

NOÇÕES GERAIS DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL E SUA APLICAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS¹

GENERAL CONCEPTS OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND ITS APPLICATION FOR THE RESOLUTION OF FOREIGN INVESTMENT DISPUTES

Antonio Marcos Hernandez Neto♦

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo estudar a arbitragem comercial internacional como meio alternativo de solução de controvérsias. Primeiramente é feita uma análise histórica da arbitragem, voltando à sua origem para que se torne possível compreender como o instituto adquiriu seus contornos atuais. Posteriormente, são conceituadas as principais definições atinentes à arbitragem, fazendo um breve comentário sobre as possíveis modalidades. Depois, faz-se menção aos tratados aplicáveis ao instituto, bem como a sede arbitral, por ser tópico de suma importância. Por fim, o foco passa a ser a arbitragem de tratado para investimento estrangeiro no ICSID, que se demonstra peculiar por envolver um Estado e investidores estrangeiros privados.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem Comercial Internacional; Solução de Conflitos; Sede Arbitral; ICSID.

ABSTRACT

This work aims to study the international commercial arbitration as a alternative way for settlement of disputes. First a historical analysis of arbitration is made, returning to its origin so that it is possible to understand how it got its current outlines. Afterwards the main concepts regarding arbitration are defined, including a remark about its types. Then the applicable treaties are briefly discussed, as well as the place of arbitration for being an extremely important issue. At last the study focuses on investment treaty arbitration at ICSID, which is very peculiar for involving a host state and foreign private investors.

KEYWORDS: International Commercial Arbitration; Dispute Resolution; Place of Arbitration; ICSID.

¹Artigo recebido em 31 de maio de 2010 e aprovado em 02 de julho de 2010.

♦Advogado em São Paulo, mestrando em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

E-mail:antonio.marcos@hsf.adv.br

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização derrubou as fronteiras entre os diversos países do mundo, de modo que as relações internacionais, comerciais ou não, entre Estados distintos se intensificaram significativamente, gerando diversas novas situações até então não imaginadas.

Como consequência destas novas relações, surgem inevitavelmente controvérsias que sem o auxílio de um tribunal imparcial para dirimi-las, podem nunca chegar a um desfecho. Assim, a utilização da jurisdição de um dos Estados envolvidos pode não ser a saída mais fácil, por questões como parcialidade, agilidade, confidencialidade e falta de qualidade dos tribunais locais.

Uma alternativa eficaz que passou a ser amplamente utilizada para resolver os litígios supra mencionados é a arbitragem, que pela flexibilidade do procedimento, das regras aplicáveis e do próprio tribunal constituído, dá mais segurança às partes envolvidas quando da busca de uma solução plausível.

O presente trabalho visa estudar a arbitragem internacional como um meio para solucionar conflitos de investimento estrangeiro. Para tanto, há que se fazer uma análise do instituto da arbitragem e sua evolução pela história.

A partir dessa noção inicial é possível encontrar alguns conceitos relacionados ao assunto, bem como classificá-lo. Posteriormente, faz-se necessário mencionar os principais tratados atinentes à matéria e que são imprescindíveis para que exista no plano internacional uma rede de normas que sustentem e dêem validade ao instituto.

A sede arbitral merece uma análise detalhada, pois a legislação da sede da arbitragem é fator decisivo quando se trata da anulação, do reconhecimento ou da execução dos laudos arbitrais.

Por fim, estuda-se a arbitragem de investimento estrangeiro, que se caracteriza por ser uma modalidade *sui generis* de arbitragem, por envolver um Estado receptor do investimento e um investidor estrangeiro, ou seja, um sujeito internacional de direito público e uma sociedade regida pela legislação interna de seu país de origem.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM²

Já na Grécia antiga tem-se conhecimento do uso da arbitragem para resolver as disputas entre as cidades-estado. Somente entre elas as disputas eram resolvidas desta maneira, pois com os demais Estados, a disputa era armada.

As condições dos gregos à época eram favoráveis à utilização da arbitragem, pois apesar de politicamente independentes, as cidades-estado tinham em comum a religião, a língua, os costumes, dentre outros aspectos.

Procedimentos especiais específicos eram seguidos na arbitragem. O Oráculo de Delfos (centrado num grande templo da Grécia) era freqüentemente escolhido como árbitro, assim como poetas, estadistas e atletas.

Algumas cidades-estado chegavam a fazer acordos, nos quais era assegurado que disputas futuras entre elas seriam resolvidas por meio da arbitragem. Um exemplo é o Tratado firmado entre Atenas e Esparta em 445 a.C.

Na Roma antiga, época em que a Itália era formada por diversos estados independentes, também havia várias instâncias de arbitragem. Entretanto, quando Roma assumiu a soberania sobre toda a Itália, a arbitragem foi perdendo importância, até que foi deixada de lado em definitivo, com a formação do Império Romano. A idéia de um Estado soberano, dominante sobre todos os demais povos não se compatibilizava com arbitragem, uma vez que o próprio Estado tinha o poder de impor suas decisões. Somente após a queda do Império Romano a arbitragem voltou a ter aplicabilidade.

A arbitragem nessa época não possuía um procedimento padrão, como era na Grécia antiga. E à

² Cf. CARTER, Barry E.; TRIMBLE, Phillip R.; WEINER, Allen S. *International Law*.

época, as penalidades para aqueles que descumpriam as decisões tomadas em arbitragem variavam de multas pecuniárias a excomunhão.

Os bárbaros trouxeram de volta à Europa uma forma alternativa de solução de litígios, pois preferiam resolver suas controvérsias de acordo com costumes e regras próprias³.

A partir do século XII e com o início da Baixa Idade Média, reaparece a arbitragem, com o renascimento urbano e comercial do período e o surgimento da burguesia e queda dos feudos.

As novas aglomerações de pessoas, os burgos, deram origem posteriormente a várias cidades, alterando para sempre a economia europeia. Uma administração central passa a ser gerida pelo Estado, que ganha importância no contexto internacional.

O estabelecimento de Estados fortes nos países europeus, o Estado Moderno, instituindo novas leis e o poder judiciário do Estado, a arbitragem entre países voltou a cair em desuso, enquanto que as arbitragens acerca de disputas comerciais tornaram-se mais recorrentes.

Após a criação do Estado Moderno francês, pela Revolução Francesa de 1789, a própria Assembléia Constituinte acolheu a arbitragem para evitar abusos pela justiça do Estado soberano.⁴

A previsão legal da arbitragem pelo Código Civil Francês em 1804 e pela Bélgica em 1876 deu ainda maior impulso ao instituto, possibilitando sua adoção pelos demais países europeus e pelos EUA. A arbitragem entre Estados ou entre particulares havia se situado como uma alternativa à justiça estatal ou internacional.

No fim do século XIX, já existiam em curso pelo menos 90 casos sob arbitragem internacional entre diversos Estados. O modo mais comum de solução de litígios era a comissão mista, pela qual cada parte indicava um ou dois “árbitros”, os quais escolhiam mais um para compor o tribunal.

Quando as comissões mistas foram deixadas de lado, passou-se a utilizar experts independentes que entendiam da matéria em disputa, de preferência juristas, que não tinham interesse no deslinde da causa.

As Conferências de Paz de Haia de 1899 e 1907 trataram do tema, sendo inclusive conhecidas como Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais. Em 1899 foi instituído o PCA – Permanent Court of Arbitration, em atividade até hoje em Haia, com mais de cem Estados membros.

Após a 1ª Guerra Mundial, a arbitragem foi largamente utilizada para resolver demandas contra a Alemanha. O próprio Tratado de Versalhes tinha previsão da arbitragem com tribunais mistos, como forma adequada para estes casos.

Após a 2ª Guerra Mundial esta tendência da arbitragem foi acentuada, sendo estabelecidas diversas regras para a solução das disputas contra a Alemanha e criados distintos tribunais competentes para matérias diferentes.

O processo de queda das fronteiras territoriais que se iniciou após a 2ª Guerra Mundial e se acentuou com a globalização nas últimas décadas, somente contribuiu para que a arbitragem se popularizasse como um meio alternativo de solução de litígios entre Estados ou indivíduos localizados em jurisdições diferentes, com legislação, cultura, idiomas próprios.

De qualquer forma, o que se tem como definitivo é que as disputas entre países não podem ser decididas por um único homem, que deverá decidir com suas convicções mais íntimas. Disputas deste calibre devem ser remetidas a uma corte colegiada, formado por membros apontados por ambas as partes e outros membros neutros. A escolha destes membros neutros é de suma importância, uma vez que eles que de fato decidirão a controvérsia.

Recentemente diversas arbitragens públicas foram utilizadas, apesar de serem menos comuns que as arbitragens privadas. Como exemplo pode-se citar a de 2004 entre França e Holanda, sobre poluição no Rio Reno; e a de 2005 entre Bélgica e Holanda, sobre a reativação da estrada de ferro do Reno.⁵

³CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. p. 7.

⁴CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. p. 10.

⁵CARTER, Barry E.; TRIMBLE, Phillip R.; WEINER, Allen S. International Law. p. 358.

Noções Gerais de Arbitragem Comercial Internacional e sua Aplicação para Solução de Conflitos em Investimentos Estrangeiros

Nas relações comerciais internacionais, a arbitragem é meio recorrente para resolver conflitos, seja entre particulares de diferentes Estados, seja entre particulares do mesmo Estado, ou seja, entre Estados e particulares de outros Estados.

NOÇÕES GERAIS

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos, conforme o acordo entre as partes, por “juízes” independentes e não governamentais. Carmona, tratando da arbitragem no Brasil, conceitua bem o tema⁶:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

A arbitragem comercial é comum tanto interna como externamente. Dentre suas características, pode-se dizer que ela é consensual, ou seja, ambas as partes devem expressamente manifestar sua opção pela arbitragem. Outra característica marcante da arbitragem é o fato de que os sujeitos incumbidos de decidir a disputa não são membros do Poder Judiciário do Estado, ou seja, são pessoas independentes escolhidas pelas partes e que geralmente possuem amplo conhecimento sobre a matéria objeto da controvérsia.

Em terceiro lugar, destaca-se que a arbitragem produz uma sentença que vincula as partes, a qual é passível de execução pelos tribunais nacionais, depois de respeitado o devido procedimento para reconhecimento da sentença estrangeira.

Por último, destaca-se a flexibilidade do procedimento arbitral, comparando-a com os rígidos processos judiciais. Além da confidencialidade atribuível aos procedimentos, benefício muitas vezes procurado pelas partes.

A arbitragem possui diversas formas de classificação. Ela pode ser considerada doméstica, internacional pública ou internacional privada (ou comercial internacional), e ainda pode ser institucional ou ad hoc.

A arbitragem doméstica não possui qualquer elemento que a relacione com mais de um ordenamento jurídico, ou seja, as partes são do mesmo Estado, o contrato envolve o ordenamento de apenas um Estado.

A arbitragem internacional pública é aquela envolvendo dois Estados soberanos, ou dois sujeitos de direito internacional público. Já a arbitragem comercial internacional é aquela envolvendo dois entes privados, que podem ser do mesmo Estado ou não, mas que de alguma forma o procedimento arbitral e seu laudo envolverão mais de um ordenamento jurídico.

Há ainda outra modalidade de arbitragem, de natureza híbrida, a arbitragem de investimento estrangeiro. Ela é geralmente enquadrada sob o tipo de arbitragem comercial internacional, apesar de envolver de um lado um Estado e, de outro, um investidor privado, tema que será retomado mais adiante.

Quanto à administração do procedimento arbitral, a arbitragem pode ser institucional, aquela em que as partes concordaram em submeter a arbitragem à administração e supervisão de alguma instituição (p. ex: CCI – Câmara de Comércio Internacional). De outro lado há arbitragem ad hoc, que se caracteriza por ser independente de qualquer instituição, seguindo o procedimento e as regras escolhidas pelas partes e pelo tribunal por elas escolhido.

TRATADOS

⁶CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. p. 31

A arbitragem internacional, por se tratar de um meio específico de resolução de conflitos, possui normas próprias, tanto em âmbito nacional como internacional. Estas normas têm o fito de dar exequibilidade às convenções arbitrais e às sentenças arbitrais, e também isolar a arbitragem de interferências externas, principalmente governamentais.

O Protocolo de Genebra de 1923 pode ser considerado como o primeiro tratado internacional cuja atenção estava voltada à arbitragem comercial internacional. Os países signatários praticamente aceitavam que as partes localizadas em Estados distintos poderiam remeter suas controvérsias a um tribunal arbitral. Por outro lado, os signatários exigiam que a sentença a ser executada em seu território fosse proveniente deste mesmo território, e seu conteúdo somente poderia versar sobre questões comerciais.

Posteriormente, a Convenção de Genebra de 1927 expandiu a abrangência das decisões arbitrais, ao estipular que sentenças arbitrais provenientes de qualquer um dos Estados signatários da Convenção poderiam ser executadas nos demais signatários.

Por fim, nos anos 50, após grande movimentação por parte da CCI, em 1958 foi assinada a Convenção de Nova York, que entrou em vigor em 1959, e é tida como o mais abrangente e significativo tratado sobre a matéria, tendo sido ratificado por 144 países. Também conhecida como Convenção das Nações Unidas sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a Convenção obriga seus países membros a reconhecer e executar tanto os contratos com cláusula compromissória, como as sentenças arbitrais provenientes de outros países.

Uma consequência importante desta Convenção foi que as decisões arbitrais não mais precisavam ser confirmadas pelo poder judiciário do local em que foi proferida, antes de ser reconhecida e executada no país a que se destinava, sendo este signatário dela. Isto significa um avanço na própria mentalidade dos Estados, que estariam abrindo mão do controle sobre decisões que iriam surtir efeitos em seus territórios.

Outras Convenções também foram firmadas, em menor escala, muitas vezes regionais ou por matéria, envolvendo, portanto, menor número de Estados membros. Um exemplo é a Convenção do Panamá, de 1975, negociada entre os EUA e diversos outros países das Américas, que continha, em termos gerais, disposições similares às da Convenção de Nova York, também ratificada pelo Brasil em 1996.

Diversos países, principalmente aqueles com elevado nível de comércio internacional, legislaram para incluir em sua ordem jurídica interna, dispositivos legais voltados a dar validade às convenções arbitrais e às sentenças arbitrais, dando autonomia com relação ao poder judiciário, o qual deverá, quando provocado, dar suporte ao procedimento arbitral.

Assim, esta legislação nacional é relevante e necessária para pacificar internamente a validade do procedimento arbitral. Para tanto, deve-se reconhecer a capacidade das partes em optar pela cláusula compromissória; estipular mecanismos para executar tais cláusulas, bem como as próprias sentenças arbitrais; regular e limitar a participação do poder judiciário no procedimento arbitral.

PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

O procedimento arbitral possui regras específicas próprias, que geralmente são estipuladas pelas próprias instituições onde o caso será objeto de julgamento. Dentre estas instituições destacam-se a International Chamber of Commerce (ICC ou CCI em português), The London Court of International Arbitration (LCIA), The American Arbitration Association e o International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), cada qual com seu próprio regulamento para os procedimentos arbitrais.

A Corte Internacional de Arbitragem da CCI, estabelecida em Paris em 1923, é a mais popular delas, tendo recebido 817 novos pedidos para instauração de procedimentos arbitrais somente em 2009, segundo o Relatório Anual da CCI de 2010⁸.

O ICSID possui um procedimento peculiar, pois só serão aceitas disputas que versem sobre as matérias tratadas na Convenção; eventual tentativa de anular o laudo arbitral deverá ser feita ante o pró-

⁸http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/ICC_Home_Page/pages/ICC_in_2010.pdf, acesso em 30/06/2010

Noções Gerais de Arbitragem Comercial Internacional e sua Aplicação para Solução de Conflitos em Investimentos Estrangeiros

prio ICSID; e em caso de execução dos laudos, estes deverão ser considerados como decisão proveniente do próprio território onde se pretende executá-la.

Para regular os procedimentos arbitrais comerciais internacionais não institucionais (ad hoc) as regras de arbitragem da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) são amplamente utilizadas. Nestes casos de arbitragem ad hoc, ante a ausência de uma instituição para supervisionar e administrar o procedimento há maior flexibilidade e menores custos para as partes, apesar de muitas vezes haver insegurança com relação ao procedimento pela falta da instituição supervisora.

Assim, as regras da UNCITRAL são eficazes para estipular o procedimento a ser desenvolvido, estabelecendo a forma de indicação dos árbitros, a sede da arbitragem, a vinculação da decisão arbitral, dentre outros elementos essenciais.

SEDE ARBITRAL

Apesar de muitos considerarem irrelevante a sede da arbitragem, por ser esta desvinculada da lei aplicável no procedimento, a sede do tribunal arbitral a ser constituído ainda merece especial atenção quando da elaboração da cláusula compromissória. Tanto aspectos legais quanto práticos devem ser ponderados na escolha do local da arbitragem.

Conforme ensina Adriana Braghetta⁸:

[...] o estudo da sede, do ponto de vista jurídico, tem repercussão para: (i) a definição de nacionalidade do laudo com reflexos na execução; (ii) definição da competência do Judiciário para controle do laudo via ação de nulidade; (iii) a lei da sede tem papel subsidiário para regular a validade da convenção arbitral; e (iv) a lei da sede também desempenha papel importante nas disposições procedimentais imperativas, que podem representar limitações à vontade das partes na escolha de instituições, na escolha de árbitros ou mesmo na atuação de advogados, entre outros.

Quanto à nacionalidade do laudo para fins de execução do mesmo, entende-se que muitas vezes, pode-se optar por realizar a arbitragem no próprio território onde se pretende executá-la, a fim de evitar um moroso processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, como é o caso brasileiro perante o STJ.

Outro ponto relevante é com relação à familiaridade do poder Judiciário do local da arbitragem para apreciação de eventual ação de nulidade contra o laudo arbitral, intentada pela parte perdedora. Isto é comum, pois é evidente que determinados países possuem tribunais com ampla experiência em reconhecer a validade de um procedimento arbitral, rechaçando de plano uma ação com o intuito de desconstituir um laudo sem vícios, enquanto outros além de não ter esta experiência, podem nem mesmo ter ratificado os tratados atinentes ao assunto.

Quanto ao terceiro ponto ressaltado, a lei do local da sede assume importância quando as partes não elegeram previamente a legislação aplicável, uma vez que neste caso a lei utilizada à verificação da validade da arbitragem será a lei da própria sede.

Nos casos de arbitragem institucional, caso as Partes não tenham escolhido previamente a sede da arbitragem, tal escolha caberá à instituição encarregada de administrar o procedimento arbitral, podendo tal escolha ser posteriormente alterada pelo próprio tribunal, caso este assim entenda necessário. Nota-se que a sede ganha ainda relevância, pois, muitas vezes, quando não há a escolha pelas partes de uma lei aplicável, a lei aplicada será aquela do país onde a sentença arbitral foi proferida. Assim dispõe a própria convenção de NY, em seu art. V.1, “a”.

⁸BRAGHETTA, Adriana. A Importância da Sede da Arbitragem, in “Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares”. p.25.

O mesmo artigo continua, em sua letra “d”, que em caso de problemas na constituição do tribunal arbitral, ou mesmo, no próprio procedimento a ser desenvolvido, o acordado pelas partes será seguido, ou segundo a lei do país sede da arbitragem.

Por fim, a letra “e”, do mesmo artigo dispõe que a sentença poderá ser revista caso ela ainda não se tenha tornado obrigatória às partes, ou foi anulada por autoridade do país onde foi proferida, ou conforme sua lei tenha sido a utilizada⁹.

O quarto e último aspecto a ser analisado é com relação a eventuais limites impostos pelas legislações nacionais, no tocante a alguns itens essenciais da arbitragem, como a possibilidade de advogados estrangeiros atuarem nas arbitragens internacionais com sede naquele país; a aceitação de determinadas instituições estrangeiras, e de suas respectivas regras procedimentais, como as responsáveis pela administração do procedimento a ser instaurado; e ainda, restrições quanto à possibilidade das partes escolherem os árbitros.

Ademais, quanto aos aspectos práticos da escolha da sede arbitral, há de se considerar a estrutura física do local onde o procedimento se desenvolverá, para que ele não fique prejudicado por questões acessórias, como necessidade de obtenção de visto, qualidade dos serviços de tradução e de estenotipia, facilidade de acesso e locomoção para audiências, hospedagem, idioma, entre outros¹⁰.

ARBITRAGEM EM INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Nos anos 90 aumentou significativamente o número de tratados firmados a fim de regular a política de investimentos estrangeiros a países em desenvolvimento e países recém integrados ao capitalismo. Tais tratados buscavam dar segurança às empresas dos países desenvolvidos que iriam se aventurar com pesados investimentos nesses países que necessitavam do capital estrangeiro para seu próprio desenvolvimento, principalmente após o aumento significativo das privatizações de empresas públicas por países de terceiro mundo¹¹.

Esses tratados podem ser bilaterais e tratar especificamente de investimentos estrangeiros (BITs – Bilateral Investment Treaties) ou tratados multilaterais, sobre diversas matérias, que contemplam também a problemática da proteção do investimento estrangeiro (como o NAFTA). Até 2002, haviam sido celebrados 2.181 tratados bilaterais, segundo a UNCTAD¹².

Tais tratados têm como objetivo permitir que qualquer investidor privado dos Estados envolvidos, que venha a realizar investimentos em outro Estado parte do Tratado, terá certas condições e garantias básicas para evitar que este investimento não seja prejudicado por algum ato do Estado receptor do investimento, tal como: desvalorização da moeda, expropriação de bens do investidor, congelamento de preço, dentre outros. Caso o Estado receptor deliberadamente realize algum destes atos, ao investidor estrangeiro caberá o direito de iniciar um procedimento arbitral ante o Estado receptor, alegando a quebra do tratado.

Os investidores estrangeiros podem requerer a execução das demandas contra os Estados-parte dos tratados, pelos danos financeiros a ele causados, sem que seja a demanda previamente analisada por seu Estado de origem ou por qualquer organismo internacional; os atos soberanos dos Estados-parte estão su-

⁹ Cf. Convenção de Nova York de 1958, Artigo V.1: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; (...) d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

¹⁰ BRAGHETTA, Adriana. A Importância da Sede da Arbitragem, in “Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares”. p.31.

¹¹ HARTEN, Gus Van. Investment Treaty Arbitration and Public Law. p. 27.

¹² <http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&lang=1>, acesso em 26/06/2010

Noções Gerais de Arbitragem Comercial Internacional e sua Aplicação para Solução de Conflitos em Investimentos Estrangeiros

jeitos à revisão dos árbitros, que poderão aplicar compensações na esfera regulatória, conforme o caso; e por último, as disputas são resolvidas por meio de regras de um modelo específico de julgamento, a arbitragem comercial internacional, bem como a forma de reconhecimento e execução das decisões.

Diversos exemplos podem ser citados de demandas provenientes de investidores contra os Estados destinatários do investimento, nas quais se alegava que estes teriam agido de modo a desestabilizar a economia, mais especificamente no setor de atuação da empresa, mediante a elaboração de algum ato normativo, a modificação do sistema regulatório ou qualquer outro meio que tivesse causado prejuízos à atividade do investidor naquele país tendo como consequência a alegação de descumprimento do tratado. Vale destacar também que este tipo de proteção aos investidores não é feita apenas por meio de tratados, pois é possível também que o próprio investidor firme um contrato com o Estado interessado em seus investimentos, no qual há previsão de manutenção de certas condições de mercado e em caso de controvérsia, o meio apto a resolvê-la seria a arbitragem.

Esta forma de resolução de disputas abriu uma nova forma de arbitragem até então inédita, entre pessoas jurídicas de direito privado – os investidores – e uma pessoa jurídica de direito público – o Estado receptor. Até então os confrontos em âmbito internacional se davam entre Estado e Estado ou exclusivamente entre pessoas jurídicas de direito privado. Esta inovação deve ser analisada com cautela, pois nestas novas disputas o investidor deixa de ser representado pelo seu Estado, um poder soberano, que até então possuía competência exclusiva para representar seus cidadãos contra outro Estado.

A Convenção para Solução de Controvérsias de Investimentos (ICSID Convention) de 1965 criou o Centro Internacional para Solução de Controvérsias de Investimentos do Banco Mundial (ICSID), que se tornou o principal foro para resolução das disputas entre investidor estrangeiro e Estado anfitrião. Até janeiro de 2010, 144 Estados já haviam ratificado esta Convenção, dentre os quais não se encontra o Brasil¹³.

Na maior parte das vezes os procedimentos arbitrais ocorrem na própria sede do Centro em Washington, EUA. Até 31 de dezembro de 2009, 305 casos foram registrados no Centro, envolvendo arbitragem ou conciliação¹⁴.

Para que a disputa seja remetida ao ICSID, as Partes devem ter acordado previamente mediante algum instrumento válido por escrito, como um contrato, um tratado ou pela legislação interna do Estado receptor, a remeter suas controvérsias àquela instituição.

Este consentimento por parte do Estado tem uma consequência relevante: a possibilidade de dar a um tribunal arbitral notadamente imparcial, o poder de decidir sobre matéria de direito público daquele Estado, autorizando, assim, que um terceiro analise e julgue ato soberano do Estado.

Há de se ressaltar também que existe um rol flexível das disputas a serem levadas ao ICSID, pois na Convenção que a instituiu, menciona-se a sua jurisdição para resolver quaisquer conflitos provenientes diretamente de um investimento, sem restringir o significado de investimento.

Um critério utilizado no caso *Salini versus Marrocos* em 2001¹⁵ se tornou amplamente aceito pela doutrina e confirmado por outros tribunais arbitrais em decisões posteriores, como uma fórmula que auxilia na definição do caráter de investimento do caso analisado.

O caso envolve duas construtoras italianas que firmaram um contrato de intermediação de compra com uma entidade vinculada ao governo marroquino, para que fosse construída parte de uma rodovia em Marrocos. Durante a execução do contrato, as construtoras reclamaram o descumprimento contratual da outra parte, que se negou a atender. Isto levou as empresas italianas a iniciar um procedimento arbitral perante o ICSID, baseando-se no BIT firmado entre Itália e Marrocos.

Em sua defesa, Marrocos impugnou a jurisdição do tribunal, alegando, dentre outros motivos, a ine-

¹³<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>, acesso em 26/06/2010

¹⁴<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English>, acesso em 26/06/2010

¹⁵Caso ICSID nº ARB/00/4, entre *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. versus Marrocos*.

xistência de investimento por parte dos investidores estrangeiros. Em sua decisão sobre jurisdição¹⁶, o tribunal entendeu que os investidores haviam atendido o critério de investimento. Este critério é considerado por satisfazer o art. 25 da Convenção do ICSID, para definir se efetivamente se trata de investimento. Ele possui quatro requisitos básicos: a contribuição efetiva do investidor; duração razoável do projeto de investimento; existência de risco operacional; e contribuição para o desenvolvimento do Estado receptor.¹⁷

Caberá ao tribunal arbitral a análise do suposto investimento em cada caso, sopesando cada um dos critérios apresentados. Os quatro requisitos têm que estar de alguma forma presentes ou aparentes para que se possa afirmar que existe um investimento, considerando que cada um deles será mais ou menos evidente em cada caso.

Assim, mediante os acordos de investimento, que remetem a resolução de disputas à arbitragem, os Estados inseriram em sua ordem pública um modelo de resolução de controvérsias do direito privado, elaborado para resolver disputas comerciais internacionais, a arbitragem.

A arbitragem em caso de investimentos estrangeiros constitui uma modalidade única de arbitragem, uma vez que envolve um Estado e uma pessoa jurídica de direito privado, o investidor. Surgem então questionamentos, mesmo no âmbito conceitual, pois as partes não se encontram no mesmo patamar, já que não se trata de uma arbitragem pública, entre dois Estados soberanos ou uma arbitragem comercial internacional, entre duas empresas privadas juridicamente equivalentes.

Há também outro aspecto a ser ressaltado neste tipo de arbitragem que é com relação à imunidade do Estado integrante da arbitragem. Para que ele seja parte de um processo fora de seu território, ou para que uma sentença arbitral surta efeitos contra um Estado, com relação a um ato interno praticado por ele mesmo, é imprescindível que ele abra mão de sua imunidade internacional, pelo menos parcialmente. Pois do contrário, ele jamais aceitaria indenizar um investidor estrangeiro por danos causados em consequência de atos de autoridade cometidos dentro de seu território, no exercício de sua soberania.

A distinção entre a prática de atos públicos (*jure imperii*) ou privados (*jure gestionis*) pelo Estado é essencial para determinar a sua sujeição à arbitragem internacional e sua respectiva decisão. Entretanto, esta tarefa não é simples, uma vez que não é mecânica, ante a inexistência de um rol de atos estatais privados, que levariam à relativização de sua imunidade.

Por mais que a imunidade absoluta dos Estados, descrita na regra costumeira da *par in parem non habet judicium* (nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado)¹⁸, tenha sido abandonada com o passar dos anos, a revisão dos atos soberanos de um Estado requer expressa anuência deste.

Ressalte-se aqui a distinção que deve ser feita quanto à arbitragem de investimentos provenientes de contrato ou de tratado. No caso do contrato, por mais que um Estado seja parte, ele está naquele caso atuando como ente privado, firmando um contrato específico com outra parte estrangeira, no qual a forma de resolução das controvérsias, conforme consentimento mútuo das partes, será a arbitragem, exclusivamente para questões oriundas daquele instrumento e entre apenas aquelas partes contratantes. Nota-se aí que se trata em realidade de uma arbitragem comercial internacional, com uma diferença de que uma das partes é um Estado, agindo como parte privada, não interferindo, portanto, na esfera do direito público. Outra é a situação em que a disputa resulta de um tratado firmado entre dois Estados, em que uma parte sediada em um dos países signatários deste tratado se vê prejudicada pelo inadimplemento de uma das condições do tratado e, portanto, sentindo-se amparado pelo mesmo inicia uma demanda contra o Estado “infrator”. Neste caso, há claramente uma situação distinta da apresentada acima, em que o Estado não contratou diretamente com a parte reclamante, mas através do tratado garantiu-lhe certa segurança que posteriormente deixou de cumprir.

Neste último caso, o Estado, teoricamente, consentiu com a arbitragem com um grupo todo, que são

¹⁶Decisão sobre jurisdição de 23 de junho de 2001, publicada em 42 ILM 609 (2003).

¹⁷DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. Principles of international investment law. p. 68.

¹⁸REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. p. 175.

Noções Gerais de Arbitragem Comercial Internacional e sua Aplicação para Solução de Conflitos em Investimentos Estrangeiros

estrangeiros de determinado país, desconhecidos pelo Estado, e, que para iniciarem a arbitragem precisarão apenas preencher determinados requisitos. Os atos praticados pelo Estado que poderão levá-lo à condição de réu em um procedimento arbitral também podem ser os mais variados, bastando para tanto que afetem os bens do investidor estrangeiro.¹⁹

Infere-se daí que no consentimento do Estado no tratado, ele não está agindo como um ente privado, mas como um Estado soberano atuando na esfera internacional, tomando uma medida de governo ao aceitar a arbitragem como meio de solução de controvérsias resultantes de atos praticados por ele mesmo. Pode-se entender este consentimento como uma forma do Estado se submeter a um mecanismo indireto de controle de seus atos soberanos.

Estes atos podem ser os mais diversos possíveis, advindos de qualquer um dos três poderes do Estado, inclusive administração indireta, incluindo, mas não se limitando a leis, regulamentos, decretos, portarias, decisões judiciais, etc.

O Estado deverá acatar a decisão arbitral, não podendo alegar que seu direito interno autorizava o ato que acabou prejudicando o investidor estrangeiro. A imunidade do Estado garantida por seu direito interno deixa de existir com o consentimento prestado no tratado internacional para a arbitragem.

Conclui-se que o consentimento do Estado no tratado para com a arbitragem deve ser previamente calculado e posteriormente, supervisionado, para evitar que o Estado fique sujeito à decisão de um tribunal arbitral, cuja conseqüência poderá ser-lhe extremamente prejudicial.

Já o consentimento do investidor estrangeiro se dá quando já surgiu o impasse entre ele e o Estado anfitrião. Ao optar por requerer a instauração do procedimento arbitral, o investidor está exercendo um direito que lhe foi garantido pelo tratado assinado por seu Estado de origem. Por outro lado, muitas vezes a opção pela arbitragem, implica na renúncia do investidor de utilizar a jurisdição do Estado anfitrião ou de seu Estado de origem para solucionar o conflito.

Um exemplo ilustrativo desta modalidade de arbitragem pode ser obtido pela análise do caso, de julho de 2001, envolvendo a República Argentina e a CMS Energy, uma empresa norte-americana investidora na Argentina no setor de gás.

No período de privatizações do governo de Carlos Menem no início dos anos 1990, os contratos firmados com os investidores previam que as tarifas cobradas pelos serviços básicos providos pelos investidores à população argentina seriam atreladas ao dólar e os preços subiriam ou cairiam conforme os índices de produção norte-americanos.

A CMS adquiriu parte de uma companhia distribuidora de gás parcialmente privatizada pela Argentina, a TGN – Transportadora de Gás del Norte.

No entanto, no ápice da crise, dez anos depois das privatizações, o governo argentino determinou que as tarifas para os serviços básicos fossem fixadas no peso argentino, moeda muito desvalorizada na época, e tais preços seriam ainda congelados.

Diante de tal situação, é possível imaginar as perdas dos investidores estrangeiros que haviam empregado grande montante de dinheiro e recursos para viabilizar o investimento. A CMS teve profundas perdas, que o governo argentino se propôs a ressarcir, mas nunca o fez.

A CMS invocou o ICSID para que fossem aplicadas as disposições do BIT firmado entre EUA e Argentina em 1991, que previam proteção recíproca aos investidores estrangeiros.

O laudo emitido pelo tribunal arbitral em abril de 2005²⁰, decidiu que, independentemente da crise financeira em que se encontrasse o país, a Argentina tinha a obrigação de garantir um ambiente estável aos investidores, conferindo-lhes um tratamento justo e imparcial.

Destarte, foi condenada a Argentina a compensar a CMS em US\$ 133,000,000.00 (cento e trinta e

¹⁹ HARTEN, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. p. 25.

²⁰ Sentença acessada em 10 de junho de 2010, pelo endereço “http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_En&caseId=C4”

três milhões de dólares), além de ter de pagar uma quantia de US\$ 2,148,100.00 (dois milhões, cento e quarenta e oito mil e cem dólares) para adquirir a companhia que a CMS havia constituído na Argentina para viabilizar o investimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem se tornou uma forma recorrente para solução de controvérsias internacionais, procurada por todos aqueles que atuam no mercado globalizado dos dias atuais.

Suas inúmeras vantagens sobre as complicadas jurisdições estatais, fazem com que cada vez mais a arbitragem ganhe aceitação pelos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado.

A arbitragem pode dirimir conflitos entre Estados, entre partes privadas ou até mesmo entre Estado e parte privada. Isso devido à peculiar flexibilidade característica do instituto e ao vasto leque de matérias sobre o qual um tribunal arbitral pode decidir, uma vez que a liberdade para escolha dos árbitros pelas partes permite que elas os escolham por sua especialidade na matéria objeto da controvérsia.

Cabe, portanto, ao operador do direito ser familiarizado com este meio alternativo para solução de conflitos, para que ele seja disseminado como uma prática válida e se torne definitivamente um meio acessível para que as controvérsias sejam solucionadas por este meio hábil, flexível, sigiloso, rápido e, acima de tudo, com qualidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARTER, Barry E.; TRIMBLE, Phillip R.; WEINER, Allen S. *International Law*. 5ª Edição. Nova York: Aspen Publishers, 2007.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, lei brasileira de arbitragem, direito brasileiro privado aplicável à arbitragem, instituições internacionais de arbitragem, convenções internacionais sobre arbitragem*. 2ª Edição. Campinas: Millenium Editora, 2009.
- DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of international investment law*. 1ª Edição. Nova York: Oxford Press, 2008.
- FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em homenagem ao Prof. Theófilo de Azeredo Santos*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HARTEN, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. 1ª Edição. Nova York: Oxford Press, 2008.
- LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coordenação). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.