças arbitrais proferidas no âmbito do CIRDI. Os Estados Unidos da América, por exemplo, decidiram que votarão contra os pedidos de novos empréstimos da Argentina ao Banco Mundial e ao Banco Interamericano para o Desenvolvimento.³¹⁹ Este tipo de decisão, fundamentalmente política, não possui relação direta com o mecanismo da proteção diplomática previsto no artigo 27 da Convenção de Washington, mas é uma tentativa de pressão de um Estado que teve nacionais seus prejudicados pelo não pagamento de sentenças arbitrais por outro Estado considerado devedor.

Esta dificuldade em se garantir a efetividade das sentenças CIRDI e o fato de os mecanismos de controle das sentenças arbitrais estarem fora do controle dos Estados parte da Convenção são duas críticas frequentes ao CIRDI. A próxima seção irá discriminar um pouco mais as críticas ao CIRDI.

3.3. Críticas ao CIRDI: um sistema parcial?

São várias as críticas geralmente feitas ao regime internacional de proteção de investimento. Estas críticas podem ser divididas em dois grandes grupos, de acordo com a sua natureza e objetivo: as críticas substantiva e as procedimentais. As críticas substantivas são direcionadas aos aspectos materiais desse regime de proteção de investimento (e.g. os direitos conferidos aos investidores por meio dos APPI's). As críticas procedimentais são direcionadas aos mecanismos existentes para garantir a resolução dos conflitos que são cobertos por estes APPI's (e.g. a arbitragem de investimento).³²⁰

Esta seção limitar-se-á à segunda categoria de críticas – as procedimentais. Especificamente, o objetivo desta seção é sistematizar as críticas feitas ao CIRDI, considerando sua estrutura institucional e a prática empreendida por diversos tribunais arbitrais ao longo de sua história. Em linhas gerais, as críticas feitas ao CIRDI podem ser divididas em três grupos: (i) invasão dos tribunais arbitrais na autonomia regulatória dos

³¹⁹ MARTIN, Eric and Sandrine RASTELLO. U.S. *Opposes Loans to Argentina in Bid To Step Up Pressure for Debt Accor.* e MercoPress - South Atlantic News Agency. *US will vote against loans to Argentina in World Bank and IDB.*

³²⁰ WAIBEL, Michael, et al. "The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality. pp. xxxviii-xliv.

Estados; (ii) custo e tempo gastos nos procedimentos, e (iii) abalo da legitimidade do CIRDI.³²¹

Com relação à primeira crítica, acerca da perda de autonomia regulatória dos Estados ao aderirem ao CIRDI, é necessário primeiro pontuar que, ao garantir direitos específicos a investidores e a conformidade de suas políticas públicas com parâmetros internacionais de proteção do investimento, muitos autores consideram que o Estado esteja abrindo mão de sua competência regulatória (e, portanto, de sua soberania).

Esta questão, embora de natureza substantiva em sua essência, é refletida em críticas procedimentais ao CIRDI. É isso o que a denúncia da Convenção de Washington pela Bolívia e a exclusão de algumas matérias (petróleo, gás e minério) da jurisdição do CIRDI pelo Equador demonstraram em 2007. Segundo Ilija Mitrev Penusliski, a impressão que se têm é a de que os Estados prefeririam resolver eventuais litígios decorrentes da necessidade de espaço regulatório em suas cortes nacionais, segundo suas leis nacionais, haja vista que os tribunais arbitrais, ao aplicar o Direito Internacional, não levam em consideração a integração que a proteção do investimento deve ter com os demais subsistemas legais.³²²

É neste sentido que se critica o papel dos árbitros na arbitragem de investimento. O modelo adversarial de resolução de controvérsias no âmbito comercial não serve precisamente para a resolução de questões que envolvam políticas públicas, como ocorreu nos recentes casos de arbitragem de investimento. É necessário, portanto, que os árbitros se permitam observar questões de política pública ao julgar casos envolvendo os Estados.³²³ Todavia, embora esta seja uma crítica feita ao CIRDI, ela atinge diretamente o Direito Internacional substantivo do investimento, que precisaria se adequar melhor a esta nova necessidade e exigência dos Estados que dele participam.

Já com relação aos custos e tempo gastos para a resolução de uma disputa de investimento, a expectativa geral é a de que a arbitragem seria mais rápida e menos custosa. No entanto, há indicação de que a arbitragem no CIRDI, especificamente, tenha recentemente se tornado algo caro e moroso³²⁴. Os custos podem ser proibitivos para permitir que Estados

³²¹ PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. p. 519

³²² PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. pp. 507-509.

³²³ ROSS, Alison. *Freshfields Lecture 2011: saving investment arbitration from itself*. e BURKE-WHITE, William W. *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*. pp. 430-432.

³²⁴ Pesquisas recentes indicam que os honorários dos árbitros está em uma média de USD 400,000.00 (quatrocentos mil dólares), as taxas administrativas custam, em média, USD 20,000.00 e os honorários

em desenvolvimento com poucos recursos tenham representação adequada ou mesmo para que pequenas e médias empresas façam uso do procedimento, sem comprometer sua própria existência. Isso pode, em última instância, comprometer um dos objetivos da formação de uma política pública de proteção de investimentos, que é garantir adequada proteção às pequenas e médias empresas que resolvam expandir suas atividades para o exterior.

Por fim, a terceira crítica ao CIRDI diz respeito à sua legitimidade enquanto órgão de solução de controvérsias primordial para questões envolvendo o investimento internacional. Esta crítica pode ser subdividida em pelo menos três tópicos: (i) falta de segurança jurídica pela inconsistência das decisões do CIRDI; (ii) falta de transparência do processo, e; (iii) falta de um mecanismo para mediar conflito envolvendo árbitros.³²⁵

A inconsistência entre decisões é uma característica que tem sido apontada por diversos doutrinadores como um grande problema do CIRDI. Embora esta seja uma característica da existência de um sistema fragmentado (em contraposição à tradicional pirâmide normativa dos sistemas legais nacionais), a inconsistência de decisões é um problema da arbitragem CIRDI que tem ficado cada vez mais claro com os casos envolvendo estado de necessidade dos Estados e a atuação dos comitês *ad hoc* de anulação de sentenças arbitrais^{326 327}.

Os casos da Argentina relacionados à crise de 2001/2002 são um exemplo claro de incoerência das decisões de tribunais arbitrais no âmbito do CIRDI. Apesar de muito parecidos (alguns diriam idênticos), os tribunais arbitrais chegaram a conclusões diferentes quanto à possibilidade de isenção de responsabilidade da Argentina. Dentro da sistemática do CIRDI, apesar de parte destes casos ter sido objeto de pedidos de anulação, os comitês de anulação não entenderam que tinham poder para reverter a decisão, ainda que não concordassem com seus fundamentos legais.³²⁸

advocatícios, em média, USD 3,000,000.00. PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. p.524.

No mesmo sentido, aponta a pesquisa do Observatório Europeu de Negócios e do Instituto Transnacional. EBERHARDT, Pia and Cecilia OLIVET. *Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*.

³²⁵ PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. pp. 521-524.

³²⁶ No MERCOSUL, pretendeu-se resolver essa problema da fragmentação e inconsistência de decisões com a criação de uma corte judicial (denominada Tribunal de Revisão), que tem por objetivo precípuo consolidar a jurisprudência por via do julgamento de recursos contra decisões emanadas dos tribunais arbitrais. (MENEZES, Wagner. *Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)*. p. 152.)

³²⁷ BURKE-WHITE, William W. *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*. pp. 415-420. e PERRY, Sebastian. *Is ICSID Losing its appeal.. again?*.

³²⁸ BURKE-WHITE, William W. *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*. pp. 421-430.

Esta difícil relação dos tribunais arbitrais com os comitês de anulação também tem gerado severas críticas ao CIRDI, justamente porque os comitês *ad hoc* têm criticado decisões de tribunais arbitrais, apesar de não terem motivo para anulação.³²⁹

De maneira semelhante, o papel a ser adotado pelos comitês de anulação quando da submissão dos pedidos de anulação não parece ter sido coerentemente definido pelos comitês. Por um lado, os comitês *ad hoc* não têm analisado todas as hipóteses sob as quais uma sentença arbitral é atacada, em uma espécie de “economia processual” que tem feito com que comitês *ad hoc* ignorem partes fundamentais de casos complexos. Por outro lado, no entanto, alguns comitês *ad hoc* são hiperativos em buscar hipóteses de anulação de sentença para além das arguidas pela parte demandante. Estes fatores criam dificuldades práticas de legitimação do CIRDI junto a Estados e investidores.³³⁰

A falta de transparência no processo do CIRDI é outro aspecto bastante criticado, especialmente no que diz respeito à participação de terceiros e à publicação das decisões e sentenças arbitrais proferidas pelo tribunal arbitral. Os críticos, em linha com o apontado no Capítulo II, afirmam que deveria ser dada oportunidade para que os terceiros interessados na disputa seguissem o processo de perto e, em circunstâncias apropriadas, participassem do processo.³³¹ Em que pese existirem regras que regulem a participação de terceiros na arbitragem CIRDI, os critérios estipulados pelo Regulamento de Arbitragem³³² dificilmente são transpostos pelos interessados, o que torna o mecanismo de participação de terceiros muito menos efetivo do que ele poderia ou, na opinião de alguns, deveria ser³³³.

Associado à questão da transparência da arbitragem CIRDI, o terceiro aspecto da crítica acerca de sua legitimidade diz respeito ao percebido viés para indicação de árbitros

³²⁹ PERRY, Sebastian. *Is ICSID Losing its appeal... again?*.

³³⁰ PERRY, Sebastian. *Is ICSID Losing its appeal... again?*.

³³¹ PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. pp. 523-524.

³³² O artigo 37(2) do regulamento de arbitragem CIRDI regula a forma e os critérios pelos quais terceiros serão admitidos no procedimento arbitral. A linguagem utilizada no regulamento é bastante restritiva: “Art. 37 (2) *After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “non disputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which: (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.*”

³³³ JAGUSH, Stephen and Jeffrey SULLIVAN. *A Comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of Divergence and Concern*. pp. 92-95.

pelo CIRDI e à ausência de um mecanismo para mediar conflitos envolvendo árbitros e os conflitos de interesse que surgem em casos de investimento.³³⁴

Com relação à indicação de árbitros, a primeira crítica que se costuma fazer é a de que os árbitros escolhidos geralmente são mais amigáveis aos investidores, já que eles vêm de uma comunidade de advogados de grandes escritórios de advocacia situadas em grandes metrópoles financeiras.³³⁵ Isto, de fato, pode trazer uma aparência de predisposição favorável aos investidores, no entanto, não se restringe ao CIRDI, mas, na verdade, atinge todo o modelo de arbitragem de investimento.

A crítica direcionada especificamente ao CIRDI diz respeito ao risco de captura institucional por interesses de investidores ou de países alinhados com o interesse dos investidores no momento da indicação de árbitros pelo CIRDI. Segundo Gus Van Harten, grande parte do problema da predisposição pró-investidor está relacionado à autoridade que faz a indicação do tribunal arbitral, caso as partes não cheguem a um consenso. Isto porque, quando as partes não chegam a um consenso sobre os árbitros ou sobre a forma de indicação do presidente do tribunal arbitral, a autoridade responsável pela indicação é o presidente do Conselho Administrativo, ou o secretário geral do CIRDI. Isto gera problemas, explicados precisamente pelo autor :

“both are, of course, executive officials. The former is an ex officio position of the World Bank President who is by convention a US national who is nominated by the US government and confirmed by the Bank’s Board Of Directors, where roughly 60% of the voting power is exercised by Executive Directors from 11 major capital-exporting states. Similarly, the ICSID Secretary General – customarily also the World Bank’s Legal Vice President and General Counsel, although this custom is slated to change – is a person nominated by the World Bank President and approved by a two-thirds vote of the Administrative Council, where state vote on the basis of one vote per member”³³⁶. (destaquei)

Em outras palavras, os responsáveis por indicações de membros de tribunais arbitrais são figuras legitimadas quase que com exclusividade por representantes de países alinhados com interesses de investidores. Neste cenário, é difícil dizer com convicção que o CIRDI esteja livre de qualquer predisposição em favor de investidores.

³³⁴ HARTEN, Gus Van. *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration*. p. 452 e PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. p. 524.

³³⁵ EBERHARDT, Pia and Cecilia OLIVET. *Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. e WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. p. XLIX-L.

³³⁶ HARTEN, Gus Van. *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration*. p.442.

Este problema é exacerbado pelo fato de inexistir um mecanismo que permita resolver os conflitos envolvendo árbitros, advogados e experts. A estrutura do CIRDI permite a participação dos mesmos atores em procedimentos arbitrais semelhantes – seja na posição de árbitros, advogados ou experts, alternando sua função em diferentes procedimentos. Isso aconteceu em alguns julgamentos de casos envolvendo a Argentina, quando da consolidação da posição de que não havia estado de necessidade desobrigando-a de suas obrigações internacionais.³³⁷

Os efeitos colaterais de não se ter qualquer regra contra a participação dos mesmos atores em procedimentos arbitrais semelhantes, mas em posições diferentes, e de se admitir os chamados “duplos chapéus” são pelo menos dois. O primeiro deles é a própria legitimidade do CIRDI como uma instituição imparcial que permite a instauração de uma crise de confiança no mecanismo de arbitragem do CIRDI. O segundo é a retroalimentação do Direito Internacional do Investimento com decisões talvez questionáveis, mas que assumem o valor de precedente, muitas vezes maior do que deveriam ter. Cria-se, assim, uma impressão de que árbitros (que também atuam como advogados em casos de investimento) possam tomar decisões que sirvam de precedente para casos similares aos de seus clientes (atuais ou futuros).³³⁸

Em suma, o CIRDI – e não apenas o Direito Internacional do Investimento – é objeto de diversas críticas atualmente. Algumas destas críticas – como a de que os tribunais arbitrais não garantem a devida autonomia regulatória aos Estados – estão diretamente relacionadas com a forma como o Direito Internacional do Investimento foi pensado, criado e desenvolvido no mundo. Outras, no entanto, dizem respeito estritamente ao CIRDI enquanto instituição – é o caso dos altos custos e do longo tempo para resolver uma disputa. O conjunto destas circunstâncias parece levar a um sentimento difuso, recente e crescente que abala a legitimidade do CIRDI como instituição imparcial, eficiente e útil, símbolo da arbitragem de investimento.

Diante deste complexo cenário, faz-se necessário pensar em alternativas a ele. Algumas destas alternativas – já implementadas ou ao menos discutidas por estudiosos do

³³⁷ HARTEN, Gus Van. *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration*. pp. 442-443. e EBERHARDT, Pia and Cecilia OLIVET. *Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*.

³³⁸ HARTEN, Gus Van. *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration*. pp. 444-445 e PETERSON, Luke. *Out of Order*. p. 486.

ramo – serão apresentadas no próximo capítulo como possíveis soluções a serem levadas em consideração quando da formação de uma política pública de proteção do investimento.

CAPÍTULO IV: AS ALTERNATIVAS AO CIRDI E SEUS SISTEMA

O capítulo III foi dedicado à apresentação das características fundamentais que fizeram do CIRDI a principal opção para a resolução de conflitos relacionados a investimentos, no mundo, bem como as principais críticas feitas a ele e ao sistema por ele adotado de resolução de conflitos.

Diante destas críticas, este capítulo terá a função de apresentar as principais alternativas ao CIRDI discutidas internacionalmente, tanto de natureza política, quanto negocial e jurisdicional. Assim, este capítulo apresentará a forma de funcionamento do tradicional mecanismo de proteção diplomática, bem como dos mecanismos de conciliação, mediação, *fact finding*, dos comitês de resolução de conflitos, do *dispute systems design* – representantes da resolução alternativa e amigável de disputas – e da arbitragem de investimento segundo a lei modelo da UNCITRAL, com a proteção que lhe pode ser conferida pela Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

4.1. Proteção Diplomática

O mecanismo da proteção diplomática é um dos mais tradicionais do Direito Internacional Público, quando se trata de resolução de conflitos entre particulares e Estados.³³⁹ Tecnicamente, no entanto, a resolução do conflito não se dá entre um particular e um Estado, mas entre dois Estados, um dos quais é o Estado do qual o particular, vítima da violação legal, é um nacional.

A forma de funcionamento deste mecanismo é bem definida no Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática, editado pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 2006³⁴⁰:

“For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other

³³⁹ Conforme apresentado no Capítulo III, a proteção diplomática é um recurso também previsto na Convenção de Washington para o caso de descumprimento, pelos Estados, de obrigações nela previstas. Esta seção terá como objetivo apresentar a utilização da proteção diplomática como alternativa ao sistema previsto na Convenção de Washington, conforme já utilizado internacionalmente em diversos casos, inclusive relacionados à investimentos internacionais.

³⁴⁰ O projeto de artigos sobre proteção diplomática ainda não possui o *status* de tratado internacional, mas já foi apreciado pela Assembleia Geral da ONU, estando, atualmente, aberto a sugestões dos Estados. As referências feitas ao Projeto indicam assuntos que são aceitos também pela maior parte da doutrina especializada no assunto como a posição atual do Direito Internacional Público.

means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.”³⁴¹

Em outras palavras, como descrito brevemente na seção 3.2.C, acima, por meio da proteção diplomática, um Estado assume a reclamação de seu nacional contra o Estado acusado de violar alguma norma de direito internacional. Desta forma, o investidor reclama ao Estado do qual é um nacional, para que este, avaliando seus próprios interesses, decida se irá tomar alguma medida contra o Estado receptor do investimento. Ou seja, o particular não assume diretamente a posição ativa perante o Estado receptor do investimento e passa a depender de outra instituição para ter seu direito resguardado.

Existem três requisitos fundamentais para que a proteção diplomática seja considerada legítima: (i) esgotamento dos recursos internos³⁴²; (ii) nacionalidade, e; (iii) vontade do Estado de assumir a demanda de seu nacional.³⁴³

O esgotamento dos recursos internos exige que todos os meios previstos pelo Estado receptor do investimento – sejam eles de natureza administrativa ou jurisdicional – tenham sido esgotados para que um Estado possa exercer a proteção diplomática sobre um de seus nacionais. Obviamente, os mecanismos disponíveis variarão de Estado para Estado, de acordo com as suas instituições jurídicas nacionais. O Direito Internacional Público admite algumas exceções a essa regra, que são detalhadas no artigo 15 da Minuta dos Artigos sobre Proteção Diplomática da ONU³⁴⁴:

“a) não há recursos internos razoavelmente disponíveis que possam oferecer uma solução efetiva ou os recursos internos não oferecem uma possibilidade razoável de tal solução;

b) há um atraso indevido no processo de recurso, o qual pode ser atribuído ao Estado cuja responsabilidade se alega;

³⁴¹ United Nations International Law Commission. *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*.

³⁴² O esgotamento dos recursos internos é um dos requisitos para o exercício da proteção diplomática, conforme prescreve o artigo 14 do Projeto dos Artigos sobre Proteção Diplomática da ONU e conforme decidido pela Corte Internacional de Justiça no caso *Interhandel*. (United Nations International Law Commission. *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*. p. 71).

³⁴³ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp. 175/183.

³⁴⁴ A versão original assim prescreve: “Art 15. *Local remedies do not need to be exhausted where: (a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress; (b) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible; (c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury; (d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or (e) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.*”

c) não há conexão relevante, na data do dano, entre a pessoa que sofreu o dano e o Estado cuja responsabilidade se alega;

d) a pessoa que sofreu o dano está, manifestamente, impedida de se utilizar dos recursos internos; ou

e) o Estado cuja responsabilidade se alega, abriu mão do requisito de esgotamento dos recursos locais”³⁴⁵

Isto é, os recursos internos não precisam ser esgotados, desde que (i) não seja razoável utilizá-los, (ii) o particular esteja impedido de utilizá-los, (iii) ele seja injustificadamente moroso ou (iv) o Estado receptor tenha aberto mão deste requisito.

O requisito da nacionalidade é determinado de maneiras diferentes para pessoas naturais e para pessoas jurídicas. As pessoas naturais devem ser nacionais segundo as regras do Estado que atribui referida nacionalidade, desde que isso não contrarie o Direito Internacional, exigindo-se que haja algum vínculo relevante entre a pessoa natural e o Estado. Em outras palavras, a nacionalidade não pode ser aleatória, embora não se exija prova de um vínculo genuíno e efetivo como, por exemplo, ter residido no território do Estado por algum período de tempo ou ter optado pela cidadania em determinado momento³⁴⁶. A sugestão da Comissão de Direito Internacional da ONU vai diretamente ao encontro deste entendimento, conforme se verifica do art. 4 do Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática.³⁴⁷

Já as pessoas jurídicas podem ter sua nacionalidade determinada por dois requisitos: (i) local no qual a sociedade foi constituída, ou, subsidiariamente; (ii) quando a sociedade tiver como sócios nacionais de outro Estado em relação ao que a sociedade foi constituída e não mantiver atividades no Estado no qual foi sua sede gerencial e financeira está incorporada. Esta também é a sugestão da Comissão de Direito Internacional da ONU, no artigo 9, do Projeto dos Artigos sobre Proteção Diplomática³⁴⁸. O entendimento da Comissão de Direito Internacional da ONU, no entanto, não corrobora o entendimento da Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*, de 1970. Segundo este caso, são

³⁴⁵ Tradução de José Augusto Fontoura Costa, em COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp. 179/180.

³⁴⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. pp. 177/179.

³⁴⁷ “Art. 4. *For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States, or in any other manner, not inconsistent with international law*” (United Nations International Law Commission. *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*. p. 71).

³⁴⁸ É isto o que dispõe o artigo 9 da Minuta dos Artigos sobre Proteção Diplomática da ONU: “Art. 9. *For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.*”.

dois os requisitos para que um Estado possa exercer proteção diplomática em nome de uma pessoa jurídica: ela deve ter sido constituída mediante o Direito do Estado reclamante, e sua sede deve ser neste mesmo país, com vínculo próximos e permanentes.³⁴⁹

Ambos os entendimentos referentes à atribuição de nacionalidade às pessoas jurídicas e também às pessoas naturais gozam de um elemento comum – a continuidade. Isto é, para que se possa fazer uso do mecanismo da proteção diplomática, a nacionalidade deve ser contínua, estendendo-se da data do dano até a data da apresentação oficial da reclamação pelo Estado que protege seu nacional.

Por fim, o Estado do qual o particular seja um nacional deve estar disposto a assumir a representação da demanda do particular. É este o elemento apontado pela doutrina como responsável por transformar o mecanismo da proteção diplomática em essencialmente político³⁵⁰. Nesse sentido, é simples entender porque o mecanismo da proteção diplomática perdeu sua tradicional importância com o surgimento e desenvolvimento da arbitragem de investimento, que permite acesso direto de investidores contra Estados, sem qualquer interferência política.

No entanto, a depender das circunstâncias concretas, a proteção diplomática talvez seja um método eficiente de se resolver controvérsias entre investidor e Estado. Há casos famosos de resolução de conflitos relacionados a investimentos que foram definitivamente resolvidos por meio do mecanismo da proteção diplomática. Para citar alguns exemplos: *The Factory at Chorzów (Merits)*, *Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala)* e *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain)*³⁵¹. Ainda que os casos sejam exemplos anteriores ao desenvolvimento do mecanismo de arbitragem de investimento e mostrem a dificuldade de utilização do mecanismo, eles são provas de que o mecanismo pode ter sua utilidade em determinadas circunstâncias específicas.

O caso *Italia v. Cuba* (2008), decidido por um tribunal arbitral *ad hoc* em 2008³⁵², em que se optou pela proteção diplomática para a resolução de uma disputa entre diversos investidores italianos e a República de Cuba, representa bem o uso dessa alternativa. Se a

³⁴⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. p. 179.

³⁵⁰ KOKOTT, Juliane. *The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment*. pp. 25-26.

³⁵¹ Todos estes casos foram decididos por cortes judiciais internacionais. O caso *Barcelona Traction* foi decidido pela Corte Internacional de Justiça em 1970. O caso *Nottebohm* também foi decidido pela Corte Internacional de Justiça em 1955 e o caso *The Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits)* foi decidido em 1928 pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

³⁵² *La Republique D'Italie v. La Republique de Cuba*. Arbitrage Ad Hoc. 15 de Julho de 2008.

empresa prejudicada pelo ato governamental tem como seu principal acionista o próprio Estado do qual é um nacional, ou se a medida governamental do Estado receptor do investimento prejudica diversos nacionais de um mesmo país (como foi a situação no caso *Italia v. Cuba*), os mecanismos diplomáticos intergovernamentais podem facilitar a resolução da disputa e ser até mesmo mais efetivos do que diversos procedimentos arbitrais.

4.2. Métodos auto compositivos de resolução de controvérsias

Como enunciado no item 4.1, o mecanismo de proteção diplomática perdeu importância desde o desenvolvimento de métodos que permitiram o acesso direto dos investidores aos Estados receptores de investimento. Os mecanismos mais utilizados historicamente são os da arbitragem de investimento administrada pelo CIRDI ou por outros regulamentos, ou seja, os métodos heterocompositivos de solução de controvérsias.

Há, no entanto, um conjunto de métodos de resolução de disputas, de natureza negocial, que podem representar maneiras mais eficientes de resolver disputas relacionadas a investimentos. Dados recentes do CIRDI indicam que 40% dos casos submetidos à arbitragem são resolvidos sem uma sentença final, o que sugere que uma boa porcentagem desses casos poderia ser resolvida de forma adequada em outros foros³⁵³.

Esta seção objetiva apresentar quatro métodos que são considerados pela UNCTAD como os principais caminhos na evolução do sistema de resolução de controvérsias entre investidores e Estados: (i) conciliação e mediação; (ii) *fact finding* e *early neutral evaluation*, (iii) comitês de resolução de conflitos, e; (iv) *dispute systems design*.

4.2.1. Conciliação e Mediação

A conciliação e a mediação são duas formas auto compositivas de resolução de conflitos que têm se mostrado muito efetivas em resolução de conflitos transnacionais³⁵⁴. Ambos os processos são muito similares: trata-se de um processo de negociação facilitada por um terceiro (o conciliador ou mediador), que assume a função de encorajar as partes a

³⁵³ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. P. 15.

³⁵⁴ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. P. 26.

resolver a disputa amigavelmente, intervindo de acordo com os limites estipulados pelas partes.³⁵⁵

A diferença entre estes dois métodos reside, fundamentalmente, no grau de formalidade do processo. O mediador geralmente oferece propostas informalmente e com base nas informações concedidas pelas partes, de forma que todo o trabalho de negociação é, efetivamente, feito pelas partes. Por outro lado, o conciliador pode fazer investigações próprias e recomendações ou propostas formais sobre o caso³⁵⁶. Nenhum dos métodos, no entanto, permite que o terceiro facilitador imponha um resultado às partes.

Esses procedimentos podem ser úteis a depender dos interesses das partes. Uma das características marcantes da conciliação e da mediação é permitir a continuação da relação das partes, o que, nas questões envolvendo investimentos, está diretamente relacionado com os propósitos das políticas de atração de investimentos de manter um fluxo de investimentos constante e crescente para o país receptor. Além disso, os processos de mediação e conciliação costumam permitir economia de recursos, maior confidencialidade e garantir a não formação de precedentes legais³⁵⁷

A utilização da conciliação e da mediação não é eficaz em todos os casos. Não se pode ignorar a natureza pública de uma das partes do processo, a qual pode sofrer limitações para fazer um acordo³⁵⁸, e a natureza pública do direito aplicável, haja vista que muitas vezes são feitas acusações de violação a obrigações assumidas internacionalmente.³⁵⁹ Parte das questões mais difíceis discutidas no âmbito da arbitragem de investimento diz respeito a requisitos jurisdicionais e a políticas públicas, assuntos que fogem à capacidade negocial do Estado, especialmente. Ademais, em geral, o ato estatal questionado termina a relação Estatal com o investidor, de forma que não há relação futura a se proteger.³⁶⁰

No entanto, é possível identificar ao menos três casos que são mais propensos a serem resolvidos por meio de um acordo. O primeiro deles é o caso de violação contratual em um contrato de concessão de serviço público ou exploração de recursos naturais que prejudique os interesses dos investidores protegidos por uma cláusula guarda-chuva de um APPI. O segundo deles ocorre quando a medida afeta poucos ou apenas um investidor, e a

³⁵⁵ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. Pp. XIII e XIV.

³⁵⁶ Merrills admite que, embora sejam conceitos distintos, na prática operacional desses métodos, a diferença é pouco perceptível. (MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. p. 28.)

³⁵⁷ CLODFELTER, Mark A. *Why Aren't More Investor-State Treaty Disputes Settled Amicably*. P. 40.

³⁵⁸ REED, Lucy. *Synopsis of Closing Remarks*. P. 30.

³⁵⁹ CLODFELTER, Mark A. *Why Aren't More Investor-State Treaty Disputes Settled Amicably*. P. 40.

³⁶⁰ REED, Lucy. *Synopsis of Closing Remarks*. P. 30.

demanda deste contra o Estado não sofra óbices jurisdicionais fortes, desde que o aporte de recursos seja facilmente configurável como investimento e esteja clara a nacionalidade do investidor, garantindo-se ao investidor a proteção conferida pelo tratado ou pela legislação nacional. O terceiro deles é a hipótese de uma relação de longo prazo ainda em vigor entre o investidor e o governo ou uma entidade governamental cujo prejuízo em caso de rompimento seria substancial para o Estado e para o investidor.³⁶¹

A própria Convenção de Washington estabelece que o CIRDI tem jurisdição para administrar procedimentos de conciliação, segundo os mesmos critérios de admissibilidade previstos para uma arbitragem. Assim, é necessário que as partes tenham expressamente consentido com a utilização do procedimento de conciliação para que o mesmo seja obrigatório a elas. Alguns tratados bilaterais de investimento e/ou leis nacionais preveem a possibilidade do interessado em iniciar procedimentos optar entre conciliação e arbitragem³⁶².

Até 2012, nove casos de conciliação foram submetidos ao CIRDI. Três destes casos ainda estão pendentes³⁶³, e os demais seis casos já foram finalizados³⁶⁴. Os casos finalizados foram registrados no CIRDI até 2010, e os atuais casos pendentes são de 2011 e 2012. Isto é, desde 2011, três novos casos de conciliação foram registrados, o que, apesar dos dados esparsos, mostra certa tendência de aumento nas tentativas de soluções negociais para disputas relacionadas a investimentos.

Assim, ainda que a conciliação e a mediação não sejam adequadas para a resolução de todas as disputas entre investidores e Estados, é possível que se demonstrem como método útil e eficiente para alguns casos. É importante, portanto, que para estas hipóteses, tenham as partes a alternativa de se utilizarem desses mecanismos.

³⁶¹ CLODFELTER, Mark A. *Why Aren't More Investor-State Treaty Disputes Settled Amicably*. p. 40.

³⁶² Este é o caso, por exemplo, do tratado bilateral entre Brasil e Holanda, celebrado em 1998 e que nunca entrou em vigor pela não ratificação do mesmo pelo Brasil. (SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*).

³⁶³ Os casos são RSM Production Corporation v. Republic of Cameroon (ICSID Case No. CONC/11/1), Hess Equatorial Guinea, Inc. y Tullow Equatorial Guinea Limited v. Republic of Equatorial Guinea (ICSID Case n. CONC (AF)/12/1) e Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC(AF)/12/2).

³⁶⁴ Os casos já finalizados, em que as partes chegaram a um acordo são os seguintes: (i) SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v. Democratic Republic of Madagascar (ICSID Case No. CONC/82/1); (ii) Tesoro Petroleum Corporation v. Trinidad and Tobago (ICSID Case No. CONC/83/1); (iii) TG World Petroleum Limited v. Republic of Niger (ICSID Case No. CONC/03/1). Nos seguintes casos, as partes não chegaram a um acordo durante o procedimento de conciliação: (i) SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m.b.H. v. Madagascar (ICSID Case No. CONC/94/1), (ii) Togo Electricité v. Republic of Togo (ICSID Case No. CONC/05/1); e (iii) Shareholders of SESAM v. Central African Republic (ICSID Case No. CONC/07/1).

4.2.2. *Fact Finding* e *early neutral evaluation*

Os procedimentos de *fact finding* e de *early neutral evaluation*³⁶⁵ não servem por si sós para decidir uma disputa. O objetivo principal destes procedimentos é o de conseguir uma avaliação imparcial dos fatos e do direito relacionados a uma controvérsia, de forma a evitar a escalada da disputa.³⁶⁶ Trata-se, portanto, de dois procedimentos preventivos e, nesse sentido, de ferramentas que podem ser muito úteis para eliminar disputas que poderiam vir a ser submetidas à arbitragem.

As características básicas destes procedimentos são semelhantes. Ambos os procedimentos são privados, voluntários, não vinculantes e confidenciais, pelos quais as partes submetem informações factuais específicas, de natureza técnica, científica, contábil ou econômica a um *expert*, ou conjunto de *experts*, para uma avaliação neutra desses fatos controversos e do direito aplicável.³⁶⁷

A Convenção de Washington não faz menção a qualquer destes mecanismos. No entanto, em 1978, o mecanismo de *fact finding* foi introduzido no mecanismo adicional do CIRDI, visando prevenir (e não resolver definitivamente) disputas, por meio da identificação de fatos, de forma que questões factuais não escalem para disputas legais. Até 2012, no entanto, não havia registros de sua utilização.³⁶⁸

Há duas grandes desvantagens nestes procedimentos. A primeira delas, como no caso da mediação e da conciliação, é a de que não necessariamente a disputa será resolvida, ou mesmo evitada. Isto porque a avaliação do terceiro neutro não é vinculante às partes. A segunda é o alcance limitado que este mecanismo pode ter nos casos de investimento, haja vista que diversos casos não são de fácil avaliação com relação à chance de êxito dos investidores ou dos Estados. Isto é, existem áreas cinzentas no Direito Internacional dos Investimentos e que podem dificultar a tomada de decisão por uma solução negocial, mesmo após a opinião de experts. Assim, ainda que o resultado desse procedimento permita a criação de um processo para resolução de disputas mais eficiente – por exemplo, evitando a longa e

³⁶⁵ A doutrina não trabalha com uma distinção conceitual clara entre *fact finding* e *early neutral evaluation*. Como ocorre no caso da mediação e da conciliação, a distinção parece residir no grau de interferência que o terceiro terá no procedimento, o que variará, fundamentalmente, em função do direito aplicável e do conjunto de regras escolhidas pelas partes.

³⁶⁶ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. p. XIV

³⁶⁷ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. p. XIV e LÉVESQUE, Céline. *Preliminary Legal Assessment of Investor Claims as a Tool to “Fitting the Forum to the Fuss”*. P. 77.

³⁶⁸ SCHREUER, Christoph H. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. P. 90.

desgastante produção de provas no âmbito da arbitragem – seu resultado poderá ter eficácia limitada.³⁶⁹

A grande vantagem destes procedimentos é a de permitir uma análise preliminar efetiva da reclamação do investidor. Isso permite uma avaliação realista de ambas as partes acerca dos fundamentos e da possibilidade de êxito referente à reclamação, bem como a adequação desse conflito a uma forma de resolução – auto ou hetero compositiva – mais apropriada. O fato de se ter uma análise dos fatos e, a depender das circunstâncias, do direito aplicável, por um terceiro neutro, pode facilitar a negociação de um acordo ou mesmo desencorajar um investidor de iniciar uma reclamação formal cujas chances de êxito sejam remotas que drenaria substanciais recursos do investidor e do Estado.³⁷⁰

Assim, a utilização do mecanismo de *fact finding* e de *early neutral evaluation*, por mais que tenha suas vantagens, deve ser feita de maneira parcimoniosa, como uma ferramenta das partes para melhor navegar no sistema de resolução de conflitos relacionados a investimentos estrangeiros.

4.2.3. Comitês de Resolução de Conflitos

Os comitês de resolução de conflitos são uma ferramenta muito utilizada no contexto de relações contratuais de longa duração, especialmente em contratos de construção.³⁷¹ O objetivo deste procedimento é garantir que disputas que surjam ao longo da relação das partes sejam resolvidas rapidamente, permitindo a continuidade da relação entre as partes, sem que haja interrupção nos trabalhos que estejam sendo realizados.

Como os demais procedimentos de ADR tratados até aqui, os comitês de resolução de conflitos são procedimentos privados, voluntários e confidenciais, por meio dos quais as partes podem submeter uma determinada questão a um grupo de *experts* – chamado de comitê. Este comitê é, geralmente, criado quando a relação das partes é estabelecida e a acompanha durante toda a sua existência. Determinações do grupo de *experts* podem ser vinculantes, indicativas, ou de natureza mista.³⁷²

³⁶⁹ LÉVESQUE, Céline. *Preliminary Legal Assessment of Investor Claims as a Tool to “Fitting the Forum to the Fuss”*. p. 79.

³⁷⁰ LÉVESQUE, Céline. *Preliminary Legal Assessment of Investor Claims as a Tool to “Fitting the Forum to the Fuss”*. p. 77.

³⁷¹ UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. p. XV

³⁷² UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. p. XV e INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Dispute Boards - How they work..*

No caso de determinações vinculantes, as partes se comprometem a adotar a decisão do comitê, podendo questioná-la frente a um órgão jurisdicional (corte ou tribunal arbitral) dentro de um determinado período. Este órgão jurisdicional tem poderes para reverter a decisão, mas, caso o questionamento não seja feito no prazo estabelecido, as partes ficam vinculadas àquela decisão.

No caso de determinações indicativas, fica a critério da parte acatar a decisão do comitê ou não. A parte pode questionar a recomendação perante um órgão jurisdicional (corte ou tribunal arbitral), mas enquanto a decisão deste tribunal não for adotada, o cumprimento da recomendação é voluntário. Já os comitês de natureza mista podem emitir determinações vinculantes às partes durante a duração da relação das partes, mas que estão sujeitas à revisão por uma terceira parte quando a relação entre as partes estiver concluída.

Os comitês de resolução de conflitos podem ser muito úteis em algumas situações, especialmente quando a disputa surge na fase de implementação de um determinado projeto. Isso porque o trabalho realizado pelo comitê ocorre durante toda a relação entre as partes, visando resolver conflitos na medida em que surjam e, assim, evitando que haja uma escalada nos litígios.

É claro que no âmbito dos investimentos internacionais, este modelo apresenta limitações. Não é razoável imaginar que Estados mantenham diversos comitês de resolução de disputas para resolver conflitos dos mais diversos tipos com os mais diversos investidores. O custo e a possibilidade de monitoramento de todos esses conflitos, bem como o custo de manutenção desses diversos comitês, seriam proibitivos. Também não se pode falar – ao menos no estágio atual de desenvolvimento do Direito Internacional de Investimento – na sujeição deste regime ao Direito Internacional Público. A resolução de conflitos por meio dos comitês de resolução de conflitos tem natureza essencialmente contratual e, para que se aplicasse a conflitos relacionados a investimentos, precisaria estar disciplinada por legislação nacional.

No entanto, para determinados projetos – aqueles considerados absolutamente essenciais para o país, em que haja uma relação particular entre investidor e Estado – os comitês de resolução de disputas podem representar uma alternativa eficiente de resolução de conflitos na relação entre investidor individual e parceiro Estatal.³⁷³

³⁷³ BINGHAM, Lisa Blomgren. *Opportunities for Dispute Systems Design in Investment Treaty Disputes: Consensual Dispute Resolution at Varying Levels*. pp. 33-37

4.2.4. Dispute Systems Design

Dispute systems design é o processo sistemático de criação de um sistema de resolução de disputas que aproveita os aspectos positivos de um conflito e/ou ao menos tenta minimizar seus efeitos negativos. O objetivo do *dispute systems design* é o de desenhar o melhor sistema de resolução de disputas considerando os padrões de disputa das partes, de forma a criar métodos para manusear conflitos com princípios mais práticos e eficientes, testando e avaliando o novo modelo para fazer as revisões apropriadas antes de disseminar o processo para o restante do sistema.³⁷⁴

Nesse sentido, no âmbito dos investimentos estrangeiros, é fundamental que se determine o nível que o sistema de resolução de disputas visa alcançar. Bingham cita 5 níveis nos quais a relação entre investidor e Estado receptor pode se estabelecer: (i) global, (ii) regional, (iii) relação bilateral entre Estados, (iv) Estatal, (v) bilateral entre investidor e Estado receptor.³⁷⁵

Os níveis global e regional dizem respeito à relação multilateral entre países, que estabelecem órgãos de resolução de controvérsias ou que podem assumir esta função – como o CIRDI e a Organização dos Estados Americanos. O nível bilateral entre Estados diz respeito à relação bilateral geralmente estabelecida por meio de tratados, mas que também pode ser estipulado entre um investidor e o Estado receptor, por meio, por exemplo, de uma relação contratual. Por fim, no nível Estatal, é importante deixar claro que cada Estado pode adotar o seu próprio sistema de resolução, prevenção ou gestão de disputas, em nível nacional.

Desenvolver formas variadas de resolver conflitos entre investidores e Estados é uma forma de maximizar os benefícios potenciais para o desenvolvimento de países, decorrentes do sistema internacional de proteção de investimentos orientado por regras. A forma de resolução de controvérsias pode servir, juntamente com o direito material aplicável, como um instrumental importante para conciliar a necessária flexibilidade que os Estados

³⁷⁴ *Dispute systems design* não é, portanto, um método de resolução de conflitos propriamente dito. A doutrina, no entanto, trata esta técnica de criação de sistemas de resolução de disputas juntamente com os métodos alternativos de solução de controvérsias. É por esta razão que o tópico de *dispute systems design* será tratado juntamente com os demais métodos de resolução de conflitos nesta dissertação. (UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. p. XIII.)

³⁷⁵ BINGHAM, Lisa Blomgren. *Opportunities for Dispute Systems Design in Investment Treaty Disputes: Consensual Dispute Resolution at Varying Levels*. p. 35.

precisam ter para realizar políticas públicas e, ao mesmo tempo, garantir segurança jurídica aos investidores.³⁷⁶

Os métodos que foram apresentados nos itens 4.2.1 a 4.2.3 são opções que podem e devem ser consideradas quando da elaboração ou inserção de um Estado em um sistema de resolução de conflitos relacionados a investimentos.

4.3. Arbitragem de Investimento em outros regulamentos de arbitragem

Conforme apresentado no capítulo III, a arbitragem de investimentos feita com fundamento na Convenção de Washington e administrada pelo CIRDI é uma das principais opções para a resolução de conflitos relacionados a investimento atualmente. Há diversas características incorporadas na Convenção de Washington que justificam esta posição do CIRDI. No entanto, existem muitas críticas ao sistema e, em parte, são essas críticas que justificam a resolução de conflitos por meio de arbitragem de investimentos *ad hoc* ou administrada por outras instituições – como a CCI ou mesmo o Mecanismo Adicional do CIRDI.

Esta seção apresentará, à luz da Lei Modelo da UNCITRAL para Arbitragem Comercial Internacional e da Convenção de Nova Iorque, algumas das características dessa opção em contraste com a arbitragem realizada no âmbito do CIRDI. A utilização desses dois instrumentos se justifica em função de sua grande aceitação internacional e incorporação a ordenamentos jurídicos nacionais^{377 378}.

³⁷⁶ ECHANDI, Roberto. *Investor-State Dispute Prevention Mechanisms: Why Are They so Important for Developing Countries and for the Healthy Evolution of International Investment Regimes*. p. 53.

³⁷⁷ Esta é uma distinção fundamental entre a arbitragem CIRDI e a arbitragem realizada segundo outros regulamentos. Enquanto a arbitragem CIRDI tem seu fundamento de validade na Convenção de Washington estando, portanto, sujeita ao regime de Direito Internacional Público, a arbitragem que será apresentada nesta seção tem como fundamento de validade o Direito nacional de um Estado.

³⁷⁸ Segundo o site da UNCITRAL, a Lei Modelo em Arbitragem Comercial Internacional foi adotada por 66 países, considerando a lista indicativa disponibilizada no sítio eletrônico: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html. Sabe-se que esta lista não representa todos os países que adotaram a Lei Modelo em Arbitragem Comercial Internacional, mas tão somente as que foram informadas à UNCITRAL (UNCITRAL. *Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*.).

Também se sabe que a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL nem sempre é feita de forma integral ou literal, o que pode gerar variações em relação à análise que se empreenderá nesta dissertação.

Lew, Mistellis e Kroll apontam que a Lei Modelo da UNCITRAL para Arbitragem Comercial Internacional representa uma referência dos parâmetros comuns aceitos de arbitragem internacional. LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 27.

4.3.1. O tratamento da arbitragem de investimento na Lei Modelo da UNCITRAL

A Lei Modelo da UNCITRAL para Arbitragem Comercial Internacional também pode ser utilizada para regular a arbitragem de investimentos, apesar de seu nome sugerir a aplicabilidade apenas à matéria comercial. Como visto no item 3.2.2.b, acima, a definição de “comercial” trazida no artigo 1(1) da Lei Modelo compreende a noção de investimento.³⁷⁹

Em outras palavras, para os fins da Lei Modelo, o termo “comercial” se refere à natureza da disputa, que deve ter caráter econômico³⁸⁰. Assim, ainda que a arbitragem de investimentos possua características próprias e deva ter seu procedimento adaptado a essas características, nada impede que países que tenham adotado a Lei Modelo se utilizem dela em eventuais arbitragens de investimento.

Isso porque, como apresentado anteriormente, as disputas relacionadas a questões de investimento são disputas de natureza econômica que têm origem em um contrato entre um Estado (ou uma entidade estatal) e uma entidade privada, ou em um aporte de recursos realizado por uma entidade privada em um Estado. Neste sentido, muito embora os procedimentos corriqueiros da arbitragem precisem ser adaptados ao fato de envolverem uma parte estatal, a natureza da disputa é essencialmente econômica e, portanto, pode ser considerada como uma disputa comercial, ao menos para os fins da Lei Modelo.

Neste sentido, como ocorre nas arbitragens comerciais, as partes podem escolher uma determinada instituição para conduzir a arbitragem, de acordo com a matéria e ou interesses envolvidos³⁸¹. Por se tratar de uma arbitragem de investimentos, a fonte que originará esta escolha será um APPI ou uma lei específica sobre a proteção de investimento.

A arbitragem legitimada na Lei Modelo, no entanto, possui diferenças fundamentais em relação à arbitragem realizada com base na Convenção de Washington. A principal destas diferenças reside no fato de que a Lei Modelo, por mais que seja considerada uma referência internacional, será sempre uma lei nacional. Isto é, por mais que a arbitragem

³⁷⁹ “***The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road***” (destaquei).

³⁸⁰ GAILLARD, Emmanuel and John SAVAGE. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. para. 63.

³⁸¹ Os APPI’s assinados pelo Brasil na década de 90 continham previsão de arbitragem *ad hoc*, institucional segundo o Mecanismo Adicional do CIRDI ou CCI.

seja internacional, conforme conceituada no art. 1(3)³⁸² da Lei Modelo, ela opera dentro dos limites de um sistema legal nacional, pois sua fonte é uma lei nacional.³⁸³

Isto representa uma importante diferença do ponto de vista conceitual. Como apontado no Capítulo III, a arbitragem CIRDI é considerada por muitos como uma arbitragem verdadeiramente internacional, por ser um sistema jurisdicional auto contido e naturalmente separado dos ordenamentos jurídicos nacionais. Já a arbitragem internacional de investimento conduzida segundo a Lei Modelo esta sujeita ao controle e apoio das cortes nacionais, seja para garantir a execução da cláusula arbitral, nomear ou remover árbitros, seja para conceder medidas cautelares, ou tão simplesmente reconhecer e garantir efeito a uma sentença arbitral³⁸⁴.

A tendência recente das cortes e das leis nacionais, no entanto, tem sido restritiva com relação às hipóteses de intervenção na arbitragem³⁸⁵. O artigo 5º da Lei Modelo estabelece que as cortes apenas podem intervir nas hipóteses ali estipuladas³⁸⁶, as quais podem ser divididas em dois grupos³⁸⁷.

No primeiro grupo estão as questões de procedimentos para (i) assegurar a composição do tribunal arbitral (artigos 11, 13 e 14), (ii) determinar a jurisdição do tribunal arbitral (artigo 16) e (iii) anular a sentença arbitral (art. 34). Estas questões deveriam ser designadas para cortes especializadas, centralizadas e eficientes.

O segundo grupo diz respeito ao controle judicial feito de forma descentralizada e compreende as seguintes matérias (i) assistência judicial para produção de provas (art. 27), (ii) reconhecimento da cláusula compromissória, incluindo sua compatibilidade com medidas

³⁸² “(3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their **places of business in different States**; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) **the place of arbitration** if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) **any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed** or the place with which the **subject-matter of the dispute is most closely connected**; or (c) the **parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country**.”

³⁸³ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 64.

³⁸⁴ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Pp. 67/68.

³⁸⁵ UNCITRAL. *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. pp. 20-22.

³⁸⁶ “Article 5. Extent of court intervention. In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law”.

³⁸⁷ Os requisitos previstos pela Lei Modelo foram especificamente desenhados para refletirem e serem compatíveis com as previsões da Convenção de Nova Iorque, no que tange à possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e à validade da cláusula arbitral. Assim, os requisitos aqui estipulados serão melhor desenvolvidos na seção 4.3.3, que tratará das hipóteses de controle e apoio à arbitragem de investimento, segundo o previsto na Lei Modelo e na Convenção de Nova Iorque. (UNCITRAL. *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. pp. 167-168).

judiciais de urgência (artigos 8 e 9), (iii) medidas judiciais de urgência (artigo 17 J), e (iv) reconhecimento e execução de sentenças arbitrais e de medidas de urgência (artigos 35, 36, 17 H e 17 I).

Apesar das hipóteses restritas previstas na Lei Modelo para a intervenção judicial na arbitragem, a presença das cortes nacionais exercendo controle ou apoio sobre o processo arbitral pode gerar inseguranças ao investidor. Este foi um dos motivos pelos quais o CIRDI foi criado como um sistema autocontido – visando criar uma espécie de garantia de que a intervenção de cortes judiciais apenas se daria no momento de execução da sentença arbitral, objetivando assegurar o seu cumprimento. Assegura-se, então, a máxima neutralidade do processo, evitando a intervenção das cortes do Estado receptor do investimento sobre o processo arbitral³⁸⁸.

Isso não significa, no entanto, que a intervenção das cortes nacionais seja necessariamente parcial e desarrazoada. Os países que adotaram a Lei Modelo como sua lei de arbitragem, por exemplo, estão por ela limitados a atuar de forma restritiva sobre o processo arbitral, em verdadeira deferência ao poder outorgado aos árbitros. O *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, preparado pela UNCITRAL, elucida diversas tendências de cortes nacionais ao redor de países que adotaram a lei modelo como sua lei de arbitragem. Existem, obviamente, casos paradigmáticos que podem ser duramente criticados por não estarem de acordo com o “espírito” da Lei Modelo, em todo o caso, há uma grande tendência de respeito à autoridade do árbitro e de adoção de uma política pró-arbitragem.³⁸⁹

Os investidores devem, portanto, realizar as diligências necessárias e de praxe sobre a posição da lei e das cortes nacionais do Estado investidor acerca da intervenção judicial nos processos arbitrais, antes de se comprometerem a realizar qualquer investimento³⁹⁰. É certo que, em algumas circunstâncias, este tipo de avaliação pode se tornar excessivamente custoso – em especial, quando os países avaliados não tiverem adotado a Lei Modelo – no entanto, o esforço de uniformização feito pela UNCITRAL por meio da elaboração da Lei Modelo visa, justamente, diminuir estes custos.

³⁸⁸ É importante ressaltar que, em geral, Estados não estão dispostos a se submeter a uma corte de outro país, portanto, seja por opção ou por exigência legal, diversos Estados não aceitam que a sede da arbitragem seja em outro Estado.

³⁸⁹ UNCITRAL. *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. pp. 20-21.

³⁹⁰ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 361.

4.3.2. A Convenção de Nova Iorque de 1958 como instrumento internacional de apoio e controle à Arbitragem de Investimento

Como apresentado na seção anterior, a Lei Modelo é uma importante referência de parâmetro internacional pró-arbitragem incorporada por diversos países como legislação nacional. Em complemento ao regime por ela implementado em nível nacional, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958³⁹¹ traz termos efetivos para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras³⁹². Segundo Peter Sanders, a Convenção de Nova Iorque é “*a peça central no mosaico de tratados e leis de arbitragem que garante a aceitação de sentenças e cláusulas arbitrais*”³⁹³.

O objetivo da Convenção de Nova Iorque é o de garantir que a execução de sentenças arbitrais e o encaminhamento das partes para a arbitragem sejam feitos de maneira uniforme³⁹⁴. Para tanto, ela simplificou o procedimento para execução de sentenças arbitrais estrangeiras e harmonizou as regras nacionais que lidam com este tema³⁹⁵. Isto é, as regras criadas visam garantir o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais proferidas em território diferente do território do país onde se busca o reconhecimento e a execução³⁹⁶.

³⁹¹ Conforme explicado na sessão 3.2.2.b, o artigo I(3) da Convenção de Nova Iorque permite que Estados a ratifiquem com duas reservas: aplicando seus efeitos apenas a países que também a tenham ratificado (reciprocidade) e limitando sua aplicação a disputas legais, contratuais ou não, que sejam consideradas comerciais. Esta segunda reserva pode vir a afastar a aplicação da Convenção de Nova Iorque em algumas disputas. No entanto, para os fins desta dissertação, em que a lei nacional de arbitragem que tomamos como base é a Lei Modelo da UNCITRAL, entendemos que, ainda que países tenham feito esta reserva, conforme apontado na seção anterior, não haverá prejuízo à aplicação da Convenção de Nova Iorque, visto que o termo comercial compreende o termo investimento.

³⁹² Conforme já havíamos destacado no capítulo III, a Convenção de Nova Iorque pode ser utilizada para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais em geral, inclusive as proferidas no âmbito do CIRDI, do Mecanismo Adicional ao CIRDI e de outras arbitragens institucionais ou *ad hoc*.

³⁹³ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. V.

³⁹⁴ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 567.

³⁹⁵ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 693.

³⁹⁶ A diferença entre reconhecimento e execução de uma sentença arbitral é importante, embora de utilidade prática limitada. O reconhecimento é o processo que faz com que a sentença arbitral passe a integrar um determinado sistema jurídico nacional, enquanto que a execução visa garantir o cumprimento forçado de uma determinada sentença arbitral (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. P. 9).

Em que pese a linguagem da Convenção de Nova Iorque ser taxativa com relação ao uso da expressão “território”, cumpre notar que as sentenças de arbitragens CIRDI são consideradas verdadeiramente internacionais e, portanto, não sujeitas à atribuição de nacionalidade derivada dos territórios nos quais tenham sido proferidas. O mesmo não se pode dizer das sentenças que são produzidas segundo as legislações nacionais, que permitem identificar um Estado no qual tenham sido proferidas, sujeitando-as ao controle das cortes destes Estados.

Pode-se dizer, inclusive, que a Convenção de Nova Iorque criou um sistema específico para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, o qual deve ser implementado com base em uma política pró-executória de sentenças arbitrais³⁹⁷. Não obstante, o princípio da máxima eficiência também é contemplado e deve ser utilizado na interpretação e aplicação da convenção de Nova Iorque. Isto é, se houver outros tratados ou leis aplicáveis, segundo os quais a sentença arbitral seja executável, eles devem ser aplicados³⁹⁸.

A grande utilização da Convenção de Nova Iorque se dá por pelo menos três motivos. O primeiro é sua vasta aceitação internacional, haja vista que 148 (cento e quarenta e oito) Estados já se tornaram parte dela³⁹⁹. O segundo é a influência que decisões judiciais baseadas na Convenção de Nova Iorque possuem entre países, de forma a garantir certa uniformidade em sua interpretação ao redor do mundo. O terceiro é sua esfera de aplicação, delimitada a cláusulas e sentenças arbitrais, com requisitos formais mínimos para a execução de sentenças arbitrais e critérios estritos para a sua não execução ou reconhecimento.⁴⁰⁰

Os requisitos formais mínimos para requerer o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral são dois: a parte interessada no pedido deve fornecer uma versão ou cópia autenticada da sentença arbitral e da cláusula arbitral. Ou seja, como ocorre no procedimento previsto na Convenção de Washington, a parte que requer o reconhecimento e a execução da sentença arbitral apenas deve arcar com o ônus da prova de que, em uma análise preliminar, há uma sentença e cláusulas arbitrais válidas⁴⁰¹.

Os critérios materiais para o não reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estão previstos no artigo V da Convenção de Nova Iorque e podem ser resumidos em sete itens: (a) incapacidade de uma das Partes para celebrar a cláusula arbitral e/ou invalidade de uma cláusula arbitral, (b) ausência de informação à parte contra quem se pretende executar a sentença sobre a designação do árbitro ou do processo de arbitragem,

³⁹⁷ Nas palavras de Lew, Mistellis e Kröll: “it is now generally accepted that agreements to arbitrate will be enforced by the courts of most countries which are party to the New York Convention. Upholding arbitration agreements and awards is an absolute prerequisite if international arbitration is to succeed and the New York Convention has provided the framework for this success”. LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. p. 22.

³⁹⁸ Esta é a disposição do artigo VII da Convenção de Nova Iorque. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. P. 15.

³⁹⁹ O Anexo 01 permite identificar de forma clara a abrangência mundial da Convenção de Nova Iorque. (BERG, Albert Jan Van den. *Contracting States*).

⁴⁰⁰ LEW, MISTELLIS and KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. P. 699.

⁴⁰¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. Pp. 71 e 72.

ou impossibilidade de apresentar seu caso; (c) disputa não contemplada por uma cláusula arbitral, ou que contenha decisões que extravasem o escopo da cláusula arbitral, (d) desconformidade entre a formação do tribunal arbitral ou processo arbitral e a cláusula arbitral, (e) sentença arbitral não vinculante, anulada ou suspensa, segundo as leis do país onde a sentença é proferida; (f) matéria objeto da arbitragem não arbitrável, e (g) contrariedade à ordem pública do local onde se busca reconhecer ou executar a sentença arbitral.

As hipóteses de não reconhecimento e execução de sentenças arbitrais previstas no artigo V da Convenção de Nova Iorque são muito similares às hipóteses de anulação da sentença arbitral e de não reconhecimento e não execução previstas na Lei Modelo da UNCITRAL. A própria UNCITRAL esclarece que as hipóteses de não reconhecimento e não execução de sentenças arbitrais são idênticas às previstas para a anulação de uma sentença arbitral, tendo ambas sido baseadas no artigo V da Convenção de Nova Iorque⁴⁰².

Apesar de utilizar linguagem diferente da prevista na Convenção de Nova Iorque, os requisitos discriminados no artigo 52 da Convenção de Washington para que uma sentença arbitral CIRDI seja anulada por um comitê *ad hoc* dizem respeito, na prática, a questões muito similares às previstas pela Convenção de Nova Iorque.

A proposta da seção seguinte deste trabalho é demonstrar esta proximidade existente entre as hipóteses do artigo 52 da Convenção de Washington e as previstas na Convenção de Nova Iorque em seu artigo V. Não se pretende exaurir todas as minúcias já analisadas segundo o artigo V da Convenção de Nova Iorque, tarefa esta que fugiria ao escopo desta dissertação e apenas repetiria o esforço de consolidação que já é feito em nível internacional por importantes professores especializados na matéria⁴⁰³.

4.3.3. As hipóteses de controle e apoio à arbitragem de investimento previstas na Lei Modelo da UNCITRAL e na Convenção de Nova Iorque em cotejo com a Convenção de Washington

Conforme apresentado na seção anterior, esta seção tem como objetivo apresentar as hipóteses previstas para o não reconhecimento e não execução de sentenças arbitrais

⁴⁰² UNCITRAL. *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. pp. 167-168.

⁴⁰³ Ao leitor interessado em acompanhar o desenvolvimento da jurisprudência sobre a Convenção de Nova Iorque, recomenda-se o acesso ao site <http://www.newyorkconvention.org> e a leitura dos diversos volumes do Yearbook Commercial Arbitration, ambos organizados por Albert Jan van den Berg.

estrangeiras, segundo o artigo V da Convenção de Nova Iorque⁴⁰⁴. O objetivo desta apresentação é permitir a comparação com os mecanismos de anulação de sentenças arbitrais previstos no artigo 52 da Convenção de Washington. O método que será utilizado para fazer esta abordagem comparativa, portanto, envolve o estudo de trabalhos que já realizaram a análise dos objetivos da Convenção de Nova Iorque e seu desenvolvimento jurisprudencial. Não há, no entanto, pretensão de exaurir todos os casos conhecidos sobre a matéria.

Preliminarmente, é necessário observar que a Lei Modelo da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque diferem quanto à sua natureza jurídica – a Lei Modelo da UNCITRAL é uma espécie de *soft law*, que pode ser incorporada a ordenamentos jurídicos nacionais, enquanto que a Convenção de Nova Iorque é um tratado internacional. Entretanto, ambos os diplomas partilham do mesmo objetivo: uniformizar os direitos nacionais no que toca a disciplina da arbitragem comercial e a homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelas cortes nacionais⁴⁰⁵.

A comparação com a Convenção de Washington, neste sentido, pode parecer gerar estranhamento, tendo em vista que esta é fundada em um regime de Direito Internacional Público que tem como objetivo evitar a atuação das cortes nacionais. Entretanto, o efeito prático buscado por ambas as estruturas jurídicas é o mesmo: permitir a resolução de conflitos por meio de arbitragem e garantir execução de sentenças arbitrais. A hipótese com que se trabalha é a de que o efeito uniformizador desejado pela Convenção de Nova Iorque e pela Lei Modelo da UNCITRAL, se atingido, pode garantir o mesmo nível de proteção conferido pela Convenção de Washington.

Em virtude desta delimitação, os temas que serão analisados dizem respeito apenas às hipóteses de não reconhecimento e não execução de sentenças arbitrais, conforme delimitado anteriormente. Não se justifica fazer a análise extensiva dos mecanismos de apoio, tais como procedimentos para assegurar a composição do tribunal arbitral, definir a jurisdição do tribunal arbitral, garantir assistência judicial para produção de provas ou em caso de urgência, pois na arbitragem CIRDI, regulada pela Convenção de Washington, todas estas

⁴⁰⁴ Conforme apresentado na seção anterior, como os requisitos para não reconhecimento e/ou não execução de uma sentença arbitral, segundo a Convenção de Nova Iorque, são muito próximos aos previstos na Lei Modelo da UNCITRAL (tanto para reconhecimento e execução, quanto para anulação da sentença arbitral), far-se-á referência livremente à eventuais comentários e julgados relacionados à Lei Modelo da UNCITRAL, mas que não necessariamente tenham aplicado a Convenção de Nova Iorque.

⁴⁰⁵ Esta é uma diferença substantiva em relação à Convenção de Washington e ao sistema CIRDI por ela criado, que é fundado no Direito Internacional Público e que tem como objetivo ser independente dos direitos nacionais.

matérias são de competência do tribunal arbitral, e não há a figura do auxílio de cortes estatais.

Antes de especificarmos as minúcias de cada item para possível não reconhecimento ou não execução de uma sentença arbitral, é importante esclarecer e especificar as quatro regras básicas que devem guiar esta interpretação e que são muito similares às regras de interpretação do artigo 52 do CIRDI.⁴⁰⁶

A primeira regra é a de que o juiz estatal está impedido de revisitar o mérito da sentença arbitral. O objetivo da regra é impedir que tribunais e juízes substituam a decisão tomada pelo tribunal arbitral, ainda que tenha havido algum erro de fato ou de direito.

A segunda regra é a de que o ônus de prova de qualquer dos impedimentos ao reconhecimento ou à execução da sentença arbitral é do requerido. Há duas exceções a este item, ambas previstas no artigo V(2) da Convenção de Nova Iorque. Nos termos do artigo V(2) juízes e cortes nacionais podem verificar diretamente – independentemente de prova ou de alegação da parte contra a qual se busca o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral – se a sentença diz respeito a matéria arbitrável ou se viola a ordem pública do local onde se busca a execução.

A terceira regra determina que a lista do artigo V é exaustiva. Ela é complementada pela quarta regra, que estabelece que a interpretação de cada requisito desta lista deve ser restritiva.

Por fim, a quinta regra estabelece que as cortes nacionais devem impedir o reconhecimento e a execução da sentença arbitral, caso uma das hipóteses do artigo V seja verificada. Diferentemente do mecanismo de anulação do CIRDI, portanto, não há que se falar em poder discricionário para negar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral.⁴⁰⁷

Estabelecidas as balizas hermenêuticas às quais o artigo V da Convenção de Nova Iorque está sujeito, passa-se a analisar e comparar suas previsões com aquelas do artigo 52 da Convenção de Washington.

⁴⁰⁶ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 78.

⁴⁰⁷ Algumas cortes, no entanto, entendem que caso uma das hipóteses do artigo V esteja presente e a violação suscitada pelo requerido seja *de minimis* ou não tenha sido levantada durante a arbitragem, deve-se exercer o poder de concessão do reconhecimento e execução. INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 83.

a. Incapacidade de uma das Partes para celebrar a cláusula arbitral e/ou invalidade de uma cláusula arbitral

A incapacidade de uma das Partes para celebrar a cláusula arbitral e/ou invalidade de uma cláusula arbitral são as duas primeiras hipóteses do artigo V da Convenção de Nova Iorque. Ambas as questões apenas poderão ser avaliadas por uma corte nacional caso sejam especificamente arguidas pela parte requerida e devidamente comprovadas. Ambas dizem respeito a um vício no próprio fundamento de validade de um processo arbitral.

Quanto à primeira hipótese, o sentido do termo “incapacidade” é geralmente atribuído às defesas que invocam incapacidade mental, física ou de falta de poder para assinar uma determinada cláusula arbitral – seja por falta de poder estatutário para representar uma pessoa jurídica, por ser a pessoa incapaz em função de sua minoridade civil ou de algum tipo de debilidade psíquica e/ou mental.⁴⁰⁸ Neste sentido, o termo incapacidade pode também assumir uma conotação mais abrangente como falta de poder para executar um determinado ato.

O poder de contratar é uma questão especialmente sensível para alguns Estados. Há países que possuem em sua legislação nacional proibição de que certas disputas fiquem sujeitas à arbitragem e, neste sentido, o próprio Estado ou as empresas por ele controladas estariam impedidas de se comprometer com uma cláusula arbitral⁴⁰⁹. Isto não significa que entidades estatais estejam fora do escopo da Convenção de Nova Iorque; pelo contrário, segundo o levantamento feito por Albert Jan Van den Berg, o entendimento comum dos tribunais é no sentido de que ao concordar em se sujeitar à arbitragem, renuncia-se à imunidade soberana, e de que a Convenção de Nova Iorque se aplica a cláusulas e sentenças arbitrais que se relacionem a atividades comerciais em seu sentido mais amplo.⁴¹⁰

Já a segunda hipótese diz respeito aos requisitos de validade (formais e materiais) de uma cláusula arbitral, conforme definido pela Convenção de Nova Iorque. Assim, a cláusula arbitral deve vincular as partes do conflito por livre e espontânea vontade destas e

⁴⁰⁸ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 85.

⁴⁰⁹ A possibilidade de o Estado, ou entidade por ele controlada, celebrar uma cláusula arbitral, aliás, é a primeira pergunta que deve ser feita quando se contrata uma cláusula arbitral com uma parte Estatal. (BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. pp. 278-280).

⁴¹⁰ BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Pp. 279-280.

ser celebrada na forma escrita. O entendimento jurisprudencial atual deste requisito permite-nos concluir que, embora haja deferência judicial ao poder dos árbitros de determinar sua própria competência (de acordo com o princípio do *kompetenz-kompetenz*), as cortes nacionais têm o poder de rever os fatos e a decisão do tribunal arbitral para fins de determinação de sua jurisdição⁴¹¹.

Esta previsão de controle da Convenção de Nova Iorque representa uma importante diferença em relação às previsões de controle da Convenção de Washington. A Convenção de Washington não disciplina os requisitos de validade de uma cláusula arbitral, tampouco estabelece a capacidade das partes como uma das possíveis válvulas de controle sobre a sentença arbitral.

Da perspectiva do Estado, isto se justifica pelo fato de que a Convenção de Washington, por criar um mecanismo de resolução de conflitos próprio para disputas entre investidores e Estados ou entidades estatais, resolve o problema de autorização para celebração de cláusula arbitral colocado pelo Art. (V)(1)(a) da Convenção de Nova Iorque. Em outras palavras, ao assinar e ratificar a Convenção de Washington não há como se questionar que o Estado esteja se comprometendo a submeter à arbitragem suas disputas relacionadas a investimentos. A arbitragem CIRDI representa uma garantia de que o Estado se sujeita validamente à arbitragem.

Isto não significa, no entanto, que a Convenção de Nova Iorque não dê a proteção necessária à execução de sentenças arbitrais contra entidades estatais. De fato, existe permissão para que cortes nacionais reavaliem a decisão do Tribunal Arbitral sobre a validade da cláusula arbitral, caso isso venha a ser um assunto debatido. No entanto, como identificado pelo Albert Jan Van den Berg, a tendência das cortes nacionais é a de garantir jurisdição ao tribunal arbitral se a arbitragem envolve partes nacionais de outros países e o Estado, efetivamente, se compromete com a cláusula arbitral.⁴¹²

Evidente, no entanto, que o investidor diligente deverá buscar se informar sobre a possibilidade de a legislação do Estado com o qual esteja contratando, ou no qual esteja investindo, permitir, como regra geral, a participação do Estado ou de entidades estatais em procedimentos arbitrais e também os eventuais requisitos colocados pela legislação nacional para esta participação.

⁴¹¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 88.

⁴¹² BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. pp. 279-280.

b. Ausência de informação à parte contra quem se pretende executar a sentença da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou impossibilidade de apresentar seus argumentos

A segunda hipótese de não reconhecimento e não execução de uma sentença arbitral exige prova de ter a parte que se opõe ao reconhecimento ou à execução da sentença arbitral sido substantivamente privada pelo tribunal arbitral do direito de se defender ou participar do processo. O objetivo desta previsão é garantir a necessária flexibilidade do procedimento arbitral, conforme definido pelos árbitros e pelas partes, com um parâmetro mínimo aceitável de acordo com o devido processo legal substantivo.

Em outras palavras, esta segunda hipótese não garante às cortes nacionais o poder de definir como os árbitros e os tribunais arbitrais irão conduzir o procedimento. Pelo contrário, ela legitima os amplos poderes para definir os procedimentos, desde que se garanta às partes: (i) notificação adequada⁴¹³; (ii) audiência sobre as provas, e; (iii) decisão imparcial.⁴¹⁴

O correspondente mais próximo desta previsão na Convenção de Washington é o artigo 52(1)(d), que prevê a possibilidade de anulação de uma sentença arbitral, se houver descumprimento grave de uma norma procedimental fundamental. Em que pese a linguagem mais ampla utilizada na Convenção de Washington, as decisões dos casos submetidos aos comitês de anulação nos permite a comparação. Como visto no capítulo anterior, os questionamentos a que sentenças de arbitragem CIRDI já foram submetidas com base nesta previsão foram gerados, em suma, por: (i) violação ao direito da parte de ser ouvida, (ii) ausência ou abuso de deliberação entre os árbitros e (iii) violação às regras de produção de provas.

Não só as hipóteses arguidas de anulação da sentença arbitral são similares às de não reconhecimento ou não execução, como também o parâmetro utilizado é similar. Tanto na Convenção de Washington como na Convenção de Nova Iorque o parâmetro para se

⁴¹³ A notificação adequada da existência do processo arbitral e dos atos processuais pode ser resumida a enviar os melhores esforços para garantir que a outra parte saiba da existência da arbitragem e dos atos processuais que estão sendo nela praticados. Se não houver participação de uma parte, devidamente notificada, presume-se que a não participação seja uma opção desta parte e que, portanto, não haja prejuízo no sentido do art. V(1)(b). INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p.89.

⁴¹⁴ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 89.

definir se houve violação a uma norma procedimental essencial é fundamentalmente internacional. Desta forma, apesar de ser aplicada por cortes nacionais, a Convenção de Nova Iorque legitima que procedimentos de natureza jurisdicional não precisam, necessariamente, seguir os parâmetros e regras processuais nacionais. Esta noção é confirmada em casos em que se decidiu que, apesar de haver uma violação à noção nacional de devido processo legal, esta violação não necessariamente constitui uma violação do devido processo legal quando uma sentença arbitral é estrangeira.⁴¹⁵

Por fim, vale notar também que em diversos países a noção de devido processo legal integra a concepção de ordem pública, de forma que algumas situações de não reconhecimento ou de não execução de sentenças arbitrais podem ser construídas também sob a égide do Art. V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque.

c. Disputa não contemplada por uma cláusula arbitral ou que contenha decisões que extravasem o escopo da cláusula arbitral

A terceira hipótese de não reconhecimento ou não execução de uma sentença arbitral diz respeito ao limite estabelecido pelas partes para que o tribunal arbitral exerça sua competência. Neste sentido, a análise da cláusula arbitral e dos pedidos feitos pelas partes é fundamental, visto que determina o escopo do que será tratado no procedimento arbitral.

Note-se que não se trata de um questionamento da validade da cláusula arbitral, como é o caso do art. V(I)(a) da Convenção de Nova Iorque, mas de decisões do tribunal arbitral que estariam fora do que foi proposto e concedido como prerrogativa para as partes. Isto é, ao analisar um pedido feito com base nesse artigo, uma corte nacional deve aplicar um teste duplo sobre (i) o que constitui o escopo da cláusula arbitral e (ii) as matérias que foram submetidas pelas partes para a resolução da disputa.

Isto não significa, no entanto, que as cortes nacionais tenham a prerrogativa de reexaminar o mérito da disputa, ao verificar o pedido feito segundo o art. V(I)(c). Na verdade, a prática estabelecida por cortes nacionais de diferentes países é no sentido de adotar uma interpretação estrita do artigo e de permitir que apenas a parte das sentenças arbitrais que exceda ao escopo da cláusula e do pedido das partes deixe de ser executada ou reconhecida.

⁴¹⁵. BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 653

As decisões de que se tem notícia estabelecem que este princípio deva prevalecer, em consonância com o espírito da convenção de deferência ao poder dos árbitros.⁴¹⁶

No mesmo sentido, as cláusulas modelos preparadas pelas instituições arbitrais (e muitas vezes utilizadas pelas partes) visam garantir aos árbitros maior leque de atuação em quaisquer disputas que venham a existir numa relação comercial (geralmente de cunho contratual), evitando, assim, questionamentos sobre as possibilidades de atuação dos árbitros.

O correspondente desta previsão na Convenção de Washington é o artigo 51(1)(b), que prevê a possibilidade de anulação da sentença arbitral quando o Tribunal Arbitral manifestamente tenha extrapolado seus poderes. Neste sentido, há duas distinções importantes entre as Convenções.

A primeira delas, que salta aos olhos em uma análise da linguagem utilizada na redação das Convenções, é o uso do termo “manifesto” na Convenção de Washington. Como apontado no Capítulo III, o uso desta expressão autoriza os comitês de anulação a anular a sentença (ou parte da sentença) apenas nos casos em que considerem que o excesso de poderes é manifesto. Há, portanto, uma análise de cunho valorativo, que não está prevista na Convenção de Nova Iorque.

A diferença prática, no entanto, não é tão gritante, haja vista que diversas cortes nacionais possuem uma política pró-arbitragem que permite maior deferência ao poder dos árbitros. Esta política, no entanto, por ser nacional, pode variar de país para país, de forma que não representa uma garantia da própria convenção na forma prevista na Convenção de Washington e estabelecida pelos comitês de anulação.

A segunda diferença diz respeito à profundidade de análise feita pelos comitês *ad hoc* sobre o escopo dos poderes do tribunal arbitral. Na Convenção de Washington, a prática estabelecida é a de permitir que os comitês de anulação analisem alegações de excesso de poderes envolvendo questões jurisdicionais (e.g. se um tribunal arbitral possui poderes para ouvir e julgar determinada matéria) e de cunho material (e.g. se o tribunal arbitral aplicou o direito devido).

Isto, no entanto, não ocorre na Convenção de Nova Iorque, segundo a qual as cortes nacionais estão impedidas de avaliar substantivamente o mérito das disputas submetidas à arbitragem. Na prática do CIRDI isto não é o que tem sido observado, tendo em

⁴¹⁶ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 319

vista que os comitês de anulação chegam a avaliar se houve aplicação correta e substancial da chamada *proper law*.

d. Desconformidade da formação do tribunal arbitral ou processo arbitral com a cláusula arbitral

A quarta hipótese prevista no artigo V(1) relaciona-se a descompassos entre o procedimento para a formação do tribunal arbitral, ou condução do procedimento arbitral, e a vontade das partes, expressa primordialmente na cláusula arbitral. Na falta de acordo das partes com relação a estes dois itens, a análise das cortes nacionais deve se basear na conformidade da formação do tribunal arbitral, ou do processo arbitral, com a lei do país no qual a arbitragem é realizada.⁴¹⁷

Esta previsão da Convenção de Nova Iorque foi um importante passo em relação à Convenção de Genebra de 1927, considerada sua predecessora⁴¹⁸. Isto porque, segundo a Convenção de Genebra, uma sentença arbitral poderia ter seu reconhecimento ou execução recusados, se houvesse desconformidade do procedimento com o acordo das partes ou com a lei do país no qual a arbitragem se realizasse. Este duplo teste exigia, portanto, que os procedimentos arbitrais estivessem necessariamente alinhados com o rigor procedimental nacional. Neste sentido, o teste previsto pela Convenção de Nova Iorque garante muito mais flexibilidade às partes e representa um importante passo no sentido de internacionalização da arbitragem.⁴¹⁹

São poucos os casos em que o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais foram recusados em virtude desta disposição. Isto se deve ao amplo entendimento de cortes nacionais de que a negativa ao reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral apenas deva existir se houver, de fato, algum prejuízo ao seu direito. Em outras palavras, prevalece a posição de que as cortes nacionais devem avaliar se a condução do procedimento foi justa, de forma que um desvio procedimental menor (*de minimis*) não deva obstar o reconhecimento

⁴¹⁷ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. p. 658.

⁴¹⁸ A Convenção de Genebra de 1927 tinha objetivo semelhante ao da Convenção de Nova Iorque e também visava garantir a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

⁴¹⁹ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. p. 658.

nem a execução da sentença. Isto é, a avaliação de violação deve considerar a existência de prejuízos efetivos à parte que se opõe ao reconhecimento ou à execução⁴²⁰.

Casos em que o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais foram negados por cortes nacionais envolvem desvios substantivos do previsto pelas partes em seu acordo. Exemplos clássicos envolvem (i) decisão tomada por dois árbitros que optaram por não designar um terceiro árbitro, embora previsto na cláusula arbitral⁴²¹; (ii) designação do presidente de um tribunal arbitral por uma corte nacional sem que tivesse sido dado tempo para que os árbitros indicados pelas partes o indicassem, como previsto na cláusula arbitral⁴²²; e, (iii) uso de regras procedimentais diferentes das previstas pelas partes em seu acordo inicial⁴²³.

O correspondente mais próximo desta previsão na Convenção de Washington é o artigo 52(1)(a), que permite a anulação da sentença arbitral caso o tribunal arbitral não tenha sido constituído corretamente. Como apresentado no capítulo anterior, a única questão que foi submetida a um comitê de anulação no âmbito do CIRDI sobre este artigo disse respeito ao conflito de interesses do presidente do tribunal arbitral com uma das partes, tendo sido rejeitado o pedido de anulação.

Novamente, considerando a linguagem, particularmente neste item há uma importante diferença entre as duas Convenções. A Convenção de Nova Iorque prevê que desconformidades do processo arbitral com a cláusula arbitral são também causas de não reconhecimento e não execução da sentença arbitral, enquanto a Convenção de Washington limita-se à constituição incorreta do tribunal arbitral. No âmbito do CIRDI não há espaço para escolha de regulamentos de arbitragem diferentes do regulamento CIRDI, mas as partes podem escolher pela aplicação de regras específicas, por exemplo, para a produção de provas.

Nesse caso, eventual desconformidade do processo arbitral com o estipulado pelas partes não seria analisado segundo esta previsão da Convenção de Washington, mas

⁴²⁰ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. pp. 95-99.

⁴²¹ Conforme decidido pela Corte di Appello, Florence, 13 de abril de 1978 (Rederi Aktiebolaget Sally v. srl Termarea). INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 97.

⁴²² Caso decidido pela United States Court of Appeals, Second Circuit, em 31 de Março de 2005 (Encyclopaedia Universalis S.A v. Encyclopaedia Britannica, Inc). INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 98.

⁴²³ Caso decidido pela Court of Appeals da Turquia, 15th Legal Division, em 1 de Fevereiro de 1996 (Osuuskunta METEX Andelslag V.S. v. Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü General Directorate, Ankara). INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. p. 100.

segundo a regra do artigo 51(1)(d). Esta regra prevê a possibilidade de anulação da sentença arbitral em caso de descumprimento de norma procedimental fundamental, que consiste em um parâmetro muito mais elevado do que o previsto na Convenção de Nova Iorque, haja vista a necessidade de existência de prova de que referida norma é “fundamental”.

e. Sentença arbitral não vinculante, anulada ou suspensa, segundo as leis do país onde a sentença foi proferida;

Esta última hipótese do artigo V(1) da Convenção de Nova Iorque exige que a parte contra a qual se busque o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral prove que a sentença arbitral ainda não tenha se tornado vinculante às partes nem tenha sido anulada ou suspensa segundo as leis do país onde foi proferida.

Com relação ao momento em que uma sentença arbitral se torna vinculante, diferentemente do que ocorre na arbitragem segundo a Convenção de Washington – que estabelece o efeito vinculante da sentença arbitral a partir do proferimento da sentença arbitral – no âmbito da Convenção de Nova Iorque, o assunto gera divergências entre cortes nacionais. Algumas cortes entendem que este momento deve ser determinado de acordo com a lei do país onde a sentença arbitral foi proferida. Outras cortes, no entanto, já decidiram que uma sentença arbitral é vinculante a partir do momento em que não haja nenhum recurso regular à disposição das partes.⁴²⁴

Esta segunda interpretação, autônoma em relação aos sistemas nacionais, como objetivado pela Convenção de Nova Iorque, deixa clara a desnecessidade de um *exequatur* duplo⁴²⁵. Isto porque, a força vinculante de uma sentença arbitral independe do cumprimento de requisitos formais da lei nacional, como o depósito da sentença junto a uma corte, ou a necessidade de realizar um procedimento atributivo de força vinculante à sentença arbitral⁴²⁶. Deve-se, em todo o caso, sempre verificar o que as partes previram a respeito – seja diretamente em sua cláusula arbitral, prevendo uma instância arbitral revisora, seja

⁴²⁴ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. pp. 101-102.

⁴²⁵ A figura do *exequatur duplo* foi historicamente utilizada nos países que não reconheciam o efeito vinculante da sentença arbitral, exigindo que eventual sentença fosse homologada ou tivesse seu efeito vinculante declarado por uma corte nacional competente. Somente a partir do cumprimento deste requisito (primeiro *exequatur*) é que seria lícito à parte interessada deduzir pedido de homologação e execução da sentença arbitral em Estado diverso do seu (segundo *exequatur*).

⁴²⁶ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. pp. 659-660.

indiretamente, escolhendo um regulamento que estipule um período para que a sentença se torne vinculante.

A segunda parte desta previsão diz respeito à anulação ou suspensão de uma sentença arbitral, no país da sede da arbitragem, isto é, onde a sentença arbitral foi proferida, ou onde se presume que tenha sido proferida⁴²⁷. O critério utilizado pela Convenção de Nova Iorque impede que o mero pedido de anulação ou suspensão da sentença arbitral obste o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral. Desta forma, uma corte nacional apenas está autorizada a não garantir o reconhecimento ou execução de uma sentença arbitral, segundo o artigo V(1)(e), nos casos em que haja uma decisão das cortes da sede da arbitragem anulando ou suspendendo a sentença arbitral.⁴²⁸

Não há (e sequer deveria haver) correspondente a esta previsão na Convenção de Washington. Isto porque todo o controle da arbitragem CIRDI é centralizado no tribunal arbitral e, eventualmente, no comitê de anulação, com o apoio da Secretaria do CIRDI. Assim, qualquer pedido de anulação da sentença arbitral é certificado pela Secretaria do CIRDI que pode, inclusive, por meio do secretário geral, a pedido da parte que busca a anulação da sentença arbitral, suspender a execução da sentença, conforme prescreve o artigo 52(5) da Convenção de Washington.

Assim, diferentemente do que ocorre no regime da Convenção de Nova Iorque, o regime de certificação da sentença arbitral junto à Secretaria do CIRDI impede que, na prática, uma sentença arbitral CIRDI seja executada sem que já tenha se tornado vinculante às partes. A linguagem da Convenção de Washington também é clara ao estabelecer que a execução deve ser suspensa, e não negada, como previsto na Convenção de Nova Iorque.

f. Matéria objeto da arbitragem não arbitrável

O primeiro item segundo o qual cortes nacionais podem, *ex officio*, negar o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral diz respeito à arbitrabilidade da disputa. O parâmetro para que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral sejam

⁴²⁷ O local da sede da arbitragem é também conhecido por ser a jurisdição primária de controle, a qual detém o poder de supervisão sobre a condução do procedimento arbitral. Isto está em consonância com o princípio de que uma sentença arbitral apenas pode ser anulada no país de origem (também conhecido como “sede da arbitragem”, em algumas jurisdições). BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 661.

⁴²⁸ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. pp. 102-103.

negados, na base desta hipótese, é alto, de forma que a não arbitrabilidade deve se relacionar diretamente com o objeto da disputa, segundo as regras do país onde se busca o reconhecimento e a execução da sentença arbitral.⁴²⁹

Esta previsão está diretamente relacionada ao artigo V(2)(b), que permite a uma corte negar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral se esta for contrária à ordem pública local. Isto se dá pelo fato de se considerar que a arbitrabilidade de uma determinada matéria reflete o interesse nacional de um Estado em permitir que a resolução de um conflito se dê por uma via extrajudicial⁴³⁰.

O rol de casos em que o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral foram negados com base neste fundamento é limitado, em função de dois fatores primordiais. O primeiro é a tendência de legislações nacionais para permitir que um rol maior de disputas seja solucionado por meio de arbitragem.⁴³¹ O segundo é a distinção estabelecida e reconhecida em diversas jurisdições entre ordem pública nacional e ordem pública internacional. Esta distinção é bem explicada por Albert Jan Van den Berg:

*“The distinction between domestic and international public policy means that what is considered to pertain to public policy in domestic relations does not necessarily pertain to public policy in international relations. According to this distinction, the number of matters considered as falling under public policy in international cases is smaller than that in domestic ones. The distinction is justified by the differing purposes of domestic and international relations”*⁴³²

Foi com base nesta distinção que algumas cortes nacionais permitiram o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, apesar de a matéria objeto da arbitragem ter sido contrária à sua ordem pública nacional. Isto ocorreu, por exemplo, nos casos *Scherk v. Alberto-Culver Co.* e *Soler v. Mitsubishi*, que são internacionalmente reconhecidos como casos paradigmáticos da matéria.

No caso *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que disputas relacionadas a transações de valores mobiliários serão arbitráveis se o

⁴²⁹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. P. 105.

⁴³⁰ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. pp. 665-666.

⁴³¹ Casos em que tipicamente o uso da arbitragem não é permitido dizem respeito a divórcio, guarda de crianças, cumprimento de testamentos e falências ou encerramento compulsório de empresas. (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. P. 105.)

⁴³² BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 664.

contrato for internacional. Para contratos nacionais, no entanto, a disputa é considerada não arbitrável. O caso Mitsubishi, também decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sedimentou o entendimento de que pedidos relacionados a matérias concorrenciais podem ser submetidos à arbitragem caso a arbitragem se dê em um contexto internacional.⁴³³

Algumas matérias relacionadas a Estados ainda geram particular preocupação quando se trata de arbitrabilidade, em especial quando os atos em discussão são os chamados atos de império (*jus imperi*). Diversos Estados adotaram a teoria dos Atos de Estado, segundo a qual cada Estado soberano deve respeitar a independência de outro Estado soberano, de forma a não interferir nem julgar atos de Estado por ele praticados. Esta teoria embasou a decisão da Corte Distrital de Columbia, nos Estados Unidos, no caso *LIAMCO v. Libya*, pela qual a execução de uma sentença arbitral foi indeferida com fundamento no artigo V(2)(a). Em suma, a Corte considerou que a matéria (legalidade da expropriação), por se tratar de um Ato de Estado, não era arbitrável⁴³⁴.

Como se nota nesse caso, que ocorreu na década de 1980, a Corte Distrital de Columbia chegou a verificar a substância material da disputa com relação à legalidade da nacionalização ocorrida, considerando que, como os valores a serem executados estavam relacionados à esta questão, dever-se-ia analisar a arbitrabilidade da matéria. O efeito prático da decisão foi tornar sem efeito a cláusula arbitral, em uma aplicação extensiva da doutrina de “atos de império” à cláusula arbitral. A decisão, que não foi revertida, foi duramente criticada pela doutrina, e por decisões subsequentes de Cortes do próprio Estados Unidos e de outros Estados, que consideraram que um Estado não poderia unilateralmente revogar seu compromisso de submeter disputas à arbitragem, ainda que se utilizando da doutrina de “atos de império”.⁴³⁵

O entendimento estabelecido sobre a Convenção de Nova Iorque é o de que ela adotou um critério realmente internacional para a verificação da arbitrabilidade de determinadas matérias. Desta forma, uma sentença arbitral apenas deveria ter seu reconhecimento ou execução negados por uma corte nacional, no âmbito do artigo V(2), caso

⁴³³ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 664.

⁴³⁴ *LIAMCO v. Libya*. No. U.S. no. 33. U.S. District Court for the District of Columbia.

⁴³⁵ BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Pp. 371-373.

a ordem pública do país fosse violada de forma essencial, em suas noções mais básicas de moral e justiça⁴³⁶.

A Convenção de Washington não possui uma previsão propriamente equivalente à do Artigo V(2)(a) da Convenção de Nova Iorque. Isto se justifica pelo mesmo fato apresentado no item “a” desta subseção: ao assinar e ratificar a Convenção de Washington, o Estado automaticamente garante aos investidores e demonstra publicamente que as matérias contidas na Convenção de Washington são consideradas arbitráveis em seu território.

Há, no entanto, uma peculiaridade no regime de reconhecimento e execução previsto no artigo 54 da Convenção de Washington. Como apresentado no Capítulo III, apenas obrigações pecuniárias resultantes da sentença arbitral estão dispensadas do procedimento de reconhecimento, devendo ser reconhecidas como resultante de um julgamento final de uma corte do Estado. As demais obrigações (eventuais ordens para execução específica ou qualquer obrigação não pecuniária) resultantes de uma sentença arbitral CIRDI deverão ser executadas segundo a Convenção de Nova Iorque ou a lei do Estado no qual se busca a execução.

Isto significa que, ainda que se tenha uma arbitragem CIRDI, há um risco de que determinadas decisões dos árbitros devam ser reconhecidas e executadas segundo a Convenção de Nova Iorque e, portanto, fiquem sujeitas ao regime de arbitrabilidade previsto no local da execução. Desta forma, ainda que se trate de uma arbitragem CIRDI, é necessário que se verifique se os países onde se buscará a execução da sentença arbitral possuem algum óbice à arbitrabilidade de matérias envolvendo Estados e o alcance desse óbice.

g. Contrariedade à ordem pública do local onde se busca reconhecer ou executar a sentença arbitral

A última previsão do artigo V da Convenção de Nova Iorque autoriza o juiz a, *ex officio*, negar o reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral que contrarie a ordem pública do país onde se busca reconhecê-la ou executá-la⁴³⁷. Não há qualquer definição do que seria esta “ordem pública”, nem mesmo se os princípios a serem utilizados em sua definição devem ser nacionais ou internacionais (estes, mais estritos). Diversas cortes

⁴³⁶ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. P. 665.

nacionais têm adotado a visão mais estrita, aplicando normas substantivas provenientes de fontes internacionais.

Neste sentido, as recomendações de 2002 da Associação do Direito Internacional (*International Law Association*⁴³⁸) têm sido utilizadas como fonte que reflete as melhores práticas internacionais. A definição geral de ordem pública internacional é utilizada, segundo a ILA, para:

*“designate the body of principles and rules recognized by a State, which, by their nature, may bar the recognition or enforcement of an arbitral award rendered in the context of international commercial arbitration when recognition or enforcement of said award would entail their violation on account either of the procedure pursuant to which it was rendered (procedural international public policy) or of its contents (substantive international public policy).”*⁴³⁹

Assim, a ordem pública internacional de um Estado incluiria, questões como:

*“(i) Fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned;
(ii) Rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as “lois de police” or “public policy rules”; and
(iii) The duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations.”*⁴⁴⁰

Em outras palavras, o parâmetro para que uma sentença arbitral não seja reconhecida ou executada, com fundamento no artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque, é bastante alto. Matérias que já deram aso à anulação de sentenças arbitrais com base em uma alegação de violação à ordem pública foram, por exemplo: (i) violação do devido processo legal por falta de oportunidade de apresentar a defesa em igualdade de condições; (ii) falta de independência ou de imparcialidade de um árbitro; (iii) irregularidades no procedimento arbitral que levem à uma violação fundamental do devido processo legal; (iv) não

⁴³⁷ Conforme apresentado no item “f”, acima, a doutrina e a jurisprudência consideram que questões atinentes à arbitrabilidade possuem estreita relação com o conceito de ordem pública. Em todo o caso, a Convenção de Nova Iorque possui determinação específica que permite o controle de sentenças estrangeiras com base na previsão genérica de violação à ordem pública. É sobre este assunto que esta seção tratará.

⁴³⁸ A International Law Association foi fundada em 1873 e tem como objetivos o estudo, esclarecimento e desenvolvimento do direito internacional público e privado e o apoio ao entendimento e respeito ao Direito Internacional. A associação tem *status* consultivo, como uma organização internacional não governamental, junto a diversas agências especializadas da ONU.

⁴³⁹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. P. 107.

⁴⁴⁰ International Law Association. *International Law Association Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards*. Cláusula 1(d).

arbitrabilidade da matéria objeto da disputa, e; (v) constatação de que a disputa era, na verdade, uma simulação feita entre empresas do mesmo grupo.⁴⁴¹

Da mesma forma como a disposição do artigo V(2)(a), não há previsão similar a esta na Convenção de Washington. Isto não significa, no entanto, que a ordem pública não estabeleça limites à atuação dos árbitros no âmbito da arbitragem CIRDI. Pela breve lista que foi elaborada no parágrafo anterior, fica claro que diversos destes tópicos estão colocados na Convenção de Washington também. Este é o caso, por exemplo, do descumprimento grave de uma norma procedimental fundamental (artigo 52(1)(d)) e da sentença prolatada por tribunal arbitral de alguma forma contaminado por corrupção (artigo 52(1)(c)).

Vale apontar, no entanto, uma importante diferença entre a Convenção de Washington e a Convenção de Nova Iorque. Como apresentado no capítulo anterior, a falta de motivação da sentença arbitral é uma das possibilidades de anulação da sentença arbitral CIRDI, como prescreve o Artigo 52(1)(e), sendo considerada medida essencial de administração da justiça.

Este não é o entendimento das cortes nacionais ao aplicarem a Convenção de Nova Iorque. Como verifica Albert Jan Van den Berg, ao se fazer a distinção entre ordem pública nacional e ordem pública internacional de um Estado, as cortes nacionais de países que exigem que sentenças sejam motivadas, usualmente entendem que sentenças não motivadas proferidas em países que não exigem motivação da sentença são válidas e passíveis de reconhecimento e execução.⁴⁴²

É possível entender, portanto, que o parâmetro internacional da Convenção de Nova Iorque, no que toca à ordem pública, é diferente do parâmetro internacional previsto na Convenção de Washington. Não é possível (tampouco seria objeto deste trabalho) fazer uma lista exaustiva de todas as matérias que já deram causa à recusa do reconhecimento e execução de uma sentença arbitral estrangeira, com base no artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque; no entanto, fica claro que o critério de ordem pública internacional fixado pela Convenção de Nova Iorque permite maior flexibilidade para que os árbitros motivem (ou não) sua sentença arbitral.

⁴⁴¹ BERG, Albert Jan van den. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volumex XXII (1997) - XXVII (2002)*. pp. 666-668.

⁴⁴² BERG, Albert Jan van den. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Pp. 380-381.

Assim, no âmbito de arbitragens tuteladas pela Convenção de Nova Iorque, é obrigação das partes exigir, no momento da celebração da cláusula arbitral, decisões motivadas proferidas pelos árbitros. Nesse sentido, a Convenção de Washington gera maior transparência e controle das partes sobre o procedimento arbitral do que a própria Convenção de Nova Iorque.

4.3.4. A redação da cláusula arbitral e a escolha de um regulamento adequado

Até este momento, foram apresentadas as duas variáveis legais mais importantes para a arbitragem de investimento realizada fora do âmbito do CIRDI: a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional – que inspirou e serviu de base para a legislação nacional de diversos países – e a Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras – que é considerada o principal instrumento internacional público de apoio à arbitragem comercial no mundo. Ambos os instrumentos não propugnam a criação de um regime jurídico internacional, mas destinam-se a gerar parâmetros uniformes para o tratamento da arbitragem nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

No entanto, a arbitragem, como bem se sabe, não é baseada apenas na lei nacional ou em uma convenção internacional, mas, fundamentalmente, na vontade das partes, expressa por meio de cláusulas arbitrais. Para a arbitragem de investimento, como apresentado no Capítulo II, isto não é diferente e esta é a razão pela qual ao se pensar na elaboração de uma política pública de proteção de investimento e considerar as alternativas aqui descritas no que toca o capítulo de resolução de conflitos, deve-se ter especial atenção à elaboração da cláusula arbitral e aos limites a ela impostos pelo ordenamento jurídico ao qual se sujeite.

Da mesma forma, ao se optar por investir em um país que possui uma política de resolução de disputas relacionadas a investimentos por meio de arbitragem não relacionada ao CIRDI, deve-se ter especial atenção às peculiaridades daquele determinado sistema jurídico com relação às principais características da arbitragem envolvendo entidades Estatais, para que se evitem disputas para a instauração e condução do procedimento arbitral, bem como para a execução da sentença arbitral⁴⁴³.

⁴⁴³ Nesse sentido, o anexo 03, uma adaptação do fluxograma desenvolvido pelo site Kluwer Arbitration, detalha as principais características a serem consideradas quando da elaboração de uma cláusula arbitral.

A elaboração de uma cláusula arbitral implica a tomada de decisões estratégicas, tais como: (i) quais matérias submeter à arbitragem; (ii) a utilização de uma instituição para administrar o procedimento ou a realização de uma arbitragem *ad hoc*; (iii) em caso de se utilizar uma instituição, qual instituição utilizar; (iv) a modificação (ou não) do regulamento desta instituição para que a arbitragem obedeça aos requisitos de validade previstos na legislação nacional; entre tantas outras decisões.

Estas escolhas dependem e devem ser modeladas, fundamentalmente, em função das circunstâncias do caso concreto. Os principais itens a serem levados em consideração são: (i) a nacionalidade das partes, (ii) a natureza da transação que se pretende submeter à arbitragem; (iii) o direito aplicável ao mérito; (iv) a sede da arbitragem; e, (v) os aspectos regionais legais e culturais da arbitragem.⁴⁴⁴ Assim, ao se optar por utilizar a arbitragem fora do âmbito do CIRDI é recomendável que ambas as partes (investidores e Estados) tenham profundo conhecimento e domínio do direito relacionado à disputa (tanto do Estado receptor do investimento, quanto do Estado do qual o investidor é um nacional).

Nesse sentido, como na arbitragem comercial, é recomendável que se siga um *checklist* básico ao elaborar e/ou celebrar uma cláusula arbitral para a resolução de disputas advindas de investimentos. Paulsson, Rawding, Reed & Schwartz apontam seis itens como principais⁴⁴⁵. O primeiro deles é a capacidade das partes para concordar em submeter uma disputa à arbitragem. No caso da arbitragem de investimentos realizada fora do âmbito do CIRDI é necessário que o Direito do país receptor do investimento permita que o Estado, uma entidade estatal ou uma sociedade com participação de capital estatal participe de arbitragens.

O segundo item diz respeito ao poder do representante da parte para concordar em submeter disputas à arbitragem. Este receio é particularmente recorrente em disputas que dizem respeito a relações contratuais, nas quais haja uma preocupação de que os representantes das partes tenham poderes para assinar determinado contrato e comprometer as entidades que representam com todas as obrigações decorrentes desse contrato. No entanto, é de se ressaltar que, em casos de arbitragens baseadas em tratados internacionais ou leis nacionais (que, como vimos, são fontes da arbitragem de investimento também), esta preocupação também pode existir se, por exemplo, o tratado internacional estiver assinado, mas não tiver entrado em vigor, ou mesmo se a lei nacional ainda não estiver em vigor ou tiver sua validade questionada em cortes constitucionais.

⁴⁴⁴ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. P. 95

⁴⁴⁵ PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. P. 96-99

Os dois primeiros itens do *checklist* têm, pois, relação direta com o direito aplicável ao mérito e ao procedimento de um caso, que constituem, respectivamente, o terceiro e quarto itens a serem considerados no *checklist* proposto pelos autores. É importante que a cláusula arbitral esteja em conformidade com o direito aplicável ao mérito da disputa ou, caso haja algum risco de inconformidade, que seja estipulado um direito específico para regular sua validade, escopo e efeito. O mesmo vale para o direito aplicável ao procedimento arbitral. Em arbitragens de investimento, o Direito aplicável ao mérito e ao procedimento será, geralmente, o Direito do Estado receptor do investimento (desde que compatível com as disposições do Direito Internacional. O Direito aplicável deverá, portanto, permitir a utilização da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos.

O quinto item a se verificar é se o Direito ao qual a cláusula arbitral estiver sujeita prevê que as disputas que se pretendam submeter à arbitragem são efetivamente arbitráveis. Historicamente, como visto na seção anterior, diversos Estados não permitem – ou permitem apenas com restrições – que disputas envolvendo o Estado ou entidades estatais sejam submetidas à arbitragem. Isso pode representar uma importante barreira para a determinação das matérias que possam ser submetidas à arbitragem, especialmente nos casos em que a fonte dos poderes do tribunal arbitral seja uma cláusula arbitral prevista em um contrato. Nos casos em que a fonte é uma lei ou um tratado internacional, como apresentado na seção anterior, deve-se entender que há uma garantia do Estado de submeter as disputas ali discriminadas à arbitragem.

Por fim, ao se optar pela utilização de arbitragens institucionais, deve-se certificar-se de que a opção pela utilização de determinado regulamento não confronte as disposições do direito aplicável e esteja em sintonia com o que se espera do procedimento. Por exemplo, é concebível que Estados democráticos exijam que os procedimentos arbitrais envolvendo a si mesmos ou suas entidades sejam transparentes e, portanto, não estejam sujeitos às regras de confidencialidade impostas por alguns regulamentos institucionais. Para estes casos, é necessário que a escolha da instituição arbitral e do regulamento aplicável permita que os procedimentos não sejam confidenciais – seja por falta de disposição expressa sobre a confidencialidade, seja permitindo que as partes derroguem a confidencialidade expressa no regulamento.

O regulamento de arbitragem de 2012 da Câmara de Comércio Internacional⁴⁴⁶ (“CCI”) é um excelente exemplo de como regulamentos podem ter de ser adaptados para melhor servir aos interesses de Estados em arbitragens de investimento. Como regra, a arbitragem CCI não é confidencial, mas as decisões da Corte de Arbitragem⁴⁴⁷ são, inclusive às partes. No entanto, as partes podem determinar que as razões das decisões da corte sejam comunicadas a si, no que tange, por exemplo, às objeções à formação do tribunal arbitral. Também como regra para arbitragens envolvendo apenas partes privadas, a indicação de árbitros, caso uma das partes não exerça seu direito de indicação, deve ser feita pelos Comitês Nacionais da CCI⁴⁴⁸, sujeita à confirmação pela Corte de Arbitragem. Para os casos de arbitragem envolvendo Estados ou entidades estatais, no entanto, devido à percepção de que os Comitês Nacionais podem não possuir a neutralidade esperada para a indicação dos árbitros, o artigo 13(4) do regulamento prevê que a própria Corte de Arbitragem possa fazer essa indicação diretamente.⁴⁴⁹

Em outras palavras, é necessário que o regulamento de arbitragem permita adaptação às exigências do Direito ao qual o procedimento arbitral se sujeitará e ao interesse das partes com o procedimento arbitral.

Não obstante, é na cláusula arbitral que as partes também poderão optar por fazer uso de quaisquer outros mecanismos de ADR que apresentamos neste Capítulo. O uso de arbitragem (CIRDI ou não) é apenas um dos mecanismos de resolução de disputas disponíveis às partes. É possível que a resolução de conflitos derivados de investimentos esteja sujeita também a qualquer dos demais mecanismos apresentados no início deste Capítulo, inclusive de forma a se combinar com a utilização da arbitragem, na falta de resolução amigável do caso. No entanto, para que seu uso se torne efetivo e seja incentivado é recomendável que haja previsão na própria cláusula de resolução de disputas.

⁴⁴⁶ Como ressaltado anteriormente, em que pese o nome Câmara de Comércio Internacional, a CCI é uma entidade privada sediada na França, mas com o propósito de desenvolver o comércio a nível internacional.

⁴⁴⁷ A Corte de Arbitragem da CCI é órgão responsável por tomar decisões administrativas sobre a arbitragem como, por exemplo, se a impugnação de um árbitro deve ou não ser aceita, se dois procedimentos devem ser consolidados em um único, entre tantas outras. A competência da Corte de Arbitragem da CCI, de cunho meramente administrativo, não se confunde com a competência do Tribunal Arbitral, de cunho jurisdicional.

⁴⁴⁸ Os comitês nacionais da CCI são entidades presentes em diversos Estados do mundo responsáveis por desenvolver e propagar o trabalho da CCI nos respectivos Estados. Em termos de resolução de conflitos, os comitês nacionais ocupam a importante função de auxiliar a Corte de Arbitragem no processo de seleção e indicação de árbitros.

⁴⁴⁹ Essa característica é particularmente importante, tendo em vista que os membros da corte são geralmente profissionais dedicados à arbitragem, sem interesse pessoal no resultado da disputa. (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *States, State Entities and ICC Arbitration*. p. 06)

CONCLUSÕES

Como se tentou deixar claro desde o início, a proposta dessa dissertação de mestrado é apresentar o mecanismo de solução de controvérsias investidor-Estado tipicamente utilizado nos Acordos para Promoção e Proteção de Investimento, e já consolidado no que se convencionou chamar Direito Internacional do Investimento: a arbitragem de investimento. Em função das diversas críticas às quais o instituto tem se sujeito recentemente, a dissertação também se propôs a apresentar alternativas a esse método já debatidas e algumas utilizadas internacionalmente – tanto de natureza auto como heterocompositiva.

Os pressupostos básicos da dissertação, que justificam o estudo da matéria no Brasil, são três. O primeiro está diretamente relacionado à constatação acerca do momento político e, especialmente, econômico que o país vive. O Brasil figura entre as maiores economias importadoras de capital e está em um movimento crescente de exportação de capital, inclusive com diversificação do porte das empresas que investem no exterior e dos países onde os investimentos são realizados.

O segundo pressuposto é o de que, diante deste cenário, é recomendável que o país ao menos tenha como pauta a elaboração de uma política pública de promoção e proteção do investimento. Neste sentido, duas são as preocupações: (i) garantir segurança jurídica para os investidores que hoje investem no Brasil, e (ii) garantir segurança jurídica para os investidores brasileiros que investem no exterior. Somem-se a estas duas preocupações o fato de que diversos parceiros comerciais brasileiros possuem políticas estruturadas deste tipo, ou são países conhecidos por sua instabilidade política e econômica, o que, por um lado, tende a facilitar o diálogo mas, por outro lado, põe em risco os investimentos brasileiros no exterior.

Por fim, o terceiro pressuposto elementar é o de que a formulação de qualquer política pública de promoção e proteção de investimento passará pelos questionamentos relacionados à forma de resolução de conflitos entre o investidor e o Estado receptor do investimento. Isto porque, como vimos, a cláusula de resolução de conflitos representa uma garantia importante no Direito Internacional do Investimento e foi um dos obstáculos apresentados ao Congresso Brasileiro na década de 90, quando os 14 APPIs assinados pelo Brasil tramitavam no Congresso Nacional.

Em outras palavras, uma política de promoção e proteção de investimentos pode ser um importante fator de desenvolvimento econômico e institucional. No entanto, sua elaboração deve ser muito bem cotejada com todas as demais preocupações que cercam a formulação de uma política pública nacional em matéria internacional. Como apresentado no Capítulo I, ao se assumir compromissos internacionais desse tipo pode-se estar limitando a liberdade regulatória do Estado, o que pode limitar o espaço de manobras jurídicas de governos para a formulação de diversas políticas públicas.

Esta limitação, no entanto, não é uma decorrência direta do método de resolução de conflitos escolhido, mas fundamentalmente das demais disposições dos APPIs, em especial do escopo de aplicação e do nível das garantias dadas aos investidores por meio das cláusulas de tratamento justo e equitativo, tratamento nacional, nação mais favorecida e das cláusulas guarda-chuva. Em outras palavras, é o direito substantivo do investimento que pode representar grande constrição ao poder dos Estados na elaboração de novas políticas públicas que venham atingir o interesse de investidores no país.

Nesse sentido, ficou claro na pesquisa empreendida que o mecanismo de resolução de conflitos apenas tem a função de garantir que o direito de um Estado seja respeitado e eventual indenização, se devida, reconhecida como tal. O objetivo da cláusula de resolução de controvérsias investidor-Estado sempre foi o de criar um mecanismo neutro de solução de controvérsias, evitando sua susceptibilidade a influências políticas locais.

Pode-se dizer que esse objetivo norteou a formação do que se convencionou chamar “arbitragem de investimento” e embutiu no instituto suas características essenciais. A primeira característica marcante é a independência em relação às cortes nacionais. O instituto da arbitragem, com sua natureza jurisdicional, permite que sejam tomadas decisões vinculantes a ambas as partes por árbitros independentes, imparciais e *experts* no assunto.

A segunda característica marcante do instituto é seu escopo limitado, que busca apenas uma indenização adequada em função de um ato ilícito cometido pelo Estado ou pelo investidor, sem interferir, portanto, na validade dos atos praticados pelos Estados. Por fim, por envolver um Estado e ter sua legitimidade derivada de um ato estatal – lei nacional ou tratado internacional – a arbitragem de investimento está sujeita a princípios de Direito Público e tem como direito aplicável o Direito Internacional Público (ou o Direito do Estado receptor no investimento, na medida em que este não contrarie o Direito Internacional Público).

O CIRDÍ foi a organização internacional criada pelos Estados para administrar procedimentos internacionais de resolução de controvérsias investidor-Estado. Isso, por si só, já representa uma característica importante do CIRDÍ para que ele tenha se tornado praticamente sinônimo da expressão “arbitragem de investimento”. Seu grande diferencial é sua característica absolutamente internacional que o faz ser considerado como um procedimento arbitral verdadeiramente deslocalizado e governado por regras internacionais. O fato de a Convenção de Washington ter criado um mecanismo totalmente independente de cortes nacionais para a instauração de procedimentos arbitrais, controle de validade, reconhecimento e execução das sentenças arbitrais proferidas em seu âmbito o tornaram o expoente máximo do objetivo precípua de isolar a solução de controvérsias da influência de cortes nacionais de imparcialidade questionável.

Coincidentemente, o isolamento do sistema em relação às cortes nacionais e decisões contraditórias com relação a problemas políticos vividos por alguns países foram algumas das razões que motivaram as principais críticas ao CIRDÍ. A primeira grande crítica ao CIRDÍ relaciona-se ao direito substantivo do investimento, na medida em que os tribunais arbitrais constituídos em seu âmbito não levam em consideração a integração que a proteção do investimento deve ter com os demais subsistemas legais de um país. Em segundo lugar, como consequência da primeira crítica, questiona-se se o modelo adversarial de resolução de conflitos sobre o qual a arbitragem de investimento se desenvolveu tem capacidade de resolver questões complexas que envolvam a aplicação de políticas públicas, especialmente considerando que procedimentos arbitrais tendem a ter participação de terceiros muito mais restrita do que procedimentos judiciais.

Não obstante, os altos custos e o longo prazo para que os conflitos sejam resolvidos também tem gerado questionamentos sobre a real efetividade de políticas de proteção de investimento que exijam arbitragem CIRDÍ. Isto porque os altos custos e o tempo para a resolução do conflito podem tornar o acesso à proteção conferida pelo direito substantivo do investimento inviável, na prática, para pequenas e médias empresas – um dos focos de incentivo da política de promoção e proteção do investimento.

Por fim, a própria legitimidade do CIRDÍ tem sido colocada em xeque recentemente em função de três fatores: (i) inconsistência das decisões de tribunais arbitrais e comitês de anulação do CIRDÍ em assuntos sensíveis para os Estados – notadamente nos casos envolvendo as hipóteses de isenção de responsabilidade dos Estados por, por exemplo,

estado de necessidade; (ii) falta de transparência na condução dos processos; e (iii) falta de um mecanismos para mediar e resolver conflitos envolvendo os próprios árbitros.

Todas essas críticas feitas ao CIRDI motivaram o desenvolvimento de estudos sobre métodos alternativos ao CIRDI e à própria arbitragem de investimento. Três possibilidades passaram a ser discutidas como alternativas viáveis. A primeira é o mecanismo da proteção diplomática – tradicional forma de resolução de conflitos no Direito Internacional. A segunda são os métodos auto compositivos de solução de controvérsias, com especial destaque para o desenvolvimento da mediação e conciliação e para as diversas possibilidades de desenho de sistema de resolução de conflitos em diferentes níveis de governança – global, regional, bilateral ou mesmo nacional. A terceira é a arbitragem de investimento realizada fora dos auspícios do CIRDI e, portanto, sujeita ao controle de cortes nacionais segundo os critérios estabelecidos na legislação nacional e na Convenção de Nova Iorque.

As críticas e, especialmente, o receio histórico da atuação de cortes nacionais no apoio e controle à arbitragem de investimento talvez não sejam plenamente justificáveis atualmente. Como apresentado no Capítulo IV, as hipóteses de anulação, não reconhecimento e não execução de sentenças arbitrais previstas na Lei Modelo da UNCITRAL e na Convenção de Nova Iorque de 1958 são bastante próximas às hipóteses de anulação previstas no âmbito do CIRDI. O desenvolvimento histórico dos julgados relacionados à Convenção de Nova Iorque e à Lei Modelo da UNCITRAL também aproxima as garantias previstas nesses dois instrumentos das previstas no âmbito do CIRDI.

Essa aproximação, no entanto, não representa uma identidade absoluta das garantias destes dois modelos de arbitragem de investimento. A arbitragem CIRDI é uma garantia de que o Estado se sujeite validamente à arbitragem, havendo pouquíssimo espaço para que se questione a validade da participação do Estado na arbitragem – do ponto de vista da arbitrabilidade subjetiva ou objetiva. Isto, no entanto, não necessariamente é uma garantia estabelecida pela Convenção de Nova Iorque e pelas legislações nacionais, ainda que inspiradas na Lei Modelo da UNCITRAL.

Assim, ao estabelecer uma política pública utilizando-se do mecanismo da arbitragem de investimento fora do âmbito do CIRDI, é necessário que o Estado se assegure de que sua legislação nacional tutelar o arcabouço jurídico necessário para garantir que essa forma de solução de controvérsias possa ser, efetivamente, implementada. Os investidores,

por sua vez, ao investirem em um país contando com a proteção garantida por meio de uma política pública nacional sem o apoio do CIRDI, precisam também se certificar de que a legislação nacional do país hospedeiro lhes garante a proteção por meio de um método de resolução de controvérsias imparcial, independente e funcional.

Em outras palavras, o desenvolvimento de uma política pública de proteção e promoção do investimento estrangeiro não depende, necessariamente, da adesão do país à Convenção de Washington. Existem alternativas viáveis, disponíveis aos países e investidores, e que podem integrar uma política de promoção e proteção de investimento nacional.

Algumas dessas alternativas já são, inclusive, parcialmente utilizadas no sistema legal brasileiro. A admissibilidade da utilização da arbitragem por entidades estatais em contratos administrativos é um primeiro passo importante no movimento de proteção ao investimento feito no país e que foi dado por iniciativas legislativas específicas situadas no movimento de reforma do Estado empreendido desde meados da década de 90.

As condições específicas exigidas para que a utilização da arbitragem envolvendo uma parte estatal seja válida no Brasil, notadamente a necessidade de que a cláusula arbitral esteja inserida em um contrato administrativo que preveja sua utilização desde a licitação e a obrigatoriedade de utilização do direito nacional para a resolução do mérito da disputa, representam importantes limitações ao desenvolvimento de uma política pública mais ampla e global de proteção ao investimento realizado no país por métodos de resolução de conflitos extrajudiciais.⁴⁵⁰

Talvez a reforma da lei brasileira de arbitragem, com a inserção de dispositivos específicos para regular a mediação – discutida atualmente no Congresso Nacional – possa trazer inovações nestas áreas específicas, de forma a permitir maior alcance de utilização dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos envolvendo o Estado. Este pode ser um primeiro passo para a formação de uma política pública de promoção e proteção de investimento que permita a utilização de métodos extrajudiciais em caso de conflitos entre investidores e Estados.

Paralelamente a esse movimento, no âmbito da política internacional brasileira, espera-se que a dissertação possa contribuir para a reflexão sobre hipótese de assinatura e

⁴⁵⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*. p. 424.

ratificação da Convenção de Washington e sobre a hipótese de retomada da política de negociação e assinatura de APPIs.

Pela pesquisa combinada do Capítulo III com o Capítulo IV, a Convenção de Washington não parece trazer diferenças substanciais relacionadas à abdicação de liberdade regulatória em relação ao previsto na Convenção de Nova Iorque. Na realidade, ambas as Convenções possuem critérios muito semelhantes para permitir a anulação de uma sentença arbitral (no caso da Convenção de Washington) e o não reconhecimento e não execução de sentenças arbitrais (no caso da Convenção de Nova Iorque).

Já os APPIs, por sua vez, são um tema muito mais delicado e sensível à soberania nacional, que exigem uma reflexão mais abrangente sobre como estruturá-los, quais garantias prever para os investidores e, sobretudo, com quais países celebrá-los. Essas decisões são estratégicas, essencialmente políticas e cujo bom cotejamento com a cláusula de resolução de conflitos pode representar uma excelente oportunidade de permitir maior segurança jurídica aos investidores que investem no Brasil e, sobretudo, aos investidores brasileiros que pretendam expandir seus negócios para o exterior.

Assim, é recomendável que, para uma agenda de pesquisa futura, um estudo empírico comparando diferentes modelos de APPIs utilizados ao redor do mundo e compilando as críticas a eles feitas possa complementar o estudo aqui empreendido, de forma a permitir o desenvolvimento de uma política pública brasileira para a promoção e proteção de investimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do e Michelle Ratton SANCHEZ. *Governança Econômica e a Intensificação do Fluxo de Investimentos*. em AMARAL JÚNIOR, Alberto do e Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Editora Aduaneiras, 2007. 11-27.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia. ICSID Case n. ARB/81/1. Ad Hoc Committee. 16 May 1986.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia . ICSID Case n. ARB/81/1. Ad Hoc Committee. 05 June 1990.

Amoco International Finance Corp. v. Iran. No. 15 Iran - US CTR 189. Iran - United States Claims Tribunal. 1987.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A Ordem Pública no Direito Processual Civil*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 2010.

AZEVEDO, Déborah Bithiah de. *Os Acordos para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

Azurix Corporation v. Argentine Republic. No. ICSID Case No. ARB/01/12. ICSID Ad hoc committee. 01 September 2009.

BALAS, Vladimír. *Review of Awards*. em MUCHLINSKI, Peter, Federico ORTINO e Christoph SCHREUER. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008. 1125-1154.

Banco Central do Brasil. *Capitais Brasileiros no Exterior 2012*. Acesso em 01 Junho 2013. <<http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/ResultadoCBE2011.asp?idpai=CBE>>.

Barcelona Traction, Light e Power Company, Limited (Belgium v. Spain). No. ICJ Rep. 3. International Court of Justice. 5 February 1970.

BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

Benvenuti & Bonfant Srl v. Government People's Republic of the Congo. No. ICSID Case n. ARB. 77/2. Court d'Appel Paris. ICSID Reports 1 (1993): 368: 26 de Junho de 1981.

BERG, Albert Jan Van den. *Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XII (1997) - XXVII (2002)*. em BERG, Albert Jan van den. *Yearbook Commercial Arbitration* 2003. Kluwer Law International, 2003.

—. *Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*. em International Council for Commercial Arbitration – ICCA, 2011. Disponível em <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12970228026720/van_den_berg--dissenting_opinions.pdf>.

—. *New York Convention of 1958 Consolidated Commentary: cases reported in volume XXII (1997) - XXVII (2002)*. Em BERG, Albert Jan Van den. *Yearbook Commercial Arbitration* 2003. Vol. XXVIII. Genebra: Kluwer Law International, 2003. pp.566-699.

—. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. T.M.C. Asser Institute, 1981.

—. *Contracting States*, 2011. Disponível em <<http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention-countries/contracting-states>>.

BINGHAM, Lisa Blomgren. *Opportunities for Dispute Systems Design in Investment Treaty Disputes: Consensual Dispute Resolution at Varying Levels*. em UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives do Arbitration II*. Lexington: United Nations, 2010. 33-37.

BISHOP, R. Doak, James CRAWFORD e W. Michael REISMAN. *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*. Kluwer Law International, 2005.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania. No. ARB/05/22. ICSID. 24 de Julho de 2008.

BROWER II, Charles H., Jack J. COE e William S. DODGE. *Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. em BROWER II, Charles H. and Jack J. COE. *NAFTA Chapter Eleven Reports*. Kluwer Law International, 2006. pp.199-210.

BURKE-WHITE, William W. *The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System*. em WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. 407-432.

BÜTHE, Tim e Helen V. MILNER. *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: a political analysis*. em SAUVANT, Karl P. e Lisa E. SACHS. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: bilateral investment treaties, double taxation, and investment flows*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 171-224.

CABRAL, Otavio. *Perdoados: para atender a potenciais financiadores de campanha, o governo brasileiro perdoa dívida de países chefiados por nababos que enriqueceram à custa do povo*. Revista VEJA. 05 de Junho de 2013: pp. 62-63.

CANADA. 2004 *Canadian Model BIT*. Disponível em: <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

CASTRO, André Zanatta Fernandes de, Camila BIRAL e Natália PEPPI. *O futuro da arbitragem de investimentos: uma perspectiva brasileira*. Revista Brasileira de Arbitragem (2011): pp. 215-234.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Investimentos Internacionais e Mecanismos de Solução de Disputas entre Estados*. Em AMARAL JÚNIOR, Alberto e Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *A Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. pp. 355-372.

CHANG, Ha-Joon. *Globalisation, Economic Development and the Role of the State*. London: Zed Books Ltd., 2004.

CHOI, Won-Mog. *The present and future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*. em DAVEY, William J. e John JACKSON. *The Future of International Economic Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

CLODFELTER, Mark A. *Why Aren't More Investor-State Treaty Disputes Settled Amicably*. em UNCTAD. *Investor State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*. Lexington, Virginia: United Nations, 2010. pp.38-42.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic. No. Arb/01/8. ICSID. 12 de Maio de 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. e Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic. No. ICSID Case N. ARB/97/3. Ad Hoc Committee. 03 de Julho de 2002.

Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency. Seul, 11 de Outubro de 1985.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional Do Investimento Estrangeiro*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Modelos de Solução de Controvérsias investidor-Estado: os Mecanismos Nacionais e Internacionais*. em AMARAL JÚNIOR, Alberto do e Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Editora Aduaneiras, 2007. 325-355.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. em TAVARES, André Ramos, Pedro LENZA e Pietro de Jesús Lora ALARCÓN (coord.). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

—. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

—. *A recepção do tratado internacional no direito brasileiro: uma proposta de sistema integrador*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Casos do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos do Banco Mundial*. em AMARAL JÚNIOR, Alberto e Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *A Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. pp. 397-426.

DIAS, Bernardete de Figueiredo. *Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

DONG, Wang. *Binding Force and Enforcement*. em UNCTAD. *Course on Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Nova Iorque: United Nations, 2003.

DONG, Wang. *Post Award Remedies and Procedures*. em UNCTAD. *Course on Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Nova Iorque: UNCTAD, 2003.

EBERHARDT, Pia e Cecilia OLIVET. *Profiting from injustice: how law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Brussels/Amsterdam: Nouvelles Imprimeries Havaux, 2012.

ECHANDI, Roberto. *Investor-State Dispute Prevention Mechanisms: Why Are They so Important for Developing Countries and for the Healthy Evolution of International Investment Regimes*. em UNCTAD. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. Lexington: United Nations, 2010. pp. 49-54.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

ESCOBAR, Alejandro A. *Requirements Ratione Materiae*. em UNCTAD. *Course on Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. United Nations, 2003.

Factory at Chorzow (Claim for Indemnity) (The Merits), The. N. Docket XIV: I. Judgment No. 13. Permanent Court of International Justice. 13 de Setembro de 1928

FERREIRA SILVA, Caio Carlos Cruz. *O Regime Jurídico Brasileiro de Tratamento e Proteção dos Investimentos Internacionais Diretos*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2007.

FORUM ON DEMOCRACY AND TRADE. "Methanex Corporation v. United States." 2001. *Forum Democracy*. 05 de Junho de 2011. Disponível em <<http://www.forumdemocracy.net/downloads/Forum%20Analysis-%20Methanex%20v%20US.doc>>.

FRANCK, Susan D. *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law*. McGeorge Global Business and Development Law Journal (2007).

—. *The ICSID Effect? Considering Potential Variation in Arbitration Awards*. Virginia Journal of International Law 51.4 (2011): 977.

FREEMAN, Alwyn V. *Recent Aspects of the Calvo Doctrine and the Challenge of International Law*. The American Journal of International Law (1946): pp. 121-147. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/2193897>>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Infográfico: nossas empresas ganham o mundo*. Revista Getulio. 09 de Agosto de 2010.

GAILLARD, Emmanuel e John SAVAGE. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. *Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities: Three Incompatible Principle*. em GAILLARD, Emmanuel e Jennifer YOUNAN. *State Entities in International Arbitration*. Huntington: Juris Publishing, Inc, 2008. pp. 179-195.

GAILLARD, Emmanuel e Jennifer YOUNAN. *State Entities in International Arbitration*. Huntington: Juris Publishing, Inc, 2008

Giovanna a Beccara and others v. The Argentine Republic. No. ARB 07/5. ICSID. 27 de Janeiro de 2010.

GUZMAN, Andrew T. *Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*. SAUVANT, Karl P. e Lisa SACHS. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 73-98.

HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... And They Could Bite*. SAUVANT, Karl P. e Lisa E. SACHS. *The effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, 2009. 349-378.

HARTEN, Gus Van. *Perceived Bias in Investment Treaty Arbitration*. WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. pp. 433-454.

HORN, Norbert e Michael KRÖLL. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: procedural and substantive legal aspects*. Cologne: Kluwer Law International, 2004.

HORN, Norbert. *Arbitration and the Protection of Foreign Investment: concepts and means*. HORN, Norbert e Stefan Michael KRÖLL. *Arbitrating Foreign Investment Disputes: procedural and substantive legal aspects*. Kluwer Law International, 2004.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Dispute Boards - How they work*. Acesso em 22 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4528/index.html>.

—. *States, State Entities and ICC Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2012.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges*. Geneva: International Council for Commercial Arbitration, 2011.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *International Law Association Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards*. New Delhi: International Law Association, 2002.

ITAMARATY. *Balanço de Política Externa 2003/2010 - África*. Ministério das Relações Exteriores. Acesso em 01 de Junho de 2013, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/2.2.3-africa-comercio-e-investimentos/view>>.

—. *Balanço de Política Externa 2003/2010 - América do Norte*. Ministério das Relações Exteriores. Acesso em 01 de Junho de 2013, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/2.1.3-america-do-norte-comercio-e-investimentos/view>>.

—. *Balanço de Política Externa 2003/2010 - América do Sul*. Ministério das Relações Exteriores. Acesso em 01 de Junho de 2013, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/1.1.6-america-do-sul-comercio-investimentos/view>>.

—. *Balanço de Política Externa 2003/2010 - Ásia e Oceania*. Ministério das Relações Exteriores. Acesso em 01 de Junho de 2013, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/2.5.2-asia-e-oceania-comercio-e-investimentos/view>>.

—. *Balanço de Política Externa 2003/2010 - Europa*. Ministério das Relações Exteriores. Acesso em 01 de Junho de 2013, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/2.3.3-europa-comercio-e-investimentos/view>>.

—. *Balanco de Política Externa 2003/2010 - Oriente Médio*. Ministério das Relações Exteriores. Acesso em 01 de Junho de 2013, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/2.4.15-orientemedio-comercio-e-investimentos/view>>.

JAGUSH, Stephen e Jeffrey SULLIVAN. *A Comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of Divergence and Concern*. WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. pp. 79-110.

Klöcker Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais. No. ICSID Case n. ARB/81/2. Ad Hoc Committee. 03 de Maio de 1985.

KOKOTT, Juliane. *The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment*. International Law Association 70th Conference. New Delhi: International Law Association, 2002.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Editora Quartier Latin., 2007.

LÉVESQUE, Céline. *Preliminary Legal Assessment of Investor Claims as a Tool to "Fitting the Forum to the Fuss"*. em UNCTAD. *Investor State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. Lexington: United Nations, 2010. pp. 77-80.

LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELLIS e Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.

LIAMCO v. Libya. No. U.S. no. 33. U.S. District Court for the District of Columbia. 18 de Janeiro de 1980.

LOWENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LUIS, Daniel Tavela. *O Brasil e a Proteção de Investimentos*. Revista Brasileira de Arbitragem. Outubro de 2011: pp. 31-39.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução de Controvérsias Privadas: o Papel das Cortes de Arbitragem Internacionais e dos Tribunais Nacionais*. em AMARAL JUNIOR, Alberto do e

Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Editora Aduaneiras, 2007. pp. 373-397.

MARTIN, Eric e Sandrine RASTELLO. *U.S. Opposes Loans to Argentina in Bid To Step Up Pressure for Debt Accor.* Acesso em 08 Dezembro 2012. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/news/2011-09-28/u-s-opposes-loans-to-argentina-in-bid-to-boost-pressure-for-debt-accord.html>>.

MENEZES, Wagner. *Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)*. em MERCADANTE, Araminta de Azevedo; Umberto CELLI JUNIOR e Leandro Rocha DE ARAÚJO (coord.). *Blocos Econômicos e integração na América Latina, África e Ásia*. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 137-160

MercoPress – South Atlantic News Agency. *US will vote against loans to Argentina in World Bank and IDB*. Acesso em 08 Dezembro 2012. Disponível em: <<http://en.mercopress.com/2011/09/29/us-will-vote-against-loans-to-argentina-in-world-bank-and-idb>>.

MERRILLS, J. G. *International Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States. No. Arb. (AF)/97/1. ICSID. 30 de Agosto de 2000.

Methanex Corporation v. United States. No. 4 Int ALR n-3. NAFTA. 2001.

Methanex Corporation v. United States of America.. Tribunal Arbitral do NAFTA. 3 de Agosto de 2005. Disponível em: <<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do Procedimento Arbitral*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo - Universidade de São Paulo, 2010.

Mr. Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania. No. ARB/10/13. ICSID. 16 de Junho de 2010.

MUCHLINSKI, Peter. *The framework of investment protection: the content of BITs*. em SAUVANT, Karl P. e Lisa E. SACHS. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment:*

Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 37-72.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

NEWCOMBE, Andrew. *Confidentiality in Investment Treaty Arbitration*. 03 de Março de 2010. *Kluwer Arbitration Blog*. Acesso em 05 Junho 2011. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/03/03/confidentiality-in-investment-treaty-arbitration/>>.

Nottebohm Case. N. ICJ Rep. 4. International Court of Justice. 6 de Abril de 1955.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD - Guidelines for Multinational Enterprises*. Acesso em 28 Setembro 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/internationalinvestment/guidelinesformultinationalenterprises/oecddeclarationanddecisions.htm>>.

—. *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*. 2004. Acesso em 23 de Setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33776546.pdf>>.

—. *OECD Code of Liberalisation of Capital Movements*. OECD, 2012.

PARRA, A. R. *The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention*. ICSID Review (1998).

PAULSSON, Jan, et al. *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*. Haia: Kluwer Law International, 1999.

PENUSLISKI, Ilija Mitrev. *A Dispute Systems Design Diagnosis of ICSID*. em WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. pp. 507-536.

PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID)*. Brasília, Outubro-Dezembro 1998. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32986-41298-1-PB.pdf>>.

PERRY, Sebastian. *Is ICSID Losing its appeal.... again?*. Disponível em: <<http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/29469/washington-dc-icsid-losing-its-appeal-again>>.

PETERSON, Luke Eric. *What if Spain sued Argentina on behalf of Repsol?*. 16 de Maio de 2012. Kluwer Arbitration Blog. Acesso 05 de Março de 2013. Disponível em: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/05/16/what-if-spain-sued-argentina-on-behalf-of-repsol/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29>.

—. *Out of Order*. em WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. pp. 483-488.

REED, Lucy. *Synopsis of Closing Remarks*. em UNCTAD *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. Lexington: United Nations, 2010. pp. 30-32.

REED, Lucy, Jan PAULSSON e Nigel BLACKABY. *Guide to ICSID Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

Republique D'Italie v. La Republique de Cuba, La. Arbitrage Ad Hoc. 15 de Julho de 2008.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa Social: métodos e técnicas*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *The Global BITs Regime and the Domestic Environment for Investment*. em SAUVANT, Karl P. e Lisa E. SACHS. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 311-322.

ROSS, Alison. *Freshfields Lecture 2011: saving investment arbitration from itself*. 2011. Disponível em <<http://www.globalarbitrationreview.com/b/30021/>>.

SALLES, Carlos Alberto de. *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*. Tese de Livre Docência. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 2010.

SCANDIUCCI FILHO, José Gilberto. *O Brasil e os Acordos Bilaterais de Investimentos*. em AMARAL JÚNIOR, Alberto e Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *A Regulamentação*

Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil. São Paulo: Aduaneiras, 2007. pp. 271-302.

SCHREUER, Christoph H., et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SINCLAIR, Anthony. *ICSID Arbitration: how long does it take?* Global Arbitration Review, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://globalarbitrationreview.com/news/article/19164/>>

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*. Journal of International Arbitration (1997): pp. 103-140.

—. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt. No. Case No. ARB/84/3. ICSID. 1984.

SWENSON, Deborah L. *Why do Developing Countries sign BITs?*. em SAUVANT, Karl P. e Lisa E. SACHS. *The effect of treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 437-460.

TAWIL, Guido Santiago. *Applicable Law*. UNCTAD. *Course on Dispute Settlement: International Centre of Settlement of Investment Disputes*. United Nations, 2003.

THE MULTILATERAL INVESTMENT GUARANTEE AGENCY. *Commentary on The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*. MIGA, 19 de outubro de 2012.

UNCITRAL. 1985 - *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>.

—. *2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*. New York: United Nations, 2012.

—. *Explanatory Note by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*. Vienna: UNCITRAL, 2006.

UNCTAD. *Admission and Establishment*. New York and Geneva: United Nations, 2002.

—. *Dispute Settlement: Investor State - UNCTAD series on issues in international investment agreements*. Geneva: United Nations, 2003.

—. *Investment Instruments Online: UNCTAD Analysis of BITs*. Acesso em 11 de Maio de 2013. Disponível em <http://www.unctadxi.org/templates/Page____1007.aspx>.

—. *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration II*. Nova Iorque e Genebra: United Nations, 2011.

—. *Most-Favoured-Nation Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2010.

—. *National Treatment: UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. New York and Geneva: United Nations, 1999.

—. *What are BITs?* Acesso em 11 de Maio de 2013. Disponível em <http://www.unctadxi.org/templates/Page____1006.aspx>.

—. *World Investment Report 2011*. World Investment Report. Acesso em 01 de Agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.unctad.org/templates/webflyers.asp?docid+15189&intltemID=6018&lang=1&mode=downloads>>.

UNITED NATIONS. *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*. Geneva: United Nations, 2006. Acesso em 15 de janeiro de 2012. Disponível em <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf>.

—. *Model Rules on Arbitral Procedure 1958*. United Nations, 1958. Acesso em 25 de Novembro de 2012. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/10_1_1958.pdf>.

VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Investment Agreements*. em SAUVANT, Karl P. e Lisa SACHS. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investments*:

bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows. Oxford: Oxford University Press, 2009. pp. 3-36.

WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. em WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. pp. XXXVII-LI.

WELLS, Louis T. *Backlash to Investment Arbitration: Three Causes*. em WAIBEL, Michael, et al. *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*. Kluwer Law International, 2010. pp. 341-352.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt. No. ICSID Case N. ARB/98/4. Ad Hoc Committee. 02 de Fevereiro de 2002.

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt. No. ARB/98/4. ICSID. 8 de Dezembro de 2000.

WILLIAMS QC, David AR. *Jurisdiction and Admissibility*. em MUCHLINSKI, Peter, Federico ORTINO e Christoph SCHREUER. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. pp. 868-932.

ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. *O regime internacional dos investimentos – sistemas regional multilateral, setorial e bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA)*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo - Universidade de São Paulo, 2003.

—. *Regras Multilaterais sobre o Investimento Internacional*. em AMARAL JÚNIOR, Alberto e Michelle Ratton SANCHEZ (coord.). *A Regulamentação Internacional dos Investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. pp. 125-150.

**ANEXO 1: TABELA COMPARATIVA DE ESTADOS-PARTE:
CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE, CONVENÇÃO DE WASHINGTON
& LEI MODELO DA UNCITRAL**

	País	Parte da CNI	Parte da CW	Lei Modelo da UNCITRAL
1	Afeganistão			
2	Africa do Sul			
3	Albânia			
4	Alemanha			
5	Algéria			
6	Antigua e Barbuda			
7	Arábia Saudita			
8	Argentina			
9	Armênia			
10	Austrália			
11	Áustria			
12	Azerbaijão			
13	Bahamas			
14	Bahrein			
15	Bangladesh			
16	Barbados			
17	Bélgica			
18	Benim			
19	Bielorrússia			
20	Bósnia e Herzegovina			
21	Botswana			
22	Brasil			
23	Brunei			
24	Bulgária			
25	Burkina Faso			
26	Burundi			
27	Cabo Verde			
28	Camarões			
29	Camboja			
30	Canadá			
31	Catar			
32	Cazaquistão			
33	Chade			
34	Chile			
35	China			
36	Chupre			

	País	Parte da CNI	Parte da CW	Lei Modelo da UNCITRAL
37	Colômbia			
38	Comores			
39	Comunidade da Dominica			
40	Costa do Marfim			
41	Costa Rica			
42	Croácia			
43	Cuba			
44	Dinamarca			
45	Djibouti			
46	Egito			
47	El Salvador			
48	Emirados Árabes Unidos			
49	Equador			
50	Eslováquia			
51	Eslovenia			
52	Espanha			
53	Estado plurinacional da Bolívia			
54	Estados Federados da Micronésia			
55	Estados Unidos da América			
56	Estonia			
57	Fiji			
58	Filipinas			
59	Finlândia			
60	França			
61	Gabão			
62	Gâmbia			
63	Gana			
64	Geórgia			
65	Granada			
66	Grécia			
67	Guatemala			
68	Guiana			
69	Guiné			
70	Haiti			
71	Holanda			
72	Honduras			
73	Hungria			
74	Ilhas Cook			
75	Ilhas Marshall			
76	Ilhas Salomão			
77	Índia			

	País	Parte da CNI	Parte da CW	Lei Modelo da UNCITRAL
78	Indonésia			
79	Irlanda			
80	Islândia			
81	Israel			
82	Itália			
83	Jamaica			
84	Japão			
85	Jordânia			
86	Kuwait			
87	Laos			
88	Latvia			
89	Lesoto			
90	Líbano			
91	Liberia			
92	Liechtenstein			
93	Lituânia			
94	Luxemburgo			
95	Macedonia			
96	Macedonia			
97	Madagascar			
98	Malásia			
99	Malawi			
100	Mali			
101	Malta			
102	Marrocos			
103	Maurícia			
104	Mauritania			
105	México			
106	Moçambique			
107	Moldávia			
108	Monaco			
109	Mongolia			
110	Montenegro			
111	Nepal			
112	Nicaragua			
113	Níger			
114	Nigéria			
115	Noruega			
116	Nova Zelândia			
117	Omã			
118	Panamá			
119	Papua New Guinea			
120	Paquistão			

	País	Parte da CNI	Parte da CW	Lei Modelo da UNCITRAL
121	Paraguai			
122	Peru			
123	Polônia			
124	Portugal			
125	Quênia			
126	Quirguistão			
127	Reino Unido			
128	República Centro-Africano			
129	Republica da Coreia			
130	República da Russia			
131	República Democrática do Congo			
132	Republica do Kosovo			
133	República Dominicana			
134	República Islâmica do Irã			
135	República tcheca			
136	Romênia			
137	Ruanda			
138	Samoa			
139	Santa Lúcia			
140	São Cristóvão e Nevis			
141	São Marino			
142	São Vicente e Granadinas			
143	Senegal			
144	Serra Leoa			
145	Sérvia			
146	Seychelles			
147	Singapura			
148	Síria			
149	Somalia			
150	Sri Lanka			
151	Suazilândia			
152	Sudão			
153	Suécia			
154	Suíça			
155	Suriname			
156	Tailândia			
157	Tanzânia			
158	Timor-Leste			
159	Togo			
160	Tonga			
161	Trinidad and Tobago			
162	Tunisia			

	País	Parte da CNI	Parte da CW	Lei Modelo da UNCITRAL
163	Turquemenistão			
164	Turquia			
165	Ucrânia			
166	Uganda			
167	Uruguai			
168	Uzbequistão			
169	Vaticano			
170	Venezuela			
171	Vietnã			
172	Zâmbia			
173	Zimbabue			
		147	141	66

ANEXO 02: LISTA RESUMO DE CASOS DE ANULAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS CIRDI

Caso	Data da Decisão do Comitê <i>ad hoc</i>	Motivação do pedido de anulação (artigo 52(1))	Resultado
1. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e outros v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais Caso CIRDI No. ARB/81/2	3 de Maio de 1985	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença anulada com base no manifesto excesso de poderes e falta de motivação.
2. Amco Asia Corporation e outros v. Republic of Indonesia Caso CIRDI No. ARB/81/1	16 de Maio de 1986	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença anulada com base no manifesto excesso de poderes e falta de motivação.
3. Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea Caso CIRDI No. ARB/84/4	22 de Dezembro de 1989	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença anulada com base na falta de motivação.
4. Klöckner Industrie-Anlagen GmbH e outros v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise	17 de Maio 1990	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida.

<p>des Engrais</p> <p>Caso CIRDI No. ARB/81/2 (Segundo caso Klöckner)</p>				
5.	Amco Asia Corporation e outros v. Republic of Indonesia Caso CIRDI No. ARB/81/1(Segundo Caso AMCO)	3 December 1992	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	A sentença referente ao pedido de suplementação do caso foi anulada por desvio de regra procedimental fundamental. O restante da sentença foi mantido.
6.	Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt Caso CIRDI No. ARB/98/4	5 de Fevereiro de 2002	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida.
7.	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic Caso CIRDI No. ARB/97/3	3 de Julho de 2002	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral parcialmente anulada, com base no manifesto excesso de poderes.
8.	CDC Group P.L.C. v. Republic of Seychelles Caso CIRDI No. ARB/02/14	29 de Junho de 2005	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida
9.	Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo Caso CIRDI No. ARB/99/7	1 de Novembro de 2006	Manifesto excesso de poderes; falta de motivação.	Sentença anulada por manifesto excesso de poderes e falta de motivação.

10.	Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) Caso CIRDI No. ARB/01/10	8 de Janeiro de 2007	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental.	Sentença arbitral mantida.
11.	MTD Equity Sdn.Bhd. e MTD Chile S.A. v. Republic of Chile Caso CIRDI No. ARB/01/7	21 de Março de 2007	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida
12.	Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates Caso CIRDI No. ARB/02/7	5 de Junho de 2007	Manifesto excesso de poderes; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida
13.	Indústria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (antiga Empresas Lucchetti, S.A. e Lucchetti Perú, S.A.) v. Republic of Peru Caso CIRDI No. ARB/03/4	5 de Setembro de 2007	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida
14.	CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic Caso CIRDI No. ARB/01/8	25 de Setembro de 2007	Manifesto excesso de poderes; falta de motivação.	Sentença arbitral parcialmente anulada por falta de motivação.

15.	Malaysian Historical Salvors Sdn., Bhd. v. The Government of Malaysia Caso CIRDI No. ARB/05/10	16 de Abril de 2009	Manifesto excesso de poderes	Sentença arbitral anulada por manifesto excesso de poderes.
16.	Azurix Corp. v. Argentine Republic Caso CIRDI No. ARB/01/12	1 de Setembro de 2009	Constituição incorreta do tribunal arbitral; Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida.
17.	M.C.I. Power Group L.C. e New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador Caso CIRDI No. ARB/03/6	19 de Outubro de 2009	Manifesto excesso de poderes; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida.
18.	Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan Caso CIRDI No. ARB/05/16	25 de Março de 2010	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral mantida.
19.	Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt Caso CIRDI No. ARB/05/19	14 de Junho de 2010	Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral parcialmente anulada por manifesto excesso de poderes
20.	Sempra Energy International v. Argentine Republic Caso CIRDI No. ARB/02/16	29 de Junho de 2010	Constituição incorreta do tribunal arbitral; Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.	Sentença arbitral anulada por manifesto excesso de poderes.

<p>21. Enron Creditors Recovery Corp. 30 de Julho de (antiga Enron Corp.) e Ponderosa 2010 Assets, L.P. v. Argentine Republic Caso CIRDI No. ARB/01/3</p>	<p>Manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação.</p>	<p>Sentença arbitral anulada por manifesto excesso de poderes e falta de motivação.</p>
<p>22. Compañía de Aguas del Aconquija 10 de Agosto de S.A. e Vivendi Universal S.A v. 2010 Argentine Republic Caso CIRDI No. ARB/97/3</p>	<p>Constituição incorreta do tribunal arbitral; manifesto excesso de poderes; desvio de regra procedimental fundamental; falta de motivação. Corrupção de um dos membros do tribunal arbitral.</p>	<p>Sentença arbitral mantida.</p>

Tabela adaptada do Anexo 10: “Tables of ICSID Awards and Decisions on Substantive, Procedural and Other Issues (Current through January 2010, Unless Otherwise Stated)” em Lucy Reed , Jan Paulsson , et al. *Guide to ICSID Arbitration*, Second (Kluwer Law International 2010) pp. 367 - 437

ANEXO 03: GUIA BÁSICO PARA ELABORAÇÃO DE UMA CLÁUSULA ARBITRAL

A) Forma e conteúdo da cláusula arbitral

a.1) Quais questões são geralmente tratadas por uma cláusula arbitral governada pelas Leis do país?

a.2.) Quais princípios se aplicam para determinar o escopo da cláusula arbitral?

B) Violação à cláusula arbitral

b.1) O Estado é parte da Convenção de Nova Iorque?

b.2) Em caso afirmativo, o artigo 2 da Convenção de Nova Iorque se aplica?

b.3) Há alguma diferença na regulação entre arbitragem internacional e arbitragem nacional?

b.4) O País admite medidas anti-arbitragem? Em caso afirmativo, em quais hipóteses?

b.5) O País admite procedimentos declaratórios de validade da cláusula arbitral? Em caso afirmativo, quais os requisitos?

b.6) Há possibilidade de indenização por danos causados por prejuízos decorrentes de uma violação à cláusula arbitral?

C) Validade da cláusula arbitral

c.1) Validade em geral

c.1.1) Há alguma restrição à contratação de cláusula arbitral em virtude de limites subjetivos (e.g. arbitrabilidade subjetiva)? Em caso afirmativo, quais as restrições?

c.2) O sistema legal permite a existência de cláusulas arbitrais segundo as quais apenas algumas das partes (mas não todas) possa optar por referir disputas à arbitragem? Em caso afirmativo, em quais condições?

c.3) O sistema legal permite a existência de cláusulas arbitrais segundo as quais apenas algumas das partes (mas não todas) possam optar por excluir disputas específicas da arbitragem? Em caso afirmativo, em quais condições?

c.4) Quais questões devem ser acordadas entre as partes para que a cláusula arbitral seja considerada válida e efetiva em termos de segurança jurídica?

c.5) O Tribunal Arbitral tem, segundo a lei nacional, o poder para determinar questões relacionadas à validade da cláusula arbitral da qual sua jurisdição deriva? Em caso afirmativo, qual o seu limite?

c.6) Até que ponto pode uma parte requerer a uma corte nacional, ao invés de um tribunal arbitral, a determinação de questões relacionadas à validade e escopo da cláusula arbitral?

c.7) Em quais circunstâncias pode a decisão do tribunal arbitral sobre validade e escopo ser revisada por cortes nacionais do País?

D) Capacidade das partes envolvidas na disputa

d.1) O sistema legal nacional impõe restrições à capacidade de pessoas naturais, pessoas jurídicas em geral, entidades governamentais nacionais, Estados e entidades governamentais estrangeiras à ser parte de uma cláusula arbitral?

d.2) Em caso afirmativo, em quais hipóteses?

Texto adaptado do fluxograma desenvolvido pelo site Kluwer Arbitration, disponível em: <
http://www.kluwersmartcharts.com/KA-SmartCharts/template1.aspx?UserName=Daniel%2bTavela%2bLuis&product=KLI_KA_DA&AuthMode=PerSystemSettings&ReferrerCode=KLISC&IBUMSWB=04ECA99BF4AA4C5A9EFFFBB96BE7DD67>