

## ARBITRAGEM ENTRE ESTADO E INVESTIDOR ESTRANGEIRO<sup>1</sup>

### ARBITRATION BETWEEN STATE AND FOREIGN INVESTOR

Larissa Ramina<sup>2</sup>

**RESUMO.** O presente artigo tem como objetivo analisar historicamente a evolução da arbitragem entre Estado e investidor estrangeiro, que anteriormente acontecia sob o manto do mecanismo da proteção diplomática, até o processo de reestruturação da ordem jurídica internacional no pós Segunda Guerra Mundial, que deu ensejo à construção de mecanismos internacionais que viabilizassem a arbitragem entre Estado e investidor estrangeiro diretamente, em particular o CIRDI – Centro Internacional para Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados.

**PALAVRAS-CHAVE.** INVESTIMENTO. ARBITRAGEM. CIRDI.

**RÉSUMÉ.** Le présent article a pour but l'analyse historique de l'évolution de l'arbitrage entre État et investisseur étranger, que dans un premier moment se passait sous le mécanisme de la protection diplomatique, jusqu'au procès de restructuration de l'ordre juridique international après la Deuxième Guerre Mondiale, qui a donné l'origine à la construction de mécanismes internationaux visant à l'arbitrage entre État et investisseur étranger directement, et surtout le CIRDI – Centre International pour la Résolution de Différends relatifs aux Investissements entre États et Nationaux d'autre États.

**MOTS-CLÉS.** INVESTISSEMENT. ARBITRAGE. CIRDI.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: o processo de reestruturação da ordem internacional e o surgimento da arbitragem envolvendo Estado e particular estrangeiro. 1.1. Reestruturação da ordem internacional. 1.2. Caráter híbrido da arbitragem envolvendo Estado e particular estrangeiro. 2. Mecanismo clássico de proteção de interesses privados na ordem internacional: a proteção diplomática. 2.1. Pressupostos. 2.1.1. Nacionalidade. 2.1.2. Esgotamento dos recursos internos. 2.2. Casos de controvérsias entre Estado e particular estrangeiro levados à

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 31 de outubro de 2011 e aceito em 07 de novembro de 2011.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Internacional pela USP, Professora do Programa em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil e Professora do UniCuritiba.

[raminajr@milenio.com.br](mailto:raminajr@milenio.com.br).

Corte Internacional de Justiça por meio da proteção diplomática. 3. Evolução da arbitragem entre Estado e particular estrangeiro após a Segunda Guerra Mundial. 3.1. Prática contratual: *State Contracts* com cláusula de arbitragem. 3.1.1. Problemática das relações contratuais entre Estado e particular de outro Estado. 3.1.1.1. O Direito aplicável. 3.2. Institucionalização: O Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados – CIRDI. 3.2.1. Criação, sede, objetivos e mecanismos. 3.2.2. Direito Aplicável. 3.2.3. Reconhecimento e execução do laudo arbitral. 3.2.4. Jurisdição. 3.2.4.1. *Ratione personae*. 3.2.4.2. *Ratione materiae*. 3.2.4.3. *Ratione voluntatis*. 3.2.4.3.1. Novas tendências da jurisdição *ratione voluntatis*. 3.2.4.3.1.1. Consentimento dado por um Estado unilateralmente por meio de uma lei nacional: o *Caso Pyramids* (SPP v. Egito). 3.2.4.3.1.2. Consentimento dado por um tratado bilateral de investimentos: o *Caso AAPL v. Sri Lanka*. 4. Proteção diplomática e arbitragem na América Latina. 4.1. Quadro geral. 4.2. A posição do Brasil. 5. A Segunda Minuta do Projeto do Acordo ALCA e o Capítulo sobre Investimentos. 5.1. Inspiração: o finado Acordo Multilateral sobre Investimentos. 5.2. A proposta. 5.3 Solução de controvérsias: afastamento das concepções clássicas em matéria de investimento internacional e previsão de arbitragem internacional para controvérsias entre Estados e investidores. 6. Considerações Finais: Tendências para a solução de controvérsias envolvendo Estado e particular – os Tratados Bilaterais para a Promoção e a Proteção dos Investimentos. 7. Bibliografia.

## **1. Introdução<sup>3</sup>: o Processo de reestruturação da ordem internacional e o surgimento da arbitragem envolvendo Estado e particular estrangeiro**

### **1.1. O Processo de reestruturação da ordem internacional**

No passado, as relações internacionais passavam-se entre Estados, por intermédio de tratados. Após a Segunda Guerra Mundial, o direito internacional entrou em uma fase de profunda reformulação. O Estado passou a participar na atividade econômica, dando origem à figura do Estado-comerciante nos acordos internacionais. Por outro lado, o reconhecimento do papel desempenhado pela empresa privada nas relações internacionais alterou em muito o cenário internacional.

Esses fatores contribuíram para uma reestruturação das relações internacionais, cujo impulso foi dado pelo processo de descolonização, que deu origem a novos Estados, até então sufocados pelas metrópoles, ansiosos para desempenhar um papel na comunidade internacional.

---

<sup>3</sup> Trabalho escrito no ano de 2003, podendo apresentar dados desatualizados.

A partir de então, houve uma extensão do conceito de soberania, que passou a abranger também a soberania econômica e a participação efetiva nas riquezas do planeta. Essa mudança de perspectiva proporcionou a mutação da sociedade internacional, que passou a ser polarizada pela ideia de desenvolvimento. Surge então um direito internacional do desenvolvimento, que visava à reestruturação da ordem internacional tradicional. A tomada de consciência de sua condição inferior de desenvolvimento conduziu os Estados recém-independentes a adotarem uma postura crítica frente àquela velha ordem internacional.

O princípio da igualdade entre os Estados, previsto no artigo 2 § 1º da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), que repousava na realidade internacional do século XIX, e caracterizava-se pela homogeneidade das nações que participavam das relações internacionais, com exceção da América Latina, foi abalado pela desigualdade econômica. A antiga desigualdade de poder foi seguida pela desigualdade de desenvolvimento, e as nações passaram a ser classificadas conforme seu grau de participação nas relações internacionais econômicas<sup>4</sup>. O direito internacional deixa de ignorar as realidades econômicas da sociedade internacional, e a questão da desigualdade passará a centralizar as preocupações dos Estados.

O foro adequado que os países em desenvolvimento encontraram para reivindicar suas aspirações foi a Assembleia Geral da ONU, onde passaram a constituir maioria e, portanto, puderam levar adiante a doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais, amparada por diversas resoluções, entre as quais a resolução 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962, enunciada como uma declaração de princípios.

Nesse quadro, passou a ter relevância a atuação da empresa privada, dotada de poder econômico e, portanto, político, que passou a exercer atividades além das fronteiras nacionais. No confronto entre a empresa e o Estado, os interesses privados e os interesses estatais se contrapõem. De mais a mais, a atuação das empresas na esfera internacional fez surgir o inevitável contraste que evidenciou sua superioridade econômica diante dos países em desenvolvimento, desprovidos de capital e tecnologia, imprescindíveis ao desenvolvimento almejado. Para realizar suas aspirações de desenvolvimento, esses países passaram a recorrer à empresa privada estrangeira, por sua vez interessada em prosseguir em seu processo de expansão para além das fronteiras nacionais.

Essa conjugação de interesses constitui a pedra angular da ordem econômica internacional contemporânea e advém do relacionamento estreito que existe entre o Estado e a empresa estrangeira. Nesse quadro é que se justifica a importância dos mecanismos de solução das controvérsias que surgem dessas relações. Diante dessa realidade, percebe-se que a atividade das empresas transnacionais emergiu para o cenário internacional, ao lado do Estado, dando ensejo às teses sugerindo a personalidade jurídica internacional

---

<sup>4</sup> MAGALHÃES, José Carlos. *Do Estado na Arbitragem Privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988, p. 12.

da empresa. Esta se tornou, sem dúvida, ator dos mais importantes nas relações internacionais, e participante do processo de desenvolvimento – para o bem ou para o mal - dos Estados. Esse fenômeno abalou os princípios e conceitos do direito internacional clássico, e alterou a organização estrutural da comunidade internacional clássica, fundada na exclusividade dos Estados.

José Carlos Magalhães observou que

“o prestígio da solução judiciária internacional, que a Corte Permanente de Justiça Internacional alcançou, na década de 1920, renovado no após-guerra pela Corte Internacional de Justiça, ofuscou e fez fenecer a arbitragem entre Estados, outrora de intenso uso, como alternativa última do recurso à força, para dirimir dissensos por meio pacífico. Sua utilização freqüente, nos dias de hoje, para dirimir controvérsias entre o Estado e o investidor privado estrangeiro, revela o estágio de desenvolvimento da ordem internacional, em que a alteração da postura do Estado coincide com o ingresso do particular no cenário internacional<sup>5</sup>”.

Sabe-se que a arbitragem constituiu forma tradicional de solução de solução de litígios entre nações primitivamente organizadas na ordem internacional, e também na ordem interna, nos momentos de ausência ou de debilidade do Estado, ou das formas anteriores de organização da comunidade internacional.

No passado, as controvérsias entre Estado e empresa estrangeira eram, via de regra, solucionadas pelo aparelho judiciário do Estado territorial, ou falhando este e se configurando a denegação de justiça, por meio da intervenção do Estado de nacionalidade da empresa. Dessa forma, por meio do mecanismo da proteção diplomática, o litígio migrava da esfera privada para a esfera internacional. A própria Corte Internacional de Justiça já afirmou que a proteção diplomática trata de aspecto muito sensível das relações internacionais, posto que o interesse do Estado estrangeiro na proteção de seus nacionais confronta-se com o direito de soberania territorial. Por outro lado, a Corte Internacional de Justiça não teve seu estatuto alterado para ampliar sua competência de forma a abraçar as controvérsias que envolviam entidades não-estatais<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibid, p. 17.

<sup>6</sup> O passo mais avançado nessa direção foi a nomeação, pelo Presidente daquela Corte, de árbitros, em situações em que o Estado se recusou a colaborar para a instituição do juízo arbitral. Constitui uma leve evolução, tendo-se em vista a recusa do Vice-Presidente da Corte de nomear árbitro único, a pedido da Anglo Iranian Oil Co., em sua disputa com o Irã, a propósito da nacionalização de seus bens, sob o fundamento de que o artigo 37 do Estatuto da Corte referia-se apenas à composição de litígios sobre jurisdição estabelecida em tratado ou convenção entre Estados. Cf. Ibid., p. 18.

Em 1965, a criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, pelo Banco Mundial (CIRDI), representa passo importante em direção à institucionalização de mecanismo internacional destinado a compor esse gênero de controvérsias.

As arbitragens entre Estado e nacionais de outro Estado têm envolvido, na quase totalidade dos casos, países em desenvolvimento e empresas oriundas de países desenvolvidos. Consta-se que o embate entre países em desenvolvimento e investidores estrangeiros situa-se no quadro geral que caracteriza a comunidade internacional, em que o confronto de pretensões e interesses separa nitidamente os países ricos e pobres <sup>7</sup>. Os países da América Latina e, portanto, o Brasil, sempre participaram de forma marginal no processo decisório da comunidade internacional, e situam-se entre os chamados “países em desenvolvimento”. Assim, vale-se da colaboração do capital e técnicas estrangeiros para impulsionar seu processo econômico interno, tendo ampliado, notadamente a partir de 1964, a participação de empresas estrangeiras nesse processo. Ademais, a intervenção do Estado brasileiro na economia fez surgir multiplicidade de empresas públicas, sob controle do Estado, com intensa atuação na ordem interna e internacional <sup>8</sup>.

A arbitragem tem sido o meio previsto, na generalidade dos casos, nos contratos e compromissos de garantia assumidos pelo Brasil.

A Corte Permanente de Justiça Internacional foi chamada a decidir sobre controvérsia entre o Estado brasileiro e portadores franceses de diversos empréstimos federais brasileiros, relativa à moeda de pagamento dos juros, se franco-ouro ou franco-papel. Aqueles empréstimos, contraídos com particulares franceses, eram objeto de cupons resgatáveis na França em franco-ouro. Nesse caso, não se questiona a aplicação do direito internacional à controvérsia, que era relativa à moeda de pagamento prevista no contrato, ou a em vigor na França, local desse pagamento, no momento do resgate. A controvérsia girou em torno de qual lei nacional deveria ser aplicada, a do país emitente dos títulos ou a do local do pagamento. Esse caso, decidido de forma desfavorável ao Brasil, porque a Corte decidiu aplicar a lei francesa, justamente com caso similar envolvendo a França e o reino da Sérvia, Croácia e Eslovênia, tornou-se paradigma, freqüentemente citado como “*Casos dos empréstimos sérvios e brasileiros*”, para justificar a aplicação da lei nacional

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 19.

<sup>8</sup> A contratação de empréstimos externos por tais empresas, sob garantia da União, ou por esta, diretamente, a realização de contratos de risco, celebrados pela empresa monopolizadora da exploração do petróleo no país e a diversidade de compromissos assumidos pelos Estados-membros e emanações do governo federal com sociedades ou conglomerados sediados no exterior tornam imprescindíveis o exame e a problemática das controvérsias entre o Estado e o investidor estrangeiro e como se encontra equacionada na ordem internacional. Cf. Id.

aos contratos que não sejam entre Estados. Nesse caso, ficou célebre o *dictum* da Corte: “todo contrato que não seja um contrato entre Estados, como sujeitos de direito internacional, tem fundamento em uma lei nacional <sup>9</sup>”.

Observe-se que o comportamento criticado dos países em desenvolvimento, de alterar, por leis novas, o regime jurídico dos contratos ajustados com particulares estrangeiros, e que motivou as chamadas cláusulas de estabilização legislativa em contratos com Estados, já era praticado pelos Estados europeus, em suas relações com terceiros. A lembrança desse precedente justifica maior reflexão sobre o complexo de relações em que se envolve, hodiernamente, o Estado e o confronto de interesses compreendidos no processo econômico internacional<sup>10</sup>.

## 1.2. Caráter híbrido da arbitragem envolvendo Estado e particular estrangeiro

As controvérsias entre sujeitos do direito internacional clássico, antes Estados, agora também organizações internacionais, são regidas pelos mecanismos do direito internacional público, mediante jurisdição institucionalizada, ou tribunais arbitrais. A arbitragem entre nacionais de Estados diferentes está sempre subordinada a uma lei nacional, circunstância que levou alguns autores a duvidar do caráter internacional da arbitragem privada, pelo fato da mesma estar ligada a um sistema jurídico nacional e submetida a certas leis ou regras nacionais <sup>11</sup>. No entanto, não se pode negar o caráter internacional, pois que se destina a solucionar controvérsia que envolve mais de uma ordem jurídica, seja porque as partes estão em países distintos, seja porque são nacionais de Estados diversos, seja ainda porque a relação jurídica controvertida tenha nascido em um país e deva ser executada em outro. Assim, destina-se a solucionar controvérsia que ultrapassa a ordem jurídica de um único Estado. Em última análise, é o Direito Internacional Privado que disciplina, no território estatal, atos e relações que envolvem um elemento estrangeiro.

<sup>9</sup> Questões relevantes favoráveis à pretensão dos países devedores foram abordadas naquelas decisões, sem, todavia merecer destaque na doutrina ocidental, ainda que apontadas nos votos dissidentes dos dois juristas latino-americanos que integravam aquela Corte: o brasileiro Epiácio Pessoa e o cubano Antonio Sanchez Bustamante. A esse propósito, é ilustrativa a parte do voto dissidente de Bustamante, que sustenta que “O compromisso relativo aos empréstimos sérvios e brasileiros foi assinado no Rio de Janeiro, em 27 de outubro de 1927 e não se pode aceitar que uma das partes, em 25 de agosto de 1928, quase um ano mais tarde, tenha o direito de revolver, a seu favor, por uma lei interna ou nacional, a questão internacional já submetida à Corte, ou de invocar essa lei, que é sua obra, após o compromisso, como um argumento favorável. Nos parece evidente que o segundo parágrafo da lei monetária francesa de 25 de junho de 1928 deve ser inteiramente afastado desse caso”. Répertoire des Documents de la Cour de La Haye, Série I, 1922-1945, Tome I, p. 966. *Apud* MAGALHÃES, *Ibid*, p. 21.

<sup>10</sup> *Id.*

<sup>11</sup> *Id.*



Enquanto a arbitragem pública entre Estados e a arbitragem privada entre particulares submetem-se, respectivamente, ao Direito Internacional Público e ao Direito Privado, a arbitragem entre Estado e particular estrangeiro possui características próprias, e tem sua origem em dois fatores históricos: de um lado, dos inconvenientes da proteção diplomática, de outro do acesso do indivíduo aos tribunais internacionais<sup>12</sup>.

## **2. Mecanismo clássico de proteção de interesses privados na ordem internacional: a proteção diplomática**

A arbitragem entre Estado e particular estrangeiro tem sua origem no século XIX. O Direito Internacional Clássico era concebido como Direito exclusivamente entre Estados, não concebendo o particular como sujeito. A representação deste era feita pelo Estado de nacionalidade, por meio do mecanismo de proteção diplomática, criado para permitir ao Estado discutir com outro a pretensão de seu nacional.

Por outro lado, nas ordens jurídicas nacionais imperava a idéia de imunidade de jurisdição do Estado. Transposta ao cenário internacional, essa concepção justificava a proteção diplomática do Estado em favor de seu nacional, com base no princípio da denegação de justiça praticada pelo Estado que invocou a imunidade de jurisdição.

No entanto, essa prática trazia alguns inconvenientes. Além de favorecer apenas os Estados poderosos, deixava o particular à mercê da vontade de seu Estado de nacionalidade, nem sempre disposto a conceder a proteção diplomática. A aprovação da Convenção Drago-Porter, em 1907, e a frutificação do espírito que inspirou as Convenções de Haia de 1899 e 1907 contribuíram para a superação gradativa da identificação de pretensões privadas como se dos Estados fossem, permitindo o desenvolvimento da arbitragem entre Estado e particular<sup>13</sup>.

### **2.1. Pressupostos**

#### **2.1.1. Nacionalidade contínua e efetiva**

Um dos pressupostos para que o Estado exerça sua proteção diplomática é o de que o beneficiado, pessoa física ou jurídica, tenha com ele um vínculo de nacionalidade ou de registro, no caso de navios, aeronaves, fuzis e satélites. Este vínculo lhe permite afirmar sua competência pessoal, fundamento do exercício da proteção diplomática.

---

<sup>12</sup> “Representa, por isso, conquista do indivíduo na busca de seu reconhecimento último das normas de direito, tanto nacional, como internacional, e sua aceitação como pessoa capaz de postular seus interesses perante o Estado estrangeiro, na esfera internacional, diretamente, sem se subordinar à proteção diplomática de seu próprio Estado”. Cf. MAGALHÃES, *Ibid*, p. 33.

<sup>13</sup> *Ibid*, p. 47.

No caso de pessoas jurídicas, sua nacionalidade é determinada em função da ordem jurídica estatal a que estão subordinadas, e que resulta geralmente do foro de sua constituição.

No célebre caso da *Barcelona Traction*, submetido à apreciação da Corte Internacional de Justiça, a Corte decidiu que a nacionalidade predominante não é a do acionário, mas a personalidade da empresa, pessoa jurídica. Os fatos do caso podem ser resumidos da seguinte maneira: a Bélgica entrou com ação na Corte Internacional de Justiça, em 1962, contra a Espanha, solicitando a partilha do prejuízo sofrido por nacionais belgas em decorrência de atos contrários ao direito internacional, que teriam sido praticados por órgãos do governo espanhol, relativamente à empresa Barcelona Traction. Esta, uma empresa constituída no Canadá, de nacionalidade canadense, possuía diversas empresas auxiliares, inclusive com sede na Espanha, onde produzia e distribuía energia. A Corte constatou que a Bélgica não poderia exercer a proteção diplomática dos acionistas de uma empresa canadense em consequência de atitudes tomadas contra essa empresa na Espanha, já que os atos foram praticados em relação à empresa, e não aos seus acionistas. O direito internacional autoriza somente o Estado nacional da sociedade a exercer sua proteção diplomática, em caso de ato ilícito cometido contra ela pelo governo local, e não confere expressamente esse direito ao Estado nacional dos acionistas. Assim, não ficou demonstrada a qualidade do governo belga para agir perante a Corte, e sua demanda foi rejeitada.

A continuidade constitui uma das qualidades da nacionalidade como pressuposto para a proteção diplomática. Trata-se do momento em que o particular deve possuir a nacionalidade do Estado do qual ele busca a proteção diplomática. Salvo solução convencional, a resposta está em dois momentos, na data do fato ilícito e, sem quebra de continuidade, na data do endosso da demanda privada pelo Estado.

A questão de saber se a vítima deve ter a nacionalidade do Estado que exerce a proteção diplomática até a decisão final é complexa e controvertida. Até o final da Primeira Guerra Mundial, a resposta era afirmativa, para evitar o fenômeno do *forum shopping*. Posteriormente, a interpretação passou a ser mais maleável, aceitando mudanças de nacionalidade forçadas, em particular aquelas que resultam de mutações territoriais.

A efetividade constitui a outra qualidade da nacionalidade. Em outras palavras, se um Estado conferir sua nacionalidade a particular com quem não tenha qualquer vínculo social, os demais Estados poderão se recusar a reconhecer essa nacionalidade por falta de efetividade. O fundamento dessa condição encontra-se na própria natureza da nacionalidade derivada, adquirida por naturalização. Esta decorre de fatores sociais, como tempo de residência, domínio da língua, casamento com nacional, prestação de serviço relevante ao Estado, entre outros. Essa questão foi analisada pela Corte Internacional de Justiça no Caso *Nottebohn*. Assim, a nacionalidade deverá ser *oponível* ao



Estado pertinente, levando-se em consideração a legislação interna e a regra internacional da nacionalidade efetiva.

### 2.1.2. Esgotamento dos recursos internos

O prévio esgotamento dos recursos internos constitui exigência do Estado sede do investimento. A regra indiscutível do direito internacional geral é que o investidor estrangeiro deve esgotar os recursos internos antes que se possa ensejar um procedimento internacional. A Corte Internacional de Justiça reconheceu a regra no *Caso Interandel*. O fundamento dessa regra está na existência de duas presunções. A primeira, de que o particular que está no exterior ou que ali investe aceita se submeter ao direito local, sendo que somente fará uso dos procedimentos internacionais quando não puder obter satisfação pela via de direito comum. A segunda, deduzida da soberania territorial, em virtude da qual os Estados reconhecem a equivalência das ordens jurídicas nacionais, e se confiam mutuamente a administração da justiça. Não fosse assim, o investidor estrangeiro seria um indivíduo privilegiado, para quem não existiriam nem o direito interno, nem os tribunais locais, e que se sentiria autorizado a solicitar a intervenção de seu Estado de nacionalidade sempre que surgissem dificuldades com o governo do país territorial.

Por conseguinte, o Estado não poderá introduzir uma reclamação internacional a título de proteção diplomática antes que o particular tenha esgotado todos os recursos internos previstos pela ordem jurídica do Estado cuja responsabilidade está sendo buscada. Esta condição dá à proteção diplomática um caráter subsidiário. Na Convenção de Washington de 1965, que criou o CIRDI, esta condição deverá ser exigida expressamente pelo Estado.

Esse requisito pressupõe não só a existência de vias internas, mas sua acessibilidade, sua eficácia, e sua imparcialidade, entre outros valores. O interessado na proteção diplomática provará que o Estado não dispunha de recursos internos, ou que estes eram ilusórios ou inoperantes, ou que os esgotou, continuando a sentir-se vítima de ilícito sancionado pelo direito internacional. A Comissão de Direito Internacional especificou que tal requisito pressupõe que o particular tenha alguma conexão voluntária com o Estado estrangeiro a quem se atribui o ilícito, como residência, propriedades, comércio.

Cançado Trindade<sup>14</sup> observou que a aplicação criteriosa da regra por parte da chancelaria de diversos países contribuiu para reduzir ou evitar, na medida do possível, as alternativas de recurso a medidas coercitivas e intervenção na solução de reclamações internacionais. Pela aplicação da regra, insistiu-se na solução das controvérsias no âmbito do sistema jurídico interno do Estado em questão. Dessa forma, já em fins do XIX e na passagem do

---

<sup>14</sup> TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O Esgotamento de recursos internos no direito internacional. Brasília: Editora UnB, 2ª ed. at., 1997, 327 p.

século dificilmente se poderia negar que a regra se cristalizara em regra costumeira do direito internacional, o que hoje é inquestionável.

É importante lembrar que os casos de aplicação da regra sempre tiveram uma origem privada, envolvendo uma reclamação de um particular, subseqüentemente patrocinada por seu Estado de nacionalidade, contra um Estado estrangeiro. No caso de disputas que surgem diretamente entre dois Estados, não se pode esperar que um deles tenha que esgotar os recursos disponíveis no território de outro Estado, em virtude de sua própria soberania – *par in parem non habet imperium, non habet jurisdictionem*.

O mecanismo da proteção diplomática, forjado no século XIX, reflete também a ausência de personalidade jurídica internacional da pessoa física ou jurídica e a inexistência de meios próprios de ação na ordem jurídica internacional, além daqueles conferidos convencionalmente.

No que diz respeito à renúncia, não há dúvidas de que o Estado pode renunciar ao exercício da proteção diplomática, seja por tratado ou declaração unilateral anteriores ao litígio, seja *a posteriori*, como por exemplo o Canadá no Caso da *Barcelona Traction*. Também nesse sentido, prevê o artigo 27 do CIRDI<sup>15</sup>.

## 2.2. Casos de controvérsias entre Estado e particular levados à Corte Internacional de Justiça por meio da proteção diplomática

A Corte Permanente de Justiça Internacional e a Corte Internacional de Justiça decidiram várias controvérsias entre Estados, em que os verdadeiros protagonistas na controvérsia eram um Estado e um particular estrangeiro, muito embora o particular estivesse sempre representado por seu Estado de nacionalidade. Seguem alguns desses casos.

A decisão do caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, entre a Inglaterra e a Grécia, constitui indício dessa tendência. O governo britânico, responsável pelo mandato da Palestina, em decorrência do Protocolo XII da Conferência de Lausanne de 1923, deixou de reconhecer os direitos de concessão outorgados pelas antigas autoridades otomanas em favor do grego, Sr. Mavrommatis, e objeto de contratos em plena vigência por ocasião da assunção do mandato pela Inglaterra. Entendendo ter havido violação das atribuições inglesas, o governo grego, a pedido de Mavrommatis, submeteu a questão à Corte Permanente de Justiça Internacional. A Inglaterra, dentre os diversos argumentos de sua defesa, alegou que a matéria não envolvia disputa entre Estados ou controvérsias sobre a interpretação do Protocolo de Lausanne, que lhe havia conferido o mandato, tratando-se de simples questão entre Estado e particular. A Corte rejeitou tais argumentos, e entendeu que o

---

<sup>15</sup> Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados. Site oficial: [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)

governo grego possuía legítimo interesse na contenda, pois postulava em nome de seu nacional. A decisão do mérito determinou o restabelecimento dos direitos de Mavrommatis nas concessões canceladas pelo governo inglês, o que fez ressaltar o real interesse do indivíduo na controvérsia. A relação jurídica examinada na decisão emergia de contrato de concessão entre o Mavrommatis e o Estado, do qual a Grécia não era parte. Coube-lhe o papel de representante de seu nacional, impossibilitado de postular em nome próprio seus direitos no foro internacional.

Outro caso envolvendo Estado e particular é o *Nottebohm*, decidido pela Corte Internacional de Justiça, em que se questionou a legitimidade de ato do governo guatemalteco de confisco dos bens de Nottebohm, considerando-o nacional da Alemanha, país com o qual a Guatemala estava em guerra, a despeito de haver ele adquirido a nacionalidade de Liechtenstein. A decisão, na verdade, enfocou a pretensão de Liechtenstein de ver reconhecida a nacionalidade por ele conferida a Nottebohm, que, com isso, teria renunciado à nacionalidade alemã.

Também no caso *Ambatielos* emerge clara a controvérsia entre o Estado e o particular, solucionada pela Corte Internacional de Justiça e pelo Tribunal Arbitral instituído em cumprimento à decisão da Corte. Em 17 de julho de 1919, o armador grego Nicholas Eustache Ambatielos firmou, com o governo inglês, um contrato de compra de nove navios em construção nos estaleiros ingleses de Hong Kong. Vencendo-se o prazo de entrega ajustado, sem que esta fosse realizada, Ambatielos acionou o governo inglês perante seus tribunais, sem sucesso, sendo, igualmente, chamado a juízo para responder por dívidas contraídas na Inglaterra, em garantia das quais ofereceu parte dos navios encomendados. Perdendo a ação em grau de recurso, em 1923, ele deixou de interpor novos recursos, como lhe ensejavam as leis inglesas. A Coroa Britânica, no mesmo ano, propôs nova ação contra Ambatielos, que deixou figurar sua revelia. Em 1925, a Grécia iniciou ação diplomática em favor de Ambatielos, por meio de nota enviada ao Secretário de Estado para negócios Exteriores, sucedendo-se diversas trocas de notas, até 1951, quando foi submetido o caso a CIJ.

A pretensão da Grécia era a de que a Inglaterra submetesse a questão a um tribunal arbitral, como previsto no Tratado de Comércio e Navegação, firmado pelas partes em Atenas em 1886. A Corte, por decisão de 1º de julho de 1952, declarou que não possuía jurisdição para decidir o mérito da pretensão de Ambatielos, mas, por dez votos contra cinco, declarou-se competente para decidir se a Inglaterra possuía ou não obrigação de submeter a controvérsia à arbitragem sobre a validade da pretensão Ambatielos em consonância com o Tratado de 1886. Decidiu a Corte que a Inglaterra estava obrigada a se submeter à arbitragem, afinal instituída por Tratado de 24 de fevereiro de 1955. Todos os fatos relatados pela Comissão Arbitral revelavam nitidamente o interesse de Ambatielos – àquela altura certamente superado pelo decurso de mais de trinta anos do início da disputa – e a natureza privada da controvérsia versando sobre cumprimento e execução de contrato de compra e venda.

### 3. Evolução da arbitragem entre Estado e particular após a Segunda Guerra Mundial

Após a Segunda Guerra Mundial, a rápida evolução do comércio internacional e a participação dos Estados na economia fizeram emergir os negócios e contratos entre estrangeiros residentes no exterior e os próprios Estados, como também as intervenções compulsórias destes na ordem econômica, afetando interesses privados<sup>16</sup>.

Entre as arbitragens envolvendo Estado e particular estrangeiro realizadas no período pós-guerra e que não resultaram de tratado, destacam-se *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. Contra o Xequete de Abu Dhabi*, cujo laudo foi proferido em 1951; *Qatar contra International Marine Oil Co Ltd.*, cujo laudo foi proferido em 1953; *Arabian American Oil Company (Aramco) contra o Governo da Arábia Saudita*, cujo laudo foi proferido em 1958 e *Sapphire International Petroleum Limited contra National Iranian Oil Company (NIOC)*.

Essas arbitragens ocorreram, em sua maioria, na década de 1950 e início dos anos 60 e provêm de contratos celebrados, também em sua maioria, antes da Segunda Guerra Mundial.

Mais recentemente, as sentenças arbitrais que decidiram as controvérsias entre a Líbia e as empresas americanas *CALASIATIC – Califórnia Asiatic Company* e *TOPCO* são indícios de que, mesmo na ausência de tratado entre Estados, regulando a submissão destes a um tribunal arbitral, a arbitragem tem sido utilizada. Esse fato é prova da profunda transformação da ordem internacional. Se no século XIX e mesmo até a Segunda Guerra Mundial os particulares estavam sempre sujeitos à vontade de seus Estados para conceder-lhes a proteção diplomática, hoje as soluções advêm da arbitragem negociada diretamente, sem a interferência de seus Estados<sup>17</sup>.

#### 3.1. Prática contratual: *State Contracts* com cláusula de arbitragem

Quanto à prática contratual, os contratos entre Estados e particulares estrangeiros têm trazido com uma cláusula arbitral, “deixando de constituir heresia jurídica ou humilhação o Estado submeter controvérsias sobre o contrato a árbitros privados ou organismos de arbitragem<sup>18</sup>”, não obstante registre-se certa reação dos países em desenvolvimento, interessados em manter a exclusividade da competência de seus próprios tribunais.

<sup>16</sup> MAGALHÃES, José Carlos, *ibid*, p. 49.

<sup>17</sup> *Ibid*, p. 51.

<sup>18</sup> *Id*.

O grande desenvolvimento do comércio internacional, a atuação das empresas privadas no exterior e a intervenção do Estado na ordem econômica, fazendo surgir a figura do Estado empresário, ou do Estado como entidade organizadora e propulsora do desenvolvimento econômico são, em larga medida, responsáveis por isso<sup>19</sup>.

O surgimento do contrato econômico internacional<sup>20</sup>, ou do chamado *State Contract* ou *Contrat d'Etat* resulta desse novo cenário, em que Estados e grandes empresas transnacionais privadas defrontam-se, cada qual com base de poder próprio: o Estado com o poder político e a entidade privada com o econômico e o tecnológico. Esse embate de forças, nem sempre iguais, permite a negociação das controvérsias, sem a intervenção do Estado de onde emerge a entidade privada. Os grandes contratos de concessão petrolífera constituem, talvez, o exemplo mais significativo dessa diversidade de poderes, harmonizada na relação contratual<sup>21</sup>.

### 3.1.1 Problemática das relações contratuais entre Estado e particular de outro Estado

De acordo com Eduardo Silva Romero, “a arbitragem comercial internacional se situa entre o direito internacional e o direito interno, entre o direito privado e o direito público, entre o direito material e o direito processual, e, mais ainda, entre a ciência do direito (a *jurisprudência* dos jurisconsultos romanos), a economia e a política<sup>22</sup>”.

Em um procedimento de arbitragem comercial internacional envolvendo pessoas jurídicas de direito público, pelo menos dois interesses se opõem: um econômico, outro político. Desses interesses se sobressaem duas posições teóricas mais ou menos antinômicas com relação à arbitragem de contratos de Estado.

Segundo a posição econômica, deverá prevalecer a segurança das operações comerciais internacionais. Os defensores da arbitragem comercial internacional, dos quais a maioria é “privatista”, sustentam que a arbitragem envolvendo pessoas jurídicas de direito público deve ser considerada como qualquer outra arbitragem comercial internacional. Conseqüentemente, afirmam que, quando um Estado ou uma de suas emanações participa do

---

<sup>19</sup> Id.

<sup>20</sup> Distinto do contrato comercial internacional, por objetivar regular, mais do que simples prestações comerciais, o desenvolvimento econômico do Estado. Cf. MAGALHÃES, id.

<sup>21</sup> Id.

<sup>22</sup> ROMERO, Eduardo Silva, “A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado”, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 19, p. 258.

comércio internacional, o mesmo perde as prerrogativas que lhe acorda o direito interno e deve ser considerado, no plano jurídico, como qualquer outro comerciante internacional. Ele passa então a ser um simples operador econômico e deve se submeter incondicionalmente, como qualquer outro operador econômico, às regras jurídicas que regem as relações entre os comerciantes internacionais, inclusive aquelas relativas à arbitragem comercial internacional<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, o direito francês, o direito suíço e a jurisprudência arbitral<sup>24</sup> internacional reconhecem hoje, sem exceção, o que se convencionou chamar de *arbitrabilidade objetiva*, ou seja, a capacidade do Estado e de suas emanções de consentir com uma convenção de arbitragem comercial internacional. A decisão *Galakis* estatuiu claramente que a proibição de celebração de cláusula arbitral relativa às pessoas jurídicas francesas de direito público tinha somente aplicação em matéria interna e não internacional. O artigo 177 (2) da lei suíça de direito internacional privado de 1987 dispõe que “se uma das partes da convenção de arbitragem é um Estado, uma empresa controlada ou uma organização controlada por este, essa parte não poderá invocar seu próprio direito para contestar a arbitrabilidade de um litígio ou sua capacidade de ser parte em uma arbitragem”.

Por sua vez, a posição política advoga pela primazia do interesse público. Os autores essencialmente “publicistas”, se mostram muito mais prudentes com relação aos interesses protegidos pelo Estado e respeitosos da finalidade do Estado e de suas emanções. Para eles, não se deve esquecer que por trás do Estado e de suas emanções encontra-se o que chamamos de *interesse geral, interesse público* ou *interesse comum*. Segundo eles, mesmo se o Estado e suas emanções participam do comércio internacional, isso não significa que eles nele atuem como legítimos comerciantes, ou seja, com um fim lucrativo. O Estado, por exemplo, não celebra um contrato internacional de construção de uma rodovia com uma empresa estrangeira privada com o fim de obter um benefício econômico, mas, ao contrário, para assegurar à população sob sua responsabilidade uma melhor malha de vias de transporte. Os eventuais pedágios instalados nessa rodovia objetivariam unicamente a manutenção da mesma. Os defensores da posição política concluem, em síntese, que as pessoas jurídicas de direito público e os comerciantes internacionais não poderiam ser equiparados, uma vez que perseguem objetivos fundamentalmente diferentes<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Ibid, p. 259.

<sup>24</sup> Falar de “jurisprudência arbitral” é, *strictu sentu*, errado. Com efeito os árbitros não estão obrigados a seguir os princípios gerais aplicados por outros árbitros em suas sentenças arbitrais.

<sup>25</sup> ROMERO, Eduardo Silva, op. cit., p. 260-261.



Tomando-se de forma extrema a posição acima descrita, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que o interesse público que se encontra por trás da atuação do Estado e de suas emanções proíbe o recurso à arbitragem comercial internacional. Sem chegar a tanto, os defensores de uma posição política mais moderada aceitam que o Estado e suas emanções tenham, no plano internacional, capacidade de recorrer à arbitragem, mas sustentam que esta deve ser a eles adaptada tendo-se em conta a finalidade do aparelho estatal, consistente na proteção do interesse público<sup>26</sup>.

### 3.1.1.1. O Direito aplicável

Embora superada a dificuldade de o Estado participar de um procedimento arbitral juntamente com um particular, o mesmo não acontece com o tratamento legal dessa arbitragem. O problema da lei aplicável persiste.

O interesse do particular na arbitragem em contratos que envolvam Estado estrangeiro surge de sua preocupação em retirar a regulação da relação jurídica controvertida da competência judiciária interna do Estado, situando-a no plano internacional. Em outros termos, trata-se de elevar o particular à categoria de sujeito de direito internacional.

Na concepção de Georges Scelle<sup>27</sup>, ao decidir controvérsias envolvendo Estado e particulares estrangeiros, o juiz atuaria como órgão da comunidade internacional. As autoridades do Estado, como o juiz, agem em sua dupla capacidade de autoridade de direito interno e autoridade de direito internacional. Trata-se do “*dédoublement fonctionnel*”, que explica essa duplicidade de competência das autoridades que representam o poder do Estado. Na esfera interna, exercem o poder de declarar e tornar efetivo o direito interno e, na esfera internacional, participam da formulação do direito internacional, firmando tratados em nome do Estado, ou submetendo-o a costumes internacionais.

Se as autoridades do Estado atuam nessa duplicidade de funções, seria normal que decidissem controvérsias envolvendo o próprio Estado e o particular estrangeiro, pois estariam atuando como autoridades internacionais, sendo o juiz um órgão da comunidade internacional descentralizada, no exercício de seu dever de preservar a ordem pública internacional.

Ao admitir-se a aplicação do direito internacional às controvérsias entre Estado e particular estrangeiro, admite-se a incompetência do Estado para exercer sua autoridade de declarar o direito interno e o direito internacional, transferindo-a para a competência reguladora da comunidade internacional, regida pelo direito internacional público.

Essa é, na verdade, a questão fundamental que emerge da problemática da arbitragem entre Estado e particular, não isenta de conotação política. De um lado, os que pretendem retirar do Estado a competência para regular e

---

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris: PUF, 1963, 128 p.

aplicar suas normas de direito a relações jurídicas de que o mesmo seja parte, com particular estrangeiro, elevado à condição de sujeito de direito internacional, no mesmo nível do Estado. O efeito dessa pretensão é a internacionalização dos contratos, ou a sua deslocalização, que tem o efeito de equiparar partes juridicamente desiguais, assegurando o equilíbrio contratual. De outro, o interesse do Estado, notadamente os países em desenvolvimento, de preservar sua competência exclusiva na regência dos contratos, mesmo daqueles em que seja parte, tal como decidido pela Corte Internacional de Justiça no caso dos empréstimos sérvios e brasileiros.

Essa dualidade de pretensões tem se manifestado mormente na negociação dos “Contratos de Estado”, que são contratos de longa duração que, por sua natureza e pelas características de seu objeto, prevêm taxas de retorno de capital e lucros relativamente lentos e, por isso mesmo, sujeitos a instabilidades políticas no interior do Estado contratante. Foi o receio da empresa estrangeira de ver modificadas as normas ajustadas, por meio de alteração legislativa pelo Estado, é que fez nascer mecanismos contratuais estabelecendo a obrigação do Estado de abster-se de exercer sua competência legislativa de forma a interferir com as normas pactuadas e de respeitá-las durante todo o curso do contrato.

Essa prática revela a transformação da comunidade internacional, em que os Estados novos e as grandes empresas transnacionais surgem como verdadeiros atores da cena internacional. Aqueles pretendem participar da formação do direito internacional, criado pelas nações européias. Estas procuram valer-se de normas já cristalizadas no direito internacional, emanadas das nações de onde provêm, para ampliar suas atividades na esfera internacional, sem o amparo político de seus Estados de origem.

A internacionalização ou a deslocalização do contrato visa justamente a assegurar a estabilidade normativa àquele instrumento, afastando a prática tradicional em que o Estado submete ao seu direito nacional os contratos de que é parte. O direito internacional clássico desinteressava-se pelos problemas contratuais, tendo sido concebido para reger relações entre Estados. Os indivíduos eram submetidos às ordens jurídicas nacionais. A decisão da Corte Internacional de Justiça no caso dos empréstimos sérvios e brasileiros constitui expressão dessa concepção. A Corte declarou que “todo contrato que não seja um contrato entre Estados, como sujeitos de direito internacional, tem fundamento em uma lei nacional”.

### **3.2. A Institucionalização: o Centro Internacional para solução de Controvérsias relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI**

#### **3.2.1. Criação, sede, objetivos e mecanismos**

Firmada em Washington sob os auspícios do Banco Mundial, a Convenção sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, que criou o Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (CIRDI), foi assinada em 18 de março de 1965, e entrou em vigor em 14 de outubro de 1966. A Convenção de Washington foi assinada por 154 Estados e ratificada por 140<sup>28</sup>.

A sede do Centro situa-se em Washington, e sua criação contou com grande suporte dos Estados Unidos. José Carlos Magalhães chama a atenção para o esforço que o governo norte-americano despande junto a seus tribunais para ver reconhecido o caráter internacional do CIRDI, afastando eventuais implicações do *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), que considera submetido à jurisdição dos Estados Unidos o evento ocorrido em seu território. O FSIA, de 1976, constitui a base jurídica para o exercício de jurisdição pelos tribunais norte-americanos em relação a soberanias estrangeiras. Seu artigo 1605 (a)(1), conhecido como “*implied waiver provision*”, estabelece que um Estado estrangeiro não deve ser imune de jurisdição quando ele tiver “renunciado à sua imunidade, explícita ou implicitamente”. Em outras palavras, o fato de um Estado aceitar cláusula arbitral de acordo com as normas do Centro, em Washington, não deve ser considerado como renúncia à imunidade de jurisdição e submissão aos tribunais estadunidenses. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos apresentou memorial nesse sentido à *Court of Appeals For The District of Columbia*, no caso “*Maritime International Nominees Establishment v. Guinea*”. Essa manifestação oficial deixou claro que a criação do CIRDI veio de encontro às aspirações dos países exportadores de capital, sobretudo dos Estados Unidos, ansiosos em estabelecer um organismo internacional destinado a resolver controvérsias entre Estados estrangeiros e investidores privados que, via de regra, são seus nacionais.

Trata-se de iniciativa tendente a legitimar o indivíduo a agir no foro internacional diretamente e sem a intermediação formal de seu Estado de origem, ao mesmo tempo em que se tenta “despolitizar” as controvérsias internacionais que tenham raízes em investimentos estrangeiros<sup>29</sup>. O principal objetivo da Convenção consiste em proporcionar uma alternativa para dirimir conflitos jurídicos que tenham raízes no relacionamento entre Estados e particulares de nacionalidade diversa.

O intenso fluxo de capitais para países em desenvolvimento e a ocorrência eventual de medidas de nacionalização, expropriação ou

---

<sup>28</sup> [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid), em 3 de novembro de 2004. Em 30 de novembro de 2011, 147 Estados haviam ratificado a Convenção de Washington de 1965, e 157 a haviam assinado. Disponível em: [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)

<sup>29</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “La protection Del inversor en el Derecho Internacional”, in *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*. Buenos Aires: Editor Raúl E. Vinuesa.

disposições fiscais e financeiras formavam o contexto adequado para um mecanismo que criasse um clima favorável aos investimentos internacionais. A permanência de conflitos pendentes entre Estados e investidores, por falta de um instrumento adequado de solução de controvérsias entravava o fluxo daqueles investimentos. O mecanismo da proteção diplomática, como já visto nesse trabalho, levava a uma politização indevida dos interesses comerciais. A conclusão de acordos de arbitragem entre as partes, mesmo se detalhados, não impedia o repúdio ao acordo, nem garantia a aceitação do laudo arbitral por parte dos Estados.

Não obstante, questiona-se o sistema de votação do Banco Mundial como um fator de desequilíbrio numa convenção que se pretendia universal, em virtude do déficit democrático que permeou sua adoção. Especialistas de apenas 86 Estados participaram dessas reuniões, que aconteceram em Adis-Abeba, Santiago, Genebra e Bangkok<sup>30</sup>.

A Convenção de Washington conta com 75 artigos e 10 capítulos, e o CIRDI conta com mecanismos apropriados de conciliação (artigos 28 a 35) e arbitragem (artigos 36 a 55), tanto para Estados quanto para entidades privadas. É interessante notar que o Centro não concilia ou arbitra as questões, mas simplesmente administra os procedimentos de conciliação e arbitragem previstos na Convenção.

O CIRDI tem personalidade jurídica internacional (artigo 18), e goza de imunidades, isenções e privilégios próprios (artigos 19 a 24). O pessoal a seu serviço, inclusive os conciliadores e árbitros, goza de imunidades e privilégios *ratione officii*.

Quanto à sua estrutura institucional, o Centro é composto de um Conselho Administrativo, com um representante de cada Estado parte e o presidente do Banco Mundial como *Chairman*; da Secretaria-Geral e de um *Panel* de conciliadores e outro de árbitros. Cada um desses *Panels* é composto por 4 pessoas indicadas pelos Estados-parte (não necessariamente seus nacionais) e outros 10 designados pelo *Chairman*, para um mandato renovável de 6 anos. Ao designar os componentes de ambas as listas, o *Chairman* deverá garantir a representação dos principais sistemas legais do mundo, bem como das principais formas de atividades econômicas (artigo 13).

O CIRDI é um verdadeiro tribunal internacional, em certo sentido similar à Corte Internacional de Justiça, da qual difere por ser tribunal de arbitragem, ao passo que a CIJ é de composição nitidamente judiciária. O Centro não atua como tribunal arbitral, pois, à semelhança da Corte Permanente de Arbitragem de Haia, atribui essa tarefa a árbitros e a conciliadores previamente selecionados em uma lista apresentada às partes interessadas. Estas possuem, também, a faculdade de escolher árbitros ou conciliadores não-integrantes dessa relação (artigos 12 a 16 da Convenção).

<sup>30</sup> PEREIRA, Celso de Tarso. "O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 40, outubro/dezembro 1988, p. 88.

O Conselho do Centro de Arbitragem aprovou as normas de procedimento que devem reger as arbitragens, facultando, no entanto, às partes a escolha de outras normas a serem observadas em arbitragem determinada.

### **3.2.2. Lei aplicável**

A questão da lei aplicável pelo Tribunal Arbitral é tratada nos artigos 42 a 47. É necessário distinguir a esfera da lei procedimental e da lei material. Quanto à primeira, a Convenção confere ampla liberdade às partes para que a estipulem, embora com algumas limitações, como quanto à nacionalidade dos árbitros e sua indicação ao Tribunal; ao mesmo tempo, porém, ela trata diretamente de alguns aspectos, como a ausência de uma das partes durante o procedimento, a produção de provas e medidas cautelares (artigos 42 a 47). O local de arbitragem, normalmente Washington, não influencia a lei procedimental aplicável. Exceto se as partes convierem de outra forma, outras questões procedimentais serão reguladas pelas Regras de Arbitragem votadas pelo Centro e em vigor na data do consentimento bilateral de submissão à jurisdição do Centro.

Ao passo que as regras procedimentais encontram-se espalhadas por toda a Convenção, a lei material é objeto de um único dispositivo, o artigo 42.

No que diz respeito à aplicação do direito nacional, um dos postulados da doutrina latino-americana em matéria de reclamações pecuniárias consiste em sustentar que o investidor estrangeiro, ao instalar-se no país, aceitou seu ordenamento jurídico, cabendo à jurisdição estatal resolver quaisquer controvérsias que venham a ocorrer.

Essa tese é contraposta pelo investidor estrangeiro e seu Estado de nacionalidade, que sustentam que o direito estatal não pode dizer a última palavra se, por exemplo, edita-se uma lei que nacionaliza o investimento estrangeiro sem acordar o direito à indenização. Neste caso, existiriam princípios de direito internacional que primam sobre essa lei de direito interno e que apontam a necessidade de se acordar indenização adequada, tendo-se em conta, entre outras circunstâncias, a norma de equidade que proíbe o enriquecimento injusto.

Nesse aspecto, a solução proposta pela Convenção de Washington encontra-se no artigo 42, que dispõe que o Tribunal arbitral decidirá a disputa de acordo com as regras de direito acordadas pelas partes. Reconhece-se, assim, a primazia indiscutível da autonomia da vontade das partes para fixar o direito aplicável. Na ausência de acordo entre as partes, o Tribunal deverá aplicar o direito do Estado contratante que seja parte da controvérsia, bem como as regras de direito internacional que possam ser aplicáveis. Em outras palavras, decide de acordo com o direito nacional, autorizando o Tribunal a fazer uma sorte de teste frente ao direito internacional, visando descartar aquelas regras internas que possam lhe ser contrárias. Nesse sentido, houve quem sustentasse que, segundo o artigo 42, o direito internacional é

hierarquicamente superior ao direito nacional<sup>31</sup>. Seria o caso, por exemplo, do Estado expropriante que negasse por lei ao investidor o direito de indenização. No que diz respeito ao direito de um país estrangeiro, este só seria aplicável quando as normas de direito internacional privado do próprio Estado parte o requeresse.

Algumas críticas podem ser feitas ao artigo 42. Em primeiro lugar, o mesmo proporciona a deslocalização do litígio. Por outro lado, nota-se que um afastamento do direito aplicável ao mérito, como previsto no artigo 42, não constitui causa para declaração de nulidade do laudo arbitral, cujas hipóteses estão previstas no artigo 52<sup>32</sup>.

As partes podem ainda convir que o Tribunal decida *ex aequo et bono*, ou seja, por padrões de equidade, sem estar obrigado a aplicar regras estritas de direito material.

### 3.2.3. Reconhecimento e execução do laudo arbitral

O reconhecimento e a execução do laudo arbitral são tratados nos artigos 53 a 55 da Convenção de Washington de 1965. Trata-se de laudo final e obrigatório, não cabendo dele nenhum recurso. Por outro lado, todos os Estados parte da referida Convenção devem reconhecê-lo como obrigatório e cumprir com as obrigações pecuniárias por ele impostas, como se o laudo fosse uma sentença final proferida por um de seus tribunais (artigo 54, I). Duas medidas podem ser tomadas contra o Estado recalcitrante. Em primeiro lugar, o uso do direito de proteção diplomática por parte do Estado nacional do investidor, conforme previsão do artigo 27. Em segundo lugar, o ajuizamento de ação na Corte Internacional de Justiça, conforme o disposto no artigo 64.

---

<sup>31</sup> BROCHES, A. "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1972, n. 2, p. 392, *apud* PEREIRA, Celso de Tarso. "O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)", in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 40, outubro/dezembro 1988, p. 90.

<sup>32</sup> STERN, Brigitte. "Some new Trends in the Protection of Foreign Investments: the Example of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)", in *ICCLP Review*, Volume 4, Number 1, March 2001, p. 25.



O artigo 27 da Convenção de Washington elimina a proteção diplomática ao impor aos Estados partes o compromisso de dela se abster<sup>33</sup>. Recebe, dessa forma, consagração expressa a doutrina latino-americana mais radical, que nega o instituto da proteção diplomática e a intervenção do Estado de nacionalidade do investidor<sup>34</sup>. Esse dispositivo visa claramente incentivar os países em desenvolvimento a ratificar a Convenção, com o intuito de não mais temer a proteção diplomática dos poderosos Estados do Norte, de onde os exportadores são originários. A proteção diplomática somente poderá ressurgir se o Estado contratante que é parte da controvérsia deixar de cumprir o laudo arbitral proferido. Essa hipótese nunca ocorreu, provavelmente porque há dispositivo expresso na Convenção prevendo a obrigatoriedade do laudo arbitral para as partes, sendo que qualquer uma delas pode obter sua execução em qualquer Tribunal de um Estado que tenha ratificado a Convenção. Conforme esse instrumento, os Estados parte comprometeram-se a reconhecer a validade dos laudos proferidos, como se fossem sentenças definitivas de seus próprios tribunais. Para tanto, não é necessário seguir o procedimento complicado do *exequatur*, como ocorre com os demais laudos arbitrais. O citado artigo 27 esclarece, em seu segundo parágrafo, que a proteção diplomática não inclui os intercâmbios diplomáticos informais com o único propósito de facilitar a solução da disputa. O artigo 54 prevê a desnecessidade do procedimento de *exequatur*, e impõe a todos os Estados partes da Convenção de Washington a obrigação de reconhecer o laudo arbitral proferido por um Tribunal CIRDI como se fosse sentença de um tribunal doméstico. Note-se que essa obrigação não se restringe ao Estados parte na disputa. Essa é uma das principais características do CIRDI.

Somente os procedimentos do CIRDI poderão responder a pedido de eventual interpretação, revisão ou anulação, únicos casos em que podem, se fundamentados, adiar a execução do laudo proferido (artigos 50 a 52). Este é diretamente executável em qualquer Estado parte e, como já foi dito, sem necessidade de *exequatur*, e nenhum tribunal nacional poderá revisá-lo sob nenhum pretexto, nem mesmo por razões de ordem pública<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Artigo 27 *ICSID*: “(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. (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”.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, op. cit., p. 57.

<sup>35</sup> O caso *Benvenuti and Bonfant v. the Government of the People's Republic of the Congo* comprova a eficácia do sistema de validação de laudos: tendo recebido um laudo favorável do CIRDI em 1980, a B&B requereu seu reconhecimento num tribunal de 1ª instância em Paris, o qual só foi reconhecido sob reservas, as quais foram posteriormente retiradas pela

A Convenção, todavia, não suprime todas as dificuldades de execução, especialmente no caso de ser vencedora a parte privada. Não se pode olvidar tratar-se de procedimento arbitral envolvendo Estados soberanos que, por sua vez, desfrutam de imunidades de execução. Embora o artigo 54 exija o reconhecimento e execução do laudo sem reservas, o artigo 55 dispõe que o artigo 54 não derroga eventuais leis internas relativas à imunidade de execução do Estado ou de outros Estados.

A evolução das regras relativas à imunidade de execução em vários países, e a possibilidade de aplicação das regras dos artigos 27 e 64, bem como a inclusão de um *waiver* expresso de imunidade de execução nos contratos internacionais de investimento<sup>36</sup>, levam parte da doutrina a crer que o artigo 55 raramente implicará obstáculos à execução de um laudo arbitral CIRDI. O temor de retaliação, em termos financeiros, por parte do Banco Mundial devido ao não-cumprimento do laudo e a possível perda de confiança de investidores privados também devem ser levados em consideração<sup>37</sup>.

### 3.2.4. Jurisdição

O artigo 25 da Convenção de Washington dispõe que para a jurisdição do Centro existir, três condições são necessárias, cumulativamente: primeiro, uma condição *ratione personae*; segundo, uma condição *ratione materiae*; terceiro, uma condição *ratione voluntatis*, relativa ao consentimento<sup>38</sup>.

#### 3.2.4.1. *Ratione personae*

Relativamente à jurisdição *ratione personae* (artigo 25), uma das partes deve ser um Estado, ou uma subdivisão política desse Estado ou sua agência, e a outra deve ser um “nacional de outro Estado”. Por conseguinte, estão

---

Corte de Apelação, com fundamento no artigo 54, que determina o reconhecimento de laudos sem reservas. A questão da imunidade de execução configura uma segunda fase, diversa da mera validação do laudo. Cf. Celso de Tarso, *op. cit.*, p. 91.

<sup>36</sup> Como, por exemplo, o Acordo DIMINCO entre o *Governo de Sierra Leone e Sierra Leone Selection Trust* (1970): “O Estado e a Diminco por esse instrumento expressamente dispensam o direito de qualquer privilégio de imunidade de jurisdição relativo a qualquer arbitragem sob esse Acordo ou a execução ou *enforcement* de qualquer laudo ou julgamento dela resultante”. Cf. Celso de Tarso, *op. cit.*, p. 91.

<sup>37</sup> Celso de Tarso, *op. cit.*, p. 91.

<sup>38</sup> Conforme expressão utilizada por Brigitte STERN, *op. cit.*, p. 26.

excluídas da jurisdição do Centro disputas entre Estados e disputas entre particulares.

Uma das inovações mais importantes da Convenção de Washington, é que ela estabelece a capacidade de um particular – pessoa física ou jurídica, tradicionalmente desprovido de *locus standi* em tribunais criados por tratados entre Estados – de integrar uma relação jurídica juntamente a um Estado, contribuindo dessa maneira para o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.

No que diz respeito ao litigante privado, é necessário salientar que a Convenção de Washington confere uma concepção bastante ampla ao “nacional de outro Estado”, que pode ser tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica. Para a pessoa física, sua nacionalidade deve ser diferente da nacionalidade do Estado parte da controvérsia, já que o CIRDI não almeja solucionar controvérsias entre um investidor e seu próprio Estado de nacionalidade, tampouco investidores que tenham dupla nacionalidade, uma do Estado parte da controvérsia. Os binacionais são tratados como nacionais do Estado litigante. Essa precisão é feita devido às dificuldades surgidas diante do Tribunal Irã-Estados Unidos, onde iraniano-americanos foram autorizados a processar seu próprio Estado, o Irã<sup>39</sup>.

Para as pessoas jurídicas, a Convenção não exige que sejam totalmente de capital privado, ou seja, a combinação de capitais privados e estatais não as desqualifica como parte legítima sob a Convenção. No mais, o artigo 25 explica que a nacionalidade da pessoa jurídica é determinada pelo critério do lugar do seu registro, ou pelo local da sede social, ou ainda, conforme a última parte do artigo 25, II, *b*, pelo acordo entre o Estado litigante e a empresa estrangeira, a qual, embora tenha a nacionalidade do Estado litigante, esteja sob controle estrangeiro. Em outras palavras, quando uma subsidiária nacional controlada por investidores estrangeiros está envolvida em uma controvérsia com seu Estado de nacionalidade, ela pode, para efeitos do CIRDI, ser tratada como empresa estrangeira. Isso está em evidente contradição com a regra geral seguida pela Corte Internacional de Justiça no Caso da *Barcelona Traction*, e justifica-se pela condição imposta muitas vezes ao investidor estrangeiro, pelo Estado receptor, de conduzir seus negócios por intermédio de uma empresa formada sob o império de seu direito nacional.

Se não se fizesse exceção ao caso de empresas sob controle estrangeiro, registradas no Estado receptor, uma importante esfera de investimentos não estaria abrangida pela Convenção<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Id.

<sup>40</sup> PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit, p. 90. O caso *Maritime International Nominees Establishment v. The Republic of Guinea (Mine v. Guinea)* é bastante interessante, pois a empresa MINE é registrada no Liechtenstein, que não é Estado contratante. No acordo, contudo, concordaram as partes em tratar MINE como empresa da Suíça, a qual é parte na Convenção. O artigo 25, II, *b*, segundo a MINE, só se refere a empresas registradas no Estado hospedeiro, não em um terceiro Estado. A Guiné insistiu no caráter essencial do

### 3.2.4.2. *Ratione materiae*

Quanto à jurisdição *ratione materiae*, está limitada a controvérsias de ordem jurídica, oriundas de investimentos. Por controvérsias jurídicas, entende-se que os meros conflitos de interesses estão fora do alcance da Convenção, no sentido do artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Por outro lado, não há definição de investimento na Convenção de Washington. A conclusão que poderia resultar é que essa ausência de definição confere ao CIRDI uma maior flexibilidade, além de permitir sua adequação à evolução de novas formas de associação entre Estados e investidores estrangeiros. Ao passo que na época de sua elaboração pensava-se basicamente em concessões e *joint ventures* relativas a recursos naturais e investimentos industriais, tem-se hoje as figuras de contratos de serviço e gerenciamento, *turn-key contracts*, transferência de *know-how* e tecnologia, etc<sup>41</sup>. Por outro lado, a estipulação pelas partes, no instrumento de consentimento, de que a transação específica entre elas constitui um investimento para os fins da Convenção geralmente é aceita pelos Tribunais CIRDI, salvo em caso de estar a disputa manifestamente fora do alcance da Convenção, quando o próprio Secretário-Geral, no uso das atribuições do artigo 28, III, recusará o registro do requerimento de conciliação ou arbitragem. Dessa forma, a jurisprudência do Centro deixa clara a amplitude da noção de investimento.

Ademais, é o próprio Tribunal que tem o poder de decidir sua jurisdição. Trata-se da chamada “*la compétence de la compétence*”, significando a desnecessidade de recorrer a qualquer instância judicial e a autonomia e exclusividade da arbitragem CIRDI, que não sofrerá intervenções na questão da jurisdição do Centro. A violação dessa regra de abstenção, essencial à eficácia da implementação da Convenção, poderá ensejar a intervenção da Corte Internacional de Justiça, conforme disposto no artigo 64.

### 3.2.4.3. *Ratione voluntatis*

Finalmente, a arbitragem do CIRDI pressupõe o consentimento de ambas as partes, o qual, uma vez dado, torna-a obrigatória e vinculativa, impedindo as partes de recorrer à solução judicial, ou à proteção diplomática para solucionar controvérsia submetida ao Centro (artigo 26). Trata-se da principal condição de competência do Centro, que tem caráter duplamente voluntário: não só seus membros são livres para juntar-se a ele, mas, mesmo

---

consentimento, que daria às partes a liberdade para determinar a nacionalidade do investidor conforme apropriado às circunstâncias.

<sup>41</sup> PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit., p. 89.

após o terem feito, são livres para decidir utilizar ou não as dependências do Centro, por meio da aceitação de sua jurisdição a respeito de litígios específicos. Sendo assim, o efeito da ratificação consiste na disposição do Estado que ratifica de fazer uso do mecanismo do Centro em uma oportunidade adequada, o que está claramente expresso no Preâmbulo da Convenção.

Portanto, a verdadeira obrigação de submeter-se à arbitragem do Centro não está na ratificação da Convenção de Washington, mas no próprio contrato com o investidor, ou em um tratado bilateral com outro Estado (ou por meio de uma lei de fomento ao investimento estrangeiro). Tendo, porém, as partes expressamente consentido, antes por meio da cláusula arbitral, ou depois do surgimento do litígio por meio de compromisso de arbitragem, já não lhes é lícito retirá-lo unilateralmente. Em caso de recusa de uma das partes de cooperar no estabelecimento do Tribunal ou em seu funcionamento, ou se o Tribunal não for constituído no prazo de 90 dias, o próprio Centro, por meio do *Chairman*, designará os árbitros e o procedimento arbitral segue à revelia (artigos 37-40).

Além disso, o artigo 26 da Convenção dispõe que um Estado contratante pode requerer, como condição de seu consentimento à arbitragem do Centro, o esgotamento dos recursos internos, administrativos ou judiciais. Essa reserva expressa pode ser formulada tanto via uma declaração no momento da ratificação, como ao aceitar a arbitragem em um acordo de investimentos com um investidor estrangeiro.

#### **3.2.4.3.1. Novas tendências da jurisdição *ratione voluntatis***

No que diz respeito à jurisdição *ratione voluntatis*, ou a necessidade de consentimento escrito, o Relatório dos Diretores Executivos feito no momento da adoção da Convenção de Washington, com o intuito de explicá-la e comentá-la, dispôs que “*consent of the parties is the corner stone of the jurisdiction of the Centre*”. O ato por meio do qual as partes consentem em submeter uma futura disputa à arbitragem CIRDI deveria ser por escrito, visando evitar dificuldades de prova e discussões desnecessárias acerca da realidade de consentimento de ambas as partes. Provavelmente, a Convenção de Washington fez referência à necessidade de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral. Entretanto, no Relatório supramencionado, acrescentou-se que o consentimento das partes não deve ser dado necessariamente em um único instrumento, podendo o Estado hospedeiro prever em sua legislação nacional que determinadas disputas sejam submetidas à arbitragem CIRDI, e o investidor consentir na aceitação da oferta por escrito<sup>42</sup>.

Os Tribunais CIRDI que apreciaram a jurisdição fizeram uso das possibilidades abertas por esse comentário. Assim, adotaram uma interpretação inovadora no sentido de ampliar a jurisdição do Centro.

---

<sup>42</sup> STERN, Brigitte, op. cit., p. 27.



Por conseguinte, houve uma evolução recente na jurisprudência do CIRDI, no que diz respeito à interpretação do artigo 25 da Convenção de Washington. O “consentimento do Estado” requerido pelo referido dispositivo foi alvo de interpretações liberais por parte dos árbitros.

Os primeiros precedentes concernem principalmente relações contratuais entre um Estado e um investidor estrangeiro, por meio dos chamados “contratos de Estado”, para os quais o instrumento foi efetivamente elaborado.

Todavia, hoje o cenário mudou, e constata-se um novo papel ao CIRDI, relativo à proteção geral do investimento estrangeiro contra qualquer interferência do Estado, seja o Exército (um caso na matéria já foi julgado), seja o Poder Judiciário (a França levou um caso, mas ele foi resolvido antes do laudo arbitral), seja qualquer outro poder do Estado.

O consentimento de um Estado é geralmente dado em uma cláusula arbitral inserida num contrato de Estado, ou por meio de um compromisso arbitral. No entanto, os Tribunais CIRDI identificaram outros tipos de consentimento escrito.

#### **3.2.4.3.1.1. Consentimento dado por um Estado unilateralmente por meio de uma lei nacional: o Caso *Pyramids* (SPP v. Egito)<sup>43</sup>**

O caso entre a *Southern Pacific Properties Ltd. v. República Árabe do Egito* surgiu de um ambicioso projeto que visava a exploração do turismo nas pirâmides egípcias. Em 1984, o governo do Egito entrou em relações contratuais com uma empresa de Hong Kong, chamada *Southern Pacific Properties Ltd.* (SPP), por meio de uma empresa nacional, chamada Egoth, visando desenvolver a infra-estrutura turística em região próxima às pirâmides. Houve oposição de grupos visando a preservação do patrimônio histórico e de ambientalistas, seguido de críticas da comunidade internacional, que acabaram por obrigar o governo egípcio, em 1978, a cancelar o projeto. A SPP considerou que foi expropriada sem compensação, e tentou obter reparação por meio da arbitragem.

Após uma primeira arbitragem CCI, cancelada pelas cortes francesas pela inexistência de compromisso arbitral aceito pelo governo egípcio, a SPP tentou atrair o Egito para um Tribunal CIRDI. O Egito, que não havia aceitado uma cláusula arbitral, tampouco havia assinado um compromisso arbitral, recusou a jurisdição do Tribunal CIRDI. Em seguida, a SPP invocou o artigo 8 da Lei Egípcia nº 43, que dispunha que “*Investment disputes in respect of the provision of this law shall be settled in a manner to be agreed upon with investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab*

---

<sup>43</sup> ICSID Case No. ARB/84/3, Award of 14 April 1988, *Yearbook Commercial Arb'n*, 1991, 28.



*Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered...".*

Em sua decisão preliminar relativa à jurisdição, de 27 de novembro de 1985, o Tribunal questionou se o Egito, por meio da Lei Nº 43, aceitou a jurisdição do Centro para aquela controvérsia. Em 14 de abril de 1988, uma resposta afirmativa foi dada.

O Egito não contestou a possibilidade de dar consentimento prévio a um Tribunal CIRDI por meio de uma legislação geral unilateral, mas sustentou que a Lei Nº 43 não tinha aquele efeito, por não ser aplicável àquela situação. O Tribunal rejeitou o argumento, em que o Egito tentou distinguir entre disputas relativas ao inadimplemento de obrigações advindas da Lei nº 43, em que se aplicava o artigo 8, e disputas relativas ao inadimplemento de obrigações advindas de um contrato, em que o artigo 8 não se aplicava.

O Tribunal concluiu que o Egito havia consentido em submeter a controvérsia à jurisdição CIRDI, e o caso foi decidido no mérito: uma decisão de 1º de abril de 1992 concedeu mais de trinta milhões de dólares à SPP. O Egito pediu a nulidade do laudo, mas como o caso perdurava há muito tempo, as partes resolveram negociar um acordo.

É mister observar que a Egoth foi inicialmente uma empresa pública, privatizada em 1976. No entanto, o Egito estava intimamente ligado ao projeto porque o acordo entre a Egoth e a SPP foi prosseguimento de um Heads of Agreement assinado pelo Ministro Egípcio do Turismo, que era uma espécie de "umbrella agreement".

#### **3.2.4.3.1.2. Consentimento dado por um tratado bilateral de investimentos: o Caso AAPL v. Sri Lanka**

Muitos dos tratados bilaterais de investimentos concluídos recentemente fazem referência à arbitragem CIRDI. A questão que se coloca é se essa referência pode ser considerada como um consentimento escrito suficiente para atribuir competência ao CIRDI.

No caso presente, não havia vínculo contratual entre o governo do Sri Lanka e a empresa AAPL, originária de Hong Kong. Havia um Tratado Bilateral de Investimentos entre o Reino-Unido e o Sri Lanka, que foi estendido a Hong Kong por meio de troca de notas. O artigo 8 do referido tratado previa a submissão ao CIRDI de quaisquer controvérsias jurídicas entre uma Parte Contratante e um nacional ou uma empresa da outra Parte Contratante relativa a um investimento deste no território daquele. O Tribunal CIRDI considerou que tinha jurisdição em virtude do artigo 8. O Tratado previa a submissão ao CIRDI, se após três meses a disputa entre Estado e investidor não tivesse sido resolvida.

O investimento da AAPL havia sido depredado pela ação da polícia srilankesa. A empresa pediu reparação ao governo, que não a respondeu durante três meses. Esse fato foi tido como suficiente para estabelecer que a disputa

não poderia ser resolvida de forma amigável num prazo de três meses, e o Tribunal assumiu jurisdição.

A mesma interpretação é possível quando a referência ao CIRDI é dada não por um Tratado Bilateral de Investimentos, mas por um tratado plurilateral, como o NAFTA ou a Carta da Energia<sup>44</sup>.

#### 4. Proteção diplomática e arbitragem na América Latina

##### 4.1. Quadro Geral

O CIRDI não agradou aos países latino-americanos, que se recusaram a firmar a Convenção que o criou. Essa posição tem raízes históricas e reflete a atitude de defesa contra posições de força de que foram vítimas no século XIX, quando eram os únicos “Estados Novos” da comunidade internacional a conviver com os elaboradores do direito internacional e também exportadores de investimentos, Europa e Estados Unidos.

A reação dos países da América Latina ante a política abusiva daqueles Estados consistiu na doutrina Drago e na cláusula Calvo.

A doutrina Drago afirma a ilicitude da cobrança de dívidas por meio da força. Nem sempre a intervenção diplomática em favor dos interesses privados de nacionais resolveu-se em arbitragens pacíficas. Registraram-se diversos precedentes de tensões internacionais de certa gravidade nascidos dessa prática. O bloqueio declarado pela Inglaterra, Itália e Alemanha contra a Venezuela, em 1902, com o objetivo de forçar esse país a saldar seus compromissos financeiros com credores privados daqueles Estados, ilustra o fato.

A doutrina Drago e a Convenção Porter, de 1907, que a reproduz, proibindo o uso da força na cobrança de dívidas do Estado, foi uma das conseqüências desse ato de força, resolvido, afinal, por arbitragem em Haia, após a mediação dos Estados Unidos e negociação de diversos protocolos firmados em Washington, em 1903, regulando o estabelecimento de comissões mistas de arbitragem para examinar as pretensões dos credores cujos países executaram o bloqueio<sup>45</sup>.

A doutrina Calvo, elaborada pelo argentino Carlos Calvo (1824-1906) é responsável pela reserva em aceitar conceder ao estrangeiro tratamento

---

<sup>44</sup> Muitos outros casos foram levados ao CIRDI com base em Tratados Bilaterais de Investimentos, e o quadro em 2001 era impressionante: de 29 casos pendentes, apenas 5 estavam baseados em uma cláusula compromissória, 2 em um compromisso arbitral, 1 em uma lei nacional e o resto, 21 casos, estavam baseados em Tratados Bilaterais de Investimentos ou em um tratado plurilateral, o NAFTA. Cf. STERN, Brigitte, *op. cit.*, p. 30.

<sup>45</sup> MAGALHÃES, José Carlos, *op. cit.*, p. 36.

diverso do nacional, por considerar ilegítima a proteção diplomática. Ao investidor estrangeiro, só estão disponíveis os recursos judiciais internos do Estado onde se encontra instalado, bem como seu direito nacional. A doutrina Calvo deu origem à cláusula de mesmo nome, inserida nos contratos firmados entre a maioria dos países latino-americanos e investidores estrangeiros, e segundo a qual o estrangeiro renuncia à proteção diplomática de seu país, comprometendo-se a aceitar integralmente a jurisdição do Estado territorial. A aplicação da cláusula motivou intervenções diplomáticas a respeito da renúncia nela contida, sob o argumento de que o direito de conceder a proteção é do próprio Estado não-partícipe do contrato, e não do particular parte dele. Por esse raciocínio, o exercício da proteção diplomática consiste em um direito do Estado, não podendo, portanto, ser objeto de um *waiver* pelo indivíduo.

Na jurisprudência, em princípio a cláusula foi aceita, e depois tida como nula. Os Estados almejam conservar sua competência no que diz respeito à proteção diplomática, enquanto expressão de sua soberania “pessoal”. A tese da ilicitude da cláusula Calvo conforta a ficção segundo a qual, ao conceder a proteção diplomática, o Estado exerce um direito que é seu, não podendo os particulares renunciar a essa competência. A doutrina dominante estima que segundo os princípios gerais do direito internacional, a cláusula é desprovida de validade jurídica, e serve para confirmar o princípio do esgotamento dos recursos internos.

Na Convenção de Washington, a dispensa é feita pelo titular do direito, que é o Estado. No entanto, a Criação do Centro não consegue superar antagonismos nascidos das disparidades de desenvolvimento econômico, muito embora vá de encontro aos anseios da comunidade internacional no sentido de consagrar o acesso do indivíduo ao foro internacional.

De mais a mais, o notável empenho dos Estados Unidos na criação do Centro também pode ser visto como um dos fatores de desconfiança dos países da América Latina, vez que os mesmos mostraram-se favoráveis à arbitragem, tendo participado de quase duzentas delas no período entre 1874 e 1938, consoante pesquisa realizada por A. Stuyt<sup>46</sup>. No entanto, grande parte dessas arbitragens foi fruto de pressões, no primeiro século que sucedeu a declaração de suas independências ou, mais exatamente, de 1829, data da primeira arbitragem, até 1910.

Segundo Summers, naquele período os países latino-americanos participaram de quase oitenta arbitragens com países europeus e quarenta com os Estados Unidos. Após 1910, o número de arbitragens começou a decrescer, até praticamente cessar, após a segunda guerra mundial. Verificou ainda este autor que três razões contribuíram para esse fato: o

---

<sup>46</sup> STUYT A., “Survey of International Arbitrations”, 1794-1938, 1939, *Apud* MAGALHÃES, José Carlos, op. cit., p. 62.

desaparecimento gradual do imperialismo, a crescente resistência dos Estados latino-americanos e seu desencantamento com a arbitragem<sup>47</sup>.

Há que se observar que na maioria daquelas arbitragens os países da América Latina figuravam como réus, revelando que os grandes interessados naquele procedimento eram as grandes potências, Estados europeus e Estados Unidos. Não há registro de um único caso de arbitragem em que esses Estados estivessem na posição de requeridos<sup>48</sup>.

A razão fundamental para esse quadro encontra-se, portanto, na política abusiva empreendida pelos países exportadores de investimentos. Essa experiência histórica fundamenta a resistência da América Latina em participar de tratados contemplando a arbitragem como forma de solução de controvérsias, ou mesmo a jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça, por receio de ver reduzida a soberania do Estado. O CIRDI tem o efeito de excluir a jurisdição interna estatal, tornando a arbitragem obrigatória.

Há que se observar que a América Latina considerou, durante muito tempo, o CIRDI como um substituto da intervenção diplomática contra os Estados da região, comum no século XIX. A noção de soberania adotada tampouco era favorável a qualquer justiça que não fosse a estatal. Outro motivo da rejeição dos países latino-americanos ao CIRDI pode ser visto no artigo 42, interpretado como um corretivo de qualquer disposição da lei nacional de um Estado latino que não esteja de acordo com o direito internacional.

Observa José Carlos Magalhães que “a recusa dos países latino-americanos em firmar a Convenção do Banco Mundial não pode significar, contudo, a não-aceitação, por esses Estados, em se submeter à arbitragem internacional, tendo como parte um particular, e não o Estado do qual este emerge. Apenas não aceitaram a jurisdição obrigatória do Centro de Arbitragem, com renúncia à processualidade estatal, em seus territórios<sup>49</sup>”.

#### 4.2. Posição do Brasil

Alguns motivos da rejeição brasileira do CIRDI podem ser apreciados no parecer proferido pelo então Consultor Jurídico do Itamaraty, Augusto Rezende Rocha, em 1964: segundo o parecer, a atuação do CIRDI

---

<sup>47</sup> SUMMERS, Lionel M., “Arbitration and Latin America”, in *California Western International Law Journal*, vol. 3, Nota 1, dez. 1972, pp. 1-20, *Apud* MAGALHÃES, José Carlos, *op. cit.*, p. 62.

<sup>48</sup> MAGALHÃES, José Carlos, *op. cit.*, p. 63.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 64.

“seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa-fé em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de *meritorious cases* de estrangeiros que lhe fossem apresentadas<sup>50</sup>”.

A partir da década de 80, e de maneira mais dinâmica a partir da década de 90, os países da América Latina passaram a realizar contratos de investimentos entre Estados e empresas, bem como Tratados Bilaterais de Investimentos, que desde a década de 60 já eram firmados entre países exportadores de investimentos e países em desenvolvimento africanos e asiáticos.

O Brasil percebeu a concorrência acirrada entre os países em desenvolvimento para atrair investimentos internacionais, e sua disposição em participar de Tratados Bilaterais de Investimentos, e passou a alterar sua postura, que tende a ultrapassar as idéias tradicionais relativas a investimentos e à solução de controvérsias na matéria.

Entretanto, essa mudança de comportamento ocorre lentamente, já que o trabalho de compatibilização da legislação brasileira aos parâmetros internacionais já vigentes para o assunto deve ser simultâneo à obtenção de um consenso entre os órgãos encarregados de negociar e implementar os investimentos estrangeiros.

No Brasil, contratos internacionais celebrados pela União, por empresas públicas ou pelos Estados-membros da Federação, usualmente contêm cláusula arbitral, que resulta da pressão do contratante privado estrangeiro. Essa aceitação brasileira decorre do interesse em acelerar o processo de desenvolvimento econômico, com a participação expressiva de capitais e investimentos estrangeiros, que levou o Brasil a celebrar o Acordo de Garantias de Investimentos com os Estados Unidos da América, em 1965, que, contudo, se atém ao princípio clássico do direito internacional de solução de controvérsias entre os Estados, não admitindo a participação do indivíduo<sup>51</sup>. O texto do Acordo dispõe que a arbitragem somente pode ser instaurada se ficar caracterizada a denegação de justiça, após o esgotamento dos recursos internos. Diga-se a propósito que o Decreto Legislativo que aprovou o Acordo consignou ressalva feita pelo Congresso brasileiro, aceita pelo governo

---

<sup>50</sup> Apud PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit., p. 92.

<sup>51</sup> O Acordo foi aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 69, de 16 de julho de 1965.

americano, de que “por denegação de justiça, nos termos do art. VI, § 3, se entende: a inexistência de Tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, da parte da autoridade competente; retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna”.

A situação em 2004 dos Tratados Bilaterais de Investimentos assinados com 11 países entre 1993 e 1994 (Portugal, Chile, Reino Unido, Suíça, França, Coréia, Dinamarca, Finlândia, Suécia, Noruega e Venezuela) não é alentadora, pois nenhum deles foi ratificado pelo Congresso Nacional. Apenas recentemente o Brasil aderiu à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, medida correlata importante ao processo de negociação dos Tratados Bilaterais de Investimentos, bem como o CIRDI.

A fórmula de compromisso encontrada para a cláusula de solução de controvérsias foi redigida nos seguintes termos: a) permite-se ao investidor a opção entre o recurso aos tribunais locais do país receptor do investimento ou a arbitragem internacional; caso se opte pela arbitragem internacional, admite-se a submissão do litígio b) ao CISCI, estabelecido pela Convenção para a Resolução de Conflitos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, quando ambas as partes a ela houverem aderido; ou, até que cumpra essa condição, ao Mecanismo Adicional para a Administração de Processos de Conciliação, Arbitragem e Verificação de Fatos (aberto a países não-signatários da convenção); ou c) a um tribunal de arbitragem *ad hoc*, estabelecido de acordo com as Normas de Arbitragem das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)<sup>52</sup>.

A cláusula arbitral, na sistemática corrente no Brasil, não produz o efeito de instituir, quando provocado por uma das partes, o juízo arbitral. É necessário sempre o compromisso, regulado nos arts. 1036 e ss do CC e é ele que cria a jurisdição dos árbitros, dando nascimento ao juízo arbitral. A cláusula arbitral tem sido considerada, por reiterada jurisprudência, como simples “*pactum in contrahendo*”, obrigação de firmar compromisso, este sim instituidor do procedimento arbitral.

## 5. A Segunda versão da Minuta de Acordo ALCA: o Capítulo sobre Investimentos<sup>53</sup>

### 5.1. Inspiração: o finado AMI

---

<sup>52</sup> Apud PEREIRA, Celso de Tarso, op. cit., p. 93.

<sup>53</sup> Na época da redação desse texto, o Projeto da ALCA encontrava-se em discussão, tendo sido posteriormente sepultado.



Na década de 90, os países desenvolvidos negociaram no seio da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) um acordo abrangente sobre investimentos, chamado Acordo Multilateral sobre Investimentos (AMI) ou Multilateral Agreement on Investments (MAI). Esse acordo, depois de negociado, seria aberto à adesão dos países em desenvolvimento. O anteprojeto não visava tanto a proteger o investidor contra expropriações, o que estaria assegurado em acordos bilaterais ou regionais. O verdadeiro objetivo do AMI tinha a ver com a “teoria da contestabilidade dos mercados”, elaborada por economistas dos países desenvolvidos. Essa teoria advoga que para assegurar a livre concorrência em todos os mercados, não basta abolir as barreiras às importações, mas é indispensável assegurar também os investimentos estrangeiros, já que freqüentemente a presença no local como produtor oferece vantagem insuperável<sup>54</sup>.

Por conseguinte, estaria assegurada ao investidor a liberdade de investir em qualquer setor em determinado mercado. Para isso, os governos estariam proibidos de criar obstáculos a certos investimentos, de querer orientá-los para determinadas regiões ou setores específicos ou de impor-lhes requisitos de desempenho. Na prática, essa liberdade absoluta não se encontra nem nos Estados Unidos, onde, por razões de segurança nacional ou de outra natureza, alguns setores são restritos a nacionais<sup>55</sup>.

Os Estados Unidos foram os principais formuladores da proposta na OCDE, e desejavam um acordo de *high standards* (“padrões exigentes”) ou acordo nenhum. A idéia não agradou a França e o Canadá, que pretendiam proteger a identidade cultural em áreas como edição, imprensa, serviços audiovisuais (TV, cinema, discos). Por outro lado, uma grande coligação de organizações não-governamentais patrocinou uma campanha contra o acordo, no que talvez tenha constituído o primeiro grande movimento contra um componente essencial da globalização<sup>56</sup>. A OCDE foi constrangida a suspender as negociações, e a idéia foi trazida à Organização Mundial do Comércio (OMC) pelos europeus, em termos mais moderados.

## 5.2. A proposta

Os Estados Unidos, que jamais acreditaram na possibilidade de celebrar um acordo de *high standards* em foro heterogêneo como a OMC, preferiram retomar a proposta, no nível de ambição original, no processo da Área de Livre Comércio das Américas – ALCA<sup>57</sup>. Alguns dos pontos mais difíceis suscitados pela iniciativa serão abordados a seguir.

---

<sup>54</sup> RICUPERO, Rubens. A ALCA. São Paulo: Publifolha, 2003, p. 48.

<sup>55</sup> RICUPERO, Rubens, *ibid*, p. 49.

<sup>56</sup> Nessa ocasião foi criada a ATTAC.

<sup>57</sup> A Minuta do Acordo ALCA está disponível no site [www.ftaa-alca.org](http://www.ftaa-alca.org)

A primeira questão dizia respeito à definição dos investimentos cobertos pelo capítulo, e se este cobriria apenas os investimentos estrangeiros diretos, como é habitual.

Os Estados Unidos buscavam uma definição ampla para o termo “investimento”, que incluísse todas as formas de ativos com características de investimento, como companhias, ações, certas formas de dívida, certas concessões, contratos e propriedade intelectual (e as aplicações financeiras de curto ou longo prazo, inclusive de natureza especulativa, aplicações em Bolsas de Valores ou de Mercadorias, em *portfolio*, em títulos). Pretendia-se proibir os governos de definir políticas que favorecessem os investidores nacionais, ainda que fosse apenas para compensá-los por problemas estruturais ou de natureza sistêmica. A aceitação desse conceito abrangente obrigaria os governos a garantirem a mais ampla liberdade possível de movimentação de capital, tornando mais limitada a capacidade de evitar ou minorar as crises financeiras que têm devastado as economias dos países em desenvolvimento<sup>58</sup>.

Outra questão dizia respeito a garantir o acesso de estrangeiros a investimentos nos mais diversos setores (normas de pré-estabelecimento), ou então dar preferência a um acordo clássico e restrito à justa proteção dos investimentos existentes, sendo o acesso regulamentado pelas leis nacionais. Também se discute qual seria a relação desse capítulo com a “presença comercial” em serviços.

Os integrantes da ALCA ficariam obrigados a conceder aos investidores de um país membro da área “tratamento de nação mais favorecida” ou “tratamento nacional”, o que fosse mais vantajoso para o investidor. O primeiro significaria conceder aos investidores estrangeiros tratamento não menos favorável do que aquele proporcionado a investidores de qualquer outro país, fosse ele membro ou não da ALCA. O segundo equivaleria a estender aos investidores estrangeiros o mesmo tratamento dispensado aos investidores nacionais. Para as entidades subnacionais, os Estados Unidos definiam tratamento nacional como aquele que o Estado ou Província concede a investidores e investimentos de outros Estados ou Províncias.

Os Estados Unidos propunham, também, que o investidor tivesse o direito de transferir fundos para dentro ou para fora de qualquer país da ALCA sem demora e a uma taxa de câmbio de mercado. Essa garantia cobriria todas as transferências relacionadas a um investimento, inclusive juros, remessa de lucros, repatriação do capital e injeção de recursos financeiros adicionais depois da realização do investimento inicial. A minuta do capítulo sobre investimento do Acordo ALCA estabelece, em seu artigo 9, que devem ser feitas livremente e sem atrasos todas as transferências relacionadas a investimentos, incluindo contribuições de capital, lucros, dividendos, juros, ganhos de capital, pagamentos de *royalties*, comissões de administração e

---

<sup>58</sup> RICUPERO, op. cit., p. 50.

assistência técnica. Nesse particular, bem como em muitos outros, a minuta do Acordo ALCA é muito semelhante ao NAFTA<sup>59</sup>.

Pretendia-se, além disso, que o Acordo impeça os governos de estabelecer metas ou requisitos de desempenho (*performance requirements*) a serem cumpridos pelos investidores de outros países membros, ampliando restrições já existentes na OMC<sup>60</sup>. Ficaria proibida, por exemplo, a definição de níveis de conteúdo local, de preferências por bens produzidos domesticamente, de restrições à venda de bens e serviços no território do país receptor do investimento, bem como a especificação pelos governos de compromissos de exportação e de transferência de tecnologia.

Para a questão dos requisitos de desempenho, a minuta do acordo da ALCA trazia várias versões. Na versão mais detalhada, que correspondia provavelmente à proposta dos Estados Unidos, os países membros ficariam proibidos de condicionar a autorização para estabelecer, expandir, manter ou adquirir um investimento a qualquer dos seguintes compromissos ou requisitos de desempenho: a) exportar um determinado tipo, nível ou percentual de bens ou serviços; b) alcançar um determinado percentual de conteúdo nacional; c) outorgar preferência de compra a bens produzidos ou a serviços prestados em seu território; d) vincular o volume ou valor das importações ao volume ou valor das exportações, ou ao montante de entrada de divisas associado ao investimento; e) restringir as vendas em seu território de bens ou serviços que o investimento produza ou preste, relacionando-as às exportações ou às receitas de divisas; f) transferir tecnologia, um processo produtivo ou outro conhecimento de sua propriedade (a não ser quando o requisito for imposto por um tribunal judiciário ou administrativo ou outra autoridade competente para reparar uma violação das leis em matéria de concorrência); e g) atuar como fornecedor exclusivo de bens ou serviços para um mercado específico ou para o mercado mundial.

### **5.3. Solução de controvérsias: afastamento das concepções clássicas em matéria de investimentos internacionais e previsão de arbitragem internacional para controvérsias entre Estados e investidores**

Dever-se-ia aceitar o mecanismo proposto pelos Estados Unidos, visando possibilitar a investidores privados processarem judicialmente um governo, não nos tribunais locais, mas em cortes de arbitragem especiais? A última minuta do texto reproduzia parte considerável do capítulo 11 do NAFTA, prevendo um mecanismo de solução de controvérsias entre Estados e

---

<sup>59</sup> Ver Capítulo 11 do NAFTA.

<sup>60</sup> O acordo da OMC proíbe requisitos de desempenho que criem a obrigação de adquirir produtos de origem nacional, definam compromissos de exportação ou estabeleçam vinculações entre a possibilidade de importar e a geração de divisas. Essas proibições se aplicam a medidas de investimento relacionadas somente a bens (TRIMS, artigos 1 e 2 e anexo)

investidores, em que estes passariam a desfrutar de capacidade postulatória internacional, antes reservada a Estados. O investidor teria o direito de recorrer à arbitragem internacional, no âmbito do Banco Mundial ou da Organização das Nações Unidas (ONU), ultrapassando assim a legislação e o sistema judicial do país hospedeiro do investimento.

Em caso de controvérsia com o Estado de um país membro da ALCA, o investidor poderia optar entre as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), o convênio do Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (CIRDI) do Banco Mundial, ou as regras do mecanismo complementar do CIRDI, quando o país hospedeiro do investimento ou o país de origem do investidor não fosse parte do CIRDI<sup>61</sup>. Os laudos arbitrais seriam considerados definitivos e vinculantes para as partes do litígio. Sua execução seria promovida de acordo com a legislação interna do país em cujo território tenha sido realizado o investimento<sup>62</sup>.

O capítulo 11 do NAFTA amplia o direito de compensação em caso de expropriação, não só na expropriação direta propriamente dita, mas também na chamada expropriação indireta, isto é, em medidas supostamente equivalentes, na prática, à expropriação. Isso permitiria ao investidor estrangeiro processar o governo por qualquer ação ou medida que diminua o valor do seu investimento.

Um exemplo da aplicação dessa interpretação ampla foi o caso da empresa norte-americana Metalclad, que processou o governo mexicano devido à decisão de autoridades municipais do estado de San Luis Potosí no sentido de negar a licença de construção de um depósito de resíduos tóxicos, autorizado pela administração federal do México. O processo no tribunal de arbitragem do NAFTA resultou na condenação do governo mexicano a pagar US\$ 17 milhões de indenização. Existe mais de uma dúzia de exemplos semelhantes, causando reação desfavorável de entidades ambientais, que criticam o mecanismo de solução de controvérsias e o capítulo de investimentos em geral<sup>63</sup>.

Na verdade, as dificuldades nesse capítulo incluíam o problema do mecanismo que possibilitaria ao investidor privado processar diretamente um governo, independentemente ou além do recurso à Justiça nacional. Como já

---

<sup>61</sup> As opções previstas na minuta do Acordo ALCA são as mesmas que constam do NAFTA, no artigo 1120.

<sup>62</sup> Minuta do Acordo ALCA, Capítulo sobre Investimentos, artigo 15.

<sup>63</sup> Cf. RICUPERO, op. cit., p. 51, “reflexo da orientação dos Estados Unidos, para o qual a busca de lucros prevaleceria sobre considerações sociais ou ambientais, levando à multiplicação de escândalos e falências fraudulentas como a da Enron e outras”.

fora mencionado, a oposição brasileira a essa proposta se origina, entre outras razões, na linha adotada pelo Congresso Nacional, que se recusava a aprovar acordos de investimento com cláusulas arbitrais que previam recurso a outras instâncias que não as dos tribunais brasileiros<sup>64</sup>.

## **6. Considerações Finais: Tendências para a solução de controvérsias envolvendo Estado e particular – os Tratados Bilaterais para a Promoção e a Proteção dos Investimentos**

A redução dos obstáculos ao comércio e aos investimentos internacionais, assim como as possibilidades dadas às empresas transnacionais de dispersarem as atividades de produção no interior de sistemas de produção internacional integrada fizeram com que os fluxos desses investimentos aumentassem progressivamente. Esse aumento fez com que os Estados buscassem criar um clima favorável aos investimentos internacionais, utilizando-se principalmente de acordos internacionais. Nessa perspectiva, houve a tentativa de negociar, na OCDE, um Acordo Multilateral sobre Investimentos (AMI)<sup>65</sup>; verificou-se também a incorporação de algumas questões relativas ao investimento internacional nos acordos da Organização Mundial do Comércio. Em nível regional, os acordos de integração econômica constituem uma subcategoria importante. Eles envolvem um grau de unidade e cooperação mais elevado entre seus membros, e o leque de questões tratadas é mais amplo que em nível bilateral. O NAFTA, por exemplo, é uma área de livre comércio que abrange os investimentos internacionais. Seus dispositivos relativos a investimentos já influenciaram outros acordos, e a UNCTAD<sup>66</sup> já explicitou que a inclusão de questões relativas ao investimento nas áreas de livre comércio pode ser considerada como uma tendência atual<sup>67</sup>. Prova disso foi a Minuta de Acordo da ALCA, que também inclui um Capítulo sobre Investimentos.

Todavia, ao menos por enquanto, o principal instrumento de promoção e de proteção dos investimentos internacionais permanece sendo o tratado

---

<sup>64</sup> Ricupero observa que infelizmente, muitos dos outros países, inclusive do Mercosul, incluíram em seus acordos de investimentos cláusulas desse tipo. Para ele, “tal situação nos obrigaria provavelmente, caso o pior sucedesse, a ter de formular reserva absoluta contra a inovação, uma vez que, em matérias vitais como essa, melhor é estar só do que mal acompanhado”. RICUPERO, op. cit., p. 62.

<sup>65</sup> A ambição do projeto AMI era criar um acordo sobre investimentos com alto nível de proteção e de liberalização, e aberto à adesão de qualquer país, membro ou não da OCDE.

<sup>66</sup> Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento.

<sup>67</sup> UNCTAD, *Trends in International Investment Agreements: an Overview*. New York e Geneva: United Nations, 1999, p. 43.



bilateral. De fato, o crescimento extraordinário do número de Tratados Bilaterais de Investimentos nas duas últimas décadas constitui um dos fenômenos mais importantes na evolução do direito internacional dos investimentos. Uma característica importante da nova geração de Tratados Bilaterais de Investimentos é o razoável grau de uniformidade dos princípios que informam os acordos, combinados com inúmeras variações das fórmulas utilizadas. Muito embora esses tratados tenham atingido certo nível de padronização, seus dispositivos refletem ao mesmo tempo as diferentes posições adotadas pelos países partes desses acordos.

O primeiro Tratado Bilateral de Investimentos moderno foi concluído em 1959, entre a Alemanha e o Paquistão. Desde então, um número crescente de países desenvolvidos concluíram tratados desse tipo com países em desenvolvimento e com outros países desenvolvidos, e mais recentemente os países em desenvolvimento passaram a celebrar acordos desse tipo entre si. Todavia, somente após o final da década de oitenta os Tratados Bilaterais de Investimentos passaram a ser vistos como instrumentos de promoção e de promoção dos investimentos internacionais aceitos universalmente. Entre os 2099 tratados existentes em 2001, mais de 800 foram concluídos após 1987<sup>68</sup>.

Diante desse quadro, constata-se um processo de internacionalização do direito dos investimentos internacionais, fenômeno observado há aproximadamente duas décadas, paralelamente à evolução dos direitos internos em matéria de investimento. A grande maioria dos Estados optou por completar suas legislações nacionais com tratados de promoção e proteção dos investimentos estrangeiros. Prova disso é que no final de 1996, 155 dos 188 Estados membros da Organização das Nações Unidas haviam concluído ao menos um tratado bilateral desse tipo<sup>69</sup>. É interessante notar que a proporção de Tratados Bilaterais de Investimentos concluídos entre países em desenvolvimento vem crescendo. Atualmente, poucos Estados estão à margem desse movimento. Trata-se de micro-Estados (ilhas do Pacífico, Mônaco, Andorra, San Marino, Liechtenstein), Estados que enfrentam problemas sérios (como Afeganistão, Angola, Iraque) ou Estados que não celebraram tais tratados por razões ideológicas (Líbia e Coréia do Norte). Os demais países que proclamam o comunismo, como a China, Cuba, Vietnã e Laos integraram o movimento na década de noventa<sup>70</sup>.

Parte da doutrina francesa passou a investigar a relação entre a constituição de uma rede tão importante de tratados bilaterais, o início da

---

<sup>68</sup> [www.worldbank.icsid](http://www.worldbank.icsid)

<sup>69</sup> ICSID, *Bilateral Investment Treaties 1959-1996: Chronological and Country Data, and Bibliography*. Washington, 1997.

<sup>70</sup> Id.



conclusão de tratados multilaterais, e a formação do costume internacional. A celebração de tantos Tratados Bilaterais de Investimentos num período histórico relativamente curto conduz a indagar se essa celeridade corresponde a iniciativas verdadeiramente bilaterais, sem ligação entre si ou se, ao contrário, resulta de uma pressão coordenada dos países desenvolvidos, no sentido de condicionar a realização dos investimentos em países em desenvolvimento à adesão desses países às cláusulas constantes em tais acordos. Em outras palavras, trata-se de examinar se a existência de tais tratados poderia conduzir a verificação de uma “prática aceita como sendo de direito”, no sentido dado pelo artigo 38 § 1 (b) do estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao menos nos pontos retomados pela grande maioria dos tratados.

Tal questão enseja conseqüências práticas de vultoso alcance. Imagine-se a situação de uma empresa de determinada nacionalidade, que investiu em outro país. Este, por sua vez, concluiu diversos Tratados Bilaterais de Investimentos, mas não com o país de nacionalidade da empresa. Suponha-se ainda que o investidor tenha celebrado um contrato com o Estado hospedeiro, prevendo uma cláusula compromissória. No caso da superveniência de uma controvérsia que não pode ser solucionada amigavelmente, a questão diz respeito à possibilidade para o investidor de se valer, diante de um tribunal, das soluções encontradas de forma geral nos Tratados Bilaterais de Investimentos, a título de regras consuetudinárias.

Considerando-se que a conclusão de tais tratados constitui a manifestação de uma prática estatal, então necessariamente constatar-se-á a existência de uma prática geral, ao menos no que diz respeito aos dispositivos convencionais presentes em todos ou quase todos os tratados. Resta saber se tal prática geral é “aceita como sendo de direito”, conforme a fórmula do estatuto da Corte Internacional de Justiça ou conforme a apresentação clássica do fenômeno consuetudinário. Em outras palavras, a questão diz respeito à presença ou não do elemento psicológico do costume, a *opinio juris sive necessitatis*. Para se ter a certeza de que os Tratados Bilaterais de Investimentos não revelam apenas a fragilidade econômica dos países em desenvolvimento nas relações com os países desenvolvidos, é necessária uma análise detalhada dos Tratados Bilaterais de Investimentos celebrados entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, e num segundo momento uma análise comparativa desses últimos com os Tratados Bilaterais de Investimentos celebrados entre países em desenvolvimento. Isso permitiria atestar ou não a existência de regras consuetudinárias na matéria para alguns dos dispositivos convencionais, ultrapassado o período de incerteza do período entre as décadas de cinquenta a setenta.

Constatando-se o fenômeno da internacionalização do direito dos investimentos internacionais, caberia investigar e identificar os dispositivos desse direito que foram efetivamente internacionalizados pelos Tratados Bilaterais de Investimentos, e que, por conseguinte, teriam sido subtraídos da ação unilateral dos Estados hospedeiros, sob pena de sua responsabilidade internacional. Trata-se do processo de formação do costume internacional.

Nesse contexto, uma das séries de dispositivos presentes nos Tratados Bilaterais de Investimentos visa a assegurar a efetividade das cláusulas previstas, por meio de um mecanismo compulsório de solução de controvérsias entre Estado hospedeiro e investidores. O afastamento das concepções clássicas de solução de controvérsias em matéria de investimento internacional constitui evento dos mais importantes na evolução do direito internacional econômico. A questão é saber se já se pode falar na existência de um costume internacional nesse sentido.

Em matéria de solução de controvérsias, os Estados são cautelosos quanto a sua liberdade de ação, como prova sua desconfiança com relação à cláusula facultativa de jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. Ademais, as controvérsias suscetíveis de surgir no contexto dos investimentos internacionais não são exclusivamente comerciais, mas muitas vezes dizem respeito a questões de política do país hospedeiro, envolvendo interesses públicos importantes e diversos. Assim, faz-se necessário assegurar que o mecanismo de solução de controvérsias entre Estado e investidor não constitua uma grave ameaça à soberania nacional em matéria de regulamentação ambiental, social e outras.

Normalmente, o artigo destinado à solução de controvérsias entre Estado e investidor dispõe que, em seguida de negociações infrutíferas, as Partes submeterão o litígio a um tribunal arbitral, seja *ad hoc*, seja institucional. Nesse último caso, o CIRDI desempenha papel essencial.

É importante observar que os Tratados Bilaterais de Investimentos concluídos a partir do final da década de oitenta pelos países da América Latina também contam com cláusulas de solução de controvérsias desse tipo. Sabe-se que os tribunais arbitrais, de forma geral, podem aplicar um direito que escapa à ação unilateral do Estado. A cláusula que prevê o direito aplicável muitas vezes faz referência aos princípios gerais do direito ou às regras do direito internacional. No momento da negociação, a principal meta do investidor que celebra um contrato com um Estado é encontrar fórmulas jurídicas que permitam neutralizar o poder normativo do Estado co-contratante<sup>71</sup>, através do “deslocamento” ou “internacionalização” desse contrato por cláusulas compromissórias que evitarão a competência dos tribunais nacionais do Estado hospedeiro. A solução arbitral das controvérsias sobre investimentos é certamente a característica mais importante do direito dos investimentos, tal como se desenvolveu nas últimas décadas.

Todavia, e embora muito já se tenha debatido em doutrina e jurisprudência sobre a eficácia jurídica dessas cláusulas, inúmeras divergências persistem sobre a matéria. Quando existe um Tratado Bilateral de

---

<sup>71</sup> Conforme expressão utilizada por Pierre Mayer, no artigo “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière de contrats d’État”, *Journal du droit international*, 1986, p. 5-78.

Investimentos entre o Estado hospedeiro e o Estado nacional do investidor, o respeito dos compromissos contratuais pode ser objeto de um compromisso específico do Estado hospedeiro no nível do direito internacional convencional<sup>72</sup>. São as chamadas *umbrella clauses*. Alguns autores, como Prosper Weil, consideram que diante da existência de tais tratados, as obrigações contratuais entre o Estado hospedeiro e o investidor são transformadas em verdadeiras obrigações internacionais, no sentido do direito internacional público. Pierre Mayer, ao contrário, sustenta que a natureza das relações entre as partes permanece subordinada à *lex contractus*, e que somente a relação interestatal é subordinada ao direito internacional. Por sua vez, Charles Leben sustenta que independentemente da teoria adotada, a violação pelo Estado hospedeiro de suas obrigações contratuais implica em uma violação, direta ou indireta, do direito internacional público<sup>73</sup>. A questão que nos diz respeito consiste na existência ou não de uma internacionalização dos compromissos contratuais assumidos pelo Estado hospedeiro, por meio dos tratados bilaterais, e os efeitos dessa internacionalização. A sentença CIRDI AAPL/Sri Lanka de 27 de junho de 1990 estabeleceu que um investidor pode se prevalecer diretamente dos compromissos assumidos pelo Estado hospedeiro vis-à-vis de seu Estado nacional em um Tratado Bilateral de Investimentos, independentemente da existência de um contrato entre o investidor e o Estado hospedeiro. Por conseguinte, se nesse tratado o Estado hospedeiro comprometeu-se a aceitar o mecanismo arbitral para resolver eventuais controvérsias com investidores, um contrato entre esse Estado e o investidor incluindo uma cláusula compromissória deixa de ser necessário. A situação seria a mesma se o Estado receptor do investimento tiver aceitado a competência do CIRDI em sua legislação nacional<sup>74</sup>.

Considerando-se a existência de mais de 900 TBI prevendo o recurso à arbitragem CIRDI ou o mecanismo adicional CIRDI<sup>75</sup>, ou ainda arbitragens *ad hoc* segundo o regulamento UNCITRAL, percebe-se um movimento em direção à internacionalização dos litígios relativos aos contratos de investimento. A maioria dos casos subordinados ao CIRDI resulta da aceitação da arbitragem por um Estado, seja em um Tratado Bilateral de Investimentos seja em sua

---

<sup>72</sup> Esse é o caso dos tratados concluídos pela França, que prevêem um dispositivo consagrado aos compromissos particulares.

<sup>73</sup> LEBEN, Charles. "L'évolution du droit international des investissements". In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* Paris: Pedone, 1999, p. 20.

<sup>74</sup> Sentença SPP/Egito de 20 de maio de 1992.

<sup>75</sup> Id.

legislação nacional, e não em um contrato concluído com o investidor<sup>76</sup>. Por conseguinte, é fácil imaginar que essa rede de centenas de Tratados Bilaterais de Investimentos será, em um futuro próximo, o fundamento mais importante do contencioso misto ou transnacional (Estado/pessoa privada), e que não mais dirá respeito a questões de nacionalização, mas de quebras de contrato, mudanças de legislação, danos causados ao investidor por desordem local, problemas oriundos da privatização das empresas ou da legislação ambiental, entre outros.

Por outro lado, faz-se mister observar que alguns acordos plurilaterais existentes também ensejam a possibilidade de um investidor procurar uma instância arbitral, mais comumente o CIRDI, para solucionar uma controvérsia com o Estado hospedeiro com quem tenha ou não uma relação contratual<sup>77</sup>. Disposições desse tipo estão presentes no NAFTA, na Carta da Energia, que entrou em vigor em 1998, além de tratar-se da fórmula prevista no findado projeto AMI. Mais recentemente, essa solução estava presente na Minuta de Acordo da ALCA, no artigo 15 do Capítulo sobre Investimentos.

Os países da América Latina assumiram inicialmente uma atitude hostil com relação à Convenção patrocinada pelo Banco Mundial, embora se tenha observado nos últimos anos uma certa alteração no comportamento de alguns Estados latino-americanos.

Em 2002, havia quatro deles que ratificaram a Convenção de Washington e o Brasil, em que pese o fato de não ser Estado contratante, aceitou a intervenção do Secretário Geral do CIRDI como autoridade designante de árbitros em vários acordos de garantia recentes, concluídos pelo Brasil em favor de Bancos estrangeiros que tenham efetuado empréstimos à entidades públicas brasileiras.

A razão dessa atitude pode ser a compreensão crescente de que esses instrumentos permitem alcançar o objetivo de fomentar o investimento de capitais necessários ao desenvolvimento econômico, sem atentar diretamente contra os princípios fundamentais da doutrina latino-americana em matéria de reclamações pecuniárias. Ao contrário, esses instrumentos conduzem ao desaparecimento da proteção diplomática e da intervenção de Estados poderosos que era sua consequência, além de permitirem salvaguardar a prioridade do direito nacional e da justiça interna.

---

<sup>76</sup> No ano de 1998, dos onze casos registrados no CIRDI, oito foram com base em um Tratado Bilateral de Investimentos ou em um tratado multilateral (NAFTA). Disponível em: [www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)

<sup>77</sup> LEBEN, Charles. op. cit. p. 22. Por exemplo, se o Estado se comprometeu em um tratado multilateral a manter um certo tipo de legislação sobre o repatriamento dos lucros e não o faz.

A aceitação desse instrumento hoje parece preferível à insistência na atitude negativa tradicional, justificada mais na desastrosa experiência histórica do que pelas realidades do presente e as necessidades do futuro.

## 7. Bibliografia

### Livros e Artigos

ASANTE, Samuel K. B. “Droit international et investissements”, in BEDJAOUI, Mohammed (éd), *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris: Pedone, Unesco, 1991, t. 2, p. 711-737.

------. “International Law and Foreign Investment: a Reappraisal”, *ICLQ*, 1988, p. 588-628.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 4<sup>a</sup> ed. Paris: LGDJ, 1998.

DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. 4<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J, 992.

DUPUY, René-Jean. *Le Droit International*. Paris : PUF, 1963, 128 p.

FERREIRA LEMES, Selma Maria. “Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas”, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 17.

FLORY, Maurice. *Droit International du Développement*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

GARCIA-AMADOR, F. V. “Las Doctrinas Latinoamericanas y las Propuestas Actuales para Revisar el Derecho Internacional”, in *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*. Buenos Aires: Editor Raúl E. Vinuesa.

GUZMAN, A. T. “Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia J. of Int'l Law*, 1988, p. 637-688.

HELOU, Cristiane Costa e Silva de Castro. *Proteção, tratamento e garantia dos investimentos internacionais contra os riscos políticos: aspectos de direito internacional*. São Paulo, 1997. Mim. P. 19. FADUSP, Orientador: Prof. Associado Hermes Marcelo Huck.

ICSID, *Bilateral Investment Treaties 1959-1996: Chronological and Country Data, and Bibliography*, Washington, 1997.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “La protection Del inversor en el Derecho Internacional”, in *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*. Buenos Aires: Editor Raúl E. Vinuesa.

MAGALHÃES, José Carlos. *Do Estado na Arbitragem Privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

MAYER, Pierre. “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État em matière de contrats d’État”, *Journal du droit international*, 1986, p. 5-78.

MELLO BARRETO FILHO, F. P., *O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 1999.

NOGUEIRA BATISTA JR, Paulo. “A Alca e o Brasil”, in *Estudos Avançados*, nº 48, Maio/Agosto 2003, pp. 267-293.

NORONHA GOYOS JR, Durval. “A arbitragem no âmbito da Alca e outros apontamentos legais referentes ao tema”, in *Estudos Avançados*, nº 48, Maio/Agosto 2003, pp. 295-309.

MUHLINSKI, P. *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford: Blackwell, 1995.

PEREIRA, Celso de Tarso. “O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, nº 40, outubro/dezembro 1988.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.



RAMINA, Larissa. *Direito Internacional dos Investimentos. Solução de Controvérsias entre Estados e Empresas Transnacionais*. Curitiba: Juruá, 2009, 607 p.

RICUPERO, Rubens. *A ALCA*. São Paulo: Publifolha, 2003.

ROMERO, Eduardo Silva. “A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado”, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 19.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragens Internacionais*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

STERN, Brigitte. “Some new Trends in the Protection of Foreign Investments: the Example of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, in *ICCLP Review*, Volume 4, Number 1, March 2001.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La réorganisation mondiale des échanges*. Paris: Pedone, 1996.

------. *Un accord multilateral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?* Paris: Pedone, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: Editora UnB, 2ª ed. at., 1997, 327 p.

UNCTAD, *World Investment Report 1998: Trends and Determinants*, New York, Genève: 1998.

VALENÇA FILHO, Clávio. “Arbitragem e Contratos Administrativos”, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 8, p. 37.

WEIL, Prosper. “Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérés dans les accords de développement économique”, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*. Paris: Pedone, 1974, p. 301-328.

### **Endereços eletrônicos**

[www.ftaa-alca.org](http://www.ftaa-alca.org)

[www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)