



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD**

NATALY EVELIN KONNO ROCHOLL

**A ARBITRAGEM DO ICSID: REPERCUSSÃO INTERNACIONAL E A POSIÇÃO
DO BRASIL**

Brasília

2010

NATALY EVELIN KONNO ROCHOLL

**A ARBITRAGEM DO ICSID: REPERCUSSÃO INTERNACIONAL E A POSIÇÃO
DO BRASIL**

**Dissertação apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a conclusão do
Curso de Mestrado em Direito das Relações
Internacionais e obtenção do Título de
Mestre.**

Orientador: Francisco Rezek

Brasília

2010

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Autor: Nataly Evelin Konno Rocholl

Título: A Arbitragem no ICSID: Repercussão Internacional e a posição do Brasil.

Data de apresentação: 1º de março de 2010

Banca Examinadora	Avaliação
Prof. Dr. Francisco Rezek	
Prof. Dr. Jorge Luiz Fontoura Nogueira	
Prof. Dr. Arno Dal Ri	
Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio	
<hr/>	<hr/>
Professor Supervisor	Nota
<hr/>	<hr/>
Profº Coordenador do Curso	Nota

Dedico este trabalho aos meus pais por todo o apoio e incentivo, ao meu orientador Prof. Francisco Rezek, à memória de Sanmy que guiará meus passos por toda a minha vida e a todos que contribuíram de alguma maneira na realização deste trabalho.

“La generosité c'est la façon la plus
intelligente de l'égoïsme”

André Malraux

RESUMO

A Arbitragem Internacional do ICSID e da UNCITRAL são as mais relevantes na solução de contendas entre investidores e Estados. O mecanismo do ICSID é um dos primeiros destinados às reclamações de particulares contra Estados no âmbito do comércio internacional. O ICSID é vanguardista ao possibilitar que o indivíduo pleiteie diretamente os seus direitos contra Estados, já que o reconhecimento dos direitos dos indivíduos deve corresponder à capacidade processual de pleiteá-los, no plano nacional e internacional. As sentenças ditadas pelos seus árbitros obrigam as partes, razão pela qual a questão da competência e o modo de consentimento são pontos inquietantes que serão examinados. Será verificado se a neutralidade e a imparcialidade, corolários da Convenção de Washington e da Arbitragem do ICSID são realmente atendidos na solução de disputas. O modo com que os Acordos Bilaterais de Investimento são utilizados pelos árbitros e a sua importância também serão analisados. Estarão o ICSID e a UNCITRAL ligados aos interesses do capital internacional? Como é que ficam os preceitos de Direito Internacional, como o direito de jurisdição plena dos Estados sobre o seu território, expoente do princípio da soberania?

PALAVRAS CHAVE:

ICSID; Convenção de Washington; soberania; consentimento; jurisdição.

ABSTRACT

ICSID's and UNCITRAL's International Arbitration are the most relevant in solving disputes between investors and States. ICSID's mechanism is one of the first intended for claims of individuals against States in international trade. ICSID is avant-garde to enable the individual to plead their rights directly against States since the recognition of individual's rights must meet the procedural capacity to claim them, nationally and internationally. The awards dictated by their arbitrators obligate the parties, which is why the question of jurisdiction and the mode of consent are disturbing points to be examined. It will examine whether the neutrality and impartiality, corollaries of the Washington Convention and the ICSID Arbitration are actually treated in dispute resolution. The way the Bilateral Investment is used by arbitrators and their importance will be analyzed. Are the ICSID and UNCITRAL linked to the interests of international capital? How are the precepts of international law, as the right of unlimited jurisdiction of States over their territory, exponent of the principle of sovereignty?

KEYWORDS:

ICSID; Washington Convention; sovereignty; consent, and jurisdiction.

RESUMEN

El Arbitraje Internacional del ICSID y de la UNCITRAL son las más relevantes en la solución de contiendas entre inversores y Estados. El mecanismo del ICSID es uno de los primeros destinados a las reclamaciones de particulares contra Estados en el ámbito del comercio internacional. El ICSID es vanguardista al posibilitar que el individuo pleitee directamente sus derechos contra Estados, ya que el reconocimiento de los derechos de los individuos debe corresponder a la capacidad procesal de pleitearlos, en el plano nacional e internacional. Las sentencias dictadas por sus árbitros obligan a las partes, razón por la cual la cuestión de la competencia y el modo de consentimiento son puntos inquietantes que serán examinados. Será verificado si la neutralidad y la imparcialidad, corolarios de la Convención de Washington y del Arbitraje del ICSID son realmente atendidos en la solución de disputas. El modo con que los Acuerdos Bilaterales de Inversión son utilizados por los árbitros y su importancia también serán analizados. Estarán ICSID y UNCITRAL ligados a los intereses del capital internacional? Como quedan los preceptos del Derecho Internacional, como el derecho de jurisdicción plena de los Estados sobre su territorio, exponente de los principios de la soberanía?

PALABRAS LLAVE:

ICSID; convención; soberanía; consentimiento; jurisdicción.

RÉSUMÉ

L'Organisation Internationale d'Arbitrage du CIRDI et la CNUDCI sont pertinentes pour résoudre les différends entre investisseurs et États. Le mécanisme du CIRDI est l'une des premières destinées les revendications des personnes contre les États en vertu du commerce international. Le CIRDI est d'avant-garde pour permettre à l'individu de faire valoir leurs droits directement contre les États, depuis la reconnaissance des droits des individus doivent respecter la capacité de procédure pour les faire valoir, aux niveaux national et international. Les jugements rendus par leurs arbitres imposent aux parties, c'est pourquoi la question de la compétence et le mode de consentement sont des points inquiétants qui seront examinés. Il sera vérifié si la neutralité et l'impartialité, corollaires de la Convention de Washington et le Centre d'arbitrage du CIRDI sont effectivement traités dans la résolution des différends. La façon dont les investissements bilatéraux sont utilisés par les arbitres et leur importance sera également analysée. Est-ce que le CIRDI et la CNUDCI liées aux intérêts du capital international? Comment sont les préceptes du droit international, comme le droit de pleine juridiction des États sur leur territoire, exposant le principe de la souveraineté?

MOTS-CLÉS:

CIRDI; Convention de Washington; souveraineté; consentement et juridiction.

LISTA DE ACRÔNIMOS

AAA - Associação Americana de Arbitragem
ADR – Resolução Alternativa de Disputa
AID - Associação Internacional do Desenvolvimento
BIRD – Banco Interamericano de Desenvolvimento
BIT – Tratado Bilateral de Investimento
BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Social
CAMEX – Câmara de Comércio Exterior
CCI – Câmara Comercial Internacional
CIJ - Corte Internacional de Justiça
CFI - Corporação Financeira Internacional
EUA - Estados Unidos da América
FMI – Fundo Monetário Internacional
GTI – Grupo de Trabalho Interministerial
ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes - Centro Internacional de Solução de Disputas de Investimentos
LCIA- Corte de Arbitragem Internacional de Londres
MIGA - Agência Multilateral de Garantia de Investimento
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU – Organização das Nações Unidas
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
TPPI – Tratado de Promoção e Proteção de Investimentos
UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNCTAD - Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 AS ORIGENS DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1 - Os Tratados de Proteção de Investimento e da Arbitragem Internacional	23
1.2 Os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos no Brasil.....	30
1.3 - A Soberania como fundamento do Estado Brasileiro e os seus aspectos na..... Concepção Internacionalista.....	32
1.4 O Direito Soberano à Jurisdição Territorial	38
CAPÍTULO 2 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS SISTEMAS DE ARBITRAGEM	43
TRANSNACIONAL GERAL E DE INVESTIMENTOS.....	43
2.1 A UNCITRAL.....	43
2.2 O ICSID	52
2.3 A jurisdição do ICSID.....	67
2.4 O consentimento como determinante da jurisdição.....	76
2.5 O ICISID e a posição do Brasil.....	80
2.6 A evolução da competência jurisdicional sobre contendas envolvendo investidores..... estrangeiros e Estados e a situação dos investimentos a partir da década de 1980: a globalização econômica e o incentivo aos investimentos estrangeiros.....	82
CAPÍTULO 3 ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS DO ICSID E DA UNCITRAL	102
3.1 ICSID Case No. ARB/84/3: O Caso <i>Southern Pacific Properties versus República..... Árabe do Egito.....</i>	102
3.2 ICSID Case No. ARB/97/3: O caso <i>Compañia de Aguas del Aconquija versus</i> <i>República Argentina</i>	114
3.3 ICSID Case No. ARB/98/2: O Caso Víctor Pey Casado e Fundação Presidente..... <i>Allende versus República do Chile.....</i>	132
3.4 ICSID Case No. ARB (AF)/98/3: O Caso Loewen Group, Inc e Raymond L. Loewen.. <i>vs. Estados Unidos da América.....</i>	136
3.5 CME vs República Tcheca e Ronald Lauder vs República Tcheca.....	139
CONCLUSÕES	141
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

A Arbitragem hoje tem vital importância nos contratos celebrados entre partes que são por um lado pessoas privadas e por outro lado países estrangeiros, propiciando que o Estado hospedeiro do investimento possa ser demandado em uma instância diversa ao Poder Judiciário de seu país, sendo de vital importância os Tratados Bilaterais de Investimento – BITs. Os casos emblemáticos no ICSID e na UNCITRAL, ante o posicionamento e o desenvolvimento de suas arbitragens, os tornam principais fontes de pesquisa e análise. Embora seja o ICSID a principal fonte de debruçamento deste estudo, a UNCITRAL será também analisada tendo em vista que o exame dos Casos Tchecos é essencial na avaliação da credibilidade do sistema e da Arbitragem Internacional de Investimentos ante as hipóteses de incoerência no trato de idênticas questões e de direito.

A expansão dos investimentos gera a preocupação quanto à sua proteção e sobre a necessidade de se aderir aos instrumentos internacionais disponíveis nesse sentido, razão pela qual a proliferação de regras e instituições relativas aos investimentos, pela crise internacional resultante da incipiente regulação dos agentes financeiros parece justificada.

Atualmente, a Arbitragem Internacional é um instrumento fundamental na solução de contendas entre Estados-Membros. Tal fato já pode ser notado no campo dos espaços de integração, pois a Arbitragem traz um modo de solução que vence as incertezas que surgem evidentemente ao se ter uma parte domiciliada em um país concretizando um negócio com outra parte domiciliada em outro país.

A Convenção de Arbitragem tem importante papel, bem como o consenso entre as partes. Nesse sentido é que surgem as indagações a respeito da sua supremacia sobre os pareceres do Estado e quanto à jurisdição do ICSID, pois uma vez escolhida, passa a ser exclusiva para resolver conflitos relativos a investimentos. Esta exclusividade irá sempre requerer o consentimento válido das partes envolvidas numa contenda em acionar o sistema arbitral do ICSID? A Convenção do ICSID expressa qual forma de consentimento? Se um Estado quiser instaurar, perante o ICSID, um procedimento contra investidores por falha no cumprimento de um contrato terá essa possibilidade garantida se os investidores não tiverem consentido? Como efetivamente funciona o sistema formado pelos acordos bilaterais de investimento e o mecanismo de solução de contendas do ICSID? Existe na prática favorecimento a uma das partes?

Como o caráter voluntário da Convenção do ICSID repercute no consentimento das partes? O exercício da soberania de um Estado não é só objeto de direito interno, mas também de direito internacional, razão pela qual as resoluções e regras secundárias de organismos internacionais, declarações unilaterais e tantas outras formas de desenvolvimento e entabulação de regras internacionais, ao lado dos tratados, costumes e princípios de direito internacional, têm-se tornado fontes de direito internacional.

O moderno contorno do conceito de soberania numa perspectiva internacional faz o cotejo da perspectiva interna de soberania própria do Estado, para a qual soberania significa autonomia legislativa. No Brasil, o paradigma para esta demonstração é extraído do próprio ordenamento constitucional. A soberania, como um dos fundamentos do Estado é capaz de sofrer gradações e distinções no âmbito interno e internacional? Tal fato tem o condão de retirar do Estado sua característica de ente politicamente organizado, independente e autônomo em relação aos demais Estados da comunidade internacional?

É a lei internacional que autoriza o Estado a exercer jurisdição sobre qualquer ato que não esteja sob sua expressa proibição e, em razão do princípio da soberania, todo Estado é livre para definir sua jurisdição, cabendo ao direito internacional indicar quando a jurisdição de um Estado exclui, ou não, a jurisdição de outro. Qual é o objetivo de toda decisão judicial que pretenda produzir efeitos extraterritoriais no convencimento sobre as razões de prevalectimento de uma jurisdição sobre outra? Nesse caso, qual seria o papel do consentimento dos Estados ao aderir à jurisdição do ICSID? Qual é a repercussão no exercício ao direito soberano de jurisdição territorial?

Para responder as indagações formuladas serão elucidadas as questões conceituais envolvendo o ICSID e a UNCITRAL, os Tratados e os Instrumentos de Proteção ao Investimento, a soberania na concepção internacionalista e o consentimento das partes. Propõe-se o estudo prático de casos envolvendo Estados e investidores estrangeiros, em que serão examinados os aspectos gerais da regulação jurídica da solução de controvérsias entre particulares e Estados, os fundamentos teóricos do ICSID e da UNCITRAL, a prática arbitral do ICSID em relação ao consentimento dos Estados e na questão da nacionalidade e a prática arbitral da UNCITRAL na análise dos Casos Tchecos, para demonstrar a quem serve o ICSID e a UNCITRAL, quais são as suas dinâmicas em relação à manifestação da vontade dos Estados e o tratamento dado às partes e ao investimento.

CAPÍTULO 1 AS ORIGENS DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO

As elucubrações quanto à novidade da Arbitragem, não procedem, seja no direito interno, seja no direito internacional, pois a Arbitragem não é de modo algum um Instituto novo.

Foi na Revolução Francesa de 1789 que se pôde denotar o apogeu da consagração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Foi também nessa conjuntura borbulhante de ideias que foi enaltecido o culto da Arbitragem, ampliada a diversos segmentos da vida sócio jurídica. À época a Arbitragem estava regulada na *Ordonnance* de 1673, em matéria comercial, do Ministro Colbert.¹

Foi a Lei de 16 - 24 de agosto de 1790, que efetivamente criou os grandes alicerces na justiça privada, correspondendo ao pensamento ideológico da época pela busca da fraternidade entre os homens, preferindo-se uma justiça consentida a uma justiça imposta e o legislador revolucionário pôde ver na Arbitragem um caminho mais razoável para resolver os conflitos entre os cidadãos.²

Em linhas iniciais a Arbitragem já existia tal como um mecanismo para a solução pacífica e justa de conflitos de direitos e interesses desde o terceiro milênio antes de Cristo, ocasião na qual o rei Kish, Mesilim, solucionou uma disputa fronteiriça, na região da Mesopotâmia, entre as tribos Umma e Lagash.³

Já na Grécia, no Conselho dos Anfiriões, ademais dos fins religiosos, possuíam também influência política, de modo que eram de fato árbitros das contendas entre as cidades helênicas. O Papa, por sua vez, no período compreendido pela Idade Média, solucionava as disputas entre os Estados da Cristandade.⁴

No decorrer do Período Feudal, era sumamente usual os soberanos terem o encargo de serem árbitros dos seus vassalos.⁵

¹ PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*. Paris: Monchrestein, 1994. p. 61.

² ROBERT, Jean. *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial em Droit Interne*. Paris: Sirey.1955. p. 7.

³ NOHMI, Antonio Marcos. Arbitragem Internacional: Mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 73.

⁴ ARAUJO, Luis Ivani de Amorim. Curso de Direito Internacional Público. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 327.

⁵ NOHMI, Antonio Marcos. Op Cit. p. 74.

O surgimento dos Estados Modernos relegou a Arbitragem ao segundo plano, pela desconfiança dos novos estados de terem a sua recém lograda soberania submetida ao julgamento de terceiros.⁶

Pode-se dizer que a Arbitragem ressurgiu no cenário internacional apenas em meados do século XVIII.⁷ É cabível estipular como marco histórico o Tratado Jay, firmado em 19 de novembro de 1794. Tal Tratado estipulava que todas as contendas que tratassem de demarcação de fronteiras, divergências comerciais e financeiras resultantes da independência dos Estados Unidos, deveriam ser submetidas a uma Comissão Arbitral Mista, guarnecida de competência para implementar decisões cogentes a serem cumpridas pelas partes. Tal Comissão teve vigência até o ano de 1831.⁸

A questão Alabama, solucionada em 1872, propiciou a moderna consolidação da Arbitragem. Esta questão foi proposta pelos Estados Unidos, pelo fato de a Grã Bretanha haver reequipado e abastecido o navio-pirata Alabama pertencente aos rebeldes sulistas, na Guerra de Secessão. Este litígio foi arbitrado por um Tribunal internacional em Genebra, e teve como suporte o Tratado de Washington de 1871, que condenou a Grã Bretanha a uma indenização de 15.500.000 dólares em favor dos Estados Unidos. Seu deslinde se deu por intermédio de uma série de inovações à estrutura que era conhecida de alhures: foi formado por cinco árbitros, três dos quais de nacionalidade distinta aos Estados envolvidos na contenda e o objeto foi analisado unicamente sob as fontes de Direito Internacional.⁹

Nesse contexto, o primeiro Tratado Internacional de Arbitragem Permanente foi concluído em 1880, entre os Estados de São Salvador e Colômbia, seguindo-se de outros, a partir de 1883, com as Repúblicas da América Central.¹⁰

Em seguida, na 1ª Conferência da Paz da Haia, em 1899, foi implementada a Convenção para Solução Pacífica de Conflitos Internacionais, que tratou no seu título IV, nos artigos 15 a 57, exclusivamente sobre a Arbitragem. Nesse ínterim também foi formada a Corte Permanente de Arbitragem da Haia, instituída pelo artigo 20 da referida Convenção. Não se tratava de um clássico Tribunal internacional, mas guarnecia uma lista de árbitros indicados pelos Estados membros, sempre na quantia máxima de quatro por Estado.

⁶ DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Tradução de Vítor Marques Coelho. Quatro ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 763.

⁷ NOHMI, Op. Cit., p. 74.

⁸ Ibidem, p. 74.

⁹ Idem, p. 75.

¹⁰ PEDERNEIRAS, Raul. Direito Internacional Compendiado. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. p. 373.

Posteriormente, na 2ª Conferência da Paz, também ocorrida na Haia em 1907, foram feitas inserções ao texto da Convenção anteriormente celebrada.

Apenas em 1928 a Sociedade das Nações perfilhou o Ato Geral de Arbitragem, que entrou em vigor em 16 de agosto de 1929 e foi revisto em 1949, por intermédio da Resolução da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, mas tal revisão somente entrou em vigor em 20 de setembro de 1950.

A globalização das transações comerciais após a 1ª Guerra e a 2ª Guerra Mundial e o exercício continuado da solução arbitral requereram o desenvolvimento de procedimentos internacionais padronizados para facilitar as interações comerciais. Um marco inicial importante desse procedimento é a Convenção de Genebra, ocorrida em 1922¹¹; depois evoluiu para a Convenção de Nova York, em 1958,¹² e é coroada em 1976, quando a UNCITRAL – Comissão da ONU para o Direito Comercial Internacional – editou o Regulamento da Arbitragem.

Em 1955 a Comissão de Direito Internacional da ONU ofereceu um projeto de codificação do direito de Arbitragem Internacional, de autoria do jurista G. Scelle, mas a Assembléia Geral da ONU refutou qualquer intenção de criar uma nova Convenção a respeito dessa matéria. No entanto, contrariamente ao que expressava, promoveu a divulgação e publicidade aos Estados, em 1958, de um modelo de regras acerca do processo arbitral.¹³

No Brasil, desde a época da colonização portuguesa, a Arbitragem é legalmente reconhecida.¹⁴ O seu primeiro disciplinamento remonta às Ordenações Filipinas e mesmo após a proclamação da independência, continuaram em vigor sob a rubrica “dos Juizes Arbitrais”, no título XVI, do Livro II.¹⁵

Além da previsão nestas ordenações também havia a previsão arbitral na Constituição Imperial em seu artigo 160, que previa que nas ações cíveis e penais civilmente intentadas

¹¹ A Convenção de Genebra, 1922, dispõe em seu artigo 1º, que: “Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromisso ou cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.”

¹² Convenção de Nova York, 1958, que prevê em seu artigo 1º: “a presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não seja o Estado que tencione o reconhecimento e execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e sua execução.

¹³ NOHMI, Antonio Marcos. Op.Cit. p. 76.

¹⁴ SAMTLEBEN, Jurgen. Histórico da Arbitragem no Brasil. São Paulo: LTR. 1999. p. 39.

¹⁵ LENZA, Vitor Barbosa. Cortes Arbitrais: Doutrina – Prática – Jurisprudência - Legislação. Goiânia: ABDR, 1997. p. 9.

poderiam as partes nomear juízes árbitros e as suas sentenças seriam executadas sem recurso, se assim o convencionassem as mesmas partes.¹⁶

Nessas Ordenações estava prevista a possibilidade de recurso, ainda que as partes tivessem lavrado o compromisso arbitral com a clara e expressa disposição de cláusula que o dispensasse. Previa também a possibilidade de aplicação de multa em favor da parte vencida da contenda, na hipótese de o recurso não lograr êxito ainda que existente cláusula que expressasse renúncia. Objetivava-se dar às partes maior segurança do julgado, pois à época a decisão arbitral não necessitava de homologação judicial, via juiz ordinário.¹⁷

Com a promulgação da Constituição de 1824, houve uma adequação sistemática das Ordenações Filipinas, já em muito defasadas, dados os inúmeros casuísmos e distorções que estavam nelas presentes. O artigo 18 assegurava às ações cíveis e penais a possibilidade das partes nomearem juízes árbitros e as sentenças proferidas por estes juízes poderiam ser executadas sem recurso, se assim fosse convencionado pelas partes. Nesse permissivo foi prevista a jurisdicionalização da Arbitragem, dada a equivalência da sentença arbitral à sentença prolatada por um juiz ordinário, em que pese o texto legal ter trazido a distinção entre o juízo arbitral e a atividade dos arbitradores.¹⁸

Com a promulgação do Código Comercial Nacional, pela Lei n.º 556, de 25 de julho de 1850, foi trazida ao texto legal a recomendação do juízo arbitral na resolução de questões entre sócios, na vigência da sociedade. A importância deste dispositivo se dá pela instituição inédita da Arbitragem compulsória, em que pese tal dispositivo ter sido revogado apenas em 1866. Hoje em dia a Arbitragem obrigatória é inconstitucional, pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, elencado no artigo n.º 5º, XXXV, da Magna Carta de 1988.¹⁹

O Regulamento n.º 737 de 1850, disciplinador do Processo Comercial fez a distinção entre a Arbitragem Voluntária e a Arbitragem Necessária, impondo limitações ao poder dos árbitros ao julgar. Os árbitros poderiam julgar tendo por base apenas as normas comerciais e o conteúdo previsto na cláusula do compromisso.²⁰

Em 1866, a edição da Lei n.º 1350 trouxe a inédita disposição do arbitramento. No ano subsequente houve a promulgação da lei que regulamentou o processo arbitral e com o Decreto n.º 3.900, foi permitido ao árbitro ampliar o seu rol de parâmetros para julgar,

¹⁶ CALLUF FILHO, Emir. Arbitragem Internacional: O local da arbitragem. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 22.

¹⁷ LENZA, Op. Cit., p.9.

¹⁸ Ibidem, p. 10.

¹⁹ CALLUF FILHO, Op. Cit, p. 22.

²⁰ LENZA, Op. Cit, p. 10.

tornando possível o julgamento por equidade, ainda que condicionada à necessidade de declaração expressa no compromisso.²¹

O Código Civil à época disciplinou a matéria e consagrou expressamente o compromisso arbitral, mas não fez qualquer referência à cláusula compromissória extirpando todo e qualquer vestígio de caráter contratual por entender que a cláusula era carente de valor jurídico.²²

O início da República trouxe aos Estados membros da nação a possibilidade de editar os seus próprios Códigos de Processo, mas o resultado logrado foi sumamente desanimador pelo fato de a maior parte dos estados ter apenas compilado o Regulamento Ribas e apenas os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Bahia trouxeram ideias contributivas às novas tendências, por intermédio das suas normas processuais.²³

A partir de 1927, a Corte de Arbitragem da CCI vislumbrou a possibilidade da Arbitragem em controvérsias que guarnecessem elementos, de fato ou de direito, presentes em um sistema jurídico estrangeiro, mesmo que as partes fossem nacionais de um mesmo Estado, pois na Arbitragem Internacional, está-se sujeito à incidência de legislações estrangeiras ou internacionais nos aspectos proeminentes do procedimento, ou mesmo das normas aplicáveis ao litígio.²⁴

O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, com vigência desde 1930, por exemplo, referenciou a Arbitragem em 17 artigos, todos aproveitados na posterior elaboração do Código de Processo Civil de 1939.²⁵ Outras tantas leis também têm previsão de arbitragem como via de pacificação, dentre as quais podemos citar a Lei das Sociedades Anônimas (1976), a Lei de Greve (1989) e a Lei dos Portos (1993).

A previsão expressa da garantia da via judicial, na Constituição de 1946, posição também mantida pela Constituição de 1988, reagia diretamente às restrições postas no Governo Vargas e foi interpretada pela doutrina como uma reação contrária à aplicação da Arbitragem. Tal posição é repelida pela jurisprudência, que deixa claro que tal dispositivo não veda nem é contrário à instituição da Arbitragem.²⁶

Para questões trabalhistas, exceto as Constituições de 1934 e de 1937, que não se referem ao instituto arbitragem, as Constituições de 1891 e de 1946 empregam o vocábulo

²¹ MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 215.

²² COUTO e SILVA, Clóvis V. O juízo arbitral no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 15-16.

²³ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 148.

²⁴ SOARES, Ricardo; SANTOS, Stersi dos. Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial: Aspectos Gerais e algumas possibilidades. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.128.

²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no código civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 46-49.

²⁶ SAMTLEBEN, Jurgen. Op. Cit, p. 39.

arbitramento, ao passo que as de 1967 e de 1969 fazem alusão ao instituto, denominando-o corretamente de arbitragem, mas nestas Cartas a referência é feita aos conflitos internacionais e nunca ao Direito do Trabalho.

A Lei n.º 9307 de 1996 trouxe uma série de iniciativas, como a criação de parcerias com associações comerciais, sindicatos de habitação, sociedades de pecuária e agricultura, com o objetivo claro de promover a descentralização judicial, por intermédio das parcerias com órgãos de aglutinação e representação social e classista.²⁷

No sistema que vigeu até a edição da Lei n.º 9307/96, a Arbitragem doméstica tinha duas características essenciais: a necessidade de homologação da sentença arbitral pela autoridade judiciária; e a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. Na hipótese de o contrato guarnecer uma cláusula compromissória que estipulasse que um futuro e eventual litígio decorrente do contrato seria submetido à Arbitragem, não estaria necessariamente garantido o estabelecimento do juízo arbitral. O Tribunal Arbitral seria estabelecido somente se fosse firmado o compromisso arbitral, que compelia à realização da Arbitragem, já que demonstrada a manifestação de vontade efetiva das partes na efetivação desta após o aparecimento da contenda.²⁸

Anteriormente à Lei n.º 9307/96 não se fazia qualquer distinção entre Arbitragem doméstica e Arbitragem internacional, razão pela qual também não se fazia qualquer diferenciação entre sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras.²⁹

No Brasil, a Lei n.º 9307/96 preconiza que a Arbitragem, seja ela doméstica ou internacional está submetida às mesmas normas, dedicando apenas o Capítulo VI dos artigos 34-40, à homologação das sentenças arbitrais proferidas no exterior para fins de execução pela Justiça Brasileira. Assim que homologada a sentença arbitral estrangeira é internalizada, havendo a possibilidade de executoriedade compulsória como as demais sentenças arbitrais domésticas.³⁰

Na incidência de leis estrangeiras em uma Arbitragem, se a sentença arbitral for proferida no Brasil será brasileira, ainda que haja importantes e relevantes vínculos com sistemas jurídicos estrangeiros. Da mesma forma, a Arbitragem cuja sentença tenha sido

²⁷ LENZA, Vitor Barbosa. Op. Cit, p. 12

²⁸ CALLUF FILHO, Emir. Op. Cit, p. 23.

²⁹ Ibidem, p. 22.

³⁰ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro-São Paulo: Editora Renovar. Op. Cit, p. 8.

prolatada no estrangeiro será estrangeira, ainda que não haja qualquer elemento estrangeiro relevante nas relações.³¹

Por sua vez, a história da Arbitragem Internacional no Brasil, foi balizada por duas características essenciais, quais sejam: a necessidade de dupla homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, o chamado duplo *exequatur* e a requisição da citação da parte domiciliada no Brasil, por carta rogatória.

O Brasil adotava o duplo *exequatur*, razão pela qual as sentenças arbitrais estrangeiras deveriam ser homologadas judicialmente no país de procedência, antes de serem submetidas à homologação do Supremo Tribunal Federal – STF. Esta dupla homologação era pré requisito para que as sentenças arbitrais estrangeiras tivessem validade no Brasil, inclusive, para os países que não exigissem esta providência. O duplo *exequatur* apresentaria a vantagem de assegurar que a sentença se tornasse obrigatória submetendo-a ao controle dos tribunais.³² Esse entendimento era proveniente do Decreto n.º 6.982/1878 e advinha do fato de a sentença arbitral não se equiparar à sentença judicial, motivo pelo qual somente as sentenças estrangeiras eram sujeitas à homologação.³³

Em 03 de junho de 1970 foi publicado o acórdão, SE n.º 1.982, oriundo dos Estados Unidos da América, que dissertava sobre um contrato celebrado entre a sociedade americana *Northern International Company S/A* e a empresa brasileira *Curtume Kern-Matter S/A*. O contrato era relativo à venda de objetos e possuía uma cláusula compromissória que concedia competência à *American Arbitration Association*.

Quando surgiu uma contenda entre as partes, o Tribunal Arbitral condenou a empresa brasileira a pagar a soma de US\$ 1.112.610 à *Northern International*; a empresa estrangeira demandou ao presidente do STF a homologação da sentença arbitral e o presidente a outorgou. Nesse ínterim, a empresa brasileira vencida recorreu e o Pleno do STF decidiu, consubstanciando-se no fato de ter sido proferida decisão pela *American Arbitration Association* sem a homologação de qualquer Tribunal judiciário ou administrativo no país de origem, que tal decisão não seria homologada pelo STF, mesmo que essa homologação não fosse exigível pela lei estrangeira para lograr a sua execução.³⁴

³¹ SOARES, Guido Fernando da Silva. As Arbitragens Internacionais e aquelas reguladas no Direito Interno Brasileiro. Alguns Aspectos in Reflexões sobre Arbitragem, obra coletiva coordenada por Pedro Batista Martins e José Maria Rossani Garcez em memória ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002. p. 497.

³² DAVID. René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982. p. 538.

³³ BRASIL. Decreto n.º 6.982/1878. Art. 14. Os laudos arbitrais estrangeiros uma vez que tenham sido homologadas por tribunais estrangeiros são suscetíveis de homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁴ No mesmo sentido, STF SE 2.006/Inglaterra, Otraco S/A c. Companhia Nacional de Óleos Vegetais. RTJ v. 60, p.28.

A dispensa da homologação da justiça americana seria concedida à decisão que foi proferida pelo juízo arbitral se houvesse prova do direito em questão nos termos do artigo 212 do Código de Processo Civil, o que não ocorreu. Caso fossem demonstradas a vigência e o teor do direito estrangeiro, mesmo ausente a homologação judicial, o STF teria reformado o seu entendimento.³⁵

Para o STF, dentre as sentenças estrangeiras sujeitas à homologação seriam inseridas as decisões proferidas por autoridades administrativas, pela função judicante que desempenham no país estrangeiro.³⁶

Na Arbitragem entre particulares, abarcando direitos patrimoniais disponíveis, o STF também negava a homologação se a sentença arbitral estrangeira não tivesse sido homologada judicialmente, mesmo que em questões de direito de família, estranhamente, homologasse decisões de divórcio que não fossem proferidas por autoridades judiciárias.³⁷

Seria razoável que o radical entendimento do STF em relação ao direito de família também fosse adotado em matéria de Arbitragem, na qual raramente se evidenciam situações conflitantes com a ordem pública.³⁸

A competência para homologar sentenças estrangeiras passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 45, que alterou o artigo 105 da Magna Carta de 1988 e acresceu a alínea “i” a competência de processar e julgar originariamente a homologação de sentenças estrangeiras, incluindo-se as sentenças arbitrais estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias. Nesse sentido o STJ emitiu a Resolução n.º 9, objetivando regulamentar a homologação das sentenças estrangeiras, produzindo uma nova classe processual, denominada Homologação de Sentença Estrangeira e de Cartas Rogatórias.³⁹

É de responsabilidade do presidente do STJ a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras. Se a parte interessada contestar a decisão, deverá versar sobre a autenticidade dos documentos, sobre a inteligência da decisão ou sobre os requisitos para homologação e terá o seu processo distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao relator a responsabilidade sobre todos os demais atos relativos ao prosseguimento do processo.⁴⁰

Nos dias atuais, para que as decisões estrangeiras possam ser convalidadas no Brasil, devem ser homologadas pelo STJ e é válido reconhecer os procedimentos não judiciais que

³⁵ CALLUF FILHO, Op. Cit., p. 26.

³⁶ Ibidem, p. 27.

³⁷ Idem, p. 28.

³⁸ Idem, p. 28.

³⁹ Idem, p. 40.

⁴⁰ Idem, p. 40.

possuam natureza de sentença em conformidade com a Lei n.º 9307/96.⁴¹ Nesse sentido, a sentença estrangeira deve ser proferida por autoridade competente; as partes devem ser corretamente citadas ou legalmente verificada a revelia; a sentença deve ter transitado em julgado; e esta deve ser autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de manifestação por tradutor oficial ou juramentado no Brasil. Ainda que sejam preenchidos todos os requisitos anteriores, não será homologada nem tampouco concedido *exequatur* à sentença estrangeira que ofenda a soberania ou mesmo a ordem pública nacional.⁴²

A Arbitragem doméstica seria toda aquela que fosse realizada em um determinado Estado, proposta por partes nacionais ou domiciliadas. O árbitro ou árbitros escolhidos também seriam nacionais ou domiciliados, sob as leis procedimentais e materiais constituídas pela legislação interna. A sentença proferida seria exequível neste mesmo Estado. Na Arbitragem doméstica o fenômeno é apreciado como um todo para efeitos de nulidade, aplicando-se a legislação de somente um sistema jurídico.⁴³

Na execução compulsória da sentença arbitral proferida e nas hipóteses de medidas coercitivas, anteriores ou na constância do procedimento arbitral, no caso destes fatos ficarem sob o manto da justiça estatal, não há conflitos entre direito interno e direito internacional, pois serão as regras de direito nacional que definirão a matéria de competência do juízo, objetivando a concretização das medidas indicadas.

Seria suficiente que um aspecto ou elemento do litígio ou da Arbitragem, elemento material ou jurídico, tocasse um país diferente daquele ao qual se vincula o resto do negócio, para que exista Arbitragem internacional⁴⁴ ou adotar a ideia de disputa entre nacionais de países distintos, com fins de determinar o caráter internacional de um litígio.⁴⁵

A opção monista sujeita a Arbitragem Internacional a impedimentos que a tradição e o imobilismo jurídicos naturalmente impõem à Arbitragem doméstica.⁴⁶ A Arbitragem Internacional é uma via jurisdicional não-judiciária de solução pacífica de contendas internacionais em que as partes devem escolher um árbitro, descrever a questão do conflito e a delimitação do direito aplicável.⁴⁷

⁴¹ CALLUF FILHO, Op. Cit., 40.

⁴² Ibidem, p. 40.

⁴³ SOARES, Guido. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 32.

⁴⁴ STRENGER, Irineu. Contratos internacionais do comércio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.596.

⁴⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Fundamentos da arbitragem do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1993. p 120.

⁴⁶ FOCHARD, Philippe. Sugestões para aumentar a eficácia internacional dos laudos arbitrais. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 3, n.º 8, p. 342.

⁴⁷ REZEK, Francisco. Direito Internacional público: Curso elementar. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 352.

Existem teóricos⁴⁸ que lecionam no sentido de não haver qualquer diferença essencial entre Arbitragem doméstica e a Arbitragem internacional, argumentando que em ambos se tem um meio de resolver contendas mediante a aplicação de regras adjetivas e substantivas eleitas pelas partes por árbitros por elas designados e cujos julgamentos sejam passíveis de executoriedade compulsória. Para estes teóricos pelo fato de a Arbitragem doméstica e a internacional serem regidas pelos mesmos princípios de direito são sinônimas.⁴⁹

Na legislação francesa, por sua vez, contrário a esta posição, o Código de Processo Civil elenca a Arbitragem interna nos artigos n.º 1443-1491 e a Arbitragem internacional nos artigos 1492-1507. Os dispositivos reguladores da Arbitragem interna são mais detalhados e restritivos do que os dispositivos da Arbitragem internacional.⁵⁰

Os países que incorporaram a Lei Modelo da UNCITRAL possuem disposições em separado em relação à Arbitragem doméstica e à Arbitragem internacional. No Brasil, na Holanda e na Inglaterra convencionou-se utilizar os mesmos dispositivos tanto para a Arbitragem doméstica, quanto para a Arbitragem internacional.⁵¹

A Lei de Arbitragem n.º 9307/96 é um claro indício da disposição e interesse em modificar as estruturas legais que dificultavam o desenvolvimento e incremento da Arbitragem Comercial no Brasil.⁵²

A confirmação de sua constitucionalidade pelo STF permitiu que a Arbitragem passasse a ser objeto de interesse de advogados e entidades empresariais, modificando gradativamente a mentalidade, muitas vezes hostil, a respeito da Arbitragem. Apesar de possuir normas que possibilitam o reconhecimento e a execução satisfatória das sentenças arbitrais estrangeiras, foi recentemente o Decreto n.º 4311, que promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, designada por Convenção de Nova Iorque, que propiciou a confiança dos parceiros internacionais e a credibilidade de que as sentenças arbitrais proferidas no Brasil serão reconhecidas e executadas.⁵³

A substancial alteração dada ao juízo arbitral pela Lei n. 9307/96, com a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juiz togado da

⁴⁸ Em relação à lei de arbitragem brasileira, João Bosco Lee afirma que a lei 9307/1996 não distingue a arbitragem interna e arbitragem internacional. Nesse mesmo sentido, Maristela Basso leciona que o legislador pátrio não diferenciou as arbitragens internas e internacionais quanto aos seus efeitos, e sim quanto ao lugar onde foram proferidas.

⁴⁹ LOBO, Op. Cit., p. 6.

⁵⁰ Ibidem, p. 7.

⁵¹ Idem, p. 8.

⁵² MAGALHÃES, Jose Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1986. p. 16.

⁵³ LOBO, Op. Cit., p. 6.

decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral – antes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro – reacenderam a antiga discussão quanto à constitucionalidade deste instituto, trazendo à tona antigas discussões doutrinárias.

Com o advento dessas novidades, os contrários à implementação de qualquer modelo alternativo de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, angariaram novas armas para atacar este instituto. Estariam em desacordo com a nova lei princípios constitucionais como a inafastabilidade do controle judicial (CF art. 5º, XXXV), a garantia do devido processo legal (CF art. 5º, LVI), os princípios da ampla defesa e da dupla instância de julgamento (CF art. 5º, LV), o princípio que impossibilita a criação de juízo ou Tribunal de exceção (CF art. 5º, XXXVII) e, ainda, o do juiz natural (CF art. 5º, LIII).

Como dito anteriormente, a arbitragem está inserida na redação das cartas magnas desde a primeira, a de 1824, onde, no art. 126, era prevista a instauração de juízo arbitral para a resolução de divergências civis, através de árbitros nomeados pelas partes. Seguindo os mesmos rumos, a CF de 1934 referia-se à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal no seu art. 5º, inc. XIX. A CF de 1946, em seu art. 141, § 4º previa, pela primeira vez, a garantia expressa de amplo acesso à justiça, ao ser ditado pelo constituinte que "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de direito".⁵⁴

Este dispositivo foi mantido nas Constituições de 1967 e 1969, mesmo escritas a baionetas, respectivamente, nos arts. 150, § 4º e 153, § 4º. O constituinte de 1988 também ratificou tal dispositivo, mantendo-o no art. 5º, inc. XXXV. A maior dúvida surgida da inclusão deste princípio em todas as constituições posteriores à de 1946 advém da conclusão de que o legislador previu a existência de um monopólio estatal da prestação jurisdicional, afastando-se, assim, qualquer meio extrajudicial de resolução de controvérsias, inclusive a arbitragem.⁵⁵

A instituição do juízo arbitral, mesmo com as atuais modificações já enumeradas, não constitui ofensa a qualquer princípio constitucional. Não se nega o acesso do cidadão ao Judiciário, apenas se permite que ele, titular de um direito material, decida sobre a forma de solucionar a questão em torno desse direito disponível, se por meio da jurisdição estatal, ou se através de uma jurisdição privada.

Da leitura da lei, observa-se que sempre quando houver lesão ou ameaça a direito patrimonial e a parte afetada não aceitar a arbitragem, restará aberta a possibilidade de se

⁵⁴ MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92. Revista de Processo, Brasília, v. 332, n. 77, Ano XX, p. 127, jan/mar 95.

⁵⁵ Ibidem, p. 128.

requerer a tutela estatal, ou seja, de acionar o Judiciário. Caberá ao Judiciário, pelo art. 7º, decidir acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória; segundo o art.11, é do Judiciário o controle de controvérsia acerca de direitos indisponíveis, verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento; pelo art. 33, o acesso ao Judiciário também é garantido para se declarar nulidade da sentença arbitral; para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira se sujeitará, segundo o art. 35, à homologação do STF; e, tem-se, por fim, no art. 41, outras duas possibilidades de atuação do Judiciário, pois este assegura a execução coativa da decisão arbitral e a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro. Dessa forma, não há como se alegar que a nova lei exclua da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito, pois este Poder está presente no exame de todas as questões jurídicas de relevância e de sua capacidade. O contido do art. 5º, XXXV, deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado.

Foi a partir da adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque que houve a sua inserção no universo da Arbitragem, pela confiabilidade lograda, fato que poderá incrementar os seus negócios com os países estrangeiros. A Arbitragem é nos dias de hoje a alternativa mais utilizada na resolução de contendas originadas nos contratos internacionais, o que se verifica nas estatísticas da Câmara de Comércio Internacional – CCI, do ano de 2001, no qual foram processados 566 pedidos de Arbitragem, em que estiveram presentes 1.492 partes, domiciliadas em cerca de 116 países, tendo como sede aproximadamente 42 países nos cinco continentes, atuando árbitros de cerca de 61 nacionalidades. Destaca-se que tais dados são referentes tão somente à CCI, ou seja, se forem consideradas as estatísticas da Corte de Arbitragem Internacional de Londres – LCIA, da Associação Americana de Arbitragem – AAA, da Corte Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos – ICSID e das arbitragens *ad hocs* estes números serão maiores.⁵⁶

A Arbitragem traz um modo de solução que vence as incertezas que surgem evidentemente ao se ter uma parte domiciliada em um país concretizando um negócio com outra parte domiciliada em outro país. A Convenção de Arbitragem afasta a jurisdição das justiças estatais, dos países das partes e o consenso entre as partes tem supremacia sobre os pareceres do Estado.

⁵⁶ LOBO, Op. Cit., p. 4.

A Arbitragem Comercial Internacional é um instrumento transnacional constituído por Convenções Internacionais, leis internas, regulamentos sobre procedimentos de arbitragem, usos e costumes, instituições de Arbitragem renomadas por um grupo de profissionais especializados, miscigenada por árbitros, advogados, peritos, acadêmicos, jurisprudência própria, bibliografia sobre os temas, congressos de toda sorte de divulgação.⁵⁷

1.1 - Os Tratados de Proteção de Investimento e da Arbitragem Internacional

O investimento, por seu caráter volátil, acompanha os acenos de crise e instabilidade. Tal fato pode ser observado na redução de investimento externo no Brasil em razão direta da crise a que todos os países foram acometidos recentemente. Nos momentos de crise generalizada é que se verifica a importância dos BITs, principalmente pelo fato de o Brasil competir no cenário econômico mundial com uma série de economias emergentes que, maioritariamente aderiram à Convenção de Washington.⁵⁸

Até o alvorecer da década de noventa o uso da Arbitragem era incipiente, o direito pátrio acenava no sentido de dificultar inclusive a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, sem contar que havia o desencorajamento da Arbitragem – fato também verificado quanto aos Tratados de Proteção ao Investimento estrangeiro. O Brasil não demonstrava intenção alguma em firmar acordos e Tratados de Proteção ao Investimento estrangeiro, conhecidos por Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos ou BITs.⁵⁹

Por repercussão direta da era das privatizações e da abertura econômica, o Brasil assinou cerca de quinze Tratados de Proteção ao Investimento, mas o Presidente da República não ratificou nenhum deles pela resistência, desde o início da década de 90, contra o que considerava serem desmandos e arbítrios dos países desenvolvidos.⁶⁰

⁵⁷ LOBO, Op. Cit., p. 5.

⁵⁸ WALD, Arnold. Uma visão dos tratados de proteção de investimentos e da arbitragem internacional. *In*: Revista de Arbitragem e Mediação, n. 21, p. 17, abr./jun. 2009.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁰ São eles em ordem cronológica: Portugal – 09/02/1994; Chile – 22/03/1994; Reino Unido – 19/07/1994; Suíça – 11/11/1994; Dinamarca – 04/03/1995; França – 21/03/1995; Finlândia – 28/03/1995; Itália – 03/04/1995; Venezuela – 04/07/1995; Coreia do Sul – 01/09/1995; Alemanha – 21/09/1995; Cuba – 26/06/1997; Holanda – 25/11/1988; e Bélgica e Luxemburgo – 06/01/1999. *In*: WALD, Arnold. Uma visão dos tratados de proteção de investimentos e da arbitragem internacional. *In*: Revista de Arbitragem e Mediação, nº 21, abr./jun 2009. p. 11.

A reticência em ratificar esses tratados decorre de razões econômicas e políticas. Quanto às econômicas salientam-se as dificuldades concernentes à remessa de lucros, ao regime da desapropriação pela previsão legal de indenização justa e prévia e de aplicação da Arbitragem ao regime específico consagrado pela Constituição pátria aos contratos administrativos e a decorrente responsabilidade objetiva do Estado⁶¹.

Quanto às políticas o suficiente volume de investimentos estrangeiros no país não fazia necessária a garantia dos tratados e acordos nesse sentido. Tal razão estaria defasada, pois esse panorama não se coaduna com a realidade atual. A ratificação de Tratados de Proteção de Investimento soa necessária.⁶²

Em março de 2002, o Grupo de Trabalho Interministerial – GTI, foi criado pela Câmara de Comércio Exterior – CAMEX. Esse grupo recomendou a retirada dos acordos de promoção e proteção de investimentos da pauta do Congresso Nacional propondo a sua reinclusão no momento que o Governo pudesse discorrer a respeito do encaminhamento a ser dado à matéria.⁶³

O nacionalismo exacerbado da era militar repercutiu na participação inexpressiva do país no comércio internacional, postergou-se no tempo e influenciou na tomada de decisões. Tal fato repercute e insufla a antipatia em executar as decisões proferidas em outros países e por órgãos internacionais.⁶⁴

Nos recentes conflitos entre o Brasil e as demais nações da América Latina, ressurgiu a discussão quanto à importância da ratificação destes Tratados de Proteção de Investimento.⁶⁵

Nesse sentido, empresas nacionais de países signatários dos BITs celebrados com o Brasil não podem valer-se das regras sobre investimento estrangeiro ali constantes para protegerem e regularem os investimentos feitos no país. O que aparentemente é considerado pelo investidor é que o país não possui um histórico de políticas nacionalizantes ou expropriantes de ativos detidos por investidores estrangeiros, que se encontra atualmente em uma democracia sedimentada, sem maiores instabilidades políticas, que o indicador grau de

⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º, XXIV.

⁶² WALD, Op. Cit., p. 22.

⁶³ Ibidem, p. 12.

⁶⁴ ZERBINI, Eugenia. Arbitragem internacional para o capital externo. *In*: Revista Custo Brasil, Rio de Janeiro, p. 65, mar. 2008.

⁶⁵ WALD, Op. Cit., p. 9.

investimento, concedido pela agência de risco Standard & Poor's e fatores econômicos e macroeconômicos, incluem o Brasil dentre os países como opção a se investir, pela parca possibilidade de inadimplência.⁶⁶

Dos BITs ou instrumentos de cooperação firmados, apenas quatro estão em vigor; são eles, com a Alemanha, Canadá, México e Estados Unidos⁶⁷. Dentre estes, apenas o tratado firmado com os Estados Unidos possui força normativa, os demais consagram apenas normas programáticas.

O Acordo de Investimentos e Financiamentos firmado com a Alemanha⁶⁸ não contém normas típicas de investimentos, mas disposições referentes à cooperação para o desenvolvimento econômico de ambos os países. A troca de notas entre os mesmos deixa clara a incerteza quanto à permanência em vigor de tal Acordo. De todo modo, Brasil e Alemanha firmaram novo Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos em 1995, mas o referido acordo até o presente momento não foi ratificado.⁶⁹

No Acordo sobre a Promoção e Proteção de Investimentos Estrangeiros firmado com o Canadá consta uma singela declaração de intenções e um conteúdo programático sem força cogente, que até o presente momento sequer foi firmado.⁷⁰

O Convênio de Cooperação em Matéria de Promoção e Co Investimentos firmado com o México⁷¹ possui apenas singelas intenções para o desenvolvimento industrial firmado com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social do Brasil – BNDES e a Nacional

⁶⁶ BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros. Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre Gusmão. Brasília: 1999, p. 35.

⁶⁷ De acordo com levantamento feito na Divisão de Assuntos Internacionais, do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/home.htm>. Acesso em 15/10/2009.

⁶⁸ O Brasil firmou o tratado bilateral de investimento com a Alemanha em 04.09.1963 e em 21.09.1995. De acordo com o levantamento feito na Divisão de Assuntos Internacionais, do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/home.htm>. Acesso em 15/10/2009.

⁶⁹ Acordo de Investimentos e Financiamentos entre a República Federal da Alemanha e o Brasil em 04.09.1953, em vigor na mesma data. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/b_rfa_21_61.htm. Acesso em 15/10/2009.

⁷⁰ O Brasil firmou o tratado bilateral de investimento com o Canadá em 15.01.1998. De acordo com o levantamento feito na Divisão de Assuntos Internacionais, do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/investcanada.htm>. Acesso em 15/10/2009.

⁷¹ O Brasil firmou o tratado bilateral de investimento com o México em 10/10/1990. De acordo com o levantamento feito na Divisão de Assuntos Internacionais, do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/home.htm>. Acesso em 15/10/2009.

Financiera SNCIBD do México. Não é um Tratado de Investimento, mas um instrumento de cooperação entre agentes financeiros estatais de desenvolvimento.⁷²

O Acordo sobre Garantia de Investimentos firmado com os Estados Unidos⁷³ trata de questões relativas a garantias comerciais, maiormente monetárias, dadas pelos governos dos dois países aos investimentos em seus territórios havendo, inclusive, a previsão arbitral. Veda-se que outros Estados participem desse procedimento arbitral e também a intervenção do investidor, o que se pode comparar à proteção diplomática dada pelos Estados aos seus nacionais. Na solução de contendas, o investidor estrangeiro deverá dirimir a eventual contenda perante a jurisdição do Brasil sem ter a opção de escolher outra jurisdição.⁷⁴

A Argentina aceitou o ICSID em 1994, acreditando na perspectiva de geração de maior influxo de investimento estrangeiro direto e vantagem competitiva no plano regional. Até meados de setembro de 2004, cinco casos foram concluídos sob a jurisdição do ICSID e, em razão da crise econômica de 2001, mais de trinta casos estão sob análise dos árbitros do ICSID.⁷⁵

Tal contingente de arbitragens resultou dos efeitos da pesificação e do abandono da equivalência do peso com o dólar, pelas garantias concedidas ao investidor. A Argentina foi condenada em quase todos os casos, ainda que também tenha logrado algumas decisões que reconheçam ter havido um estado de necessidade, justificador das medidas adotadas pelo governo.⁷⁶

O reconhecimento e a execução da sentença arbitral são tratados de forma incisiva nos arts. 53 a 55.⁷⁷ A sentença é final e dela não cabe nenhum recurso e ambas as partes estão

⁷² Convênio de Cooperação em Matéria de Promoção e Co Investimento firmado entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social do Brasil e a Nacional Financiera SNC, IBD do México, em 10/10/1990. Disponível em http://www2.mre.gov.br/dai/b_mex_72_1211.htm.

⁷³ O Brasil firmou o tratado bilateral de investimento com os Estados Unidos em 06/02/1965. De acordo com o levantamento feito na Divisão de Assuntos Internacionais, do Ministério das Relações Exteriores. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/investeua.htm> Acesso em 15/10/2009.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. O laudo CMS e a potencial orientação jurisprudencial nos casos contra a Argentina junto ao CIRCI. In: *Prismas: Dir., Pol. Pub e Mundial*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 77, jan./jun. 2000.

⁷⁶ *Odebrecht expelled from Ecuador*. In: *Latin Lawyer*. Disponível em: <http://www.latinlawyer.com>. Acesso em 10/10/2009.

⁷⁷ Convenção de Washington – Art. 53.

1 - A sentença será obrigatória para as partes e não poderá ser objecto de apelação ou qualquer outro recurso, excepto os previstos na presente Convenção. Cada parte deverá acatar os termos da sentença, excepto se a execução for suspensa em conformidade com as disposições da presente Convenção.

2 - No âmbito dos objectivos desta secção, sentença incluirá qualquer decisão referente à interpretação, revisão ou anulação da sentença em conformidade com os artigos 50º, 51º e 52º.

obrigadas a cumpri-lo integralmente. Cada Estado contratante, ademais, e não somente as partes na disputa, devem reconhecer a sentença como obrigatória e cumprir com as obrigações pecuniárias por ela impostas, como se a decisão fosse tal qual uma sentença proferida por um de seus tribunais⁷⁸. Duas medidas podem ser tomadas contra o Estado recalcitrante: o uso do direito de proteção diplomática por parte do Estado nacional do investidor⁷⁹ e ajuizamento de ação na CIJ.⁸⁰ Somente os procedimentos do ICSID são competentes para responder a pedido de eventual interpretação, revisão ou anulação – únicos casos que, se fundamentados, podem adiar a execução da sentença proferida. Esta é diretamente executável em qualquer Estado contratante sem necessidade de *exequatur* e nenhum Tribunal nacional pode revisá-la sob nenhum pretexto – nem mesmo por razões de ordem pública.

Resta, contudo, a possibilidade de o Estado levantar a tese da imunidade de execução: apesar do art. 54 exigir o reconhecimento e execução do laudo sem reservas, o art. 55 estipula que nada no artigo anterior derroga as leis em vigor nos Estados contratantes sobre imunidade de execução. As mudanças nas regras de imunidade de execução nos últimos anos em vários países e a possibilidade de aplicação das regras acima mencionadas dos arts. 27 e 64⁸¹, bem como a inclusão de um *waiver* expresso de imunidade de execução nos contratos internacionais de investimento, fazem crer que o art. 55 da Convenção raramente implicará

Art. 55. Nenhuma das disposições do artigo 54.º poderá ser interpretada como constituindo exceção ao direito vigente num Estado Contratante relativo ao privilégio de execução do referido Estado ou de qualquer Estado estrangeiro.

⁷⁸ Convenção de Washington - Art. 54.

1 - Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um Tribunal desse Estado. O Estado Contratante que tenha uma constituição federal poderá dar execução à sentença por intermédio dos seus tribunais federais e providenciar para que estes considerem tal sentença como decisão final dos tribunais de um dos Estados federados.

⁷⁹ Convenção de Washington - Art 27.

1 - Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, excepto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo.

2 - A protecção diplomática, para efeitos do nº 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, visando unicamente facilitar a resolução do diferendo.

⁸⁰ Convenção de Washington - Art. 64.

Qualquer diferendo que surja entre Estados Contratantes referente à interpretação ou aplicação da presente Convenção e que não seja resolvido por negociação deverá ser levado perante o Tribunal Internacional de Justiça a requerimento de qualquer das partes envolvidas no diferendo, excepto se os Estados interessados acordarem noutro método de resolução.

⁸¹ Convenção de Washington - Art 27.

1 - Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, excepto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo.

2 - A protecção diplomática, para efeitos do nº 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, visando unicamente facilitar a resolução do diferendo.

obstáculo para a execução de uma sentença arbitral do ICSID. Ademais, o temor de retaliação, em termos financeiros, por parte do Banco Mundial devido ao não-cumprimento da sentença e a possível perda de confiança de investidores privados também são levadas em consideração, como no caso argentino, onde se verificou perda da credibilidade pelo fato de ter-se recusado ao cumprimento das decisões do ICSID, fato recentemente alterado ante ao reconhecimento da sua exigibilidade e renunciadas medidas obtidas na justiça local que impediam a execução destas decisões.

No Brasil, a evolução dos investimentos das empresas brasileiras no exterior na área de infraestrutura não trouxe dificuldades. Estas puderam ser sentidas diante das concretas contendas envolvendo a Bolívia; o Equador; o Paraguai e recentemente Honduras. No caso do Equador, a postura tomada pelo seu governo foi interpretada pela comunidade jurídica como clara violação ao devido processo legal e à segurança jurídica. Se houvesse um Tratado de Proteção ao Investimento entre Equador e Brasil, tal contenda teria sido levada a um foro internacional, discutindo-se os direitos de ambas as partes sobre a propriedade dos bens envolvidos.⁸²

As recentes alterações constitucionais no Equador demonstram a restrição do uso da Arbitragem. A Constituição Federal do Equador, aprovada por Referendo e em vigor desde 20 de outubro de 2008, elenca no seu artigo 422 que não serão celebrados Tratados ou Instrumentos Internacionais nos quais o Estado Equatoriano ceda jurisdição soberana a instâncias de Arbitragem Internacional, nas controvérsias contratuais ou de índole comercial, entre o Estado e as pessoas naturais ou jurídicas privadas.⁸³

Tal alteração constitucional fez o presidente do Equador Rafael Correa assinar, em 2 de julho de 2008, um decreto que denunciou a Convenção do ICSID. Em janeiro de 2009, seis meses após a notificação da decisão pela Chancelaria do Banco Mundial, o Equador deixou de participar do ICSID. Seus fundamentos para tal ato foram basicamente os conflitos da sua permanência no ICSID e o reformulado artigo 422 da sua Constituição pela declaração expressa de inconstitucionalidade da submissão do Equador à Arbitragem.⁸⁴

⁸² *Argentine Enforcement Now: A storm in a teacup? In: Latin Lawyer*, vol. 7, Issue 9.

⁸³ Equador rompe com o ICSID. Pontes Quinzenal, Volume 4, Número 13, 20 de julho de 2009. Disponível em <http://icsid.net/i/news/pontesquinzenal/50822/>. Acesso em 10/10/2009.

⁸⁴ CABRERA, Diaz. *Ecuador threatens cancellation of oil contracts unless ICSID nixed as arbitration forum. In: Investment Treaty News*. Disponível em: <http://www.investmenttreatynews.org>. Acesso em 10/10/2009.

No Brasil os acordos de proteção e garantia de investimentos e a posição do governo pátrio devem ser compreendidos à luz da alteração do quadro brasileiro. Há alguns anos havia um incipiente investimento brasileiro no exterior, hoje existem vultosos investimentos e diversos problemas advindos do descumprimento de contratos e acordos. A alteração do tratamento é pertinente para inclusive incluir esse tipo de acordo dentre as negociações prioritárias, com os países da América Latina e da África. Atualmente, não há acordos em vigor que visem à proteção e a garantia de investimento com os países da América do Sul, existindo riscos para os investidores nacionais nas empresas brasileiras no exterior.⁸⁵ O Brasil não ratifica a Convenção de Washington, por não considerar o ICSID um fórum imparcial e por vê-lo talvez como um substituto da intervenção diplomática contra os Estados da região, comum no século XIX. Outro motivo para a rejeição do ICSID é a disposição do art. 42, I,⁸⁶ interpretado como um corretivo de qualquer disposição da lei nacional que não esteja de acordo com o direito internacional.

Existem outros fatores impedindo a expansão das empresas brasileiras no exterior. O primeiro desses fatores é a dupla taxação do lucro, no Brasil e no exterior pela perda de competitividade das companhias nacionais. Apesar do que ocorre em países como Espanha e Japão, o Brasil não concede incentivos tributários à internacionalização de suas companhias, razão pela qual é árdua a tarefa de driblar a concorrência e tentar compensar tal desequilíbrio conciliando fatores como qualidade, produtividade, eficiência e baixos custos.⁸⁷

O Brasil dispõe atualmente de 27 acordos para evitar a bitributação que, pela difícil aplicação, afugenta parceiros como os Estados Unidos e o Reino Unido. Tais acordos estão dispostos na legislação pátria por intermédio de decretos e decretos legislativos.⁸⁸

Os mecanismos de proteção dos investimentos são necessários em locais de sensível risco político já que o adimplemento e o cumprimento de contratos ficam vulnerabilizados.

⁸⁵ BARBOSA, Rubens. Proteção de investimentos no exterior. O Estado de São Paulo. 24/02/2009. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090224/not_imp329041,0.php. Acesso em 10/10/2009.

⁸⁶ Convenção de Washington – Art. 42, I.

1 - O Tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes. Na ausência de tal acordo, o Tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis.

2 - O Tribunal não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio ou da obscuridade da lei.

3 - As disposições dos n.os 1 e 2 não prejudicarão a faculdade de o Tribunal julgar um diferendo ex aequo et bono se houver acordo entre as partes.

⁸⁷ BARBOSA, Rubens. Proteção de investimentos no exterior. O Estado de São Paulo. 24/02/2009. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090224/not_imp329041,0.php. Acesso em 10/10/2009.

⁸⁸ Acordos para Evitar a Bitributação. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/LegisAssunto/AcorDupTrib.htm>. Acesso em 11/10/2009.

Tais mecanismos têm o condão de assegurar uma proteção legal direta e de caráter internacional.⁸⁹

1.2 Os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos no Brasil

A herança da Doutrina Calvo, arraigada na cultura jurídica brasileira, no governo e no seu posicionamento é fruto do idealismo da *New International Economic Order* apoiada internacionalmente nas décadas de 60 e 70. Em razão de tal fato é que o conceito de soberania nacional é até hoje tão enraizado, ainda que estejam em vigência movimentos de integração regional e uma economia de mercado baseada no fluxo de capitais. A discussão a respeito da soberania nos compromissos internacionais ante outros Estados quanto a investidores estrangeiros e à Arbitragem internacional não está pacificada.⁹⁰

Nos contratos celebrados entre partes, que são por um lado pessoas privadas e por outro lado países estrangeiros, a Arbitragem propicia que o Estado hospedeiro do investimento possa ser demandado em uma instância diversa ao Poder Judiciário de seu país. Essa possibilidade é alargada pelos Bits e por instituições como o ICSID. O crescimento dos investimentos de empresas brasileiras no exterior faz surgir uma preocupação quanto à proteção desses investimentos e sobre a necessidade de se aderir aos instrumentos internacionais disponíveis nesse sentido.⁹¹

A proliferação de regras e instituições relativas aos investimentos pela crise internacional resultante da incipiente regulação dos agentes financeiros é mais frutífera na área econômica pela liberalização dos mercados e pelo desinflamento do Estado, como consequências da globalização. Essas novas regras estão ligadas aos atores privados, tendo em vista que em decorrência da liberdade contratual, são as partes, nos contratos, que optam pelas regras que lhes serão opostas. O princípio da liberdade contratual possibilita às empresas adotar como lei aplicável ao contrato um conjunto legiferante diverso do Estado contratante.

⁸⁹ MAGALHÃES, José Carlos. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. *In: Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n. 135, p. 13-18, jul/set, 1997.

⁹⁰ GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação São Paulo, RT*, vol. 2, n. 7, p. 49, out/nov, 2005.

⁹¹ MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 21, p. 114, abr./jun. 2009.

Nesse sentido são os contratos os pilares sobre os quais são construídas novas normas de origem privada e de caráter transnacional.⁹²

São essas mesmas partes que corroboram na criação de instituições também privadas, como a Arbitragem, permitindo que as suas relações sejam baseadas no conjunto legiferante produzido por elas mesmas.⁹³

O conjunto legiferante, resultado do incremento da interdependência restringe a atuação do Estado, mesmo que ainda seja o centro da criação normativa, pois não possui mais o seu monopólio. A evolução do Direito Internacional vem conduzindo a uma sensível limitação da soberania estatal tanto pela via contratual, quanto pela via jurisprudencial. Esse conjunto legiferante se destaca e muitas vezes é identificado com a *lex mercatoria*⁹⁴ que germina da ação dos atores transnacionais e da própria Arbitragem, que atua como óbice a apreciação dos tribunais estatais nas disputas surgidas entre esses atores.⁹⁵

A Arbitragem é um procedimento cada vez mais utilizado na solução de contendas comerciais no âmbito internacional. Isso porque, ao definir sem interferências estatais o direito material que regula as suas atividades submetendo a solução das contendas a árbitros adaptados às características do conflito - cujos poderes estejam delimitados pela convenção arbitral e cuja atuação deva ser permeada pela neutralidade e sigilo - cujas contendas a ela submetidas sejam solucionadas com maior celeridade; cujas sentenças arbitrais sejam vinculantes e obstativas à reapreciação do mérito pelos poderes judiciários estatais; permite que um Estado seja questionado perante a jurisdição de outro Estado e perante tribunais internacionais acrescentando as possibilidades de uma empresa receber as somas indenizatórias cabíveis em decorrência da violação contratual por parte do Estado.⁹⁶

A Arbitragem Comercial Transnacional consolida as normas criadas pelos atores privados da globalização, mas também capacita esses atores a questionar os próprios estados em instâncias arbitrais. A dependência das empresas à proteção diplomática para garantir a defesa de seus direitos, dá lugar à possibilidade de um Estado fazer coro às reclamações de seus nacionais e com isso lograr a reparação de danos que venham a surgir ocasionados por

⁹² MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 21, p. 115, abr./ jun. 2009.

⁹³ CHEVALIER, Jacques. *Mondialisation du droit de la mondialisation?* *In: MORAND, Charles-Albert (org). Le droit saisi par la mondialisation.* Bruxelles: Bruylant, 2001. p. 46.

⁹⁴ GOLDMANN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria.* *In: Le droit subjectif en question. Archives de philosophie du droit.* Paris: Economica, 1964, t.9. p. 179.

⁹⁵ FARIA José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 35.

⁹⁶ CHEVALIER, Op. Cit., p. 46.

um Estado estrangeiro. Hoje as empresas possuem uma série de instrumentos em virtude dessa dependência nos contratos entre pessoas privadas e países estrangeiros, prática referenciada pela doutrina como “Contratos de Estado”.⁹⁷

Nos Contratos de Estado as empresas objetivam a sua proteção quanto à capacidade do Estado de fazer uso na execução do acordo de condições que não estejam ligadas a sua situação de parte no contrato, mas de sua condição de Estado soberano, vedando a alteração unilateral de condições que alterem o equilíbrio econômico financeiro do contrato com o objetivo claro de obter vantagens manifestamente desproporcionais.⁹⁸

Por esses contratos é que as empresas buscam determinadas garantias de segurança jurídica que podem ser obtidas com a inclusão de cláusulas de estabilização e com elas a legislação nacional fica inerte para as partes e o Estado não poderá alterar unilateralmente as disposições do contrato sob pena de responsabilização. Também pode ser obtida pela inclusão de uma cláusula de intangibilidade e por ela a empresa estaria protegida das possíveis alterações na legislação, pela estipulação de que os direitos e obrigações das partes não podem ser modificados sem o consentimento mútuo das partes.⁹⁹

Em prol da eficácia e da igualdade das condições entre as partes é que deve ser adotada cláusula arbitral, que evite a competência dos tribunais do Estado contratante e que permita a opção do direito internacional como lei aplicável à análise do contrato.¹⁰⁰

1.3 - A Soberania como fundamento do Estado Brasileiro e os seus aspectos na Concepção Internacionalista

O moderno conceito de soberania numa perspectiva internacional deve fazer o cotejo da perspectiva interna de soberania própria do Estado, para a qual soberania significa autonomia legislativa. No Brasil o paradigma para esta demonstração é extraído do próprio

⁹⁷ MATIAS, Op. Cit., p.120.

⁹⁸ WEIL, Prosper. *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité inserées dans les accords de développement économiques. Mélanges Charles Rousseau*. Paris: A. Pedone, 1974. p. 302.

⁹⁹ MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 21, p. 120, abr. / jun. 2009 *apud* MEYER, Pierre. *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat em matière de contracts d'Etat*. Paris> JDI, 1986. p. 5-78.

¹⁰⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 131.

ordenamento constitucional brasileiro que no art. 1º, inciso I, da Magna Carta elenca, em primeiro plano, a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.¹⁰¹

Foi com um fundamento político que surgiu o conceito de soberania, absoluto e perpétuo, para justificar o poder político dos príncipes franceses em face do poderio econômico representado, genericamente, nas figuras do Papa e dos Imperadores. O Estado soberano nasceu para reivindicar o poder político e econômico, reduzindo a Igreja e os Imperadores à posição de submissão. Nasceram os Estados Nacionais juntamente com o conceito de soberania justificador da própria usurpação do poder político de autodeterminação e do controle sobre o poder econômico. As monarquias absolutas reinaram até que os Estados Nacionais venceram o Papado e os Impérios na Guerra dos Trinta Anos (1648), a qual resultou nos Tratados de Westfália, onde se recorreu a dois instrumentos que abarcavam dois princípios: o político, de equilíbrio de poder; e o jurídico, que se concretizou no princípio da soberania. Todos os Estados signatários reconheceram mutuamente as soberanias, fixando-se que não existia Estado não-soberano.¹⁰²

Os constitucionalistas mais conservadores asseveram que a Carta Constitucional enfatiza a soberania no sublinhar da não-sujeição do Brasil a qualquer poder estrangeiro, seja ele de Estado estrangeiro, seja ele de organização internacional. Destacam que a soberania é o fundamento de todo Estado e de sua independência perante o cenário internacional. Da análise das constituições brasileiras anteriores à Carta de 1988 denota-se que a soberania foi sempre um dos seus fundamentos.¹⁰³

Nas concepções fundadas em Rosseau e Marshall, soberania é algo indivisível e inalienável, não comportando gradações. Já o conceito proposto por Jellinek reconhece dois aspectos na soberania: um negativo comportando na impossibilidade de limitar juridicamente sua própria vontade, mediante um poder estranho, seja ou não este poder de um Estado; e um positivo pelo qual a soberania é a capacidade exclusiva do Estado de atribuir-se, por sua

¹⁰¹ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, comentário ao art. 1º, I, São Paulo, Saraiva, 1990, § 18.

¹⁰² ARBUET, Herber. *El atributo de la soberania*. Montevideo: Revista da *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, vol.5, p.25, julho. 1993.

¹⁰³ JUNIOR, José Cretella *apud* BURDEAU, Georges. *Manual de Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: 1947. p. 21-22.

vontade soberana, um conteúdo que o obrigue e que fixe todas as diretrizes de seu próprio ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Soberania é o resultado de um conjunto de poderes internos, harmonizados, sobre os quais se estabelecem os fundamentos e se realizam os objetivos do Estado dentro e fora de seu território. A palavra "poder" atrelada à "soberania" traz a noção de sujeição ao mesmo tempo em que estabelece um contraponto de não-sujeição.

A soberania pode ser entendida como atributo fundamental do Estado que o faz titular de competências ante a existência de uma ordem jurídica internacional. Essas competências não são ilimitadas, mas nenhuma outra entidade possui superiores a elas.¹⁰⁵

No contexto moderno, Estados se sujeitam a ordenamentos convencionais por intermédio de Tratados Internacionais e a atos unilaterais de vontade, num sistema de harmonização de poderes, consubstanciados e fundados em suas soberanias. A variação do grau de intensidade dos poderes transacionados ou delegados não afeta a soberania, mantendo intocadas sua indivisibilidade, unicidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. A soberania não se delimita somente por seu aspecto interno, mas também por uma concepção internacionalista e moderna, assentada no seu aspecto externo, interno e territorial, guarnecendo três significados não excludentes, mas harmoniosos, na concepção do direito internacional.¹⁰⁶

O aspecto externo da soberania é o direito do Estado de livremente determinar suas relações com outros Estados e com outras entidades internacionais, independentemente de controle ou restrições de outros Estados.¹⁰⁷ Deve ser traduzida por intermédio do caráter historicamente absoluto da soberania interna e territorial. No âmbito internacional, nem a Carta das Nações Unidas nem a lei internacional reconhecem a soberania absoluta de um Estado, pois não existe um Estado em absoluto isolamento. Os aspectos interno e territorial da soberania encontram óbice no aspecto externo, que, por sua vez, é contido pelas regras internacionais de limitação da jurisdição e competência internacional do Estado.

¹⁰⁴ BURMESTER, Henry. *National Sovereignty, Independence and Impact of International Standards*. Sydney: Law Review, vol. 17. p. 127.

¹⁰⁵ REZEK, Op. Cit., p. 226.

¹⁰⁶ BURMESTER, Op. Cit., p. 127.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 127.

O aspecto interno da soberania garante ao Estado o direito ou a competência para determinar o estabelecimento de instituições internas e de leis para sua regulação. É o próprio poder legislativo, administrativo e jurisdicional - exercidos na esfera interior do Estado.

O aspecto territorial da soberania assenta-se na autoridade de um Estado sobre pessoas e coisas que estiverem em seu território, sendo um dos mais importantes princípios de direito internacional. Dentro de seu território o Estado é absolutamente soberano.¹⁰⁸

O exercício da soberania de um Estado não é apenas objeto de direito interno, mas também de direito internacional. Modernamente, resoluções e regras secundárias de organismos internacionais, declarações unilaterais e tantas outras formas de desenvolvimento e entabulação de regras internacionais, ao lado dos tratados, costumes e princípios de direito internacional, têm se tornado fontes de direito internacional.

O sistema internacional de harmonização de soberanias, tendente à integração econômica e política dos Estados, é um modelo de proteção e sobrevivência do próprio Estado e de preservação de sua soberania. Esta perspectiva de soberania é fundamento político do Estado.¹⁰⁹

Exemplo desta evolução político-jurídica do conceito de soberania pode ser extraído da história política dos Estados Unidos, que conquistaram sua independência em 1776, após um conturbado processo marcado pela intolerância da Inglaterra. Nos primeiros anos de independência, os Estados Unidos conviveram com a ameaça britânica de reconquista. Talvez por esta razão e por um longo tempo, a Suprema Corte dos Estados Unidos expressou em seus julgados o caráter exclusivamente territorial para delimitação da competência legal internacional, para fortalecer sua posição de independência, sempre reforçando o caráter absoluto de sua soberania interna.¹¹⁰

O entendimento de que qualquer limitação da jurisdição, oriunda de fontes externas, implica na diminuição da soberania causa conflitos potenciais entre Estados. A concepção política do conceito de soberania, tomando corpo jurídico, passou a ser utilizada para o fortalecimento da política interna e expansão da política externa.

¹⁰⁸ BURMESTER, Op. Cit., p. 127.

¹⁰⁹ ARBUET, Op. Cit., p. 21.

¹¹⁰ Ibidem, p. 27.

Cotejando, porém, o princípio da não ingerência internacional em assuntos de competência interna dos Estados, não são consideradas as agitações e os tumultos isolados nos quais não se podem detectar dentre os rebeldes um mínimo de organização e responsabilidade.¹¹¹

Os Tratados Internacionais são o meio político mais adequado para garantir a efetividade das decisões nacionais em território estrangeiro. São exatamente os Tratados Internacionais o modelo de solução para a questão da Jurisdição Internacional do Estado que se presta para equação de problemas em relação à soberania.¹¹²

Quando um Estado negocia um tratado por intermédio do qual se compromete a sujeitar-se às regras convencionadas, o processo de negociação e conclusão faz surgir aparência de que as obrigações negociadas não macularam a ideia de poder soberano e absoluto do Estado, preservando o espírito nacionalista dos indivíduos que insistem em ver no Estado o centro de poder absoluto.

No âmbito internacional opera um sistema de coordenação horizontal, onde não há hierarquia, portanto não há "poder", mas a harmonização natural de poderes denominada de "pacto de soberanias", onde nenhum Estado deixa de ser mais ou menos soberano ao permitir que decisões estrangeiras produzam efeitos em seus territórios, já que o próprio ato permissivo é um exercício de soberania.¹¹³

O atributo da soberania não exclui sujeitos soberanos e não há a perda deste atributo, na obrigação às regras jurídicas que sejam resultado de um processo de decisões conjuntas, livremente aceitas por todos os obrigados e das quais não se possa renunciar unilateralmente.

O Estado decide com quem contratar, sujeitando-se a regras internacionais. Para declinar de um tratado, um Estado pode valer-se da denúncia total ou parcial, que é um exercício de soberania política e jurídica internacional. Quando um Estado se sujeita a um órgão supranacional, representa o exercício de soberania interna de determinar, legislativamente, qual o órgão competente para conhecer e julgar determinadas matérias.

Na União Européia, a sujeição estatal a um órgão judiciário supranacional, o Tribunal de Luxemburgo, foi acompanhada de uma intrincada harmonização dos ordenamentos

¹¹¹ REZEK, Op. Cit., p. 366.

¹¹² ARBUET, Op. Cit., p. 27.

¹¹³ Ibidem, p. 27.

jurídicos de cada Estado em relação ao ordenamento comunitário. A reforma Constitucional promovida por Portugal em 1994 para adequar a sua Magna Carta aos objetivos do Tratado da União Européia, foi realizada pelo mais pleno exercício da soberania interna e externa. O Estado português decidiu ingressar na União Européia e diariamente realiza atos tendentes ao alargamento e aprofundamento da integração a que se propôs, mas evidentemente se um dia optar por não continuar no processo, poderá deixar a comunidade, exercendo, mais uma vez, a sua soberania.¹¹⁴

Somente uma composição política, legislativa e jurídica, interna e externa, pode levar à realização do ideal integracionista. Esta composição é resultado do mais puro exercício de soberania interna. Por esse motivo é impróprio falar em mitigação de soberania, pois não é correto ater-se apenas ao aspecto interno da soberania que privilegia as relações internas do Estado, criando barreiras teóricas intransponíveis para a realização dos modernos processos econômicos.

A soberania numa perspectiva interna ou externa pode ser conceituada como exercício de jurisdição e competência legal. Na esfera interna, jurisdição e competências são poderes absolutos do Estado. Na esfera internacional, a aplicação destes conceitos sofre limitações impostas pela ordem legal internacional, segundo regras e princípios de direito internacional. No plano do direito internacional, jurisdição e competência fundem-se na soberania.

Jurisdição internacional e competência legal internacional são elementos que conceituam soberania na esfera internacional, tem nos tratados a máxima expressão da soberania, decorrente de um direito interno limitado por regras de direito internacional, regras de limitação da competência legal internacional e por regras e princípios reconhecidos pela própria comunidade internacional que taxam determinados atos e acordos como universalmente reprováveis.

O poder de legislar e administrar instituições dentro do próprio território do Estado, de reconhecimento absoluto, não tem alcance internacional, como reconhecido na própria Carta da ONU no seu artigo 2º “dentro de seu território a soberania dos Estados é absoluta”.¹¹⁵

O exercício da soberania resulta, portanto, de um arranjo horizontal que possibilita ao Estado exercer os seus poderes além de suas fronteiras, sem ferir prerrogativas de outros

¹¹⁴ BURMESTER, Op. Cit., p. 127.

¹¹⁵ Ibidem, p. 127.

Estados. Não há nos processos modernos de integração econômica e política, mitigação da soberania do Estado, mas o exercício de prerrogativas internas postas pelo próprio Estado, em regra, fundadas em seu próprio ordenamento constitucional, no exercício da soberania do Estado.

1.4 O Direito Soberano à Jurisdição Territorial

A ordem internacional é descentralizada e não detém instituições com poder efetivo para impor autoridade e sanções. O Estado é tradicionalmente visto como centro de autoridade, sendo tanto a reciprocidade quanto os BITs elementos de estabilidade das relações judiciais entre os Estados.¹¹⁶

A delimitação da jurisdição internacional dos Estados está nos Tratados Internacionais. Dentro dos limites traçados nos tratados, o Estado conserva a sua soberania - o que reforça a ideia de que a soberania não é um conceito de ordem interna, mas internacional.¹¹⁷

A lei internacional é que autoriza o Estado a exercer jurisdição sobre qualquer ato que não esteja sob sua expressa proibição e, mesmo que não estejam arrefecidas as discussões a respeito das regras de direito internacional que limitam a jurisdição internacional do Estado, em razão do princípio da soberania, todo Estado é livre para definir sua jurisdição, cabendo ao direito internacional indicar quando a jurisdição de um Estado exclui ou não a jurisdição de outro.¹¹⁸

A primeira regra limitadora desta competência é a preconizada pelo art. 2º da Carta da ONU, que reconhece que a jurisdição territorial interna é absoluta. A segunda regra expressa a ideia de equipotência dos Estados, ou seja, a jurisdição internacional externa é concorrente. A

¹¹⁶ KAPLAN, Morton A.. & KATZENBACH, Nicholas de B. Fundamentos Políticos do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964. p. 186.

¹¹⁷ FALK, Richard Anderson, *International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order*, in *Temple Law Quarterly*. vol. 32, 1959. p. 295.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 295.

terceira regra diz que um Estado não pode exercer sua jurisdição dentro do território de outro, como consequência da exclusividade da jurisdição territorial.¹¹⁹

A partir de tais regras ou o Estado evoca a sua jurisdição para julgar em seus tribunais determinado fato ocorrido fora de seu território ou o Estado faz cumprir sua decisão em território estrangeiro. Na primeira hipótese está-se diante do conflito de jurisdição internacional, razão pela qual deverá ser decidido qual Estado exercerá jurisdição sobre o fato. Na solução do conflito de jurisdição estará intrínseca a resposta sobre o local da execução da decisão judicial, que poderá ser tanto no território de um país quanto do outro, em conformidade à jurisdição reconhecida.¹²⁰

Na segunda hipótese, o conflito de jurisdição internacional não é de fato o centro da questão, o que se discute é a pretensão de um Estado executar sua decisão em um território estrangeiro. Tal discussão é resolvida em conformidade com o direito internacional e a permissão para um Estado exercer sobre o território de outro a sua jurisdição em matéria de execução de sentenças se consubstanciará na previsão da lei interna ou de Tratado Internacional, pois o caráter absoluto da jurisdição territorial do Estado para execução de atos judiciais em seu próprio território é indiscutível.¹²¹

O direito internacional impõe limites legais à soberania e, conseqüentemente, à jurisdição internacional dos Estados, razão pela qual na solução de conflitos de soberanias equipotentes são necessários outros elementos que justifiquem a prevalência da jurisdição de um Estado sobre a do outro. O elemento territorial, aplicado de modo isolado, tal qual o *modus operandi* da Suprema Corte Americana, não responde a todas as questões que exigem solução legal extraterritorial.¹²²

Alguns princípios de direito internacional universalmente aceitos e consagrados no ordenamento interno de muitos Estados, são tidos como obrigações *erga omnes* e devem ser considerados sempre em conjunto. Estes princípios denominados de norteadores dos limites

¹¹⁹ FALK, Richard Anderson, *International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order*, in *Temple Law Quarterly*. vol. 32, 1959. p. 295.

¹²⁰ Idem, p. 295.

¹²¹ BAPTISTA, L.O; FRANCO DA FONSECA, J. R. O Direito Internacional no Terceiro Milênio. São Paulo: LTr, 1998. p. 725.

¹²² Ibidem, p. 725.

da jurisdição internacional consagram os princípios da nacionalidade, da segurança, da universalidade, da territorialidade objetiva e subjetiva e da personalidade passiva.¹²³

O princípio da nacionalidade pode ser entendido como um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado.¹²⁴ “O Estado soberano tem liberdade para conferir disciplina legal à sua nacionalidade e o uso da lógica e da consideração de valores sociais até certo ponto uniformes, não lhe cinge o exercício da soberania nesse terreno”.¹²⁵

Pelo princípio da nacionalidade, um Estado pode exercer jurisdição sobre seus nacionais, desde que não conflitante com a competência de outros Estados. O seu fundamento é a preservação de regras de direito interno, seja daquelas que garantem direitos fundamentais aos seus cidadãos, seja daquelas que tipificam condutas antijurídicas indesejáveis. Por força deste princípio é que o art. 5º, II, b, do Código Penal Brasileiro, por exemplo, sujeita à lei brasileira o crime cometido em território estrangeiro por brasileiro, a partir do momento que o criminoso adentra em território nacional e desde que o fato seja também tipificado como crime no ordenamento do local do delito.¹²⁶

O princípio da nacionalidade sofre restrições diante de pessoas jurídicas, dada a diversidade de critérios de fixação de nacionalidade. O que se faz é buscar na nacionalidade dos controladores da pessoa jurídica o elemento que permitirá fazer incidir suas leis. Nesta prática aflora um conflito de competências e de qualificações entre os estados, interferindo com pessoas jurídicas de outras nacionalidades adstritas a seguir os parâmetros de leis nacionais a que estão sujeitas.¹²⁷

Pelo princípio da segurança nacional, é lícito ao Estado agir em defesa de sua independência política, integridade territorial, segurança externa e interna, mesmo quando os fatos sejam praticados ou concebidos no exterior, sob a condição de que não tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido no Estado onde foi praticado. A todo Estado, independentemente dos demais, não é defeso impedir e punir os autores de atos

¹²³ BAPTISTA, L.O.; FRANCO DA FONSECA, J. R. O Direito Internacional no Terceiro Milênio. São Paulo: LTr, 1998. p. 725.

¹²⁴ REZEK, Op. Cit., p. 178.

¹²⁵ _____. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: a. 74, fasc. 901-903, n. 263, jul.-set. 1978. p. 8.

¹²⁶ MAGALHÃES; BAPTISTA, Op. Cit., p. 85.

¹²⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. A aplicação extraterritorial de leis nacionais. Revista de Direito Público vol. 66, 1983. p. 67.

atentatórios à sua segurança como um exercício de auto-preservação e de preservação da própria ordem internacional.¹²⁸

O princípio da universalidade prima pela colaboração recíproca dos Estados na repressão a crimes e atos atentatórios aos princípios de preservação da humanidade, tais como o tráfico de escravos, de mulheres e de crianças, a pirataria e o genocídio. Por força deste princípio, o Estado passa a considerar o evento em dois momentos, ou seja, parte dentro do território e parte fora do território.¹²⁹ A sua vertente subjetiva confere jurisdição ao Estado para estender a aplicação de suas leis sobre participantes de eventos iniciados em seu território, mas consumados no exterior. A vertente objetiva permite ao Estado conhecer, processar e julgar eventos iniciados fora de seu território, mas consumados dentro dele.¹³⁰

O princípio da personalidade passiva, não tem aplicação universal como os demais princípios elencados. Por esse princípio um Estado pode ampliar a sua jurisdição para processar e julgar casos em que estejam envolvidos no pólo passivo da demanda os seus nacionais. Nos países que adotam o sistema do *Common Law*, o elemento passivo não é justificativa legítima para ampliação da jurisdição.¹³¹

A teoria do impacto territorial, sustentada pelos efeitos negativos no território dos fatos ocorridos no exterior, é a aplicação da própria jurisdição interna do Estado, como se considerasse o fato como ocorrido em seu próprio território. Nos Estados Unidos, a solução para a recepção negativa da aplicação judicial desta teoria, foi regular diretamente as relações comerciais externas das empresas americanas com o restante do mundo. A nova ordem internacional demanda soluções efetivas, que estejam aptas a produzir efeitos concretos em território estrangeiro, o que seria inviável, senão impossível, com a simples violação da jurisdição legal internacional alheia e a solução proposta – de arranjos horizontais consubstanciados em tratados internacionais – vem sendo largamente aplicada.¹³²

Na nova ordem econômica mundial, um sistema de coordenação de fatores para diminuição das disparidades entre os Estados vem naturalmente provocando uma maior integração econômica e política entre eles. A evolução dos meios de produção e de comunicação demanda, além de leis internas que possibilitem a integração, processos mais

¹²⁸ MAGALHÃES, Op. Cit. p. 67.

¹²⁹ FALK, Op. Cit., p. 295.

¹³⁰ MAGALHÃES, Op. Cit., p. 68.

¹³¹ Ibidem, p. 69.

¹³² FALK, Op. Cit., p. 297.

eficientes e seguros de solução de controvérsias, seja entre os Estados ou entre os particulares. Os Estados em processo de integração econômica por intermédio de Tratados Internacionais vêm atribuindo a jurisdição sobre determinadas matérias a órgãos e Tribunais Supranacionais regidos por um direito comunitário, fundado na harmonização e uniformização da legislação e na tradição dos Estados, em princípios e técnicas próprios do direito internacional.¹³³

De todo modo não há ordenamento jurídico contemporâneo que dê prevalência aos tratados sobre sua própria Constituição. No caso brasileiro, figura como um parâmetro de aferição de qualidade das leis e dos tratados internacionais, que se subordinam a ela tanto no conteúdo quanto na gênese na forma de sua produção.¹³⁴

Por outro lado, fora desta realidade integracionista, a ordem internacional carece de regras positivadas e de conteúdo coercitivo que limitem e façam limitar o exercício da jurisdição dos Estados. Nesta perspectiva, a regra geral é a reciprocidade e os Acordos Bilaterais de Cooperação que têm garantido, em alguns casos, maior efetividade às decisões nacionais em territórios estrangeiros.¹³⁵

¹³³ MAGALHÃES, José Carlos de. Op. Cit., p. 72.

¹³⁴ REZEK, Francisco. Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária. ABDF – Resenha nº 2, jul. 1987/1989, p.21-26.

¹³⁵ MAGALHÃES, Op. Cit., p. 72.

CAPÍTULO 2 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS SISTEMAS DE ARBITRAGEM TRANSNACIONAL GERAL E DE INVESTIMENTOS

2.1 A UNCITRAL

A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional aplica-se à Arbitragem Comercial Internacional. O termo comercial deve ser entendido em sentido amplo, para abranger todo tipo de questão surgida em qualquer relação de caráter comercial, contratual ou extracontratual, pois as relações de natureza comercial guarnecem, sem se restringirem às transações comerciais relativas ao fornecimento ou troca de mercadorias ou serviços; aos acordos de distribuição e representação comercial; aos contratos de factoring; aos contratos de locação financeira, aos contratos de engineering; aos contratos de licenças; aos contratos de investimentos; aos contratos de financiamentos; aos contratos de transações bancárias aos contratos de seguros; aos acordos de exploração ou de concessão, aos contratos de joint ventures e demais formas de cooperação internacional ou comercial; e aos contratos de transporte de mercadorias ou de passageiros por via aérea-marítima-ferroviária ou rodoviária.¹³⁶

A referida lei não sobrepuja qualquer acordo multilateral ou bilateral a que o Estado esteja atrelado.¹³⁷ Seu campo de aplicação se dá pelo lugar da Arbitragem no território do presente Estado.¹³⁸

Dentre as exceções previstas ao campo de aplicação está a hipótese de haver Convenção de Arbitragem, pois o Tribunal no qual foi proposta a ação deverá remeter as partes à Arbitragem caso uma delas faça tal solicitação, devendo tal parte respeitar o momento limite da apresentação das suas primeiras alegações quanto ao fundo do litígio. O Tribunal apenas não remeterá as partes à Arbitragem se for constatado que a Convenção se tornou caduca ou insuscetível de ser executada. Quando tiver sido proposta ação nesses moldes o

¹³⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 219.

¹³⁷ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art 1º, parágrafo 1º.

¹³⁸ *Ibidem*.

processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir e ser proferida uma sentença arbitral enquanto a questão estiver pendente no Tribunal.¹³⁹

Outra hipótese consiste em haver Convenção de Arbitragem e medidas provisórias tomadas por um Tribunal. Nesse caso não é incompatível a solicitação de medidas provisórias ou conservatórias feita por uma das partes a um Tribunal, à Convenção de Arbitragem, independente de ter sido feita anteriormente ou durante o processo arbitral.¹⁴⁰

Outra hipótese é o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais, pois, independente do país em que tenham sido proferidos pelo reconhecimento da sua cogência mediante a solicitação dirigida por escrito ao Tribunal competente, sua executoriedade está garantida. A parte solicitante da execução deverá fornecer o original da sentença devidamente autenticada, podendo apresentar uma cópia certificada com a correspondente tradução devidamente certificada, se não estiver redigida na língua oficial do presente Estado.¹⁴¹

A quarta e última hipótese trata dos fundamentos de recusa do reconhecimento ou da execução. O reconhecimento ou a execução de uma sentença arbitral independem do país em que tenha sido proferido, ficando restritas as hipóteses de recusa às situações em que houver o pedido da parte vencida, devendo fornecer ao Tribunal competente a informação a quem é pedido o reconhecimento ou a execução, bem como a prova de que uma das partes na Convenção de Arbitragem era incapaz; que a Convenção não era válida nos termos da lei a que as partes tenham se subordinado; e que não havia a indicação a este propósito, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida.¹⁴²

Será recusada quando não tiver sido devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, ou mesmo que não tenha sido possível fazer valer os seus direitos por qualquer razão; quando a sentença tiver por objeto um litígio não referenciado ou previsto no compromisso pela previsão da cláusula compromissória ou que a sentença contenha decisões que excedam os termos do compromisso ou da cláusula compromissória. Se as disposições da sentença concernentes a questões submetidas à Arbitragem puderem ser dissociadas das que não estiverem a ela submetidas, somente será anulada a parte que contiver decisões sobre as questões não submetidas à Arbitragem.

¹³⁹ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art 8º, parágrafos 1º e 2º.

¹⁴⁰ Ibidem, Art 9º.

¹⁴¹ Idem, Art 35, parágrafos 1º e 2º.

¹⁴² Idem, Art 36.

Também será recusada quando a constituição do Tribunal Arbitral ou o processo arbitral não estiverem em conformidade com a convenção das partes e, na ausência de convenção, com a lei do país onde a arbitragem teve lugar e que a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por um Tribunal do país em razão da lei da qual a sentença tenha sido proferida.

Se o Tribunal constatar que o objeto do litígio não está apto a ser decidido por intermédio da Arbitragem de acordo com a lei do presente estado e se o reconhecimento ou a execução da sentença contrariar a ordem pública do referido estado será recusada. Se o pedido de anulação ou suspensão de uma sentença tiver sido apresentado a um Tribunal em virtude da lei da qual a sentença tenha sido proferida, poderá adiar a sua decisão ou ordenar à parte vencida que preste as garantias adequadas, se a parte que pede o reconhecimento ou a execução da sentença assim requerer.¹⁴³

Uma Arbitragem será considerada internacional sempre que as partes em uma Convenção de Arbitragem tiverem no momento da conclusão de tal Convenção a sua instauração em estados diferentes. Se uma das partes tiver mais de um estabelecimento o que será levado em consideração será o que tiver relação mais estreita com a Convenção de Arbitragem. Se de outro modo uma das partes não tiver estabelecimento será a sua residência habitual. Se for o caso do lugar da arbitragem ser além dos limites do Estado onde as partes têm o seu estabelecimento, tal lugar será fixado ou determinável na Convenção de Arbitragem, no local onde for executada parte substancial das obrigações decorrentes da relação comercial ou onde o objeto do litígio esteja mais estritamente conexo; e se as partes tiverem expressamente convencionado que a Convenção de Arbitragem tenha conexões com mais de um país. A presente lei não litiga com qualquer outra lei do presente estado, quando determinados litígios não puderem ser submetidos à Arbitragem ou quando apenas puderem ser submetidos a ela em virtude de disposições diversas à da Lei Modelo da UNCITRAL.¹⁴⁴

Para a Lei Modelo da UNCITRAL será sempre considerada Arbitragem, ainda que não seja institucional. O Tribunal Arbitral poderá designar apenas um único árbitro ou um grupo de árbitros, ou seja, o termo Tribunal designará o organismo ou órgão do sistema

¹⁴³ GARCEZ, Op. Cit., p. 219.

¹⁴⁴ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art. 1º, parágrafo 3º.

judiciário ordinário e existe liberdade para as partes decidirem certa questão e o direito pode autorizar um terceiro para decidir.¹⁴⁵

Quando a lei se refere a um pedido, aplica-se igualmente a um pedido reconvenicional, já quando se refere às alegações de defesa, aplicam-se igualmente as alegações de defesa de um pedido reconvenicional.

As hipóteses de exceção são previstas quando não for apresentado o pedido pelo seu demandante, pela falta de cumprimento de uma das partes no prazo convencionado por elas ou fixado pelo Tribunal Arbitral, pela falta de enunciação dos fatos que baseiam o pedido ou pela ausência de indicação de documentos pertinentes. Nesses casos o Tribunal Arbitral porá fim ao processo arbitral¹⁴⁶.

Caso o demandante retire o seu pedido – a não ser que o demandado se oponha e o Tribunal Arbitral entenda que este último tem interesse legítimo –, se as partes concordarem em encerrar o processo e o Tribunal Arbitral constatar que a continuação do andamento se tornou impossível também ordenará o encerramento do processo arbitral.¹⁴⁷

Na falta de cumprimento referenciada na primeira hipótese de exceção o Tribunal Arbitral prosseguirá o processo arbitral tomando como certa a aceitação das alegações do demandante. Da mesma forma, quando uma das partes deixa de comparecer a uma audiência ou de fornecer documentos de prova, o Tribunal Arbitral poderá prosseguir o processo e decidir com base nos elementos de prova de que dispuser.¹⁴⁸

No recebimento de comunicações escritas, qualquer comunicação escrita que tiver sido confiada ao destinatário em seu estabelecimento, residência ou endereço postal, será considerada recebida se for enviada por intermédio de carta registrada ou outro meio que possa demonstrar que se tentou fazer a entrega. Também será considerada recebida à comunicação no dia que efetivamente for entregue. Já nas comunicações feitas no âmbito de processos judiciais não serão aplicadas essas disposições.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art. 2º.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Art. 2º.

¹⁴⁷ *Idem*, Art. 32.

¹⁴⁸ *Idem*, Art. 25, alíneas “b” e “c”.

¹⁴⁹ *Idem*, Art. 3º.

Renuncia ao direito de oposição todo aquele que prossegue na Arbitragem sem deduzir oposição imediata ou no prazo estipulado para tanto, mesmo tendo ciência que poderia tê-lo feito.¹⁵⁰

No âmbito de intervenção dos Tribunais, os Tribunais apenas poderão intervir nos casos previstos pela mesma lei.¹⁵¹

O Tribunal ou outra autoridade encarregada de certas funções de assistência e de controle no quadro de Arbitragem, na nomeação de árbitros e na falta de acordo entre as partes, no caso de uma Arbitragem com três árbitros, poderá resolver que cada parte nomeie um árbitro. A escolha do terceiro árbitro será feita pelos dois árbitros escolhidos pelas partes. Se uma das partes não nomear o seu árbitro no prazo de trinta dias a contar da recepção do pedido feito pela outra parte, ou na hipótese de os árbitros escolhidos não chegarem a um acordo quanto à escolha do terceiro árbitro, será feita pelo Tribunal ou outra autoridade, indicada pelas partes na adoção da Lei Modelo. Na Arbitragem de apenas um árbitro, se as partes não chegarem a um consenso quanto à sua escolha, esta será feita pelo Tribunal ou outra autoridade, indicada pelas partes na ocasião da adoção da Lei Modelo.¹⁵²

Em razão da nacionalidade ninguém será impedido de exercer funções de árbitro, salvo convenção em contrário das partes. Se uma instituição é incluída e não houver o cumprimento de uma função que lhe foi confiada no processo, qualquer das partes pode pedir ao Tribunal ou a outra autoridade que tome a medida pretendida, salvo se o acordo relativo ao processo de nomeação estipular outros meios de assegurar esta nomeação, sendo que esta decisão não é passível de recurso.¹⁵³

Se as partes acordarem, haverá a possibilidade de escolher livremente o processo de recusa do árbitro. Se a recusa não puder ser lograda de acordo com o processo convencionado pelas partes, aquela que recusa o árbitro deverá expor por escrito seus motivos ao Tribunal Arbitral, no prazo de quinze dias a contar da data que teve conhecimento da constituição do Tribunal Arbitral. Se aquele árbitro que foi recusado não se demitir ou se a outra parte não aceitar a recusa, caberá ao Tribunal Arbitral decidir sobre o impasse. No prazo de trinta dias, caso haja comunicação da rejeição da recusa, pode-se pedir ao Tribunal ou a outra autoridade que seja tomada uma decisão sobre essa recusa, sendo que a decisão não será passível de

¹⁵⁰ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art 4°.

¹⁵¹ Ibidem, Art 5°.

¹⁵² Idem, Art. 11.

¹⁵³ Idem, Art. 11, parágrafo 3°.

recurso e, enquanto estiver pendente tal pedido, o árbitro recusado permanecerá no exercício de suas funções.¹⁵⁴

A inação de um árbitro por uma impossibilidade de direito ou de fato, em um prazo razoável, acarreta o encerramento do seu mandato. O árbitro pode pedir demissão das suas funções e, caso as partes concordem, o seu mandato terá fim. Caso contrário, caberá ao Tribunal ou a outra autoridade, decidir sobre o encerramento do mandato.¹⁵⁵

Pela competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre a sua própria competência, a exceção de incompetência poderá ser argüida até a apresentação das alegações de defesa, admitindo-a mesmo se posterior a esse prazo se considerada justificada a demora.¹⁵⁶

O recurso a uma sentença arbitral só poderá ser anulado pelo Tribunal se a parte que fez o pedido fizer prova:¹⁵⁷ de que uma das partes na Convenção de Arbitragem era incapaz; que a Convenção de Arbitragem não era válida nos termos da lei a que as partes tenham se subordinado e, na falta de qualquer indicação a este propósito, nos termos da lei do Estado da parte reclamante; que não foi adequadamente informada sobre a nomeação de um árbitro ou do processo arbitral ou lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; e se a sentença consagrar como objeto um litígio não referenciado no compromisso ou possuir decisões que ultrapassem os termos do compromisso ou da cláusula compromissória.

O pedido de anulação não pode ser apresentado após o decurso de três meses a contar da data em que a parte que fez este pedido for comunicada da sentença proferida ou se tiver sido feito pedido a partir da data em que o Tribunal tomou uma decisão sobre o pedido. O Tribunal Arbitral pode suspender o processo de anulação durante o período de tempo que ele determinar, objetivando a possibilidade de o Tribunal retornar o processo arbitral ou tomar qualquer outra medida que julgue necessária a eliminar os motivos da anulação.¹⁵⁸

Na Convenção de Arbitragem, as partes decidem submeter à Arbitragem litígios que venham a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica contratual ou extracontratual. A Convenção poderá revestir a forma de uma Cláusula Compromissória em um contrato ou a de uma convenção autônoma. Deverá ser escrita, assinada pelas partes ou ter como prova de existência uma troca de cartas, telex, telegramas ou qualquer outro meio de

¹⁵⁴ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art. 13.

¹⁵⁵ *Ibidem*, Art. 14.

¹⁵⁶ *Idem*, Art. 16.

¹⁵⁷ *Idem*, Art. 34, parágrafo 2º.

¹⁵⁸ *Idem*, Art. 34.

comunicação. A referência em um contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma Convenção de Arbitragem, desde que o contrato revista a forma escrita e a referência seja feita tal como se fosse uma cláusula integrante do contrato.¹⁵⁹

Quanto ao número de árbitros, as partes podem determinar livremente seu número e na falta de tal determinação serão três.¹⁶⁰

Pelos fundamentos da recusa, quando uma pessoa for nomeada como árbitro, fará notar todas as circunstâncias que possam levantar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência. Um árbitro só será recusado se houver circunstâncias que possam levantar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se ele não possuir as qualificações que as partes convencionaram. Uma parte apenas poderá recusar um árbitro que tiver nomeado ou que tenha participado na nomeação por uma causa ulterior a esta nomeação.¹⁶¹

Se houver recusa do árbitro, cessação do mandato, revogação do mandato por vontade das partes ou demissão, será necessária a nomeação de um árbitro substituto, por regras próprias a serem aplicadas.¹⁶²

Na condução do processo arbitral deve haver igualdade entre as partes e devem ser concedidas todas as possibilidades de fruição de seus direitos.¹⁶³ Quanto às regras do processo às partes é facultado, se acordado entre elas, escolher como o processo seguirá pelo Tribunal Arbitral. Na falta de acordo, o Tribunal fará a escolha pelos poderes a ele conferidos de determinar a admissibilidade, pertinência e importância de qualquer prova produzida.¹⁶⁴

Quanto ao lugar da Arbitragem às partes é conferida a possibilidade de decidir livremente. A falta desta decisão será suprida pelo Tribunal, que irá fixá-lo, levando-se evidentemente em conta a conveniência das partes. Salvo convenção das partes em contrário o Tribunal poderá reunir-se em qualquer lugar que julgue adequado inclusive para serem feitas audições de testemunhas, peritos e partes ou para que seja feito o exame de mercadorias, bens e documentos.¹⁶⁵

¹⁵⁹ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art. 7º.

¹⁶⁰ *Ibidem*, Art 10.

¹⁶¹ *Idem*, Art. 12.

¹⁶² *Idem*, Art. 15.

¹⁶³ *Idem*, Art. 18.

¹⁶⁴ *Idem*, Art. 19.

¹⁶⁵ *Idem*, Art. 20.

O início do processo arbitral ocorrerá com o recebimento pelo demandado do pedido de sujeição do litígio à arbitragem.¹⁶⁶

Quanto ao idioma, as partes podem escolhê-lo livremente. Na falta de tal acordo, o Tribunal suprirá e determinará qual será o idioma. O Tribunal Arbitral poderá exigir que qualquer peça processual seja acompanhada de tradução na língua convencionada pelas partes ou escolhida pelo Tribunal Arbitral.¹⁶⁷

No prazo estipulado pelas partes ou mesmo fixado pelo Tribunal Arbitral, a parte demandante exporá os fatos que norteiam o seu pedido, os pontos litigiosos e o objeto pedido e o demandado exporá a sua defesa. As partes podem anexar às suas alegações documentos ou mencionar os que serão futuramente apresentados. É cabível às partes modificar ou completar o seu pedido ou a sua defesa no transcurso do processo arbitral, salvo se o Tribunal Arbitral não permitir.¹⁶⁸

No procedimento oral e escrito, o Tribunal deliberará quanto às fases orais que poderão ser comportadas no processo. Nestas fases orais haverá produção de provas ou exposição oral dos argumentos e a possibilidade do processo ser conduzido na base de documentos ou outros materiais. As partes podem manifestar-se quanto à impossibilidade deste procedimento. Caso não haja manifestação ou se uma das partes requererem, o Tribunal Arbitral organizará um procedimento oral e as partes serão notificadas com antecedência a todas as audiências e reuniões do Tribunal para poder analisar as mercadorias, bens e documentos. Toda vez que forem apresentados documentos e informações ao Tribunal por uma das partes, tal fato deverá ser comunicado à outra parte.¹⁶⁹

O perito será nomeado pelo Tribunal Arbitral e ficará encarregado de elaborar um relatório sobre os pontos específicos que o Tribunal determinará podendo este pedir a uma das partes que sejam fornecidas ao perito todas as informações relevantes. O perito poderá, após a apresentação de seu relatório, participar de uma audiência em que uma das partes possa interrogá-lo e na qual intervenha como testemunha, desde que deponha sobre as questões restritas em análise.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art. 21.

¹⁶⁷ *Ibidem*, Art. 22.

¹⁶⁸ *Idem*, Art. 23.

¹⁶⁹ *Idem*, Art. 24.

¹⁷⁰ *Idem*, Art. 26.

É possível que o Tribunal Arbitral solicite assistência para obter provas de Tribunal competente do presente Estado, mas este Tribunal ordinário ficará limitado à sua competência e às suas regras quanto à obtenção de provas.¹⁷¹

A sentença arbitral e o encerramento do processo serão norteados pelas regras aplicáveis ao fundo do litígio e qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada. Se não houver designação pelas partes o Tribunal Arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie, bem como os usos do comércio aplicáveis à transação.¹⁷²

A decisão tomada por vários árbitros será por maioria dos seus membros ou pelo árbitro presidente, caso haja esta estipulação.¹⁷³ Se a decisão for tomada por acordo das partes, o Tribunal Arbitral porá fim ao processo.¹⁷⁴

A sentença deverá ser escrita e assinada pelo árbitro, deverá estar fundamentada, deverá mencionar a data que foi proferida e o lugar da Arbitragem. Quando proferida será encaminhada cópia assinada pelo árbitro a cada uma das partes.¹⁷⁵

O encerramento do processo ocorrerá com a sentença definitiva proferida ou com a ordem de encerramento do Tribunal Arbitral. O ordenamento ocorrerá se o demandante retirar o seu pedido, se as partes concordarem em encerrar o processo ou quando o Tribunal constatar que a continuação do processo tenha se tornado por qualquer razão impossível e o mandato do Tribunal Arbitral se encerrará.¹⁷⁶

Nos trinta dias subsequentes à recepção da sentença, o Tribunal Arbitral poderá, de ofício, retificar a sentença. Após a notificação à outra parte, uma das partes poderá pedir que o Tribunal Arbitral retifique o texto da sentença por erro material, de cálculo, tipográfico ou erro de natureza idêntica, pedir a interpretação de um ponto específico da sentença ou que seja proferida sentença adicional sobre certos pontos previstos no transcurso do processo arbitral, mas omitidos na sentença.

¹⁷¹ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional. Art. 27.

¹⁷² *Ibidem*, Art. 28.

¹⁷³ *Idem*, Art. 29.

¹⁷⁴ *Idem*, Art. 3º.

¹⁷⁵ *Idem*, Art. 31.

¹⁷⁶ *Idem*, Art. 32.

Se o Tribunal Arbitral considerar o pedido justificado proferirá ponto adicional dentro de sessenta dias e a retificação ou interpretação antes dos trinta dias subseqüentes à recepção do pedido, sendo cabível ao Tribunal Arbitral prolongar esses prazos.¹⁷⁷

2.2 O ICSID

O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (ICSID) é uma organização internacional criada pela Convenção de Washington de 1965¹⁷⁸ cuja vigência se deu em 14 de outubro de 1966. Sua jurisdição é atualmente aceita por cento e quarenta e três países.

A ideia de criar, por intermédio de uma Convenção Internacional, um centro especializado na solução de contendas envolvendo o Estado receptor do investimento e o investidor estrangeiro surgiu no âmbito do Banco Mundial na década de 1960. Sua proposição foi redigida pelos diretores executivos do Banco, para ser apresentada aos governos dos Estados membros desse Banco já em 1965¹⁷⁹. Seu objetivo direto é dotar os investidores e os Estados de um mecanismo internacional de solução de contendas neutro e imparcial.¹⁸⁰

A contribuição do Banco Mundial na criação do ICSID é um exemplo de criação direta do Direito Internacional.¹⁸¹ É uma regra de três cujo resultado seria o desenvolvimento nos países menos desenvolvidos, diretamente ligado à existência de um mecanismo de solução de contendas entre Estados e investidores. O desenvolvimento econômico demanda investimentos internacionais, os investimentos internacionais exigem segurança jurídica e a segurança jurídica em países menos desenvolvidos é oferecida pela Arbitragem Internacional.¹⁸²

¹⁷⁷ Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional Art. 33.

¹⁷⁸ Convênio para solução de diferenças relativas a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, celebrado em Washington em 18 de março de 1965. United Nations Treaty Series. 1966. Vol. 575, p. 160.

¹⁷⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Teoría y práctica Del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Thomson & Aranzadi, 1999, p. 126.

¹⁸⁰ ZERBINI, Eugenia C. G. de Jesus. Arbitragem internacional para o capital externo. In: *Custo Brasil*.

¹⁸¹ FATOUROS, A.A. *Le role de la Banque Mondiale dans le Droit International*. *Journal du Droit International*. 104 Année, n. 7, 1977. p. 577.

¹⁸² KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa; SENA JÚNIOR, Roberto (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 177.

Sua instituição por intermédio de uma Convenção Internacional e não por uma entidade administrativa, foi decorrente da rejeição da proposta feita por alguns países nos trabalhos preparatórios. A instituição do ICSID por intermédio de uma Convenção Internacional, mesmo que de caráter declaratório, está ligada ao poder que a mesma tem de pressionar os Estados contratantes a reconhecer a Arbitragem entre o investidor e o Estado e aceitá-la como o novo padrão de solução de disputas envolvendo investimentos.¹⁸³

O ICSID é composto por um Conselho Administrativo, um Secretariado e uma lista de conciliadores e árbitros. O primeiro órgão é presidido pelo Presidente do BIRD e composto por um representante de cada Estado-parte com direito a um voto. Esses representantes serão, *ex officio*, os mesmos do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento. As funções do Conselho Administrativo são adotar regulamentos administrativos e financeiros, estabelecer regras de procedimento para conciliação e arbitragem, realizar o orçamento anual do ICSID, aprovar as negociações com o BIRD para a utilização de seus serviços administrativos e instalações e criar comissões que considerem necessárias. Seu mecanismo decisório será o da maioria dos votos emitidos, sendo necessária a presença da maioria dos membros do Conselho. O Secretariado é composto por um secretário geral, secretários adjuntos e funcionários. Os dois primeiros são indicados pelo presidente do BIRD e eleitos pelo Conselho Administrativo por maioria de dois terços por um período não superior a seis anos.¹⁸⁴

O secretário geral é considerado o principal funcionário do ICSID, cabendo a ele representar legalmente o ICSID, administrar e nomear os funcionários, receber os pedidos de solução de contendas e autenticar as sentenças arbitrais.

As listas de conciliadores e árbitros são constituídas de quatro nomes indicados pelos Estados-partes, nacionais ou não destes Estados, e outros dez nomes indicados pelo Presidente do Conselho Administrativo, para um mandato de seis anos renováveis. A Convenção de Washington estabelece como requisitos para figurar na lista de conciliadores e árbitros do ICSID a idoneidade moral e a reconhecida competência das pessoas indicadas nos campos do Direito, comércio, indústria e finanças.¹⁸⁵

¹⁸³ KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa; SENA JÚNIOR, Roberto (Org.). Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 177.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 158.

¹⁸⁵ *Idem*, 158.

O ICSID é uma das cinco instituições que compõem o Grupo do Banco Mundial, juntamente com o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação Internacional do Desenvolvimento (AID), a Corporação Financeira Internacional (CFI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA).

O procedimento para afiliação no ICSID consiste apenas na assinatura e na ratificação da Convenção que o institui, não sendo necessário pedido formal a ser examinado pelos Diretores Executivos das respectivas instituições.¹⁸⁶

A Arbitragem Mista Internacional, nos moldes da Arbitragem Comercial Internacional entre particulares, no acesso direto do particular estrangeiro a uma demanda arbitral contra um Estado, mostrou-se mais eficaz na solução de contendas – ainda que apresente incertezas em relação à lei aplicável e aos limites na sua eficácia em razão da execução nacional da sentença internacional e da imunidade estatal. A criação de uma instituição permanente que administrasse a realização das arbitragens mistas e fixasse regras procedimentais adequadas para a situação particular da arbitragem privada com o Estado era necessária.¹⁸⁷

Na década de sessenta os países em desenvolvimento iniciaram um movimento de insurreição contra algumas práticas e normas de Direito Internacional. A soberania econômica dos Estados sobre as suas riquezas e recursos naturais era defendida, tornando mais acirrada a divergência de interesses entre investidores estrangeiros e Estados receptores. Por esta razão é que os elaboradores da Convenção de Washington fizeram concessões a alguns preceitos da Doutrina Calvo, como a renúncia à proteção diplomática e à aplicação da lei do Estado receptor do investimento.¹⁸⁸

O ICSID é uma organização internacional autônoma com personalidade jurídica internacional, o que lhe permite contratar, adquirir e dispor de bens móveis e imóveis; comparecer em juízo; e gozar de imunidades, isenções e privilégios, estendidos aos seus funcionários no exercício de suas atividades, ainda que a sua autonomia esteja estreitamente ligada ao Banco Mundial, por questões orçamentárias e de estrutura administrativa.¹⁸⁹

¹⁸⁶ KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa; SENA JÚNIOR, Roberto (Org.). Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 177.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 158.

¹⁸⁸ GIUSTI, TRINDADE, Op. Cit., p. 61.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 61.

Pelo fato de o ICSID ser dotado de personalidade jurídica internacional, as pessoas designadas para desempenhar o papel de conciliador ou árbitro gozam de imunidade frente a toda ação judicial a respeito dos atos realizados por eles no exercício de suas funções, salvo disposição em contrário do ICSID renunciando a tal imunidade.¹⁹⁰

O ICSID é um sistema de Arbitragem permanente, sua competência se limita *ratione materiae* às contendas de ordem jurídica referentes a investimentos, *ratione personae* a litígios que opõem um Estado contratante a uma pessoa privada nacional de outro Estado signatário da Convenção de Washington e *ratione voluntatis*, como requisito da manifestação expressa de aceitação da Arbitragem, para caracterizar a jurisdição do ICSID.¹⁹¹

A definição de investimento deve estar de acordo com o sistema de regras do ICSID para que o requisito *ratione materiae* seja cumprido. A doutrina considera que na caracterização do investimento podem ser adotados dois critérios distintos: o subjetivo e o objetivo. Pelo primeiro critério, afere-se à vontade das partes na realização de um investimento que estaria amparado pela Convenção de Washington, sendo necessários aportes de capital, bens ou direitos durante um espaço de tempo considerável e envolvendo certo grau de risco. Pelo segundo critério, o investimento deve estar relacionado diretamente com uma contribuição para o desenvolvimento do Estado hospedeiro, fato previsto expressamente no preâmbulo da Convenção de Washington.¹⁹²

Pela *ratione materiae* as contendas devem ser jurídicas (*legal disputes*) e devem ter surgido diretamente de um investimento. A contenda jurídica exclui simples conflitos de interesse entre as partes, envolvendo precisamente a existência de direitos, obrigações e medidas de reparação de uma violação já ocorrida e não razões exclusivamente políticas ou econômico-comerciais. Tal fato obsta a possibilidade de um investidor interferir em decisões políticas do Estado hospedeiro do investimento, por representar violação da soberania desse Estado. Ao ratificar a Convenção, os seus Estados signatários podem excluir da jurisdição do ICSID determinadas matérias, mas esta exclusão deverá ser feita anteriormente ao surgimento de um caso específico.¹⁹³

¹⁹⁰ Convenção de Washington - Art. 21.

¹⁹¹ MATIAS, Op. Cit., p.123.

¹⁹² PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID). Revista de informação legislativa. Brasília: Subsecretaria de Publicações do Senado, ano 35, n. 140, p. 89, out/dez 1998.

¹⁹³ Convenção de Washington – art. 25.

A falta de definição dos contornos do que venha a ser investimento pelo texto da Convenção garante inevitavelmente uma maior flexibilidade ao ICSID.¹⁹⁴

Pela *ratione personae* o ICSID deve solucionar as contendas entre um Estado signatário da Convenção de Washington e uma pessoa física ou jurídica nacional de outro Estado signatário.

Quanto às pessoas físicas, a determinação de sua nacionalidade é feita pela lei interna de cada Estado signatário, e posicionando-se nesse sentido, a Convenção de Washington optou por não acolher o conceito de nacionalidade dominante, pois tal escolha poderia acarretar contendas desnecessárias.¹⁹⁵

Para a determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas, existem três critérios predominantes tidos pela prática do ICSID: o lugar de sua constituição – *place of incorporation*; o local do domicílio ou da sede social – *siège sociale*; e o critério do controle, asseverando-se que a própria Convenção não estabeleceu estes critérios, remetendo às legislações dos Estados signatários.¹⁹⁶

É corriqueiro ao Estado hospedeiro do investimento exigir que o investidor estabeleça uma sociedade no país em que se realizará o investimento, formada sob suas leis. Nesse sentido, tal sociedade terá formalmente a nacionalidade do Estado hospedeiro e o seu principal domicílio no país. O controle operado nessa sociedade será estrangeiro. Na submissão de contendas ao ICSID, será considerada como se tivesse à nacionalidade do outro Estado-parte, pois são os seus nacionais que efetivamente exercem o controle da sociedade, caso contrário uma importante esfera de investimentos não seria abrangida pela Convenção de Washington.¹⁹⁷

¹⁹⁴ PEREIRA, Op. Cit., p. 89.

¹⁹⁵ COLLIER, John; LOWE. Vaughn. *The Settlement of Disputes in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p.71.

¹⁹⁶ Convenção De Washington – Artigo 25. A competência do centro abrange qualquer litígio directamente decorrentes de um investimento, entre um estado contratante (ou qualquer subdivisão constituinte ou organismo de um estado contratante designado para o centro por esse estado) e um nacional de outro estado contratante, que as partes em litígio consentimento, por escrito, a apresentar ao centro. quando as partes tenham dado o seu consentimento, nenhum partido pode retirar o seu consentimento de forma unilateral. "nacional de outro estado contratante" significa: (b) qualquer pessoa jurídica que tinha a nacionalidade de um estado contratante que não seja o estado parte na contenda sobre a data em que as partes consentiram em submeter o diferendo a conciliação ou a arbitragem e qualquer pessoa jurídica que tinha a nacionalidade do estado contratante das partes na contenda sobre essa data e que, por causa do controle externo, as partes acordaram deve ser tratado como um cidadão de outro estado contratante para os fins da presente convenção.

¹⁹⁷ PEREIRA, Op. Cit., p. 89.

Pela *ratione voluntatis* tem-se a manifestação expressa de aceitação da Arbitragem para caracterizar a jurisdição do ICSID, que advém do princípio da autonomia da vontade, norteador da Arbitragem. O consentimento do investidor pode dar-se pelo contrato firmado com o Estado ou por qualquer documento ou pela submissão de seu pleito ao ICSID.

O consentimento do Estado pode se dar pela adesão à Convenção de Washington e pela manifestação por escrito de sua aceitação para submeter determinada causa à Arbitragem.¹⁹⁸ O consentimento das partes pode ser dado em diferentes documentos, como uma carta ou declaração ou na submissão da contenda ao ICSID.¹⁹⁹

A simples adesão à Convenção não repercute na aceitação de Arbitragem para todos os conflitos de investimentos, razão pela qual a ratificação deve ser combinada com a aceitação, sempre por escrito, para submeter aquela causa à Arbitragem. A adesão também pode ocorrer por intermédio de um contrato regulando um investimento específico firmado entre o investidor e o Estado parte, ou por intermédio do contrato de concessão que regerá o empreendimento, tendo em vista que, com a proliferação dos Tratados Internacionais de Investimentos, esses instrumentos passaram a conter disposições referentes à solução de contendas.²⁰⁰

Outra possibilidade do consentimento do Estado é ser veiculado em um BIT, firmado com o Estado de origem do investidor, tal como uma oferta unilateral de Arbitragem, irrevogável e válida enquanto o tratado permanece em vigor. Tal possibilidade é aceita pelos tribunais do ICSID para caracterizar sua jurisdição. A doutrina chama esta possibilidade de *arbitration without privity* e faz ressalvas a esse entendimento, pois seria necessário analisar primeiramente esses acordos para verificar a existência do consentimento, já que a simples referência ao ICSID não configura o compromisso arbitral.²⁰¹

O ICSID adquiriu notoriedade no cenário internacional pela sua associação aos BITs. Os BITs são acordos interestatais de promoção e proteção aos investimentos, nos quais os Estados podem estabelecer regras atinentes aos investimentos realizados por nacionais de um deles no território do outro.

¹⁹⁸ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p. 66.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 62.

²⁰⁰ Convenção de Washington - Art. 25.

²⁰¹ SPIERMANN, Ole. *Individual rights, state interests and the power to waive ICSID jurisdiction under bilateral investment treaties. Arbitration Internacional*. vol. 20, n. 2, 2004. p. 180.

É uma via de mão dupla, pois enquanto um dos países busca novos mercados no outro país e almeja maior segurança jurídica aos seus investidores o outro país busca atrair o capital e os investimentos estrangeiros assegurando a esses investidores um tratamento mínimo. Os BITs se baseiam no Projeto de Convenção sobre a Proteção de bens estrangeiros, aprovado pela OCDE em 1967 e em razão disso as partes se comprometem a tomar todas as providências necessárias a fim de estimular o fluxo de investimentos.²⁰²

Nos BITs a lista de proteções é ampla e costuma incluir o direito a um tratamento justo e equitativo; o atendimento ao princípio do tratamento nacional, a justa e imediata compensação pela expropriação dos investimentos pelo Estado; o direito à livre transferência e repatriação de lucros; e as proteções contra medidas arbitrárias e discriminatórias do Estado.²⁰³

A expansão dos BITs conduziu a formação de uma verdadeira rede de proteção aos investimentos que se pode verificar ao redor do mundo. Há aproximadamente cerca de dois mil e quinhentos BITs e mais de cento e setenta Estados concluíram ao menos um tratado desses. Segundo a UNCTAD o número de BITs aumentou de trezentos e oitenta e cinco em 1989 para dois mil duzentos e sessenta e cinco em 2003 e hoje abrange cerca de 176 países.

Na maior parte desses tratados há um artigo referente à solução de contendas em matéria de investimentos e neste artigo as partes se comprometem a buscar a solução de suas contendas por intermédio de procedimentos amigáveis. Em muitos deles é prevista a sujeição à instância arbitral, razão pela qual as partes têm a opção de submeter à contenda a um Tribunal Arbitral *ad hoc* ou submetê-la aos tribunais institucionais permanentes. É cada vez mais cediço que os BITs fazem, remissão ao ICSID.²⁰⁴

Na maior parte das vezes esses tratados preveem o comprometimento incondicional do Estado hospedeiro do investimento em acatar, pelo simples pedido do investidor, a submissão de uma eventual disputa ao ICSID, ainda que não haja previamente nenhum tipo de consentimento por parte do Estado hospedeiro.

Os principais países desenvolvidos, excetuando-se o Canadá, são signatários da Convenção de Washington e reconhecem o ICSID. Os países africanos, árabes e asiáticos –

²⁰² BAPTISTA, Op. Cit., p. 18.

²⁰³ MATIAS, Op. Cit., p.26.

²⁰⁴ MAGALHÃES, Jose Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1986. p. 134.

incluindo a China – também integram, maiormente o ICSID, muitas ex repúblicas soviéticas também já assinaram tal Convenção, restando apenas a pendente ratificação. Os países latinos americanos na década de 90 também ratificaram a Convenção,²⁰⁵ em que pese países como Brasil e México não o tenham feito.

Analisando a metade do século XX, nota-se que o investimento externo direto atingiu níveis altos pela expansão de uma política de regulação do investimento estrangeiro, caracterizada pela composição dos interesses conflitantes de segurança do investidor, pela soberania econômica dos Estados e pelo incentivo à liberalização do investimento. Tudo isso tendo em vista que os mecanismos tradicionais disponibilizados pelo Direito Internacional e a solução de contendas das questões envolvendo interesses particulares como o acesso aos tribunais internos ou reclamações entre Estados por intermédio da proteção diplomática se tornaram inadequados à composição dos interesses dos investidores, dos Estados de origem e dos Estados receptores.²⁰⁶

O ICSID estaria ligado ao desenvolvimento econômico dos países menos desenvolvidos com o objetivo direto de proteger o investimento e o interesse geral do desenvolvimento. Este entendimento está previsto no preâmbulo da Convenção, que determina aos Estados contratantes a cooperação internacional para o desenvolvimento econômico, a consideração do papel do investimento privado internacional e a importância dos métodos internacionais de solução de conflitos para certos casos, estipulando esta solução por intermédio da Arbitragem – envolvendo investimentos entre governos e investidores estrangeiros.²⁰⁷

O financiamento do ICSID, segundo disposição da Convenção, será proveniente dos direitos percebidos pela utilização dos seus serviços e o excedente será financiado pelos Estados contratantes na proporção das respectivas subscrições do capital do BIRD ou de acordo com regras instituídas pelo Conselho Administrativo, em caso do Estado não ser membro do Banco.²⁰⁸

A Arbitragem Internacional realizada pelo ICSID possui características singulares por expressa previsão de que particulares pessoas físicas e jurídicas demandem diretamente contra

²⁰⁵ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p. 59.

²⁰⁶ KLEINHEISTERKAMP, Op. Cit., p. 159.

²⁰⁷ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p. 64.

²⁰⁸ BROCHES, Aron. *The Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Recueil des Cours*, 1973. p. 347.

um Estado num foro internacional. Sendo vital o consentimento das partes envolvidas na contenda em submetê-la à apreciação e julgamento de um ou mais árbitros escolhidos de comum acordo.

A Convenção de Washington prevê o chamado consentimento duplo, por intermédio do consentimento do Estado parte na disputa e do consentimento do Estado do investidor na ratificação prévia da Convenção e do consentimento das partes da contenda, por intermédio de uma cláusula no contrato entre elas celebrado anteriormente ou no compromisso estabelecido posteriormente ao surgimento da contenda.²⁰⁹

O consentimento dado pelos Estados ao aceitar a jurisdição do ICSID é irrevogável, não pode ser retirado unilateralmente e a aceitação da Arbitragem do ICSID acarreta a renúncia automática a qualquer outro instrumento de solução de contendas.

O acesso direto de particulares a foros internacionais não é de modo algum regra geral em Direito Internacional Público. Na concordância em ser demandado no plano internacional por um particular estrangeiro, o Estado renuncia a sua prerrogativa jurisdicional sobre as pessoas localizadas no seu território.

Parte da doutrina nega a personalidade jurídica internacional aos particulares. Dessa forma, tanto os indivíduos como as empresas não podem ser considerados sujeitos de Direito Internacional, recebendo apenas a proteção de certas normas internacionais, pois o acesso do particular a determinados foros se deve ao seu vínculo com um Estado co-patrocinador destes.²¹⁰

Os particulares não podem ser considerados sujeitos plenos do Direito Internacional, como são os Estados, ainda que gozem, diante de determinados foros, da prerrogativa de reivindicar diretamente seus direitos lesados e de responder por determinados atos, figurando tanto como reclamantes quanto como reclamados. Um particular somente conta com a possibilidade de atuação direta em foro internacional em função do patrocínio do Estado de que é nacional. Este sim atuando como verdadeiro sujeito de Direito Internacional ao conceder esta prerrogativa, ou seja, existem duas maneiras distintas do particular ter a sua reclamação levada a um foro internacional. A primeira ocorre pela representação por parte de seu Estado de origem, por intermédio da proteção diplomática, na qual lhe é vedado atuar diretamente perante um Tribunal de Direito Internacional; a segunda é verificada pelo acesso direto a um Tribunal Internacional, na qual conta com capacidade para agir independentemente do

²⁰⁹ MATIAS, Op. Cit., p.123.

²¹⁰ REZEK, Op. Cit., p.147.

endosso de seu Estado, ainda que não possa ser considerado sujeito de Direito Internacional.²¹¹

Para outra parte da doutrina não existem regras que vedem a possibilidade de que o indivíduo venha a ser sujeito de Direito Internacional, aceitando que os indivíduos possam gozar de personalidade jurídica internacional. Tal possibilidade não é alcançada pelas pessoas jurídicas de direito interno, não consideradas como sujeitos de Direito Internacional.²¹²

A Convenção de Washington deu novas diretrizes ao conferir tanto a particulares quanto a empresas que fossem investidores em um Estado estrangeiro, o direito de ingressar com ações contra referido Estado perante um Tribunal Arbitral Internacional, não sendo mais necessário que tais investidores solicitem aos seus próprios governos a resolução das contendas em nível interestatal – o conhecido método proteção diplomática. Pela primeira vez foi implementado um sistema através do qual particulares ou sociedades pudessem demandar um Estado de modo direto, restringindo em certa medida a imunidade do Estado, permitindo que o Direito Internacional possa ser aplicado diretamente à relação ente investidor e Estado receptor, excluindo a regra de funcionamento dos recursos locais e permitindo a execução direta da sentença do Tribunal no território dos Estados-Partes.²¹³

A Convenção de Washington dispõe que cada Estado reconhecerá tanto o caráter vinculante das sentenças ditadas em conformidade com a Convenção, quanto a execução em seu território das obrigações monetárias impostas, do mesmo modo em se tratando de uma sentença pronunciada pelo Tribunal.²¹⁴ As sentenças do ICSID são executáveis nos Estados contratantes e não há possibilidade de revisão ou controle sobre o direito vigente neles.²¹⁵

Um dos objetivos da criação do ICSID foi liberar o Presidente do Banco Mundial da tarefa de mediar e conciliar as disputas entre governos e investidores estrangeiros, criando uma instituição que facilitasse a resolução das disputas sobre investimento e ajudasse a promover o aumento do fluxo do investimento internacional. A despolitização da solução de disputas sobre investimentos mediante o oferecimento de um mecanismo institucional e

²¹¹ REZEK, Op. Cit., p.147.

²¹² BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 66.

²¹³ LAUTERPACHT, Elihu. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 11-12.

²¹⁴ REDFERN; HUNTER; BLACKABY; PARTASIDES, Op. Cit., p.128.

²¹⁵ Convenção de Washington - Art. 54, parágrafo 1º.

imparcial que inspirasse a confiança de ambas as partes foi considerado o maior objetivo do ICSID.²¹⁶

Outro objetivo do ICSID foi criado em 1978, quando foram adotadas regras adicionais que autorizam o Secretário Geral do ICSID a administrar certos tipos de procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção de Washington, seja porque não envolvem questões relativas a investimentos, seja porque o Estado hospedeiro do investimento ou o Estado de origem do investidor não são partes contratantes da Convenção de Washington de 1965. O Mecanismo Adicional do ICSID administra um tipo de procedimento não previsto pela Convenção de Washington, chamado de *fact-finding proceedings*, que apura e examina fatos relevantes envolvendo um investimento em questão. Nos procedimentos submetidos aos mecanismos adicionais não se aplicam as exigências específicas da Convenção de Washington, tais como a obrigatoriedade do reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral por todos os Estados contratantes.²¹⁷

Outro objetivo do ICSID pode ser atribuído apenas ao seu Secretário Geral, que é o de escolher os árbitros de uma arbitragem do tipo *ad hoc*. Na arbitragem *ad hoc* são utilizadas frequentemente as regras arbitrais elaboradas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL). Esta comissão é o principal órgão jurídico das Nações Unidas no âmbito do Direito Comercial Internacional e sua função primordial é modernizar e harmonizar regras do comércio internacional, elaborando convenções, leis-modelos e normas aceitáveis em escala mundial (*Standards*). Nesse sentido a UNCITRAL formulou um regulamento de Arbitragem em 1976; uma lei modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional em 1985 e contribuiu na formulação da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.²¹⁸

Neste mecanismo, o seu Secretariado pode administrar procedimentos de Arbitragem entre um Estado e um nacional de outro Estado que estejam excluídos do âmbito de aplicação da Convenção de Washington. Tal mecanismo é sumamente útil mesmo que a sua eficácia dependa do direito interno no lugar do direito internacional. Seu procedimento é celebrado somente nos países contratantes da Convenção de Nova Iorque, pois nesse caso, a sentença não será regida pela Convenção de Washington e não poderá ser executada em conformidade com as regras previstas nesta Convenção. Por esse motivo estas sentenças ficam fora do

²¹⁶ LAUTERPACHT, Op. Cit., p. 11.

²¹⁷ Ibidem, p. 11.

²¹⁸ REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Op. Cit., p.128.

âmbito dos procedimentos de revisão interna do ICSID, sendo possível recorrer aos tribunais internos do Estado.²¹⁹

A Arbitragem Internacional desenvolvida pelo ICSID difere das demais ao permitir o acesso direto de investidores privados, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas a um Tribunal Arbitral Internacional. Esta permissão é um reconhecimento da capacidade de atuação de particulares nas relações internacionais. O dispositivo da Convenção de Washington que disserta a respeito desta característica é o que prevê a restrição do direito de proteção diplomática do Estado contratante de origem do investidor envolvido numa disputa, representando uma concessão aos preceitos da Doutrina Calvos. Uma vez escolhida pelo investidor a arbitragem do ICSID o seu Estado de origem não pode exercer o seu direito de proteção diplomática, a menos que o Estado receptor do investimento não cumpra espontaneamente a sentença arbitral proferida em seu desfavor. A Convenção de Washington possui caráter voluntário e tem como características a flexibilidade e a efetividade.²²⁰

O caráter voluntário repercute na submissão ao sistema de solução de contendas instituído pelo ICSID por intermédio do duplo consentimento, instrumentalizado por parte dos Estados em assinar e ratificar a convenção, sejam eles o Estado e o investidor, envolvidos em determinada contenda. A ratificação da Convenção de Washington pelos Estados não repercute na submissão imediata ao ICSID.²²¹

O parágrafo sétimo do preâmbulo da Convenção dispõe que nenhum Estado contratante será obrigado, sem o seu consentimento, pelo fato de ter ratificado a Convenção de Washington, a submeter qualquer disputa particular à conciliação ou à arbitragem.²²²

A flexibilidade encontrada no ICSID é decorrente da possibilidade de derrogação pelas partes das regras procedimentais previstas pela Convenção de Washington, para adequá-las às suas necessidades particulares. As disposições sobre regras procedimentais são consideradas majormente permissivas, aplicadas apenas em caso de falta de acordo entre as partes. As únicas disposições consideradas obrigatórias são as da proibição da proteção

²¹⁹ REDFERN; HUNTER; BLACKABY; PARTASIDES, Op. Cit., p.130.

²²⁰ SHIHATA, Ibrahim F. I. *Towards a great depolitization of investment disputes: the role of ICSID and MIGA*. *ICSID Review – FILJ*. v. 1, n. 1, 1986. p. 4.

²²¹ SHIHATA, Op. Cit., p. 4.

²²² Convenção de Washington – Preâmbulo do artigo 7º. “Declarando que nenhum Estado Contratante, pelo simples facto de ter ratificado, aceitado ou aprovado a presente Convenção e sem o seu consentimento, ficará vinculado a recorrer à conciliação ou arbitragem em qualquer caso concreto, acordaram o que se segue...”

diplomática pelo Estado de origem do investidor e do número de árbitros, quando o Tribunal Arbitral é composto por mais de um.²²³

Diz-se que a efetividade é garantida pelo consentimento em aderir ao ICSID, que, uma vez oferecido não pode ser unilateralmente revogado, por sua exclusividade em relação a outros mecanismos de solução de contendas, sejam eles jurisdicionais conciliatórios ou arbitrais e por sua independência aos sistemas jurisdicionais nacionais, obstando a discricionariedade dos tribunais nacionais, cujo papel é tão somente colaborar no reconhecimento das sentenças arbitrais, sem que haja a sua apreciação quanto ao mérito no reconhecimento das decisões arbitrais do ICSID, para que sejam consideradas obrigatórias.²²⁴

A exceção da Convenção de Washington a respeito da efetividade das decisões proferidas no seio do ICSID e à imunidade de execução do Estado, se dá pelo fato de que o reconhecimento e execução da sentença arbitral não derogam as leis vigentes nos Estados signatários a respeito da imunidade de execução do referido ou de outro Estado estrangeiro. Desse modo, as sentenças arbitrais proferidas contra Estados numa contenda podem ter reconhecimento e aplicação diferenciados nos diversos Estados contratantes, o que mitiga a efetividade do sistema instituído pelo ICSID. O recurso à imunidade de execução por parte do Estado vencido em uma contenda e o descumprimento da decisão do Tribunal do ICSID acarreta o descumprimento de uma obrigação internacional constante de tratado e a responsabilidade internacional do Estado. Nesse caso, por disposição expressa da Convenção de Washington, há possibilidade de o Estado de origem do investidor exercer a proteção diplomática e ingressar com uma reclamação contra o Estado vencido na Corte Internacional de Justiça.²²⁵

A arbitragem mista do ICSID está submetida às regras procedimentais da Convenção de Washington de 1965, às Regras de Iniciação do Procedimento e às Regras Processuais aplicáveis à arbitragem, elaboradas pelo Conselho Administrativo do ICSID. O procedimento arbitral começa com a solicitação de Arbitragem feita por uma das partes, geralmente os investidores, tendo no pólo processual passivo os Estados ou entidades estatais,²²⁶ ao secretário geral da organização, por escrito e em num dos idiomas oficiais do ICSID, quais

²²³ COSTA, José Augusto Fontoura. Tentações, reputação e cultura; imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados, *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 21, 2009. p. 36.

²²⁴ SHIHATA, Op. Cit., p. 9.

²²⁵ Sentença nº 3131/1979. In *Revue de l'arbitrage*. Paris: 1983. p.525. *Yearbook of Commercial Arbitration*. Haia: v. 9, 1983. p. 109.

²²⁶ COSTA, Op. Cit., p. 35.

sejam, o inglês, francês ou espanhol; contendo a identificação completa das partes; a data da manifestação do consentimento das mesmas à jurisdição do ICSID; a atribuição da nacionalidade do particular a um Estado contratante; e as informações sobre o objeto da contenda. Pelas informações contidas na solicitação, o secretário reputa que a contenda está ou não na jurisdição do ICSID. Em caso afirmativo a solicitação será registrada e as partes serão notificadas deste registro.²²⁷

Na notificação, o secretário geral salientará às partes a importância de constituir o Tribunal Arbitral, enviando em anexo a lista de árbitros do ICSID.²²⁸

O Tribunal Arbitral poderá ser composto por árbitro único ou por um número ímpar de árbitros escolhidos de comum acordo pelas partes. Se não chegarem a um acordo, o Tribunal será composto por três árbitros. Cada parte escolherá um árbitro e ambas, de comum acordo, escolherão o terceiro membro – que figurará como presidente.²²⁹

Passados noventa dias da data de envio da notificação do registro da solicitação, se o Tribunal ainda não tiver sido composto, caberá ao presidente do Conselho Administrativo escolher os árbitros restantes, que não poderão ter a nacionalidade do Estado parte na disputa nem do Estado de origem do particular envolvido na contenda.²³⁰

O Tribunal será considerado constituído quando o secretário geral notificar as partes de que todos os árbitros aceitaram a nomeação. O direito em vigor nos estados contratantes a respeito das imunidades de jurisdição não causa maiores preocupações a respeito da

²²⁷ Convenção de Washington – Art 36. Qualquer Estado Contratante ou qualquer nacional de um Estado Contratante que deseje abrir um processo de arbitragem deverá remeter um requerimento, por escrito, nesse sentido ao secretário-geral, que enviará uma cópia do mesmo à outra parte. O requerimento deverá indicar o objecto do diferendo, a identidade das partes e o seu consentimento na arbitragem, em conformidade com as regras processuais relativas ao início da instância de conciliação e arbitragem. O secretário-geral procederá ao registo do requerimento, excepto se considerar, com base nos dados do mesmo, que o diferendo está manifestamente fora da competência do Centro. Notificará de imediato as partes do registo ou da recusa de registo.

²²⁸ Convenção de Washington – Art. 37. O Tribunal Arbitral deverá ser constituído o mais rapidamente possível após o registo do requerimento, em conformidade com o artigo 36.

²²⁹ Convenção de Washington - Art. 37. O Tribunal terá um único árbitro ou um número ímpar de árbitros nomeados segundo acordo entre as partes. Na falta de acordo entre as partes sobre o número de árbitros e o método da sua nomeação, o Tribunal integrará 3 árbitros, nomeando cada parte um árbitro, e devendo o terceiro, que será o presidente do Tribunal, ser nomeado com o acordo de ambas as partes.

²³⁰ Convenção de Washington - Art. 38. Se o Tribunal não tiver sido constituído num prazo de 90 dias após a notificação de que o registo do requerimento foi feito pelo secretário-geral, em conformidade com o n.º 3 do artigo 36.º, ou dentro de qualquer outro prazo acordado entre as partes, o presidente deverá, a pedido de qualquer das partes e, dentro do possível, depois de consultadas ambas as partes, nomear o árbitro ou árbitros que ainda não tiverem sido nomeados. Os árbitros nomeados pelo presidente, em conformidade com o presente artigo, não deverão ser nacionais do Estado Contratante parte no diferendo nem no diferendo nem do Estado Contratante de que é nacional a outra parte.

possibilidade de execução das sentenças proferidas pelo ICSID. Ante a obrigação geral de respeito do caráter obrigatório das sentenças do ICSID e de cumprimento, os Estados não podem invocar sua imunidade de execução contra as sentenças proferidas.²³¹

O Estado contratante é obrigado a reconhecer a sentença arbitral e assegurar a sua execução em seu território como se esse fosse um julgamento definitivo dos tribunais de seu país. Caso contrário, estará sujeito às sanções previstas pela Convenção, às medidas de proteção diplomática por parte do Estado de origem do investidor²³² e à possibilidade do Estado levar a disputa à Corte Internacional de Justiça.²³³

A possibilidade de anulação total ou parcial da sentença é verificada na constituição incorreta do Tribunal; na extrapolação manifesta das suas funções pelo Tribunal; na corrupção de algum dos árbitros; no descumprimento grave de norma processual; e na ausência de motivação expressa da decisão.²³⁴

²³¹ Convenção de Washington – Art. 55. Nenhuma das disposições do artigo 54.º poderá ser interpretada como constituindo exceção ao direito vigente num Estado Contratante relativo ao privilégio de execução do referido Estado ou de qualquer Estado estrangeiro.

²³² Convenção de Washington – Art. 27 Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, excepto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo. A protecção diplomática, para efeitos do n.º 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, visando unicamente facilitar a resolução do diferendo.

²³³ Convenção de Washington – Art. 64. Qualquer diferendo que surja entre Estados Contratantes referente à interpretação ou aplicação da presente Convenção e que não seja resolvido por negociação deverá ser levado perante o Tribunal Internacional de Justiça a requerimento de qualquer das partes envolvidas no diferendo, excepto se os Estados interessados acordarem noutro método de resolução.

²³⁴ Convenção de Washington – Art. 52. Qualquer das partes poderá pedir por escrito ao secretário-geral a anulação da sentença com base em um ou mais dos seguintes fundamentos: a) Vício na constituição do Tribunal; b) Manifesto excesso de poder do Tribunal; c) Corrupção de um membro do Tribunal; d) Inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou e) Vício de fundamentação. O requerimento deverá ser apresentado dentro de um prazo de 120 dias após a data em que a sentença tiver sido proferida, excepto quando a anulação for pedida com base em corrupção, caso em que o requerimento deverá ser feito dentro de um prazo de 120 dias após a descoberta da corrupção e, em qualquer caso, dentro de 3 anos após a data em que a sentença foi decretada. Ao receber o pedido, o presidente deverá de imediato designar entre as pessoas que figuram na lista dos árbitros um comité ad hoc de 3 pessoas. Nenhum dos membros deste comité poderá ter sido membro do Tribunal que deu a sentença, ser da mesma nacionalidade de qualquer dos membros do dito Tribunal, ser um nacional do Estado parte no diferendo ou do Estado cujo nacional é parte no diferendo nem ter sido designado para a lista dos árbitros, por um desses Estados, ou ter actuado como conciliador nesse mesmo diferendo. O comité terá autoridade para anular a sentença na sua totalidade ou em parte, em razão de um dos fundamentos estabelecidos no n.º 1. As disposições dos artigos 41.º a 45.º, 48.º, 49.º, 53.º e 54.º e dos capítulos VI e VII serão aplicáveis *mutatis mutandis* ao processo no comité. O comité pode, se considerar que as circunstâncias assim o exigem, decidir suspender a execução da sentença até sepronunciar sobre o pedido de anulação. Se o requerente pedir a suspensão da execução da sentença no seu requerimento, a execução será suspensa provisoriamente até que o comité decida sobre o pedido apresentado. Se a sentença for anulada, o diferendo deverá, a pedido de qualquer das partes, ser submetido a novo Tribunal constituído em conformidade com a secção 2 do presente capítulo.

Para apreciar o pedido de anulação, será constituído um Comitê *ad hoc* pelo presidente do Conselho Administrativo, que examinará a sentença proferida seguindo as regras dispostas para o procedimento arbitral, pois se a sentença for anulada, as partes poderão solicitar que a contenda seja submetida a um novo Tribunal Arbitral. Se houver anulação parcial, o novo Tribunal decidirá apenas sobre os pontos anulados pelo Comitê *ad hoc*.

2.3 A jurisdição do ICSID

A finalidade do ICSID em oferecer facilidades à Conciliação e Arbitragem em matéria de investimentos deve ser interpretada por intermédio da garantia ao acesso dos atores privados a uma jurisdição que lhes dê a possibilidade de questionar o Estado, principal sujeito do direito internacional, consolidando a situação que já era presenciada nos tribunais transnacionais *ad doc*.

O ICSID não tem poderes jurisdicionais no sentido geralmente aceito da expressão. A Convenção de Washington não esclarece o sentido do termo. São as notas explicativas que a acompanham que atestam que o termo é utilizado para expressar os limites dentro dos quais as disposições serão aplicadas aos procedimentos de conciliação e arbitragem.²³⁵

O vocábulo competência seria mais adequado para tratar sobre o âmbito de atuação do ICSID, mesmo que haja uma tendência atual em validar uma espécie de jurisdição geral inserida no movimento de globalização, voltado para o tratamento dos problemas em nível planetário.²³⁶

A jurisdição do ICSID é limitada²³⁷ e a Convenção de Washington não define as noções de investimento e os aspectos legais das contendas, resultado direto da falta de consenso entre os elaboradores da Convenção sobre os referidos termos.²³⁸

²³⁵ MATIAS, Op. Cit., p.125.

²³⁶ STERN, Brigitte. *Le consentement à l'arbitrage ICSID en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires? Souveraineté Étatique et Marchés Internationaux à la fin du Vintième Siècle. Dijon, France: Université de Bourgogne. Année: CBRSS, 2000, v. 20. p. 232.*

²³⁷ Convenção de Washington - Art. 25. A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente. «Nacional de

A noção de investimentos ante as imprecisões do ponto de vista técnico e a divergência entre os países signatários a respeito da natureza da transação que eles aceitariam submeter à jurisdição do ICSID não está definida, razão pela qual deverá ser definida pelas partes na elaboração dos acordos específicos de investimento ou na manifestação do consentimento por escrito exigido pela Convenção de Washington. Tal definição não poderá ser incoerente em relação à Convenção de Washington e deverá corroborar o caráter voluntário e consensual para permitir uma maior abertura no seu âmbito de aplicação.²³⁹

A falta de precisão terminológica pode ser justificada também pela possibilidade de adequação da Convenção de Washington às novas modalidades de investimentos que surgirem.²⁴⁰

Os limites materiais dados à jurisdição do ICSID são maleáveis, de modo que o texto da Convenção de Washington possa ser aceito pelo maior número de Estados possível a um grande número de situações e, de modo consensual, possibilitar que as partes contratantes estabeleçam os limites da jurisdição do ICSID.²⁴¹

A delimitação da jurisdição do ICSID em razão da pessoa é baseada no caráter das partes envolvidas na disputa.²⁴²

outro Estado Contratante» significa: a) Qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou arbitragem em conformidade com o n.º 3 do artigo 28.º ou o n.º 3 do artigo 36.º, à exclusão de qualquer pessoa que, em qualquer das datas referidas, tivesse igualmente a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo; e qualquer pessoa colectiva que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa colectiva que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção. O consentimento de uma pessoa colectiva de direito público ou de um organismo de um Estado Contratante requererá a aprovação do referido Estado, excepto se o mesmo notificar o Centro no sentido de que tal aprovação não é necessária. Todos os Estados Contratantes poderão, na altura da sua ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou em qualquer outra data posterior, notificar o Centro sobre a categoria ou categorias de diferendos que consideram poderem ser sujeitos à competência do Centro. O secretário-geral deverá transmitir imediatamente a notificação recebida a todos os Estados Contratantes. Tal notificação não dispensará o consentimento exigido pelo n.º 1.

²³⁸ BROCHES, Op. Cit., p. 364.

²³⁹ Ibidem, p. 362.

²⁴⁰ DELAUME, Georges R. *Consent to ICSID arbitration. In: The changing world of international law in the twenty-first century: a tribute to the late Kenneth R. Simmonds. The Hague: ed. Joseph J. Norto., Mads Andenas: Mary Footer, 1998. p. 172.*

²⁴¹ _____, *Judicial decisions related to sovereign immunity and transnational arbitration. ICSID Review. FILJ, v.2, 1987. p. 420.*

²⁴² Convenção de Washington - Art. 25. A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado

Não se inserem no âmbito de aplicação do ICSID as contendas entre Estados nos quais existam mecanismos tradicionais de Arbitragem Internacional Pública, nos quais exista a possibilidade de submissão à jurisdição de um Tribunal Internacional e na possibilidade das contendas entre particulares serem solucionadas tanto por tribunais nacionais quanto pela arbitragem comercial internacional.²⁴³

Em atenção aos princípios e normas de Direito Internacional, uma Convenção é cogente apenas para os Estados signatários e um Estado apenas pode demandar e ser demandado no ICSID se tiver assinado e ratificado a Convenção de Washington que a instituiu.²⁴⁴

A delimitação da jurisdição do ICSID levando-se em conta o caráter das partes envolvidas está previsto no artigo 25 da Convenção de Washington, que esclarece que são admitidas como partes as subdivisões políticas ou organismos públicos de um Estado contratante, exigindo que este último credite perante a Secretaria do ICSID as subdivisões políticas e os organismos públicos autorizados a figurar como partes nos procedimentos conciliatórios e arbitrais instaurados pelo ICSID confirmando o consentimento dessas subdivisões ou organismos, a menos que o próprio Estado notifique à Secretaria da organização que esta aprovação é desnecessária.

Não está prevista forma particular de notificação e de autorização a ser exigida pela Convenção de Washington, ou seja, os referidos atos podem ser feitos pela demonstração de interesse pelo Estado em preencher o requisito da designação. Se uma subdivisão política ou um organismo público não constar da lista fornecida pelo Estado contratante do qual faz parte, não se veda a possibilidade de atuar como parte nos procedimentos do ICSID.²⁴⁵

O parágrafo segundo do art. 25 estabelece apenas critérios temporais para a aferição da nacionalidade da pessoa física e jurídica. Cabe ao Secretário-Geral examinar o preenchimento do requisito e decidir ou não pelo registro da solicitação e o Tribunal Arbitral posteriormente se pronunciará sobre a sua própria competência.

Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente.

²⁴³ BROCHES, Op. Cit., p. 354.

²⁴⁴ MATIAS, Op. Cit., p.123.

²⁴⁵ LAMM, Carolyn B. *Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID Review. FILJ*, v. 6, n. 2, 1991. p. 469.

Na análise da nacionalidade do investidor, pacifica-se o entendimento de que as certidões de nacionalidade não são provas conclusivas, mas simples evidência. Do mesmo modo ocorre com os acordos entre as partes sobre a questão da nacionalidade, pois também são tidos como simples presunção de existência da nacionalidade versada, mas que tampouco é considerada como prova conclusiva.²⁴⁶

Para as pessoas físicas, a exigência se dá primeiramente na data do consentimento pela submissão da contenda ao ICSID e posteriormente na data em que a solicitação de conciliação ou arbitragem for apresentada à Secretaria. A dupla nacionalidade das pessoas físicas estipula que não se considera nacional de outro Estado contratante, as pessoas que, em qualquer desses momentos, possuam concomitantemente a nacionalidade do Estado parte na diferença.²⁴⁷

Pelo fato da Convenção de Washington não definir nacionalidade, caberá aos Tribunais e comissões a definição de sua competência, decidir se uma nacionalidade de conveniência ou adquirida involuntariamente pelo investidor deve ser desconsiderada. Existe somente uma situação em que a nacionalidade do Estado hospedeiro pode ser desconsiderada, seja ela a aquisição involuntária e compulsória da nacionalidade do Estado receptor do investimento pelo investidor após o seu consentimento em se submeter à jurisdição do ICSID, objetivando a frustração da jurisdição do ICSID.²⁴⁸

Para as pessoas jurídicas, exige-se que as mesmas tenham a nacionalidade de outro Estado contratante na data em que as partes da disputa consintam em se submeter à jurisdição do ICSID. As mudanças de nacionalidade ocorridas subsequentemente não são relevantes na determinação da jurisdição do ICSID.²⁴⁹

A Convenção de Washington não define pessoa jurídica e é omissa quanto ao critério para determinar a sua nacionalidade. Destaca apenas que o investidor estrangeiro deve gozar de personalidade jurídica determinada por algum ordenamento jurídico.²⁵⁰

²⁴⁶ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID convention: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 72.

²⁴⁷ BROCHES, Op. Cit., p. 358.

²⁴⁸ SCHREUER, Op. Cit., p. 75.

²⁴⁹ Convenção de Washington - Art. 25 Qualquer pessoa colectiva que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa colectiva que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção.

²⁵⁰ SCHREUER, Op. Cit., p. 81.

Na determinação da natureza do controle considerado para fixação da nacionalidade o controle pode ser direto ou indireto ainda que a Convenção de Washington não estabeleça o método a ser adotado, razão pela qual os tribunais arbitrais do ICSID têm proferido decisões contraditórias, adotando tanto o critério do controle direto quanto o do controle indireto na determinação da nacionalidade da pessoa jurídica e da competência do ICSID. Os Tribunais Arbitrais do ICSID não têm por objetivo adotar um critério único, pois a tendência de se autojustificar acompanha todas as organizações burocráticas e, no caso específico do ICSID, explica a inexistência de um critério único na determinação da nacionalidade de pessoas jurídicas estrangeiras.²⁵¹

Também é característica da Convenção de Washington deixar a cargo das partes, dentro de limites gerais, a decisão a respeito dos critérios a serem considerados na delimitação da jurisdição do ICSID, tanto em razão da matéria quanto em razão da pessoa. Em cada caso cabe às partes acordar sobre a noção de investimentos que será adotada, o rol de disputas que aceitará submeter ao ICSID e o critério de nacionalidade a ser seguido. As dificuldades de tais possibilidades são as relações de poder que em cada situação específica possam determinar a definição dos termos do acordo e da própria jurisdição do ICSID, pois o maior poder de barganha na elaboração dos contratos e acordos está especialmente do lado do país desenvolvido, que não necessita de capital externo para movimentar a sua economia.²⁵²

A jurisdição do ICSID, uma vez escolhida, passa a ser exclusiva para resolver conflitos relativos a investimentos.²⁵³

À exclusividade da jurisdição do ICSID concorrem a existência de consentimento válido das partes envolvidas numa contenda em acionar o sistema arbitral do ICSID e a inexistência de referência a outras formas de Arbitragem ou soluções judiciais. Quanto ao primeiro, a aplicação do art. 26 tem início no momento que o consentimento é dado, ainda que o procedimento arbitral não tenha sido instituído. Na estipulação, pelas partes, de formas

²⁵¹ *Ibidem*, p. 81.

²⁵² DELAUME, *Op. Cit.*, p. 168.

²⁵³ Convenção de Washington - Art. 26. O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção. Art. 27. Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, excepto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo. A protecção diplomática, para efeitos do n.º 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, visando unicamente facilitar a resolução do diferendo.

alternativas ou concorrentes de solução de contendas, onde é prevista a possibilidade de se dar por referência Tribunais Arbitrais ou cláusulas arbitrais em favor de arbitragens *ad hoc* seguindo as regras da UNCITRAL ou de arbitragens mistas realizadas por entidades privadas como a Corte Arbitral da Câmara de Comércio Arbitral (CCI) e a Arbitragem da *American Arbitration Association* (AAA).²⁵⁴

Referências a múltiplas formas de solução arbitral feitas pelas partes em legislações nacionais e em Acordos Bilaterais de Investimentos têm causado problemas de ordem prática, pois mesmo os contratos celebrados entre os investidores e os Estados hospedeiros podem conter referências conflitantes. A segunda parte do art. 26 determina que o Estado contratante requeira o esgotamento dos recursos locais administrativos ou judiciais como condição para o consentimento à Arbitragem do ICSID. Tal qual a regra do Direito Internacional tradicional que exige o esgotamento dos recursos internos pela parte que queira pleitear a responsabilidade internacional de um Estado por intermédio da solicitação de proteção diplomática ao seu Estado de origem.

Não é, portanto, uma determinação da Convenção de Washington, mas um direito do Estado, suscetível de renúncia num contexto particular. O art. 26 inverte o preceito de Direito Internacional, tornando exceção o que era a regra.²⁵⁵

O anseio dos países em desenvolvimento era perpretrar a exigência tradicional pelo receio que a inversão da regra eliminasse o papel dos tribunais nacionais, dando origem a procedimentos privilegiados aos investidores estrangeiros. O entendimento pacificado do art. 26 é que apenas cria uma regra interpretativa na qual a Arbitragem é o único mecanismo na solução de contendas e as partes estão livres para requerer o esgotamento dos recursos internos como condição.²⁵⁶

O esgotamento dos recursos internos do Estado hospedeiro como condição para acionar o sistema do ICSID não implica restrição ao poder decisório dos árbitros numa determinada disputa e à liberdade de rever julgamentos proferidos por tribunais nacionais, tampouco é contrária à regra do Direito Internacional clássico, que prevê que somente na

²⁵⁴ SCHREUER, Op. Cit., p. 155.

²⁵⁵ SCHREUER, Op. Cit., p. 95.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 197.

denegação de justiça de uma matéria levada aos tribunais de um Estado e que possa ser examinada por instâncias internacionais.²⁵⁷

A parte final do art. 27 da Convenção de Washington prevê uma exceção à renúncia ao direito de proteção diplomática, que também é uma exceção à exclusividade da arbitragem do ICSID ao permitir que o Estado de nacionalidade do investidor utilize o recurso à proteção diplomática nos casos em que o Estado hospedeiro do investimento tenha sido condenado, mas dê sinais de que não irá cumprir a decisão arbitral do ICSID, possibilitando uma arbitragem interestatal ou um recurso à Corte Internacional de Justiça que seja para fins de cumprimento e não de revisão da sentença arbitral proferida.²⁵⁸

Para que uma sentença arbitral internacional seja aplicável, deve ser aceita pelas autoridades legais do Estado. Essa aceitação não é uniforme entre os diferentes sistemas legais e o próprio procedimento arbitral é aceito de modos distintos pelos ordenamentos jurídicos dos países contratantes.²⁵⁹

A Convenção de Nova Iorque de 1958 uniformiza a aceitação da sentença arbitral e a sua exigibilidade no plano interno. Em parte pelo reconhecimento da execução das sentenças arbitrais proferidas no território de um Estado diferente daquele em que o reconhecimento e a execução da decisão são almejados. Põe termo à exigência de duplo *exequatur* reservando ao Estado o poder de recusar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral estrangeira toda vez que não creditar que o mesmo poderia ter sido proferido no país em que almeja a execução, pelo fato de o objeto do pedido ser contrário à sua ordem pública. Os Estados hospedeiros de investimentos que não ratificaram a Convenção de Nova Iorque adotam critérios particulares para a aceitação da sentença arbitral em seus ordenamentos internos.²⁶⁰

A Convenção do ICSID determina que as sentenças arbitrais sejam obrigatórias para todo Estado contratante e devem ser cumpridas por aqueles que não fazem parte da disputa em questão, determinando que todos os Estados contratantes devem reconhecer à sentença arbitral igual força de uma sentença proferida por um Tribunal Nacional Ordinário.²⁶¹

²⁵⁷ Idem, p. 204.

²⁵⁸ PARRA, Antonio R. *Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment laws, bilateral investment treaties and multilateral instruments on investments*. *ICSID Review. FILJ*, v. 12, n. 2, 1997. p. 328.

²⁵⁹ LAMM, Op. Cit., p. 478.

²⁶⁰ FOUCHARD, Philippe. *Revue D'Arbitrage*. RDBMCeA, n. 8, p. 331.

²⁶¹ Convenção de Washington - Art. 53. A sentença será obrigatória para as partes e não poderá ser objecto de apelação ou qualquer outro recurso, excepto os previstos na presente Convenção. Cada parte deverá acatar os termos da sentença, excepto se a execução for suspensa em conformidade com as disposições da presente

No procedimento de reconhecimento o interessado na execução de uma sentença arbitral no território de um Estado contratante deve apresentar uma cópia da sentença, devidamente certificada pelo secretário geral, aos tribunais competentes e às autoridades designadas pelos Estados como competentes para fazer o reconhecimento.

No caso dos Estados federados, a Convenção de Washington esclarece que as sentenças serão executadas pelos Tribunais Federais para serem reconhecidas como sentenças dos tribunais de um Estado federado. Tal possibilidade garante a obrigatoriedade da sentença arbitral e a sua implementação, ainda que não haja uniformidade na execução realizada em consonância às normas sobre execução de sentenças vigentes em cada país. O Estado que não cumprir uma decisão arbitral proferida por tribunais do ICSID, por descumprir um Tratado Internacional, poderá ser levado à CIJ e poderá ser responsabilizado internacionalmente e sofrer sanções de natureza econômica e moral.²⁶²

Com o início do procedimento, as partes podem fazer questionamentos a respeito da incompetência do Tribunal Arbitral e os próprios tribunais arbitrais são juízes da sua competência pela chamada competência da competência tal qual o princípio de Direito Internacional Público.²⁶³

Sua origem é decorrente do costume e do caráter voluntário da solução jurisdicional, ainda que não seja arbitral, pois a estruturação da arbitragem sob o modelo de Tribunal composto por mais de um árbitro tornou a distinção entre a solução judicial e arbitral mera formalidade no âmbito internacional. As atuais decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional e da CIJ reconhecem a competência dos juízes internacionais para decidirem

Convenção. No âmbito dos objectivos desta secção, «sentença» incluirá qualquer decisão referente à interpretação, revisão ou anulação da sentença em conformidade com os artigos 50º, 51º e 52º.

Art. 54. Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um Tribunal desse Estado. O Estado Contratante que tenha uma constituição federal poderá dar execução à sentença por intermédio dos seus tribunais federais e providenciar para que estes considerem tal sentença como decisão final dos tribunais de um dos Estados federados. A parte que deseje obter o reconhecimento e a execução de uma sentença no território de um Estado Contratante deverá fornecer ao Tribunal competente ou a qualquer outra autoridade que tal Estado tenha designado para este efeito uma cópia da sentença autenticada pelo secretário-geral. Cada Estado Contratante deverá notificar o secretário-geral da designação do Tribunal ou autoridade competente para este efeito e informá-lo de eventuais modificações subsequentes a tal designação. A execução da sentença será regida pelas leis referentes à execução de sentença vigentes no Estado em cujo território deverá ter lugar.

²⁶² GAILLARD, Emmanuel. *Centre International pour le reglement des differends relatifs aux investissements (ICSID): chronique des sentences arbitrales. Journal du Droit International*. n. 1, 1994, p. 234.

²⁶³ Convenção de Washington - Art. 41. Só o Tribunal conhecerá da sua própria competência. Qualquer excepção de incompetência relativa ao Centro ou, por quaisquer razões, ao Tribunal deverá ser considerada pelo Tribunal, que determinará se a mesma deverá ser tratada como questão preliminar ou examinada juntamente com as questões de fundo.

sobre a sua própria competência, caso venham a ser questionadas – fato também verificado na arbitragem internacional. A competência do órgão arbitral deriva do próprio compromisso de arbitragem e, pelo seu caráter jurisdicional, está habilitado a interpretar o próprio compromisso do qual derivou.²⁶⁴

O princípio competência da competência é aplicável a todo tipo de arbitragem, seja pública, privada ou mista e também está presente em tratados internacionais sobre arbitragem pública, no próprio modelo de regras arbitrais da Comissão de Direito Internacional da ONU, em convenções internacionais e leis-modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, tendo por base a UNCITRAL e as regras procedimentais de Arbitragem Internacional das instituições arbitrais da CCI.²⁶⁵

Na Arbitragem Comercial Internacional, assemelhada em muitos aspectos ao sistema arbitral do ICSID, a competência dos árbitros de decidir sobre a sua própria capacidade de pronunciamento está sujeita a controle posterior dos tribunais nacionais. Tal fato não pode ser interpretado como se houvesse hierarquia entre os sistemas. O que se considera necessário é conferir segurança às relações jurídicas em matéria de comércio internacional, evitando manobras dilatórias como a exceção de incompetência dos foros arbitrais. Existe a possibilidade dos tribunais nacionais na solicitação de execução da sentença arbitral estrangeira, examinar a validade da convenção arbitral e a sua compatibilidade com a ordem pública nacional.²⁶⁶

Nos tribunais arbitrais instituídos pelo ICSID, pela desnecessidade de homologação das sentenças arbitrais pelos tribunais nacionais, a prerrogativa dos árbitros de determinar a própria competência assume uma importância relevante, pois é de competência exclusiva destes interpretar os termos do consentimento dado pelas partes e determinar os limites da sua própria competência e da jurisdição do ICSID.²⁶⁷

No exercício do princípio competência da competência os árbitros interpretarão a convenção arbitral e a manifestação de vontade das partes por intermédio de princípios e regras predeterminados, para não incorrer em abuso de poder e na anulação da sentença arbitral. A interpretação dos árbitros deveria ser guiada pelo princípio da busca pela real vontade das partes, ainda que ao se tratar da limitação de direitos soberanos seja fundamental

²⁶⁴ DINH; DAILLER; PELLET, Op. Cit., p. 755.

²⁶⁵ Ibidem, p. 755.

²⁶⁶ FOUCHARD, Op. Cit., p.143.

²⁶⁷ Ibidem, p. 143.

uma interpretação restritiva. Os árbitros possuem uma grande responsabilidade diante da arbitragem *without privity* instituída pelo ICSID, pois a interpretação dada pelos julgadores aos seus termos repercute nas relações econômicas internacionais.²⁶⁸

2.4 O consentimento como determinante da jurisdição

O caráter voluntário da Convenção do ICSID repercute no consentimento das partes ser considerado como pedra angular da sua jurisdição, ainda que não seja suficiente apenas o consentimento para definir a jurisdição do ICSID. É uma chave interpretativa de todo o sistema instituído pela Convenção de Washington nas questões envolvendo a delimitação da jurisdição em razão da matéria e em razão da pessoa.²⁶⁹

Nos trabalhos preparatórios da Convenção de Washington não se definiu de modo preciso a jurisdição do ICSID, ante os posicionamentos à época conflitantes que entendiam ser desnecessário precisar o termo, pois a utilização do ICSID era opcional e os termos do consentimento seriam a verdadeira delimitação do âmbito de atuação do ICSID.²⁷⁰

A imprecisão da descrição das atividades a serem realizadas pelo ICSID gerou grande descontentamento por parte dos países em desenvolvimento e hospedeiros de investimentos estrangeiros, pois a ratificação da Convenção de Washington representava uma expectativa de adesão à jurisdição do ICSID, o que os pressionaria a dar o seu consentimento nos casos concretos.²⁷¹

Mesmo antes do início dos trabalhos de elaboração da Convenção, em 1961, observava-se em nota do Presidente dos Diretores Executivos o posicionamento de que a simples adesão à convenção a ser elaborada não representaria por si só uma obrigação ao Estado contratante de se submeter à jurisdição do ICSID. Seria necessário um consentimento expresso por intermédio de uma declaração das partes arguindo previamente em se submeter a uma categoria específica de disputas à conciliação ou arbitragem do ICSID, ou por acordo

²⁶⁸ STERN, Brigitte. O contencioso dos investimentos internacionais. Barueri: Manole, 2003. p. 244.

²⁶⁹ BROCHES, Op. Cit., p. 352.

²⁷⁰ SCHREUER, Op. Cit., p.90.

²⁷¹ Ibidem, p. 90.

entre o Estado e o investidor, que previsse a submissão àquela jurisdição das contendas surgidas no seu âmbito.²⁷²

Esta exigência foi referenciada na primeira minuta da Convenção de Washington como uma possibilidade. No projeto preliminar apresentado em 1963 estava estabelecido que o acordo em se submeter à arbitragem poderia ser feito pelo engajamento prévio por escrito; pela submissão *ad hoc* de um litígio ao ICSID; e pela aceitação de uma das partes de um litígio submetido ao ICSID pela outra parte.²⁷³

Tal proposta manteve o descontentamento dos países em desenvolvimento, principalmente nas duas últimas formas enumeradas pela possibilidade da manifestação do consentimento de forma tácita ou indireta. Nas propostas seguintes, tais formas foram excluídas. A Convenção não exige que as partes comuniquem à Secretaria do ICSID quando o consentimento for dado, embora seja exigida a comprovação de sua existência na solicitação de conciliação ou arbitragem.²⁷⁴

A Arbitragem, como regime de exceção que é, exige o consentimento das partes envolvidas para poder acontecer. Essa manifestação de vontade, chamada de convenção arbitral é dada por intermédio de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral. A cláusula compromissória geralmente faz parte de um contrato específico celebrado diretamente pelas partes, que declaram consentir antecipadamente em recorrer à arbitragem para solucionar quaisquer contendas que, futuramente, venham a surgir em decorrência daquele contrato. Por sua vez, o compromisso arbitral é apenas firmado entre as partes após o surgimento da disputa.²⁷⁵

A Convenção de Washington pretendia criar uma nova forma de manifestação do consentimento considerando a existência de três modalidades de consentir: a inserção de uma cláusula num contrato; a assinatura de um compromisso arbitral referente a um litígio já surgido e a manifestação unilateral do Estado numa lei nacional de proteção de investimentos ou num documento, por meio do qual o mesmo declararia submeter ao ICSID uma determinada classe de disputas.

²⁷² STERN, Op. Cit., p. 224.

²⁷³ Ibidem, p. 229.

²⁷⁴ Idem, p. 229.

²⁷⁵ FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Librairie Dalloz, 1965. p. 142.

Tal ideia não foi aceita por todos os Estados que participaram das discussões prévias à elaboração do texto convencional, razão pela qual nos comentários do projeto preliminar submetido à discussão nas reuniões consultivas com expertos jurídicos dos governos dos Estados membros do Banco Mundial, em 1963 e 1964, consolidou-se o posicionamento de não exigir uma forma específica de expressar o consentimento.²⁷⁶

Na Convenção de Washington existe a tática do Banco Mundial de tentar proliferar de forma indireta o acesso direto do investidor estrangeiro à arbitragem internacional decorrente da pressão exercida pelos países exportadores de capitais no sentido de impor aos Estados receptores do investimento estrangeiro a aceitação da Arbitragem Transnacional em legislações nacionais.²⁷⁷

Nos trabalhos preparatórios da Convenção de Washington, pouca menção foi feita aos Acordos Bilaterais de Investimentos. Entretanto, aplica-se às cláusulas arbitrais constantes nos Acordos Bilaterais de Investimentos, o mesmo raciocínio desenvolvido para as legislações nacionais, sendo possível dizer o mesmo em relação aos tratados multilaterais que envolvem a temática dos investimentos como o tratado do NAFTA, do Mercosul, do Acordo de Cartagena e da Carta de Energia. Cada um desses Tratados ou Protocolos elaborados no seu âmbito possui cláusulas arbitrais de diferentes amplitudes, que serão interpretadas como ofertas unilaterais e não-retratáveis de submissão à jurisdição do ICSID.²⁷⁸

Os Tratados Multilaterais, como formas de uniformização do direito dos investimentos internacionais e a adoção consentida dos padrões internacionais, constituem uma outra forma de conduzir as relações entre investidores estrangeiros e Estados para a direção apontada pelo Banco Mundial.

A aplicação da ideia dos diretores executivos do Banco criou a chamada cláusula compromissória unilateral. Essa forma mais ampla de construir o acordo arbitral entre as partes influencia na delimitação da jurisdição do ICSID e na interpretação que os seus tribunais fazem do consentimento expresso e escrito que cada uma das partes é obrigada a dar. Não se sabe até que ponto a interpretação que os tribunais do ICSID podem fazer das cláusulas arbitrais constantes de tratados e dos dispositivos constantes de legislações nacionais estendem o âmbito de atuação do ICSID em detrimento da prerrogativa dos Estados

²⁷⁶ STERN, Op. Cit., p. 229.

²⁷⁷ KLEINHEISTERKAMP, Op. Cit., p. 165.

²⁷⁸ SCHREUER, Op. Cit., p. 224

soberanos de submeter-se voluntariamente a uma instância arbitral internacional afastando a sua processualidade estatal.²⁷⁹

Os termos de um debate na constância dos trabalhos preparatórios da Convenção guarda estreita relação com a forma do consentimento, posto que a delimitação da jurisdição foi exaustivamente discutida, inclusive se a submissão ao ICSID seria somente em relação aos litígios derivados do contrato específico de investimentos ou em relação a toda e qualquer espécie de investimentos. Países como os Estados Unidos, a França, a Itália e a Grã-Bretanha defendem a posição extensiva e países como Índia, Israel, Brasil e Líbano adotam a posição restritiva, pois a jurisdição do ICSID só deveria ser aplicável ao investidor que tivesse celebrado um contrato específico com o Estado, sob pena de tratamento discriminatório ao investidor nacional. Os representantes brasileiros afirmam que o ICSID não poderia se transformar num organismo de revisão das legislações de diferentes países.²⁸⁰

Os defensores do projeto obtiveram a maioria a favor da tese extensiva e, ao final, os Estados não seriam obrigados a submeter todos os litígios ao ICSID podendo dar o consentimento somente para litígios contratuais. A competência para todos os investimentos foi implicitamente estipulada como o limite máximo da competência do ICSID.²⁸¹

Sobre o momento do consentimento, a Convenção de Washington também não faz menção detalhada, exigindo apenas que seja prévia à solicitação da conciliação ou arbitragem. As notas dos diretores executivos explicam que o consentimento das partes deve existir no momento em que se apresenta a solicitação ao ICSID, ou seja, a parte que solicita a instauração do procedimento conciliatório ou arbitral já deve ter manifestado o seu consentimento previamente e não pode advir do ato que requer a constituição de um Tribunal Arbitral ou comissão conciliatória.²⁸²

A identificação do momento no qual o consentimento é oferecido é relevante pelas consequências que advêm da manifestação de vontade, podendo repercutir na irrevogabilidade do consentimento, na determinação da nacionalidade do investidor, na exclusão de outros remédios, na restrição da proteção diplomática e na fixação das regras intertemporais. Quanto à irrevogabilidade do consentimento, a Convenção de Washington determina que uma vez dado o consentimento pelas partes, o mesmo não pode ser unilateralmente retirado, regra

²⁷⁹ LEE, João Bosco. Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2000. p. 49.

²⁸⁰ STERN, Op. Cit., p. 239.

²⁸¹ STERN, Op. Cit., p. 239.

²⁸² Ibidem, p. 239.

sumamente importante ao sistema ICSID, pois permite que o procedimento seja finalizado mesmo se uma das partes resistir em colaborar.²⁸³

Quanto à exclusão de outros remédios, o consentimento das partes ao procedimento arbitral exclui automaticamente qualquer outro recurso anteriormente disponível para solucionar contendas sobre investimentos, incluindo as jurisdições nacionais. É facultado aos Estados contratantes impor condições à jurisdição do ICSID por intermédio do esgotamento dos recursos administrativos e judiciais disponíveis no seu direito interno.²⁸⁴

A delimitação do momento em que o consentimento foi dado também determina quais normas de direito serão aplicadas ao caso em análise. O art. 26 da Convenção de Washington é totalmente relevante nos casos em que a legislação do Estado hospedeiro, utilizada no procedimento, tenha sido alterada após o acordo celebrado pelas partes.

Nesse sentido, o dispositivo do ICSID possui o mesmo efeito das cláusulas de estabilização, defendidas anteriormente pelos grandes investidores e tão veementemente negadas pelos Estados importadores de capital externo. Estas cláusulas determinam o congelamento do direito do Estado aplicável ao contrato, no momento de sua assinatura, a fim de blindar os investidores das mudanças de conduta dos Estados receptores após a celebração do contrato de investimento.²⁸⁵

2.5 O ICISID e a posição do Brasil

O posicionamento pátrio perante as alternativas de solução de contendas internacionais e à própria Arbitragem foram sempre conservadores, herança direta da Doutrina Calvo. Os ideais da nova ordem econômica internacional, defendidos no cenário internacional nas décadas de 1960 e 1970, pelo Brasil, um dos mais participativos membros do Grupo dos Setenta e Sete nas Nações Unidas, teceram derradeiras influências ainda na década de 1990. O conceito de soberania nacional não se arrefecia e encontrava respaldo na cultura jurídica e

²⁸³ SCHREUER, Op. Cit., p. 225.

²⁸⁴ Convenção de Washington - Art. 26. O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção.

²⁸⁵ HUCK, Hermes Marcelo. Contratos com o Estado: aspectos de Direito Internacional. 1. ed. São Paulo: Aquarela, 1989. p. 129

perante o governo pátrio, ainda que influentes os movimentos de integração regional e a economia de mercado com o fluxo de capitais.²⁸⁶

O Brasil não aderiu à Convenção de Washington²⁸⁷ e ao Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID), fato que contrastou com a postura tomada pelos demais países latino-americanos.

O Brasil se opõe a abrir mão de sua soberania nos compromissos internacionais perante outros Estados, perante investidores estrangeiros e a Arbitragem Internacional decorrente de compromissos assumidos com esses mesmos investidores.

Por essa razão também se verifica a carência de BITs assinados pelo Brasil e a sua recusa em aderir à Convenção de Washington.

Nesse sentido também se verifica o porquê da resistência há alguns anos atrás da própria via arbitral como solucionadora de contendas, mesmo que fosse feita de modo interno e entre particulares. Somente em 1996 foi sancionada a Lei n.º 9.307 que trata especificamente da Arbitragem, regulamentando e tratando da matéria. Tal diploma legal sofreu toda a sorte de questionamentos quanto à sua constitucionalidade e a própria aplicação da Lei de Arbitragem pátria evoluiu lentamente até a confirmação de sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – STF.

A partir desta confirmação, a realidade brasileira foi alterada, pelo incremento da receptividade da Arbitragem Internacional e dos compromissos dela decorrentes perante a comunidade internacional. Tal quadro pode ser notado ante a ratificação da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feitas em Nova Iorque²⁸⁸ e do Acordo sobre Arbitragem Comercial no Mercosul.²⁸⁹ O Brasil vem aumentando a sua aceitação e adoção da Arbitragem Internacional como alternativa viável na solução de contendas.

Nesse sentido é que surgem as discussões quanto aos BITs e a segurança jurídica que propiciariam. O Brasil não tem um histórico de ratificação desse tipo de tratado pela dificuldade de se comprovar a existência de uma relação direta entre a adesão ao sistema internacional de proteção de investimentos e o aumento no investimento estrangeiro direto.

²⁸⁶ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.49.

²⁸⁷ Convenção para a Solução de Contendas relacionadas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – Convenção de Washington, proposta pelo Banco Mundial em março de 1965 e vigente a partir de 14.10.1966, quando do depósito do vigésimo instrumento de ratificação de um Estado-parte. Disponível em <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (visitado em 26.09.2009).

²⁸⁸ Promulgado pelo Dec. 4311, de 23.07.2002, DOU em 24.07.2002, em vigor naquela mesma data.

²⁸⁹ Promulgado pelo Dec. 4719, de 04.06.2003, DOU em 05.06.2003, em vigor naquela mesma data.

Pelo fato de não ser signatário da Convenção de Washington ao investir em países que sejam signatários pode valer-se do ICSID do seu mecanismo suplementar ao qual não se aplicam às disposições da Convenção de Washington.²⁹⁰

Na indisponibilidade de meios mais eficientes na proteção de seus investimentos, opções viáveis seriam as práticas do fórum shopping e o *treaty* shopping. Ambos consistem na realização de investimentos a partir de países que tenham celebrado acordos que confirmam maior segurança a seus nacionais. Por esses mecanismos, determinada empresa realizaria seu investimento a partir de uma subsidiária constituída em um país que tenha aderido à Convenção de Washington ou por intermédio de uma subsidiária criada em um país que tenha celebrado um BIT junto ao Estado hospedeiro do investimento. Ressalta-se que tais opções são temporárias, que existem tribunais arbitrais que não aceitam essas opções e que os BITs mais recentes possuem dispositivos que vedam o *treaty* shopping.²⁹¹

De todo modo não é clara a relevância e importância do Brasil aderir à Convenção de Washington e ratificar BITs. Não existem demonstrações que provem que esses mecanismos possibilitem uma Arbitragem contra um estado soberano em que as disputas sejam despolitizadas e que contribuam na estabilidade das relações internacionais em matéria de investimentos.

2.6 A evolução da competência jurisdicional sobre contendas envolvendo investidores estrangeiros e Estados e a situação dos investimentos a partir da década de 1980: a globalização econômica e o incentivo aos investimentos estrangeiros

De fato muitos investidores perderam patrimônio em outros países em decorrência de medidas arbitrárias e resistentes ao capital estrangeiro nesses mesmos países. Tais medidas tinham cunho político, social e econômico, e geravam enorme desconfiança por parte dos investidores e dos países exportadores de capital, pois que a força motriz do investimento internacional e dos investimentos de capital é a possibilidade de recuperar os valores investidos com o acréscimo dos frutos decorrentes desse investimento. Tal acréscimo é revertido tanto por juros, quanto por produtos e resultados sociais.²⁹²

²⁹⁰ MATIAS, Op. Cit., p.128.

²⁹¹ Ibidem, p.131.

²⁹² GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.51.

A desapropriação dos investimentos desembolsados gerava uma situação de inércia pela impossibilidade de agir. Os investidores não tinham métodos para recuperar as suas perdas e em determinadas situações, a depender da influência política dos envolvidos era feita uma direta pressão sobre o Estado desapropriador, para reaver os valores sumpridos, mesmo que não fosse a sua integralidade. Em determinadas situações o investidor procurava a atuação diplomática de seu Estado, objetivando a negociação diplomática com o Estado supressor e a respectiva devolução do montante investido. Esta última alternativa acarretava verdadeiros conflitos diplomáticos, pois não era certo que investidor obtivesse êxito na sua demanda.

O ingresso no procedimento arbitral perante o ICSID veda a proteção diplomática²⁹³, para evitar a existência de procedimentos paralelos, o que poderia atentar contra a segurança jurídica do procedimento arbitral. Esta vedação cessa após a solução da contenda e o proferimento da sentença arbitral, sendo possível o recurso à proteção diplomática na hipótese do descumprimento por uma das partes da sentença proferida. Não existe vedação expressa por parte da Convenção de Washington de serem realizadas gestões diplomáticas informais, mas a ressalva de que nesses casos se tenha por objetivo a solução da contenda em trâmite e não o início de uma contenda paralela.²⁹⁴

O desenvolvimento do capitalismo em seara global e o cada vez maior fluxo internacional de capitais fizeram surgir desavenças no tocante aos investimentos. Nesse contexto, foram surgindo modos de desapropriação mais sofisticados, como a desapropriação branca, que impõe condições tão onerosas que na prática equivalem à supressão de capitais como os atos de limitar ou impossibilitar o repatriamento de capitais e a remessa de lucros, as condições específicas que lançam por terra a operação de um projeto posterior a sua regular instalação e tratamentos mais favoráveis a investidores de outros Estados.²⁹⁵

Os mecanismos de proteção aos investimentos feitos em outro Estado não acompanharam as mais diversificadas maneiras de manipulação desses investimentos pelos Estados receptores de modo a fornecer equitativamente uma proteção razoável ao investidor permitindo ao Estado receptor a alocação desse investimento como forma de desenvolvimento de suas próprias políticas públicas sociais e econômicas.

²⁹³ Convenção de Washington - Art. 27. Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, excepto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo. A protecção diplomática, para efeitos do n.º 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, visando unicamente facilitar a resolução do diferendo.

²⁹⁴ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.51.

²⁹⁵ Ibidem, p. 51.

Nesse sentido a iniciativa de criação do ICSID se deu, principalmente pelo papel que o Banco Mundial vinha exercendo incidentalmente, ao atuar tal como mediador e conciliador nas disputas a respeito de investimentos internacionais. O recurso ao Banco Mundial era decorrente do seu pretense papel de facilitar e viabilizar o fluxo de capitais como forma de se buscar melhores condições sócio econômicas, sobretudo nos países em desenvolvimento. A criação do *ICSID* objetivava a desoneração do Banco Mundial e o seu *staff*, objetivando também a criação de um órgão especializado e a cultura e disseminação do fluxo de investimentos como força motriz do desenvolvimento.²⁹⁶

A válvula propulsora da criação do *ICSID* foi a necessidade de estimular os investimentos sem a perspectiva nefasta da desapropriação arbitrária e não indenizada, o que feria todo o regramento de direito internacional. O fluxo de investimentos estrangeiros em um país propicia o incremento de novas tecnologias e técnicas de produção, maiores salários, desenvolvimento de habilidades de gerenciamento, controle de qualidade e maior acesso aos mercados de exportação. Os aspectos negativos dos investimentos estrangeiros se relacionam na maior competição doméstica, na má distribuição de renda, no acréscimo da taxa de câmbio e na dependência exacerbada aos recursos naturais, ao invés de propiciar a modernização de setores produtivos na economia.²⁹⁷

A implementação da Convenção de Washington não foi automática e por mais de duas décadas não foram submetidas contendas ao *ICSID*. Até a década de 1980, as contendas apreciadas pelo *ICSID* possuíam como fundamento de jurisdição os contratos de investimento firmados entre investidores e Estados receptores de investimento. Não era usual a ocorrência das condições legalmente exigidas, para que uma disputa pudesse ser submetida ao *ICSID*, tal cenário apenas foi alterado em razão do crescente implemento dos BITs, no sagrar do final de década de 1980.²⁹⁸

A necessidade de aceder ao capital estrangeiro, para desenvolver as economias domésticas, obriga os Estados receptores de investimentos a desenvolver políticas que assegurem as condições necessárias, favoráveis e especiais que diferenciem investimentos estrangeiros de outros investimentos em geral. O investimento preferencial é o de longo prazo em setores produtivos da economia. As políticas dos Estados receptores de investimentos devem aprimorar o ambiente político e econômico para que sejam reduzidos os riscos dos

²⁹⁶ Idem, p.53.

²⁹⁷ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.51.

²⁹⁸ Ibidem, p.54.

investidores e para que haja maior respeito e proteção aos direitos de propriedade, para resguardar o investimento realizado.²⁹⁹

Não são todos os Estados receptores de investimentos que possuem legislações, comandos sofisticados e instrumentos eficazes à proteção dos investimentos aplicados. A falta de confiança nas regras de direito e nas próprias instituições do Estado motivam os países exportadores a utilizar outros modos de proteger os seus investimentos aplicados criando para tanto Tratados Internacionais Bilaterais ou Multilaterais para regular o ambiente dos investimentos e propiciar um tratamento mais adequado aos investidores.³⁰⁰

Nesse sentido é que nas últimas duas décadas a comunidade internacional presenciou a proliferação de Tratados Internacionais de Investimento, segundo dados da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD, até 2004, mais de 2.392 BITs haviam sido firmados e dentre tais Tratados cerca de 1.718 encontravam-se em vigor, sendo do total de BITs firmados cerca de 451 concernentes a Estados Latino Americanos e do Caribe³⁰¹. Em tais Tratados são previstas regras relacionadas a garantias de tratamento conferido aos investimentos, proteção legal consoante às normas de direito internacional, com relação à tributação, remessa de lucros, repatriação de capitais e proteção contra a desapropriação, e a solução de contendas.³⁰²

É interessante a constatação de que ao mesmo tempo em que os BITs foram difundidos nas décadas de 1980-1990 as desapropriações arbitrárias de investidores estrangeiros comuns nas décadas de 1960-1970 não vigem mais.³⁰³

Os Tratados não constituem por si só, instrumentos determinantes à atração de investimentos estrangeiros, mas integram um conjunto de medidas que tornam um Estado mais propício nesse sentido.³⁰⁴

A Arbitragem Internacional entre investidores e Estados é um tema de grande importância no contexto atual de liberalização dos mercados e capitais, pela necessidade de proteção da iniciativa privada e da sua finalidade lucrativa.

²⁹⁹ TOBIM, Jennifer; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The impact of bilateral investment treaties*. Acesso em 26.09.2009. Disponível em http://www.law.yale.edu.outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITs_may02.pdf.

³⁰⁰ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.55.

³⁰¹ Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento- *Unctad. Recent Developments in International Investment Agreements – Research Note Unctad/Web/Ite/Lit/2005/1*. Acesso em 26.09.09.

³⁰² Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento- *Issues Related to International Arrangements: Investor-state disputes and policy implications*. Nota TD/B/COM.2/65. Acesso em 26.09.09.

³⁰³ NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. *Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* Disponível em <http://econwpa.wustl.edu.eps/if/papers/0411/0411004.pdf>. Acesso em 26.09.09.

³⁰⁴ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.55.

A noção de perda ou relativização da soberania estatal diante do fenômeno da globalização e o aumento qualitativo da interferência do contexto internacional no poder de regulação do Estado sobre o núcleo do poder soberano, que é o poder de dizer o direito. A diminuição do papel do Estado aparece como um dos grandes corolários do processo de globalização, mas não é total como se quer fazer crer, apenas restrita a setores passíveis de influenciar os interesses econômicos do grande capital.³⁰⁵

A noção de perda de soberania não é pacífica nem uniformemente aceita, existindo no âmbito dos campos político e jurídico um conflito incessante de interesses em relação ao monopólio do poder de dizer o direito e de aplicá-lo. Na regulação jurídica do investimento estrangeiro, o conflito está claro, pois na maioria das vezes, os investidores particulares e os Estados hospedeiros possuem interesses opostos. Se, de um lado, os investidores buscam segurança, proteção e incentivo à livre gestão e ao fluxo de capitais com todas as vantagens que isso representa, do outro lado os Estados, ainda que necessitem de capital externo, zelam por sua soberania, principalmente no que se refere às riquezas e recursos naturais, tema que foi objeto de grande número de Resoluções da ONU nas décadas de 1960 e 1970 e que volta atualmente com a nacionalização dos hidrocarbonetos na Bolívia.³⁰⁶

A instabilidade política no Estado boliviano decorrente da movimentação social culminou com a eleição de um líder sindical à Presidência da República, Evo Morales, trazendo à cena internacional o tema da soberania sobre recursos naturais e do direito de nacionalização.³⁰⁷

Evo Morales nacionalizou as empresas que exploram diretamente os hidrocarbonetos em seu país, entendendo que esses recursos são de propriedade do povo boliviano e que os investidores estrangeiros devem respeitar a vontade soberana e devem submeter-se às leis da Bolívia. A reação antineoliberal de Evo Morales e dos bolivianos, que decidiram em plebiscito pela nacionalização, causa comoção entre os investidores estrangeiros, principalmente o Brasil, preocupado com a situação da Petrobrás, maior investidora no setor de hidrocarbonetos na região e dependente do gás natural da Bolívia.³⁰⁸

Os bolivianos, por intermédio de seu governo legítimo, defendem a soberania popular sobre os recursos naturais e exigem o cumprimento da nova legislação nacional sobre hidrocarbonetos por parte das empresas estrangeiras do mesmo modo que os investidores se

³⁰⁵ Ibidem, p.55.

³⁰⁶ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.55.

³⁰⁷ Ibidem, p.55.

³⁰⁸ NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? Disponível em <http://econwpa.wustl.edu/eps/if/papers/0411/0411004.pdf>. Acesso em 26.09.09.

atêm à garantia da segurança jurídica clamando pelo cumprimento dos contratos de concessão e exploração já firmados e das regras internacionais de proteção ao investimento estrangeiro.³⁰⁹

O impasse deverá ser resolvido por intermédio de negociações entre as empresas e o Estado boliviano, podendo também ser utilizados os mecanismos de solução de contendas previstos em contrato ou em Acordo Bilateral de Investimentos, dentre os quais se encontra a Arbitragem Mista Internacional.³¹⁰

Esta situação demonstra que a discussão sobre soberania e investimento estrangeiro é atual e relevante para as relações internacionais contemporâneas.

A determinação do direito aplicável e da jurisdição competente na solução das contendas derivadas de nacionalizações de recursos naturais, das alterações unilaterais ou das resoluções de contratos com os investimentos estrangeiros reflete o conflito de interesses entre investidores e Estados. Inicialmente, o paradigma era a resolução dos litígios envolvendo interesses estrangeiros no âmbito das jurisdições internas dos Estados, segundo a aplicação do seu direito nacional. Partindo-se do princípio da soberania territorial dos Estados e da sua prerrogativa jurisdicional.³¹¹

A transposição, para o âmbito internacional, das disputas tendo como objeto os interesses de particulares prejudicados pela ação ou omissão de outro Estado está condicionada ao exercício da proteção diplomática do seu Estado de origem. Para o acesso à solução arbitral internacional, era necessária a participação do Estado na condição de representante dos interesses dos seus nacionais ou protegidos.³¹²

Os conflitos referentes à aplicação de princípios gerais do Direito Internacional no lugar das disposições do direito interno dos Estados e à escolha de mecanismos internacionais de solução de disputas envolvendo interesses de investidores foram muitos e os resultados variaram conforme o estado das relações de força em determinada época. Nos primeiros anos do século XX, o exercício da proteção diplomática era feito de forma abusiva e usado como fundamento para intervenções diretas e indiretas nos países que realizavam a nacionalização ou que suspendiam o pagamento de dívidas públicas originadas de empréstimos feitos no estrangeiro. A Conferência da Haia de 1907 vedou o uso da força e a solução pacífica de contendas por meio da Arbitragem Interestatal foi estimulada.³¹³

³⁰⁹ Ibidem.

³¹⁰ Idem.

³¹¹ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.55.

³¹² Ibidem, p.57.

³¹³ Idem, p. 57.

Neste mesmo período, reações às intervenções e ao exercício abusivo da proteção diplomática, principalmente pelos Estados Unidos, ensejou a reação de alguns países latino americanos.³¹⁴

Respaldados por uma doutrina que pregava a igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais, estes países defendiam a competência dos Tribunais do Estado hospedeiro do investimento para a solução de contendas envolvendo investidor privado estrangeiro. A Doutrina Calvo não obteve muita aceitação na comunidade internacional e as contendas envolvendo investimento estrangeiro continuaram a ser resolvidas, no plano internacional, por intermédio da proteção diplomática do investidor pelo seu Estado de origem. Durante toda a primeira metade do século XX, os conflitos eram, normalmente, resolvidos por Arbitragem Interestatal ou por ações ajuizadas perante a Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, pela Corte Internacional de Justiça. A intervenção econômica estrangeira continuava sendo utilizada, de maneira indireta, pelo incentivo e suporte a movimentos insurrecionais.³¹⁵

A solução arbitral interestatal, caracterizada pelo acordo de vontade de dois Estados em submeterem uma contenda ao julgamento de um ou mais árbitros escolhidos de comum acordo entre eles, não era rechaçada pelos Estados receptores de investimento, mas não era por eles muito bem vista, uma vez que, em sua maioria, os árbitros resistiam em aplicar o direito do Estado hospedeiro e, ao aplicar os princípios e regras gerais do Direito Internacional, emitiam sentenças condenando os Estados receptores. As primeiras sentenças proferidas pelas Cortes Internacionais se mostravam bastantes cautelosas em relação aos questionamentos acerca dos preceitos do Direito Internacional Público tradicional, de modo que não se mostraram convenientes aos interesses de alguns investidores.³¹⁶

Nas décadas de 1960 e 1970 os conflitos continuaram, pois muitos Estados novos e menos desenvolvidos realizaram nacionalizações e expropriações de bens de investidores estrangeiros. Estes Estados defendiam a sua soberania jurisdicional, mas os particulares não aceitavam submeter-se à justiça estatal do Estado receptor. Como eles não tinham acesso direto aos mecanismos internacionais de solução de contendas, continuavam dependendo da

³¹⁴ *Idem*, p. 57.

³¹⁵ NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? Disponível em <http://econwp.wustl.edu/eps/if/papers/0411/0411004.pdf>. Acesso em 26.09.09.

³¹⁶ *Ibidem*.

proteção diplomática dos seus Estados de origem, o que politizava as disputas geradas em torno de um investimento estrangeiro realizado por particulares.³¹⁷

O exercício da proteção diplomática exige o esgotamento dos recursos internos do Estado onde se processou a violação e a ocorrência de denegação de justiça, em respeito ao princípio da soberania estatal e das prerrogativas jurisdicionais derivadas. Em situações de investimento estrangeiro, tais requisitos nem sempre podem ser preenchidos e o instituto da proteção diplomática começou a ser questionado, pois nenhum ente estatal encontra-se obrigado a conceder a proteção diplomática a um nacional, de modo que os interesses dos investidores privados não estão necessariamente protegidos através deste instituto.³¹⁸

A Bolívia tem celebrado acordos bilaterais para promoção de investimentos com vários Estados de origem das multinacionais atuantes no país. O Brasil poderá utilizar o ICSID em nome da subsidiária holandesa da Petrobrás, para solucionar as eventuais contendas geradas pela nacionalização dos hidrocarbonetos realizada pelo Estado boliviano, apesar de não fazer parte da Convenção de Washington, pois a atuação da Petrobrás na Bolívia é coordenada pela PIB-BV, subsidiária incorporada segundo as leis da Holanda, país que possui acordos de promoção de investimentos com a Bolívia e participa da Convenção do ICSID.³¹⁹

No caso da Bolívia, tem-se que, além da ratificação da Convenção do ICSID, é preciso que este Estado manifeste de maneira expressa e inequívoca o seu consentimento em ser acionado perante o ICSID pelos investidores que se sentirem lesados pela medida que determinou a nacionalização de algumas de suas ações e a alteração dos contratos de concessão de hidrocarbonetos. O consentimento de ambas as partes é de vital importância na estrutura montada pela Convenção do ICSID e na legitimidade do sistema e na sua compatibilidade com as prerrogativas inerentes ao poder soberano dos Estados, grande pilar do sistema jurídico internacional.

A noção de investimento estrangeiro tem origem econômica e implica na afetação dos bens do nacional de um país ao exercício de uma atividade econômica, de caráter duradouro e com objetivo de lucro, a ser desenvolvida em país estrangeiro.³²⁰

O investimento estrangeiro consiste numa das três dimensões da internacionalização do capital. A primeira dessas dimensões é o intercâmbio comercial, a segunda é o investimento produtivo no exterior e a terceira é representada pelos fluxos de capital

³¹⁷ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.66.

³¹⁸ Ibidem, p. 66.

³¹⁹ GIUSTI; TRINDADE, Op. Cit., p.66.

³²⁰ PUCCI, Adriana Noemi. A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2003. p. 52

monetário ou financeiro. O investimento estrangeiro possui qualitativos que o diferem do simples comércio exterior, como a falta de liquidez imediata, a dimensão intertemporal e a transferência de direitos patrimoniais. O investimento estrangeiro contém um componente estratégico evidente nas razões que determinam a decisão de investir.³²¹

A regulação jurídica do investimento estrangeiro está sujeita em geral a três ordenamentos jurídicos: o do Estado de origem do investidor, o do Estado receptor do investimento e o do Direito Internacional. A regulação interna dos investimentos pelos Estados varia conforme as políticas e ideologias adotadas por cada um deles. O mesmo acontece com o Direito Internacional, embora este devesse tratar de maneira uniforme algumas questões referentes aos investimentos estrangeiros.

A noção de investimento foi ignorada pelo Direito Internacional por muito tempo, permanecendo como de caráter costumeiro a regulação jurídica internacional voltada para a proteção e o tratamento justo e equitativo da pessoa do estrangeiro e de seus bens. Após a Segunda Guerra é que a noção de investimento de caráter dinâmico substitui o caráter estático da noção de bem.³²²

Há quem diferencie os termos investimento estrangeiro e investimento internacional. O primeiro trataria do investimento sob a perspectiva do Estado receptor, já o segundo, trataria o investimento sob a ótica daquele que investe em outra economia que não a sua de origem.³²³ Tal discussão, no entanto, é notadamente doutrinária e não possui repercussão prática alguma.

A operação de investimento estrangeiro envolve a presença do investidor particular, do seu Estado de origem e do Estado receptor do investimento. A regulação do aporte de capital pode estar sujeita ao ordenamento jurídico do Estado de origem do investidor, às regras jurídicas do Estado que recebe o investimento e aos princípios e regras do Direito Internacional, de origem costumeira ou convencional.³²⁴

Ante a multiplicidade de conexões, as contendas surgidas de investimentos realizados no exterior podem, em princípio, ser resolvidas por mais de um órgão jurisdicional, devendo

³²¹ CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996. p. 53

³²² JUILLARD, Patrick. *L'évolution des sources du Droit des Investissements. Recueil des Cours*. vol. 250, p. 1994, p. 22.

³²³ PUCCI, Op. Cit., p. 52.

³²⁴ JUILLARD, Op. Cit., p. 22.

ser estabelecidas regras de determinação de competência, para evitar decisões conflitantes e para alcançar a tão almejada segurança jurídica.³²⁵

A determinação de competência relativa às relações contratuais diretas entre investidores estrangeiros particulares e Estados e suas repartições e agências está sujeita aos princípios e regras determinadas pelo Direito Internacional em relação aos direitos e deveres dos Estados, às suas prerrogativas funcionais e à sua responsabilidade internacional. A regulação jurídica do investimento estrangeiro não se manteve estática ao longo do tempo, transformando-se com a modificação da conjuntura política e econômica internacional.³²⁶

A sociedade internacional do século XIX possuía um caráter eminentemente interestatal e o Direito Internacional da época considerava o Estado como único e exclusivo ator das relações internacionais. Este direito baseava-se no princípio da soberania estatal, tendo-o como um dos seus princípios fundamentais e a ideia de soberania e de Estado ocupava papel determinante no conjunto do Direito Internacional considerado moderno, mesmo com o surgimento de novos atores no cenário internacional como as organizações de Estados e de indivíduos com os mais variados fins. O ponto de partida é a noção de soberania como sinônimo de independência, apoiada na noção de competência. A noção de soberania estatal implica exclusividade, autonomia e plenitude de competências exercidas pelos Estados.³²⁷

As características de independência e autonomia dos Estados soberanos implicam no exercício de competência sobre o seu território e sobre as pessoas e coisas nele situadas. A jurisdição exclusiva sobre um território e sobre a população permanente que nele vive juntamente com o dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados, é considerado um direito ou uma prerrogativa funcional indispensável na configuração de sua personalidade jurídica internacional, dela derivando o caráter voluntário da jurisdição internacional representada pelos tribunais constituídos internacionalmente, de caráter judicial ou arbitral.³²⁸

A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), no capítulo IV, art. 15, consagra expressamente o direito do Estado de exercer a jurisdição no seu território. No

³²⁵ Ibidem, p. 22.

³²⁶ Idem, p. 22.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno, nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52.

³²⁸ BROWNLIE, Op. Cit., p. 309.

âmbito da ONU, o projeto de Declaração elaborado em 1949 pela Comissão de Direito Internacional considerou o direito de exercer a jurisdição no território nacional como um direito fundamental do Estado, embora a Declaração de Princípios sobre relações amigáveis e cooperação entre os Estados, elaborada em 1970 pela Assembléia Geral, o tenha consagrado apenas de maneira indireta ao mencionar o dever de não intervenção nos assuntos de jurisdição doméstica.³²⁹

No uso indiscriminado dos termos jurisdição e competência, jurisdição é entendida como poder de dizer o direito, não podendo ser confundida com a noção de competência, que é a verdadeira medida da jurisdição.³³⁰

A jurisdição dos Estados está delimitada pelo Direito Internacional para garantir a sua existência e a coexistência dos Estados igualmente soberanos na ordem internacional. Os critérios de determinação da competência jurisdicional dos Estados são o territorial, o pessoal e o material. Pelo critério territorial a competência jurisdicional dos Estados se confunde com os limites políticos do território estatal, dentro do qual o Estado tem plenitude e exclusividade no exercício de suas competências que abrangem todas as funções tipicamente estatais e todas as pessoas que se encontrem no seu território, ainda que não sejam consideradas nacionais, ou seja, os nacionais de um Estado, pessoas físicas ou jurídicas, que residam ou exerçam atividades no território de outro Estado estarão submetidos à sua soberania territorial plena.³³¹

Pelo critério pessoal os Estados são autorizados a invocar sua competência para agir em razão de um vínculo de fidelidade que os ligam a uma pessoa, em geral, seu nacional. Tal necessidade de invocar sua competência a este título é verificada quando o nacional que se visa proteger se encontra em território estrangeiro. Este critério concorrerá com o critério territorial no qual reside o nacional e para ser oponível a terceiros, terá que respeitar certas condições, pois o Estado está autorizado pelo Direito Internacional a regulamentar a vida de um nacional seu onde quer que se encontre e a proteger os seus interesses comprometidos pelo comportamento de outros Estados fora do seu território nacional, mas este critério é subsidiário em relação ao critério territorial.³³²

³²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 342.

³³⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. Das imunidades de jurisdição e execução. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 18.

³³¹ DINH; DAILLER; PELLET, Op. Cit., p. 316.

³³² Ibidem, p. 316.

Pelo critério material ou do serviço público na atividade pública exercida fora dos seus limites territoriais, como os serviços diplomáticos e consulares, um Estado está autorizado a exercer sua jurisdição sobre essas atividades e sobre as pessoas que as exercem. Este critério também é subsidiário em relação ao critério territorial.³³³

O Direito Internacional garante aos Estados a plenitude e a exclusividade no exercício da jurisdição sobre o seu território, mas por meio de normas consuetudinárias e convencionais, limita a abrangência espacial da jurisdição estatal pelas imunidades diplomáticas e consulares; pela criação de organizações internacionais voltadas para a elaboração e implementação de padrões de proteção dos indivíduos; pelas de organizações internacionais mais recentes voltadas para a regulação de matérias antes pertencentes à esfera de competência exclusiva dos Estados; e pelas convenções internacionais criadoras de jurisdições internacionais arbitrais, que em verdade, implicam uma renúncia à processualidade estatal.³³⁴

O âmbito espacial da jurisdição territorial de um Estado pode ser limitado por disposições do seu próprio sistema legal, ou seja, uma autolimitação, por regras internas de competência judiciária internacional que reconhece a jurisdição de outros Estados, ainda que em caráter concorrente com a jurisdição interna e por regras internas que permitem a mais ampla eleição de foro, ou para uma jurisdição estatal, ou para uma jurisdição arbitral.³³⁵

Segundo o Direito Internacional do século XIX, os Estados possuem uma prerrogativa jurisdicional em relação à situação dos estrangeiros residentes e proprietários de bens em seu território. A solução de contendas envolvendo interesses privados estrangeiros e interesses de nacionais ou o interesse público é realizado pelos tribunais nacionais do Estado de residência sem qualquer interferência externa.³³⁶

As contendas ocorridas entre Estados e particulares estrangeiros residentes ou investidores em seu território eram regidas pelos direitos internos desses Estados. Os interesses dos indivíduos só poderiam ser protegidos pela ordem internacional se o seu Estado de origem intervisse e assumisse junto ao Estado hospedeiro a causa do seu nacional, endossando a sua reclamação. A proteção diplomática protege os seus nacionais contra violações dos seus direitos individuais cometidas por autoridades de outro Estado. Sua ação

³³³ Idem, 317.

³³⁴ DINH; DAILLER; PELLET, Op. Cit., p. 317.

³³⁵ BROWNLIE, Op. Cit., p. 312.

³³⁶ DINH; DAILLER; PELLET, Op. Cit., p. 316.

em favor de seus nacionais consistia geralmente em diligências diretas junto às autoridades políticas e administrativas do país anfitrião. Em caso de fracasso, a via contenciosa podia ser tomada buscando a responsabilização internacional do Estado autor da infração, encontrando os seus limites na aceitação da instância arbitral ou jurisdicional solicitada.³³⁷

A proteção diplomática era entendida como um direito do Estado de ver o Direito Internacional respeitado na pessoa do seu nacional, o endosso da reclamação de um particular que teve os seus direitos violados por autoridade estrangeira não é uma obrigação do seu Estado de origem, mas sim um direito que pode ou não ser exercido, a partir de uma decisão discricionária, normalmente sujeita à conveniência e oportunidade políticas. A proteção diplomática exige o preenchimento do vínculo de nacionalidade entre o reclamante e o Estado que endossa a sua reclamação. A nacionalidade é fixada, em relação às pessoas físicas, pelo direito interno dos Estados, mas deve obedecer ao critério da real ligação existente entre o indivíduo e o Estado. Nas pessoas jurídicas, a nacionalidade é determinada pelo critério do lugar da sede social.³³⁸

Os recursos internos são meios de tutela proporcionados pelo direito local. São os recursos administrativos de natureza contenciosa e os recursos judiciais. Era necessário esgotar os recursos internos tanto no ato ilícito quanto no dano provocado pelo próprio Estado receptor. Nessa situação, os mecanismos de defesa internos contra o Estado devem ser utilizados para configurar a responsabilidade internacional do mesmo enquanto o dano sofrido pelo estrangeiro se originou na esfera do direito privado, situação em que somente alguma omissão ou violação de Direito Internacional cometida pelo Estado justificaria a sua responsabilidade e possibilitaria o recurso da proteção diplomática.³³⁹

As ressalvas a essa exigência são a inexistência comprovada de recursos pelo direito interno do Estado onde se processou a agressão ou a manifesta inutilidade dos recursos de fato existentes. Esgotados os recursos internos, a proteção diplomática é justificada se houver denegação de justiça que impossibilite a reparação devida ao particular.

A Convenção Porter objetivou a diminuição dos conflitos internacionais de origem econômica, mas não referenciou coisa alguma sobre a jurisdição exclusiva e plena dos Estados sobre o seu território e sobre a competência dos tribunais nacionais para a solução de

³³⁷ Ibidem, p. 455.

³³⁸ BROWNLIE, Op. Cit., p. 547.

³³⁹ PUCCI, Op. Cit., p. 152.

contendas envolvendo investimento estrangeiro, privilegiando a solução pacífica de contendas por intermédio da Arbitragem entre Estados e reconhecendo o recurso à força apenas em última instância.³⁴⁰

As disputas entre investidores estrangeiros e Estados, no século XIX e início do século XX eram consideradas altamente politizadas, uma vez que envolviam frequentemente o exercício da proteção diplomática algumas vezes cumulada com o uso da força.³⁴¹

Os Estados Unidos eram um forte defensor e utilizador da intervenção para fins de proteção diplomática, argumentando que os Estados têm o direito de proteger os seus nacionais independentemente do lugar onde eles tenham sido lesados. Tal posição baseava-se na ideia de que todos os Estados deveriam prover os seus nacionais com padrões internacionais mínimos de direitos. Se um Estado não concedesse aos seus nacionais esse núcleo mínimo de direitos reconhecidos internacionalmente, poderia ser responsabilizado no âmbito internacional por não conceder esse padrão de direitos aos nacionais de outros Estados.³⁴²

Os Estados em vias de desenvolvimento situados na América Latina aplicavam em suas relações com investidores estrangeiros, padrões nacionais que defendiam, em nome do princípio da soberania territorial dos Estados, o tratamento nacional dos investidores estrangeiros, representado pela sua sujeição às leis e à jurisdição do Estado no qual se investe e pela abstenção na utilização da proteção diplomática por parte do seu Estado de origem, servindo como escudo político e legal para defender a independência política e econômica dos países latino-americanos e a liberdade de regular seus próprios assuntos.³⁴³

Os países centrais da ordem internacional, representando interesses dos seus nacionais exportadores de capital, não admitiam o reconhecimento do padrão nacional de tratamento, por receio de que o padrão nacional configurasse um escudo para os Estados hospedeiros dos investimentos, que lhes permitisse cometer toda a sorte de abusos contra estrangeiros sob o pretexto de igualdade de tratamento em relação aos nacionais. Ao contrário, estes países defendiam que um padrão mínimo de direitos e de proteção deveria ser garantido aos

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ SHIHATA, Op. Cit., p. 1.

³⁴² MANNING-CABROL, Denise. *The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. Law & Policy in International Business*. v. 26, n. 4, 1995. p. 1177.

³⁴³ PETERS, Paul; SCHRIJVER, Nico. *Latin America and international regulation of foreign investment: changing perceptions. Working Paper Series n. 113. The Hague: 1991*. p. 3.

indivíduos pelo Direito Internacional, de modo a assegurar qualquer investidor em sua empresa fora do território nacional do seu Estado de origem.

A doutrina dominante do Direito Internacional argüiu a nulidade da cláusula que implicava a renúncia da proteção diplomática pelo particular, pois o titular do direito de proteção diplomática era o Estado e não os seus nacionais. Segundo este posicionamento, o compromisso contratual do indivíduo de não solicitar a proteção diplomática não seria válido porque incompatível com a natureza jurídica do instituto. A própria exigência de esgotamento de recursos internos do Estado onde se processou a violação por parte do particular como condição para o exercício da proteção diplomática pelo seu Estado de origem, tornava desnecessária a exigência de exclusividade da jurisdição nacional do Estado hospedeiro.³⁴⁴

Na primeira metade do século XX o investimento externo direto cresceu, mas a relação entre investidores estrangeiros e Estados hospedeiros era bastante conflituosa. A partir da Revolução Russa de 1917, a legitimidade da propriedade privada passou a ser questionada até mesmo em lugares onde ainda reinava a ideologia capitalista. Os movimentos nacionalistas ocorridos a partir da década de 1920 no Oriente Médio e a mudança de soberanias sobre alguns territórios implicaram uma discussão sobre o direito de propriedade de estrangeiros em situação de sucessão de Estados.³⁴⁵

A crise econômica de 1929 e os acontecimentos políticos e econômicos posteriores contribuíram para que os Estados menos desenvolvidos adotassem medidas corretivas como as nacionalizações e as denúncias de contratos de concessão e controle de câmbio. A nacionalização, entendida como medida de ordem geral, que tinha por finalidade eliminar as empresas privadas em um ou mais setores da economia do país por razões sobretudo políticas, difere da expropriação que ocorre quando um Estado, seguindo normas preestabelecidas priva o particular de um bem, havendo ou não o pagamento de uma indenização.³⁴⁶

A utilização desses recursos em relação a bens de estrangeiros e aos investidores ensejava intervenção econômica do Estado de origem do particular lesado. A grande maioria dos conflitos ocorridos entre investidores e Estados receptores na primeira metade do século XX teve origem nas nacionalizações e expropriações sem o pagamento de indenização. Em

³⁴⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 541.

³⁴⁵ SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investments Protection. Recueil des Cours*: 1987. p. 279.

³⁴⁶ PUCCI, Op. Cit., p. 77.

1938, quando das nacionalizações das concessionárias de petróleo pelo governo do México, mediante o pagamento das compensações por meio da exportação do produto ao longo de um período de dez anos, o Secretário de Estado norte americano, Cordell Hull, articulou o que ficou conhecido posteriormente na doutrina do Direito Internacional como fórmula Hull, que consistia no pagamento das indenizações por nacionalizações e expropriações a serem feitas de maneira pronta, adequada e efetiva.³⁴⁷

A discussão a respeito da existência ou não do padrão internacional mínimo de tratamento do investimento estrangeiro ou da sujeição do mesmo ao padrão nacional de tratamento abarcou a controvérsia referente à existência ou não de um direito à indenização por nacionalização e expropriação, bem como em relação à forma que essa indenização deveria revestir. Os Estados de origem dos investidores insistiam na aplicação da fórmula Hull; já para os países hospedeiros caberia ao direito interno dos Estados regular a propriedade privada em seus territórios e determinar a existência ou não do direito de indenização em razão de nacionalizações e expropriações, assim como a forma e o critério de cálculo desta indenização.³⁴⁸

As contendas entre investidores e Estados passaram a ser resolvidas por Tribunais Arbitrais mistos, criados principalmente após a Primeira Guerra Mundial. Apesar das críticas feitas, a intervenção econômica por intermédio da proteção diplomática era um recurso utilizado, embora em menor escala. A relação entre investidores e Estados era regida pelo direito interno dos Estados, estando sujeita ao princípio da exclusividade e plenitude da jurisdição territorial estatal. O Direito Internacional só era aplicado para regular as questões envolvendo a violação do costume referente à condição jurídica do estrangeiro e o tratamento não discriminatório da sua pessoa e de seus bens. O paradigma reinante era o de que as contendas entre investidores e Estados deveriam ser solucionadas internamente, só alcançando a esfera internacional se implicassem a violação de direito costumeiro internacional sobre a proteção de bens de estrangeiros. Pelo fato das contendas versarem sobre violação ao direito de propriedade de estrangeiros, a sua solução passava pelo exercício da proteção diplomática ou pela Arbitragem Mista ainda incipiente.³⁴⁹

³⁴⁷ Ibidem, p. 78.

³⁴⁸ PUCCL, Op. Cit., p. 77.

³⁴⁹ Ibidem, p. 77.

O investimento estrangeiro em geral e o investimento direto em particular cresceram após o desfecho da Segunda Guerra Mundial, correspondente à década de 1950, embora tenha se mostrado mais lento em relação aos países em desenvolvimento.³⁵⁰

Os investimentos diretos para os países em desenvolvimento eram direcionados para a exploração de recursos naturais, razão pela qual a receptividade desses investimentos, passou a decair em razão das medidas protecionistas adotadas pelos novos Estados integrantes da sociedade internacional.³⁵¹

O ambiente internacional era marcado pelo conflito de interesses, o que dificultava a regulação do investimento estrangeiro. Existia a preocupação dos investidores e dos seus Estados de origem em garantir a proteção e a segurança do investimento e o respeito aos costumes internacionais relativos à proteção da propriedade privada e à pessoa dos estrangeiros, mas também a preocupação quanto a controlar os investimentos realizados.³⁵²

A partir da década de 1960 os investimentos aumentaram tanto no volume quanto na causa de atração em relação aos produtos primários e ao petróleo e na produção de manufaturados e nas empresas multinacionais, passando a exercer importante papel também em relação aos investimentos diretos estrangeiros.³⁵³

Na década de 1970 os investimentos no estrangeiro tiveram um crescimento menor acompanhando o ritmo lento da evolução da economia mundial no período. As crises do petróleo de 1973 e 1979 provocaram um desajuste na balança de pagamentos dos países exportadores de capital e uma conseqüente política de contenção de gastos, que alterou o fluxo de investimentos externos. Entre os países desenvolvidos, os Estados Unidos passaram a investir menos na Europa e tornaram-se receptores de investimentos oriundos deste continente assim como do Japão e apenas os países exportadores de petróleo mantiveram-se atrativos, pois os demais países presenciaram uma estagnação na recepção de investimentos estrangeiros causada pela instabilidade política e econômica e pela falta de qualificação da mão de obra, de infra-estrutura, além da queda do preço dos produtos primários no mercado mundial.³⁵⁴

³⁵⁰ *Idem*, p. 78.

³⁵¹ *Idem*, p. 78.

³⁵² PUCCI, Op. Cit., p. 77.

³⁵³ JO, Hee Moon. O investimento estrangeiro e o novo papel do Direito Internacional. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 1991. p. 14.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 18.

No final da década de 1970 e início da década de 1980 os fluxos de investimentos aumentaram e passaram a assumir novas características pela globalização econômica, caracterizada pela ideologia do livre comércio, pela livre circulação de capitais, pela ausência de intervenção estatal na economia e em medidas de desregulamentação e privatização de numerosos serviços públicos, o bem-estar geral seria alcançado pela oferta de bens e serviços à sociedade e o modelo econômico baseado na maximização dos lucros das empresas privadas permitiria alcançar esse bem-estar geral, pois a produção atenderia às necessidades da sociedade.

Nos investimentos diretos neste contexto passou a vigorar uma combinação entre o investimento, o comércio, a cooperação internacional e o aumento do investimento no setor de serviços e uma elevação na interpenetração dos capitais de várias nacionalidades, mediante o investimento cruzado, com as fusões e as aquisições. As corporações ou grupos multinacionais, entendidos como um conjunto formado por uma *holding* ou matriz financeira e suas filiais ou subsidiárias, passam a exercer papel fundamental na globalização econômica e realizar a maior parte dos investimentos externos diretos.³⁵⁵

Os dados colhidos pelas organizações internacionais como a OCDE e a ONU por intermédio da UNCTAD revelam que o investimento externo direto mostra um alto grau de concentração nos países desenvolvidos, sendo verificado um recuo dos investimentos diretos e das transferências de tecnologia nos países em desenvolvimento. Apesar deste contexto de queda, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial passaram a atuar como instrumentos por intermédio dos quais o capitalismo transnacional impõe aos países dependentes e endividados a sua forma de organização.³⁵⁶

Trabalhando em conjunto para facilitar o fluxo de investimentos externos para os países em desenvolvimento, possibilitar a transferência de tecnologia, estimular o comércio e a industrialização e o desenvolvimento econômico pondo em prática preceitos da Convenção de Washington voltados para a liberalização do comércio, desregulamentação dos mercados, redução do papel do Estado, controle das dívidas públicas e privatizações, impostos com evidência aos governos dos diversos países e às elites internacionais.³⁵⁷

³⁵⁵ CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996. p. 76.

³⁵⁶ Ibidem, p. 76.

³⁵⁷ ATTAC. *Que faire du FMI et de la Banque Mondiale?* Les petites libres. Paris: Éditions Mille et Une Nuits, n. 42, 2002. p. 29.

O FMI elabora planos de ajustes estruturais impondo a desregulamentação e as privatizações como condição para renegociação de dívidas e o BIRD empresta dinheiro aos governos e aos Bancos nacionais de desenvolvimento para financiar privatizações e estimular o investimento de empresas transnacionais.³⁵⁸

Essas empresas investem mediante o esquema conhecido na década de 1970 como “nova forma de investimento”, na qual o investimento se dá não por meio de capitais transferidos a partir do exterior ou de levantamentos no mercado financeiro do país receptor, mas pela transferência de ativos imateriais como o *know-how* de gestão ou as licenças de tecnologia. Esse tipo de investimento implica na participação minoritária da empresa estrangeira numa empresa criada em cooperação com empresas locais ou com o governo dos Estados receptores, chamadas de *joint-ventures*. Tal participação minoritária concede à empresa estrangeira o direito de propriedade de uma fração do capital e de participação nos lucros da empresa criada.³⁵⁹

O clima de conflito de interesses característico das décadas anteriores torna-se mais ameno, uma vez que a crise da dívida que assolou os países em desenvolvimento, em especial os latino-americanos, na década de 1980, tornou-os mais vulneráveis e sedentos por capital externo. A política de grande parte dos países em desenvolvimento passou de combativa a cooperativa e liberalizante. A regulação internacional dos investimentos externos ganhou novo fôlego e uma tônica uniforme na qual os Acordos Bilaterais de Investimentos assumem papel preponderante na fixação de regras de tratamento do investimento estrangeiro, seguido pelos acordos regionais voltados para a liberalização.³⁶⁰

Nas décadas de 1980 e 1990 uma visão liberal se impôs e o centro de gravidade das decisões coletivas em matérias econômica e social foi transferido da Assembleia Geral da ONU para algumas agências independentes, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial, e a Organização Mundial do Comércio, com a progressiva aproximação da ONU com as empresas multinacionais e o mundo dos negócios.

O objetivo maior de todo esse esforço de aproximação era reduzir a pobreza, evitar tensões sociais e ajudar a construir mercados estáveis. O pacto global lançado em julho de 2000, curiosamente, não aborda a questão da regulação dos investimentos, embora,

³⁵⁸ BORLOW, Maude; CLARKE, Tony. Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books do Brasil Ltd., 2003. p. 193.

³⁵⁹ CHESNAIS, Op. Cit., p. 78.

³⁶⁰ Ibidem, p. 78.

verdadeiramente, represente uma política de incentivo aos aportes de capital das grandes empresas multinacionais em países menos desenvolvidos.³⁶¹

³⁶¹ Ibidem.

CAPÍTULO 3 ANÁLISE DE CASOS EMBLEMÁTICOS DO ICSID E DA UNCITRAL

3.1 ICSID Case No. ARB/84/3: O Caso *Southern Pacific Properties versus República Árabe do Egito*

A *Southern Pacific Properties*, empresa do ramo de hotelaria e turismo, incorporada em Hong Kong, iniciou as negociações preliminares com a República Árabe do Egito para a construção de complexos turísticos nas proximidades das Pirâmides e em *Ras El Hekma*, na costa mediterrânea. Em 23 de setembro de 1974, a referida empresa celebrou um acordo de base com o governo do Egito e com a empresa pública egípcia *Egyptian Tourism Organization*, estabelecendo que ambas as empresas constituiriam uma *joint venture* e o governo egípcio se comprometeria a garantir a titularidade do terreno para a construção do projeto.³⁶²

Em 12 de dezembro de 1974 foi celebrado o acordo suplementar entre as empresas para criar a *joint venture Egyptian Tourist Development Company*, que elencava as obrigações de cada um.

Coube à *Southern Pacific Properties* o equivalente a sessenta por cento do capital social da *joint venture*, tendo sido estipulada uma cláusula arbitral em favor da arbitragem da CCI para eventuais e futuras contendas que surgissem da relação contratual, constando também na última página do acordo as assinaturas das partes, a rubrica do Ministro do Turismo do Egito e o selo oficial seguidos da expressão: “aprovado, consentido e ratificado pelo Ministro do Turismo”.³⁶³

Em 22 de maio de 1975 o Presidente do Egito editou o Decreto n.º 475, garantindo a titularidade do terreno próximo às pirâmides e o de *Ras El Hekma* para fins turísticos e a construção do complexo hoteleiro na região da planície das pirâmides iniciou em julho de 1977. Logo em seguida à realização do projeto foram encontrados obstáculos no Egito, em razão da alegação de ameaça que o projeto acarretaria à preservação do patrimônio histórico e cultural da região e da humanidade, considerando que o Egito fazia parte da Convenção da

³⁶² ARB/84/3 – *Southern Pacific Properties (SPP) vs. República Árabe do Egito*. Disponível em *Yearbook of Commercial Arbitration*, n. 16, 1991. p. 28.

³⁶³ *Journal du droit international*, n. 121, 1994. p. 220.

UNESCO sobre preservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, que entrou em vigor em dezembro de 1975, e por ele se obrigava a preservar os monumentos tidos como patrimônio histórico e cultural. Como o projeto tinha por finalidade a construção de um complexo turístico às margens das pirâmides, setores da sociedade egípcia se mobilizaram para pressionar o governo a impedir tal realização.³⁶⁴

Em 27 de maio de 1978, o Ministro da Cultura editou novo decreto declarando que a área onde se encontravam as pirâmides era de domínio público. Em 19 de junho de 1978 o Presidente do Egito editou o Decreto nº 267 que revogava o Decreto nº 475, retirando a sua aprovação ao projeto e cancelando o acordo. Por consequência a *joint venture* foi interdita e administrada judicialmente, suas contas foram bloqueadas pelo Banco Central do Egito e os seus bens todos seqüestrados.

Em 24 de agosto de 1984, a *Southern Pacific Properties* iniciou um procedimento arbitral perante o ICSID e desde logo o Egito contestou a sua competência. Em 27 de novembro de 1985 o Tribunal Arbitral composto para o caso emitiu a sua primeira decisão sobre a jurisdição, resolvendo suspender o procedimento até que a Corte de Cassação francesa decidisse se havia ou não acordo das partes em submeter à disputa a CCI, o que excluiria a jurisdição do ICSID. Em 14 de abril de 1988, o Tribunal Arbitral proferiu a segunda e última decisão sobre a sua jurisdição e, em 20 de maio de 1992, a sentença final sobre o caso foi proferida, condenando o Egito ao pagamento de uma indenização no valor de aproximadamente 27 milhões de dólares mais juros de 5% ano a contar da data de emissão da sentença arbitral.

Irresignado, o Egito requereu inicialmente a anulação da sentença, mas após quatorze anos de disputa, acabou firmando acordo para encerrar a contenda adimplindo a importância de cerca de dezessete milhões e quinhentos mil dólares.³⁶⁵

A discussão sobre a jurisdição do ICSID está centrada ao exame da legislação egípcia sobre promoção e proteção de investimento estrangeiro, pois a *Southern Pacific Properties* requereu a instauração do procedimento de arbitragem perante ICSID, justificou sua competência no art. 8º, da Lei Egípcia nº 43 de 1974, segundo a qual o Egito teria consentido em submeter-se à arbitragem do ICSID. As decisões sobre a competência do ICSID tinham

³⁶⁴ DELAUME, Georges R. *The pyramids stand: the pharaohs can rest in peace. ICSID Review. FILJ*, v. 8, n. 2, 1993, p. 235.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 240.

como fundamento o consentimento do Estado à Arbitragem do ICSID, tomando por base a legislação interna do Egito relativa a investimentos.³⁶⁶

O Tribunal composto por Eduardo Jimenez de Arechaga; Robert F. Pietrowski Jr. e Mohamed Amin El Mahdi emitiu a primeira decisão datada de 27 de novembro de 1985, pronunciando-se sobre duas das três objeções preliminares arguidas pelo Egito.

A primeira objeção preliminar arguida foi no sentido de que a *Southern Pacific Properties*, ao sustentar uma demanda com o mesmo objeto perante a CCI, não teria consentido com a arbitragem do ICSID, por contrariedade ao art. 26 da Convenção de Washington, que expressamente implica na renúncia a todos os outros meios de solução de conflitos.

O Tribunal rejeitou tal argumento por entender que na situação não se verificava óbice às partes ao direito de utilizar outros recursos para solucionar contendas sobre investimentos, que a exclusividade do ICSID estava posteriormente configurada a instauração do procedimento arbitral ou conciliatório não havendo proibição às partes em utilizar outros meios para resolver a contenda.³⁶⁷

A segunda objeção se referia à inaplicabilidade da Lei nº 43, de 1974 sobre investimentos, pois o Egito havia retirado a sua autorização do projeto de investimento, ou seja, a referida lei deixava de ser aplicável ao caso e o ICSID não teria competência para julgar a contenda.

Tal arguição foi refutada, pois no momento da solicitação de procedimento de arbitragem junto ao ICSID a Lei nº 43 estava em vigor, como também no momento da decisão preliminar sobre jurisdição. Entendeu-se que a referida lei continha uma oferta do Egito de aceitação da competência do ICSID, previamente a anulação do projeto, motivo pelo qual tal oferta não tinha sido suprimida com a aprovação do projeto e com a sua anulação. O investimento foi realizado e a referida lei era aplicável ao contencioso relativo ao investimento.³⁶⁸

³⁶⁶ GAILLARD, Emmanuel. *Centre International pour le reglement des differends relatifs aux investissements (ICSID): chronique des sentences arbitrales*. *Journal du Droit International*. n. 1, 1994. p. 230.

³⁶⁷ DELAUME, Op. Cit., p. 242.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 242.

A terceira objeção trata da inaplicabilidade do art. 8º da Lei nº 43 ao caso, pois somente previa a arbitragem na violação de obrigações estabelecidas na lei e não em situações envolvendo a violação de direitos contratuais.

O Tribunal tampouco a acolheu consubstanciando-se no fato de a Lei nº 43 proteger o investidor de expropriação e na contenda instaurada entre as partes. Os direitos contratuais da *Southern Pacific Properties* tinham sido expropriados pelo cancelamento do contrato sem compensação e o Egito havia violado o Acordo de Base e o disposto no art. 7º da Lei nº 43, que proibia a nacionalização e a expropriação sem a devida compensação.³⁶⁹

O Egito contestou rebatendo que o art. 8 da Lei nº 43 não era auto-executável e nesse sentido não conferia acesso ao ICSID sem um acordo em separado entre o governo do Egito e o investidor estrangeiro. O Tribunal entendeu que o art. 8 da lei nº 43 era sim aplicável, mas cabia examinar se o artigo 8º era ou não uma oferta auto-executória de aceitação da jurisdição do ICSID, o que dependia diretamente da constatação das partes não terem convencionado outra forma de solução arbitral para o caso. O Tribunal do ICSID suspendeu o julgamento do caso para que a Corte de Cassação francesa se pronunciasse sobre a existência ou não de convenção arbitral vinculando o Egito à Arbitragem da CCI e, ainda que não estivesse vinculada à decisão da Corte os árbitros do ICSID aguardaram a manifestação da justiça francesa.³⁷⁰

Em 6 de janeiro de 1987 a Corte de Cassação decidiu pela manutenção da sentença da Corte de Apelação, que anulou a sentença arbitral da CCI e em 14 de abril de 1988, o Tribunal Arbitral do ICSID pôde manifestar-se sobre a questão da jurisdição. A discussão versou sobre a interpretação do art. 8 da Lei nº 43 de 1974 e, ao final, o Tribunal deverá decidir sobre o seu efeito jurídico em relação à Convenção de Washington de 1965, tendo em vista que o Egito entendia que a apreciação da competência do ICSID deveria ser examinada de acordo com a lei egípcia e a *Southern Pacific Propertie* entendia ser cabível a aplicação do Direito Internacional na interpretação da Convenção de Washington.³⁷¹

O Tribunal rejeitou as duas pretensões, pois a competência no caso específico demandava a necessidade de saber se uma legislação, resultado da ação unilateral de um

³⁶⁹ *Journal du droit international*, n. 121, 1994. p. 225.

³⁷⁰ DELAUME, Op. Cit., p. 250.

³⁷¹ GAILLARD, Op. Cit., p. 235.

Estado, havia ou não criado uma obrigação internacional de aplicação a um Tratado internacional.

O art. 8 da Lei nº 43 era invocado como declaração unilateral de aceitação da competência do ICSID sob reserva de aceitação recíproca pelo nacional de outro Estado contratante, razão pela qual o Tribunal deveria considerar alguns aspectos de Direito Internacional sobre atos jurídicos unilaterais.

O Tribunal aplicou os princípios gerais de interpretação de leis, as regras pertinentes aos tratados e os princípios de Direito Internacional aplicáveis às declarações unilaterais, considerando um dos princípios básicos de interpretação do Direito Internacional, enunciados pela jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional e pela CIJ, é que a interpretação de um Estado do seu próprio consentimento unilateral à competência de um Tribunal Internacional não obriga o Tribunal e não é suficiente para determinar a questão da competência. O próprio Tribunal internacional possui o poder de julgar sobre a sua própria competência e essa prerrogativa está garantida aos árbitros do ICSID.³⁷²

A segunda questão preliminar analisada pelo Tribunal antes de examinar o art. 8 da lei egípcia era o modo de interpretar as cláusulas compromissórias concluídas pelos Estados. Necessitava-se saber se um acordo sobre a competência do ICSID deveria ser interpretado restritivamente. O texto da Convenção de Washington, assim como os trabalhos preparatórios são uníssonas ao afirmar que não há presunção de consentimento por parte do Estado que ratifica o tratado, sendo necessário o consentimento expresso e por escrito das partes envolvidas. O Tribunal Arbitral do ICSID afirmou que os instrumentos relativos à competência não deveriam ser interpretados nem extensiva, nem restritivamente, mas de maneira objetiva e de acordo com a boa-fé, de modo que só deveria ser determinada se os argumentos em favor desta competência fossem preponderantes.³⁷³

A terceira decisão preliminar tratava dos efeitos das decisões dos Tribunais franceses sobre o caso no procedimento instaurado no ICSID. No entendimento do Egito, pelas decisões da justiça francesa, o art. 8 não era imperativo, não existia hierarquia entre os três

³⁷² Convenção de Washington - Art. 41. Só o Tribunal conhecerá da sua própria competência. Qualquer exceção de incompetência relativa ao Centro ou, por quaisquer razões, ao Tribunal deverá ser considerada pelo Tribunal, que determinará se a mesma deverá ser tratada como questão preliminar ou examinada juntamente com as questões de fundo.

³⁷³ GAILLARD, Op. Cit., p. 222.

mecanismos de solução desse dispositivo legal e também não se podia inferir da Lei nº 43 presunção de renúncia à imunidade de jurisdição de um Estado soberano.³⁷⁴

O Tribunal Arbitral entendeu que essas conclusões não poderiam ser retiradas das decisões das cortes francesas, pois a justiça francesa não tinha examinado o art. 8 da Lei nº 43 quanto à competência do ICSID, mas apenas decidido que, em razão do texto legal, as contendas surgidas de um investimento estrangeiro seriam regidas pelos métodos convencionados com o investidor.

Decididas as questões preliminares, o Tribunal passou para o exame do art. 8º³⁷⁵ da Lei nº 43 de 1974, destacando que a Convenção de Washington exigia apenas que o consentimento das partes à jurisdição do ICSID fosse escrito.

Os árbitros mencionaram, ainda, as notas explicativas da Convenção elaboradas pelos Diretores Executivos do Banco Mundial, que sugerem a possibilidade de o Estado oferecer unilateralmente o consentimento à jurisdição do ICSID por meio de uma legislação interna, podendo o investidor posteriormente aceitar esta oferta por escrito.³⁷⁶

A *Southern Pacific Propertie* entendia que o art. 8º estabelecia uma hierarquia obrigatória de procedimentos a serem utilizados na solução de contendas sobre investimentos, pois a cláusula arbitral celebrada com o investidor não envolvia o Egito nem tampouco havia acordo bilateral entre o Egito e Hong Kong. A contenda deveria ser regida pelo sistema arbitral do ICSID.

³⁷⁴ GAILLARD, Op. Cit., p. 222.

³⁷⁵ Art. 8º: Disputas de investimentos com respeito à implementação das provisões dessa lei deverão ser solucionadas na forma a ser acordada com o investidor, ou dentro da estrutura dos acordos em vigor entre a República Árabe do Egito e o país natal do investidor, ou **dentro da estrutura** da Convenção para a solução de Disputas de Investimentos entre o Estado e os nacionais de outros países à qual o Egito aderiu em virtude da lei n. 90 de 1971, **no que couber**. As disputas podem ser solucionadas por meio da arbitragem. Uma junta arbitral deverá ser constituída, compreendendo um membro em nome de cada parte da disputa e um terceiro membro agindo como presidente, a ser nomeado conjuntamente pelos dois membros mencionados. Se não houver acordo na nomeação do terceiro membro em trinta dias da indicação do segundo membro, o presidente será escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo Conselho Supremo de Corpos Judiciais dentre os Conselheiros do Judiciário na República Árabe do Egito.

³⁷⁶ Convenção de Washington - Art 41. Só o Tribunal conhecerá da sua própria competência. Qualquer exceção de incompetência relativa ao Centro ou, por quaisquer razões, ao Tribunal deverá ser considerada pelo Tribunal, que determinará se a mesma deverá ser tratada como questão preliminar ou examinada juntamente com as questões de fundo.

Art 42. O Tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes. Na ausência de tal acordo, o Tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis. O Tribunal não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio ou da obscuridade da lei. As disposições dos n.os 1 e 2 não prejudicarão a faculdade de o Tribunal julgar um diferendo ex aequo et bono se houver acordo entre as partes.

O Egito sustentava que o parágrafo primeiro do art. 8º enumerava uma lista exemplificativa não limitativa de métodos possíveis de solução de contendas passíveis de serem negociadas entre as partes, sendo necessário um acordo em separado para fixar o método de solução de conflitos a ser utilizado.³⁷⁷

A questão levantada pela *Southern Pacific Propertie* em relação à competência do ICSID era que o consentimento do Egito à jurisdição do ICSID adviria do art. 8 da Lei nº 43 de 1974. O Tribunal Arbitral utilizou as regras de interpretação dos Tratados contidas na Convenção de Viena dos Tratados de 1969 e, como regra básica de interpretação, a análise gramatical do texto legal. Com isso, concluiu que a questão da prioridade entre os métodos de solução de contendas prescritos no art. 8º indicam uma ordem hierárquica, de acordo com o art. 45 do Decreto Egípcio nº 375 de 1977 editado para aplicação da Lei nº 43.

O Egito, na sua contestação dizia que as expressões “dentro da estrutura da Convenção” e “no que couber”, do final do primeiro parágrafo do art. 8º, pretendiam a aplicação do sistema do ICSID, satisfeitos os requisitos exigidos pela Convenção de Washington, dentre os quais o consentimento expresso e por escrito do art. 25(1), e por esse motivo o art. 8º não representaria esse consentimento.³⁷⁸

O Tribunal rechaçou tal argumento consubstanciando-se na Lei n.º 43. Entendeu que a exigência de acordo em separado destoaria à lógica do art. 8, pois não faria sentido mencionar acordos bilaterais e a Convenção do ICSID.³⁷⁹

O Egito alegou também que a menção ao ICSID no art. 8 era apenas num *pactum de contrahendo*, para informar aos possíveis investidores a disponibilidade do Egito em negociar em circunstâncias específicas o consentimento à sua jurisdição.

O Tribunal recusou este argumento, pois a disponibilidade do Egito em consentir à jurisdição do ICSID era depreendida da ratificação da Convenção de Washington pelo Egito, tampouco julgando procedente o argumento do Estado egípcio que o art. 8 deveria ser interpretado levando em consideração o histórico egípcio de reticência em se submeter à competência de tribunais arbitrais.

³⁷⁷ GAILLARD, Op. Cit., p. 224.

³⁷⁸ Convenção de Washington - Art. 25. A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente.

³⁷⁹ GAILLARD, Op. Cit., p. 229.

Os árbitros concluíram que, para interpretar uma declaração unilateral apresentada por Estado e o seu consentimento em submeter-se a um Tribunal internacional, deveria ser examinada a intenção do governo deste Estado na declaração. Nesse sentido, os árbitros levaram em consideração que em 1971, ocasião na qual o Egito aderiu à Convenção de Washington, inaugurou também uma nova política econômica destinada a atrair investimentos estrangeiros e reconheceu que a Lei nº 43 era uma expressão jurídica da política econômica de portas abertas e o seu objetivo era a atração de investidores para o país, com o oferecimento de garantias e privilégios, dentre os quais estava a não submissão à justiça local.³⁸⁰

O Egito também alegou que considerar o consentimento à jurisdição do ICSID pelo art. 8 da Lei nº 43, era considerar que esse dispositivo legal renunciava a sua imunidade de jurisdição, e em matéria de renúncia à imunidade, fato que cabia apenas ao Estado soberano se pronunciar.³⁸¹

O Tribunal reconheceu que a aceitação da jurisdição do ICSID reportava na renúncia à imunidade estatal e que a renúncia resultante do art. 8 era ilusória, pois caberia ao Estado egípcio aprovar o investimento estrangeiro a ser feito e acordar a respeito de outras formas de resolução de conflitos. O Tribunal decidiu que a interpretação do art. 8 da Lei nº 43 era dado pelo caráter imperativo da formulação do texto, pela interpretação em cascata fornecida pelo próprio decreto de aplicação da lei e pela avaliação dos objetivos da Lei nº 43 a partir da política de abertura ao investimento adotada pelo Egito à época da elaboração da lei. O art. 8 da Lei nº 43 foi considerado hierárquico e cogente, não existindo acordo bilateral celebrado entre o Egito e Hong Kong e nem contrato com previsão de cláusula arbitral entre o governo do Egito e a *Southern Pacific Propertie*. A arbitragem multilateral prevista pela Convenção de Washington era aplicável e o Tribunal Arbitral formado competente para julgar o caso.³⁸²

Devido à inexistência de relação direta entre o Egito e a *Southern Pacific Propertie* o consentimento à jurisdição do ICSID assumiu grande importância e o Tribunal se julgou competente para julgar o caso e, em razão da interpretação particular de uma legislação interna do Estado egípcio, pôde ser acionado em foro internacional sem ter expressamente renunciado à sua imunidade de jurisdição.

³⁸⁰ GAILLARD, Op. Cit., p. 225.

³⁸¹ DELAUME, Op. Cit., p. 254.

³⁸² Ibidem, p. 254.

Na análise da questão da jurisdição no caso *Southern Pacific Propertie* e Egito, os árbitros se detiveram na análise do art. 8º da Lei n.º 43 de 1974 do Estado egípcio, para saber se a legislação do Egito representava um ato unilateral com efeito de obrigação internacional em aplicação de um tratado internacional. Os árbitros pressuporam a sua com base na possibilidade trazida pela Convenção de Washington de 1965, do Estado manifestar unilateralmente o seu consentimento em levar uma categoria indeterminada de disputas ao ICSID por intermédio de legislação interna geral e abstrata.³⁸³

O Egito não contestou essa possibilidade e na decisão sobre jurisdição não houve uma análise detalhada da Convenção, principalmente com relação aos princípios interpretativos de tratados internacionais codificados pela Convenção de Viena dos Tratados de 1969. A fundamentação do posicionamento dos árbitros se baseou tão somente na disposição das notas explicativas elaboradas pelos diretores executivos do Banco Mundial para afirmar que o tratado constitutivo do ICSID não exigia forma específica para o consentimento das partes à jurisdição do ICSID, cabendo aos Tribunais arbitrais examinarem a existência ou não deste consentimento.³⁸⁴

É tecnicamente incorreto dizer “renúncia à imunidade de jurisdição” quando se faz referência a uma Arbitragem com jurisdição internacional. Correto seria dizer exclusão da processualidade estatal e submissão voluntária à autoridade arbitral, pois a imunidade de jurisdição é verificada quando a jurisdição arbitral é nacional e advém da aplicação da lei de um terceiro Estado, escolhido pelas partes como sede da arbitragem, não sendo este o caso da arbitragem do ICSID. Seu procedimento é regido pelas regras procedimentais elaboradas pelo Conselho Administrativo do ICSID sobre interpretação de Tratados, pelos princípios gerais de interpretação de leis e pelos princípios gerais aplicáveis às decisões unilaterais.³⁸⁵

De todo modo deve-se interpretar com cautela a Convenção de Washington e avaliar ponderadamente o valor jurídico das notas interpretativas com base nos princípios de interpretação de tratados para se depreender o consentimento dos Estados à Arbitragem do ICSID.

Os árbitros escolhidos na análise da contenda entre a *Southern Pacific Propertie* e o Egito pressuporam que a Convenção de Washington autorizava a Arbitragem mesmo sem

³⁸³ DELAUME, Op. Cit., p. 255.

³⁸⁴ Ibidem, p. 255.

³⁸⁵ MAGALHÃES, Op. Cit., p. 128.

relação contratual e sob a manifestação do consentimento por intermédio de uma declaração unilateral de vontade por meio de uma legislação nacional. Os árbitros analisaram a definição da Lei nº 43 de 1974 e o art. 8º, como atos jurídicos unilaterais do Estado, produzidos no âmbito interno, mas geradores de efeitos internacionais.³⁸⁶

A oferta unilateral ao público sem qualquer vinculação a uma relação jurídica determinada, por força da Teoria Geral dos Contratos, é classificada como oferta à negociação, sem qualquer valor vinculativo. A definição de oferta como ato unilateral do Estado é mais conveniente ao garantir seu efeito obrigatório. De todo modo existem critérios na Teoria Geral do Ato Jurídico Unilateral do Direito Internacional que devem ser observados na classificação de um ato como jurídico unilateral. O fato é que a legislação egípcia não preencheu tais requisitos.³⁸⁷

A Teoria Geral dos Atos Jurídicos Unilaterais do Estado é simplista, pois a manifestação unilateral de um Estado pode assumir as formas oral ou escrita, tácita ou expressa e decorrer de uma autoridade legislativa ou executiva. A doutrina é pacífica ao conceituar o ato jurídico unilateral como uma manifestação de vontade de um sujeito do Direito Internacional de *per si* gerador de efeitos jurídicos no plano internacional.³⁸⁸

Para um ato jurídico ser classificado como unilateral deve preencher requisitos mínimos de validade, como ser imputável a um sujeito de Direito Internacional seja ele um Estado ou uma Organização Internacional, ter conteúdo admissível pelo Direito Internacional e resultante da manifestação real de vontade sem vícios e ser público e notório.³⁸⁹

Somente o ato isolado que o Estado especifica pode produzir efeitos jurídicos no Direito Internacional, em um rol de hipóteses antecipadamente previstas. Desta feita, para que a manifestação unilateral de um Estado produza efeitos na esfera internacional é necessário que haja intenção do manifestante nesse sentido.³⁹⁰

Na classificação dos atos jurídicos unilaterais não há critérios uniformes, podendo ser classificados como tácitos e expressos, autonormativos e heteronormativos, com efeito direto e indireto, como autônomos e vinculados a uma prescrição convencional ou consuetudinária. Dentre essas categorias são geralmente identificados o reconhecimento, a renúncia, o protesto,

³⁸⁶ GAILLARD, Op. Cit., p. 227.

³⁸⁷ KLEINHEISTERKAMP, Op. Cit., p. 164.

³⁸⁸ DINH; DAILLER; PELLET, Op. Cit., p. 329.

³⁸⁹ MELLO, Op. Cit. p. 304.

³⁹⁰ SOARES, Op. Cit., p. 112.

a notificação, a denúncia e a promessa, a oferta de bons ofícios, a ruptura diplomática e a anexação.³⁹¹

A oferta unilateral do consentimento ao ICSID foi considerada como um ato unilateral ligado a um tratado. O consentimento unilateral pelo Estado à jurisdição do ICSID, tanto em uma legislação nacional quanto em qualquer outro documento, tem o mesmo efeito obrigatório no plano internacional, em razão do tratado constitutivo do ICSID, sendo necessário que a manifestação de vontade do Estado na adesão voluntária a uma instância arbitral ou jurisdicional internacional seja precisa, clara e inequívoca. A criação da jurisdição internacional do árbitro deriva de um ato jurídico unilateral do Estado que exprime a sua intenção de a ela se subordinar, razão pela qual a submissão de um Estado à Arbitragem Internacional tem as mesmas características da aceitação da jurisdição da CIJ.³⁹²

A decisão da Corte Internacional de Justiça no caso dos testes nucleares envolvendo a França e a Austrália em 20 de dezembro de 1974 é elucidativa quanto à força obrigatória dos atos unilaterais e a forma de sua interpretação, pois nesse caso os juízes determinaram que as declarações sobre situações fáticas ou legais feitas mediante ato unilateral poderiam criar efeitos obrigatórios. Nesse sentido o Estado pode, em relação a uma situação específica, tomar uma posição com intenção de se obrigar, depreendida da interpretação restritiva do ato quando um Estado faz declarações que implicam uma limitação de liberdades.³⁹³

A submissão de um Estado a uma instância arbitral internacional, por respeito ao princípio da independência e autonomia dos Estados e pelas características próprias do Direito Internacional, deve ser voluntária e o consentimento deve ser manifestado de maneira expressa e autônoma, implicando na renúncia ao exercício de sua jurisdição territorial. Na submissão a uma arbitragem com jurisdição internacional não há renúncia à imunidade de jurisdição no sentido formal da expressão, pois a imunidade de jurisdição e execução de um Estado se refere à sujeição de um Estado a uma autoridade política de outro Estado, pela aplicação de suas leis e na submissão aos seus tribunais. Somente nos casos de arbitragens, em que está estipulada a aplicação da lei de um terceiro Estado escolhido pelas partes como local da Arbitragem, é que se pode falar em renúncia à imunidade de jurisdição do Estado de jurisdição nacional.³⁹⁴

³⁹¹ SOARES, Op. Cit., p. 112.

³⁹² MAGALHÃES, Op. Cit, p. 135.

³⁹³ Ibidem, p. 135.

³⁹⁴ MAGALHÃES, Op. Cit., p. 125.

A adesão de um Estado à arbitragem do ICSID não implica na renúncia a sua imunidade de jurisdição, pois os tribunais arbitrais do ICSID aplicam, nas contendas que lhe são submetidas em relação à matéria, a legislação do Estado hospedeiro e os princípios de Direito Internacionais aplicáveis. Em relação ao procedimento são aplicadas as regras procedimentais criadas pela própria organização ou as regras também internacionais elaboradas pela UNCITRAL.

A Arbitragem do ICSID tem jurisdição internacional, não cabe falar em renúncia à imunidade de jurisdição por parte do Estado que a ela se submete mesmo com o recorrente uso da expressão “renúncia às imunidades estatais” para expressar a ideia de que um Estado, ao submeter-se a um Tribunal internacional, abdicar do exercício de sua jurisdição e do direito de não ser julgado por seus pares, a não ser mediante manifestação expressa de vontade.³⁹⁵

A interpretação que o Estado faz da sua própria declaração de vontade em aderir a uma jurisdição internacional não é vinculante ao Tribunal, juiz da sua própria competência. O exercício dessa competência para determinar a própria competência deve basear-se na busca da vontade real das partes, segundo critérios objetivos e de acordo com a boa-fé.

Reconhecer que o consentimento expresso e por escrito de um Estado à jurisdição do ICSID seja feito por uma declaração unilateral em uma legislação nacional implica que o ato legislativo que contenha tal declaração seja interpretado por árbitros ou juizes estrangeiros, permitindo que seja retirado da esfera de competência soberana do Estado o poder de dizer o sentido das normas por ele adotadas.³⁹⁶

O risco de tal permissão foi antevisto por alguns países ainda na fase de discussões para a elaboração da Convenção de Washington e a possibilidade de admitir o consentimento por intermédio de declarações unilaterais legislativas nacionais foi rechaçada por vários países, pois os Tribunais Arbitrais do ICSID não poderiam se tornar instâncias revisoras de legislações nacionais.³⁹⁷

³⁹⁵ Ibidem, p. 125.

³⁹⁶ SOARES, Op. Cit., p. 119.

³⁹⁷ Ibidem, p. 119.

3.2 ICSID Case No. ARB/97/3: O caso *Compañia de Aguas del Aconquija versus República Argentina*

O caso *Compañia de Aguas del Aconquija* e República Argentina insere-se no rol de reclamações contra a Argentina em relação a investimentos no setor público de águas e envolve o Estado argentino e a subsidiária da *Vivendi*, a *Compagnie Générale des Eaux* e a sua empresa filiada argentina, a *Compañia de Águas del Aconquija*.³⁹⁸

Em 18 de maio de 1995 a *Compagnie Générale des Eaux* e a *Compañia de Águas del Aconquija* celebraram um contrato de concessão para administração de estações de água e esgoto com a Província de Tucumã, na Argentina, inexistindo qualquer participação direta ou indireta do governo deste país e, apesar de existir um Acordo Bilateral de Investimento entre França e Argentina em vigor desde julho de 1992, o contrato de concessão firmado não fazia referência a este documento, nem ao ICSID, ainda que o mesmo estivesse em vigor para ambos os Estados.³⁹⁹

A cláusula 16.4 do contrato de concessão estabelecia que as contendas surgidas sobre a interpretação e a aplicação do contrato deveriam ser submetidas à jurisdição exclusiva dos Tribunais Administrativos de Tucumã. Em 22 de julho de 1995, a *Compagnie Générale des Eaux* assumiu a responsabilidade pela prestação de serviço de água de Tucumã e desde então uma série de problemas surgiram na estrutura e na operação do sistema de água.⁴⁰⁰

Dentre os problemas, as dificuldades operacionais decorrentes de infra-estrutura defeituosa e de tarifas que não refletiam os custos e as provisões de gastos de capital. Tal fato gerou insatisfação e atritos entre a *Compagnie Générale des Eaux* e as autoridades da Província de Tucumã, razão pela qual os governos da França e da Argentina foram acionados para compor a situação.

A *Compagnie Générale des Eaux* asseverava que desde o início da operacionalização não contara com o apoio de ramos do governo da Província de Tucumã e que fora atacada por funcionários em todos os ramos do governo da referida Província. Também alegou que logo

³⁹⁸ ROSA, Paolo. *The recent wave of Arbitrations against Argentina under bilateral investment treaties: background and principal legal issues*. *The University of Miami inter-American law review*. Miami: vol. 36, n. 1, outono 2004. p. 45.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 45.

após ter concluído o contrato, houve uma série de decretos, resoluções, leis e ditames que tinham como propósito debilitar a operação da concessão objetivando forçar a filial argentina a renegociar o acordo.⁴⁰¹

A Província de Tucumã asseverou que os seus funcionários reagiram a uma prestação de serviço deficiente por parte da empresa, que afetou o serviço de abastecimento de água da província. Foram numerando uma série de problemas como o método a ser utilizado para medir o consumo de água, a porcentagem de qualquer aumento nas tarifas a serem cobradas de usuários, a existência ou não de direitos por parte da concessionária de repassar aos seus clientes certos impostos e a qualidade da água subministrada.⁴⁰²

Como a proposta de renegociação discutida pelas partes foi recusada pela província de Tucumã no início de 1997 a *Compagnie Générale des Eaux* também se recusou a assinar uma renegociação do contrato asseverando que o Governador de Tucumã havia realizado unilateralmente setenta alterações no texto do contrato antes de submetê-lo à Legislatura da província.

Em 27 de agosto de 1997, a *Compagnie Générale des Eaux* notificou o Governador de Tucumã que rescindiria o contrato de concessão, em razão do inadimplemento de Tucumã.

Cerca de um mês depois, a Província de Tucumã recusou a notificação da *Compagnie Générale des Eaux* e rescindiu o contrato, invocando o inadimplemento da *Compagnie Générale des Eaux* requerendo que a *Compagnie Générale des Eaux* continuasse a prestar o serviço de água por um período de 18 meses até que fosse encontrada uma nova companhia.⁴⁰³

Em 26 de dezembro de 1996, a *Compagnie Générale des Eaux* solicitou à secretaria do ICSID a instauração de procedimento arbitral contra a Argentina, pleiteando a indenização de trezentos milhões de dólares a título de perdas e danos, causados pelo descumprimento dos artigos 3 e 5 do Acordo Bilateral de Investimento por parte do Estado argentino.

Esses dispositivos versavam sobre o princípio do tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros em relação aos nacionais; a regra da proteção e segurança plenas do

⁴⁰¹ FONSECA, Karla Closs. Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas, 2007. p. 42.

⁴⁰² ROSA, Op. Cit., p. 47.

⁴⁰³ Ibidem, p. 49.

investimento; a proibição de expropriação, salvo por utilidade pública, e o pagamento de prévia e justa compensação.

Em 8 de janeiro de 1998 a Argentina ofereceu exceção à jurisdição do ICSID. A *Compagnie Générale des Eaux* justificou a competência do ICSID em alusão ao art. 8 do Acordo Bilateral de Investimento e no art. 25 da Convenção de Washington de 1965.⁴⁰⁴

O consentimento expresso e escrito do Estado argentino à arbitragem do ICSID estava disposto no art. 8 do Acordo Bilateral de Investimentos, referente à solução de contendas relativas a investimentos, que determinava que as contendas referentes aos investimentos, entre uma parte contratante e um investidor de outra parte contratante, seriam, na medida do possível, solucionadas amigavelmente. Ao final de seis meses, caso uma solução não fosse alcançada, a requerimento do investidor, a contenda seria submetida ou à jurisdição nacional do Estado parte na contenda ou à arbitragem internacional, sendo definitiva a eleição de um desses procedimentos. O parágrafo terceiro do dispositivo dispunha que a Arbitragem Internacional poderia ser aquela realizada pelo ICSID, caso os Estados fossem signatários da Convenção que o instituiu, ou à arbitragem do tipo *ad hoc*, realizada segundo as regras da UNCITRAL.⁴⁰⁵

O ICSID seria competente, pois a disputa envolvia uma questão jurídica derivada diretamente de uma relação de investimento e porque envolvia investidor de origem de Estado contratante e Estado receptor do investimento também parte na Convenção de Washington de 1965.

A *Compagnie Générale des Eaux* alegava que as ações da Província de Tucumã eram juridicamente atribuíveis à Argentina, ou seja, o governo argentino expropriava os direitos das reclamantes no contrato de concessão e lhes negava um tratamento justo e equitativo, conforme lhes havia sido garantido pelos arts. 3 e 5 do Acordo Bilateral de Investimento. Arguiram que a omissão da Argentina em impedir que a Província de Tucumã tomasse determinadas decisões, implicava na violação de um dever jurídico que este país teria com os investidores perante o Acordo Bilateral de Investimento e o Direito Internacional.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ JIMÉNEZ, Sonia Rodríguez. *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI. Direito do comércio internacional – temas e atualidades – investimento estrangeiro*, Florianópolis: Fundação Boiteux, DeCita, 2005. p. 137.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 135.

A Argentina alegou que o ICSID não seria competente porque não existiria contenda envolvendo a República Argentina, pois o problema apresentado pelas reclamantes surgiu e se relacionava exclusivamente com o contrato de concessão do qual a Argentina não fazia parte, razão pela qual as reclamações da *Compagnie Générale des Eaux* e da *Compañia de Aguas del Aconquija* só poderiam ser apreciadas pelo ICSID se a Província de Tucumã figurasse no pólo passivo da demanda, e a Argentina não autorizava que subdivisões políticas fossem demandadas diretamente no ICSID, o que obstaría a jurisdição do ICSID ao caso em análise.⁴⁰⁷

A Argentina também alegava que as reclamações apresentadas se relacionavam com o contrato de concessão e que, mediante a cláusula 16.4 do referido contrato, as partes haviam determinado que as contendas dele derivadas seriam resolvidas pelos Tribunais administrativos da Província de Tucumã, excluindo, portanto, qualquer outro foro, jurisdicional ou arbitral.

A Argentina negou ter responsabilidade pelo Direito Internacional pelos atos praticados pela província de Tucumã, ainda que tenha reconhecido que o Acordo Bilateral de Investimento impusesse deveres ao Estado argentino no contrato de concessão, mas como não era parte neste contrato, tais obrigações seriam apenas de realização, com boa-fé, de bons ofícios, de garantir retorno aos investimentos estrangeiros oferecendo métodos seguros de solução de contendas e que seus funcionários tinham correspondido às expectativas, agindo na medida do possível para compor o litígio amigavelmente e pondo à disposição do investidor os tribunais nacionais para solução judicial do problema. Na visão dos argentinos, na determinação da competência do Tribunal do ICSID deveria ser examinada a existência ou não de violação dos direitos do investidor por denegação de justiça. Como não havia indícios de denegação de justiça, o ICSID não poderia ser considerado competente.⁴⁰⁸

A *Compagnie Générale des Eaux* contra-argumentou, pois a demanda não se relacionava com o contrato de concessão, mas com o Acordo Bilateral de Investimento. Este acordo não obrigava o investidor a ajuizar ações na Justiça Argentina para acionar a Arbitragem Internacional contra violação de Tratado. Argumentou que se tivesse optado pelo

⁴⁰⁷ ROSA, Op. Cit., p. 51.

⁴⁰⁸ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

recurso jurídico interno, teriam eleito o foro e renunciado à Arbitragem Internacional, conforme determina o art. 8 do Acordo Bilateral de Investimento.⁴⁰⁹

O Tribunal entendeu que a petição da *Compagnie Générale des Eaux* e da *Compañia de Aguas Del Aconquija* de fato não se baseava no contrato de concessão, mas na responsabilidade indireta da Argentina pelos atos da Província de Tucumã, supostamente violadores do Acordo Bilateral de Investimento. Os árbitros afirmaram que sob o Direito Internacional e para efeitos da jurisdição do Tribunal Arbitral as ações de uma subdivisão política de um Estado federal são atribuíveis ao governo central.⁴¹⁰

O Tribunal concluiu ter jurisdição sobre o caso com base no art. 8º do Acordo Bilateral de Investimento, examinando não só a responsabilidade por atribuição da República Argentina, mas a responsabilidade direta deste país por ações e omissões em violação ao Acordo Bilateral de Investimento. Os árbitros não aceitaram a posição da Argentina de que o art. 25(3) limita a jurisdição do ICSID e que a cláusula 16.4 do contrato de concessão representava uma restrição à jurisdição do ICSID, pois esta cláusula contratual não poderia representar uma renúncia por parte da *Compagnie Générale* a seus direitos sob o art. 8º do Acordo Bilateral de Investimento de propor reclamações contra a Argentina por violação do acordo.⁴¹¹

O Tribunal cita a decisão proferida contra a Argentina no caso *Lanco International Inc.* (ARB/97/6) para confirmar o seu entendimento de que uma cláusula contratual de exclusão de foro não interfere na jurisdição do ICSID quando a reclamação não estiver fundamentada no contrato de concessão, mas no Acordo Bilateral de Investimento que, em regra, contém previsão de acesso à arbitragem internacional. Com base nisso, o Tribunal entendeu ser competente para apreciar o caso e essa competência persistiria mesmo que a *Compagnie Générale des Eaux* e a *Compañia de Aguas del Aconquija* tivessem recorrido aos Tribunais administrativos da Província de Tucumã para reclamar violação do contrato de concessão, uma vez que a fundamentação da reclamação perante o ICSID estava baseada em acordo internacional.⁴¹²

⁴⁰⁹ MAGALHÃES, Op. Cit., p. 135.

⁴¹⁰ ROSA, Op. Cit., p. 51.

⁴¹¹ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

⁴¹² ROSA, Op. Cit., p. 52.

As demandantes alegaram que os atos da Província de Tucumã, efetuados não como parte no contrato, mas no exercício do poder soberano, deveriam ser diretamente atribuídos à Argentina. Arguiram a falta de ação da Argentina e o descumprimento da sua obrigação de impedir que a Província de Tucumã exercesse poderes governamentais que revogassem os direitos dos investidores ou descumprissem com o contrato. Tanto a *Compagnie Générale des Eaux* quanto a *Compañia de Aguas del Aconquija* acreditavam que a Argentina se encontrava sob um regime de responsabilidade absoluta perante o Acordo Bilateral de Investimento e qualquer ação da Província de Tucumã que violasse esse acordo daria lugar à responsabilidade internacional daquele país.

A Argentina sustentou que a norma que regia a sua responsabilidade, uma vez que não era parte do contrato de concessão, era a da diligência devida ou a dos bons ofícios. O que implicaria apenas no dever de assumir de boa-fé esforços por intermédio de ações de seus funcionários federais para resolver contendas entre a Província de Tucumã e a *Compagnie Générale des Eaux*. Considerava ter cumprido com o seu dever de bons ofícios, não havendo, assim, motivo para responsabilidade internacional.⁴¹³

Os árbitros constataram que as demandantes identificaram atos da Província de Tucumã, atribuíveis à Argentina, que teriam violado os direitos do investidor constantes do Acordo Bilateral de Investimento, proporcionando uma queda da taxa de recuperação; reduzindo as tarifas; abusando da autoridade reguladora; e agindo de má-fé.⁴¹⁴

Exemplos dos dois primeiros atos são as Resoluções nº 170 e 212 do Ente Regulador dos Serviços de Águas de Tucumã – ERSACT – que forçaram uma redução das tarifas e geraram uma incerteza sobre quais faturas deveriam ser pagas. As supostas ações das autoridades da Província de Tucumã que incitaram a população a não pagar as contas foram consideradas abuso de autoridade. As demandantes alegaram que a intervenção da ERSACT por meio das duas resoluções foi politicamente motivada no sentido de forçar a *Compañia de Aguas del Aconquija* a rever os termos do contrato de concessão, sendo também considerada um abuso de autoridade.

Quanto à má-fé das autoridades da Província de Tucumã, as demandantes citaram a modificação unilateral do contrato renegociado antes da submissão à Legislatura de Tucumã;

⁴¹³ ROSA, Op. Cit., p. 53.

⁴¹⁴ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

a cobrança de multas à *Compagnie Générale des Eaux* pela Província de Tucumã em razão da falta de realização de exames na água, mesmo sabendo que os laboratórios estavam desprovidos de materiais; a proibição de cobrança de impostos municipais e provinciais nas faturas e o uso do problema da água negra magnésica para difamar a empresa prestadora do serviço, mesmo sabendo que este problema não era de sua responsabilidade.⁴¹⁵

O Tribunal entendeu que todas as questões versavam sobre os direitos das demandantes em relação ao contrato de concessão e sobre o cumprimento pela província de Tucumã dos seus deveres contratuais. O Tribunal assinalou que em momento algum as demandantes argüiram irregularidades no cumprimento do contrato no foro competente para resolução de contendas sobre o contrato de concessão. O Tribunal também entendeu que a discussão versava sobre as negociações entre a Província de Tucumã e a *Compagnie Générale des Eaux* sem envolver o processo de intermediação feito pelos funcionários federais da República Argentina, por isso o Tribunal não entendeu haver responsabilidade da Argentina nesse aspecto.⁴¹⁶

Sobre a punição pela falha na prestação de serviço envolvendo a falta de exames necessários na água e o problema da água negra, o Tribunal entendeu que estavam em jogo divergências sobre o significado e aplicação de dispositivos do contrato de concessão que versavam sobre essas questões.

O Tribunal concluiu que todas as ações mencionadas pela *Compagnie Générale des Eaux* para responsabilizar a Argentina estavam vinculadas ao cumprimento ou descumprimento do contrato de concessão pelas partes; que todas as questões relevantes para o fundamento jurídico dessas reclamações surgiram do contrato entre *Compagnie Générale des Eaux* e a Província de Tucumã e do cumprimento deste contrato. O Tribunal entendeu que não poderia responsabilizar a Argentina a menos que as demandantes tivessem acionado os tribunais argentinos e tivessem os seus direitos denegados processual ou materialmente.

O Tribunal também considerou a possibilidade de responsabilizar a Argentina caso ficasse demonstrado que teria deixado de honrar suas obrigações de buscar de boa-fé e com esforços razoáveis a solução de contendas entre a Província de Tucumã e a *Compagnie Générale des Eaux*. Concluiu ser difícil identificar quais atos a Província de Tucumã praticou no exercício do poder soberano e não na qualidade de parte contratante, mas não examinou

⁴¹⁵ ROSA, Op. Cit., p. 53.

⁴¹⁶ Ibidem, p. 53.

detalhadamente o contrato de concessão, tarefa de competência dos Tribunais argentinos por determinação da cláusula 16.4 do contrato de concessão. Diante dessa obrigação contratual de recorrer ao contencioso administrativo da Província de Tucumã e da falta de recurso da *Compagnie Générale des Eaux / Companhia de Aguas del Aconquija* a este foro, os árbitros entenderam não haver base para determinar a responsabilização da Argentina por descumprimento do Acordo Bilateral de Investimento.⁴¹⁷

Esse entendimento não significava uma exigência de esgotamento de recursos internos para recorrer à Arbitragem Internacional, mesmo porque o art. 8º do Acordo Bilateral de Investimento não continha essa exigência e o art. 26 da Convenção de Washington, inverteu a regra da proteção diplomática, considerando o esgotamento dos recursos internos como uma opção do Estado contratante e não um requisito necessário para a arguição da responsabilidade internacional de um Estado. A obrigatoriedade neste caso adviria da cláusula 16.4 e da impossibilidade de separar as reclamações de eventuais descumprimentos do contrato das supostas violações do Acordo Bilateral de Investimento, sendo necessária a interpretação do contrato de concessão.⁴¹⁸

Sobre a responsabilidade da Argentina por omissão em responder às ações dos funcionários da Província de Tucumã, o Tribunal constatou que apenas numa missiva endereçada ao governo federal argentino, datada de 05/03/1996, a *Compagnie Générale des Eaux* informou a existência de um processo de negociação com a Província de Tucumã e alertou que, caso este não lograsse êxito, seria acionado o mecanismo de solução de contenda disposto no Acordo Bilateral de Investimento. Em momento algum foi requisitada atitude do Governo Federal Argentino. Os autos não continham, na visão dos árbitros, qualquer indício de que os funcionários federais deixaram de tomar alguma medida específica que lhes teria sido exigida, não sendo demonstrado que as ações ou omissões da Argentina teriam provocado uma violação do Acordo Bilateral de Investimento.

As demandantes alegaram que a Argentina não esgotou os meios jurídicos e políticos existentes para proteger os seus direitos e impedir que a Província de Tucumã tomasse medidas que violassem o Acordo Bilateral de Investimento e descumprissem o contrato. A Argentina teria se omitido em propor ações legais contra a Província de Tucumã na Corte Suprema, para que declarasse a contrariedade dos atos da Província de Tucumã às leis

⁴¹⁷ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

federais, tratados e a Constituição Federal. Exigiam que a Argentina tivesse exercido pressão financeira sobre a Província de Tucumã para persuadi-la a cumprir o Acordo Bilateral de Investimento.⁴¹⁹

Sobre a primeira hipótese, o Tribunal entendeu que, de acordo com os fatos comprovados nos autos, não houve ação ou omissão da Província de Tucumã. Quanto à pressão financeira, o Tribunal entendeu que a situação implicaria numa intervenção estatal num setor que passava por um processo de privatização, conduta que não poderia ser considerada exigível do governo Argentino. Sobre uma suposta necessidade de a Argentina convencer a Província de Tucumã a renegociar o contrato de concessão, o Tribunal não encontrou bases para determinar que o Acordo Bilateral de Investimento impunha à Argentina um dever jurídico internacional de obrigar a província de Tucumã a renovar o contrato.⁴²⁰

Por fim, o Tribunal analisou a alegação das demandantes que os funcionários da Província de Tucumã agiram arditosamente contra a *Compañia de Aguas del Aconquija*, a fim de afugentá-la da província, sendo a Argentina responsabilizada, perante o Direito Internacional, por tais atos, razão pela qual o Tribunal solicitou provas de que as ações tinham sido organizadas pelo governador da província. Os árbitros entenderam que os autos não estabeleciam uma base fática para atribuir responsabilidade à Argentina pelas supostas ações dos funcionários de Tucumã.⁴²¹

Em 21 de novembro de 2000, o Tribunal negou o pedido das reclamantes por entender que os autos não ofereciam base fática para determinar que a República Argentina faltou com o seu dever de responder à situação em Tucumã e às solicitações das reclamantes em conformidade com as obrigações do governo argentino sob o Acordo Bilateral de Investimento. Em 20 de março de 2001 a *Vivendi Universal* e a CAA apresentaram à Secretaria do ICSID uma solicitação de anulação parcial da sentença arbitral proferida pelo Tribunal no caso ARB/97/3, pois o procedimento de anulação está previsto no art. 52 da Convenção de Washington de 1965, estritamente para casos de excesso de poder, falha grave

⁴¹⁹ ROSA, Op. Cit., p. 53.

⁴²⁰ Ibidem, p. 53.

⁴²¹ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

na aplicação de norma procedimental e omissão fundamental da decisão o que entenderam ocorrer no caso.⁴²²

A *Vivendi* e a *Compañia de Aguas del Aconquija* alegaram que o Tribunal Arbitral não considerou realmente o mérito das reclamações em virtude do tratado e, ao rechaçar as pretensões sem efetivamente considerá-las dentro da questão de fundo, o Tribunal excedeu manifestamente as suas faculdades. As reclamantes alegam que o Tribunal não expressou as razões da sua negação. A Argentina discordou desta interpretação da sentença arbitral e considerou que o Tribunal proferiu análise cuidadosa da questão e afirmou que se houvesse anulação deveria ser da sentença na sua integridade, pois o Tribunal declarou-se competente e ao final, não decidiu sobre o mérito em razão da cláusula contratual de eleição de foro em prol dos tribunais argentinos. Para a Argentina, se houvesse reforma da decisão, deveria ser no sentido de declarar o Tribunal incompetente para examinar a contenda.⁴²³

O comitê começou a análise da questão e, após os pronunciamentos das partes por escrito e em audiência, esclareceu a função da anulação da sentença segundo a Convenção de Washington de 1965. Ressaltando que o comitê *ad hoc* não exercia funções de Tribunal de apelação, atendo apenas às causas expressamente mencionadas no art. 52 da Convenção.⁴²⁴

Em matéria de jurisdição, o comitê não viu contradição nas razões do Tribunal não tendo reparos a fazer, pois assim como foi decidido no caso ARB/97/6, uma cláusula contratual de exclusão de foro não excluía a jurisdição do ICSID ou qualquer outro Tribunal internacional previsto em artigo de Acordo Bilateral de Investimento. Quanto ao mérito, o comitê analisou a alegação de violação grave de norma procedimental, concluindo que a mesma não existiu.⁴²⁵

Examinou a alegação de que o Tribunal teria se excedido no exercício de suas faculdades, esclarecendo, que o Tribunal extrapola as suas faculdades não só quando exerce jurisdição fora dos limites do Tratado Constitutivo da Organização, como quando se omite em exercer jurisdição conforme previsão do Tratado.

As demandantes alegaram que o Tribunal declinou em decidir as suas alegações ao considerar que seria necessário abordar questões que se encontravam dentro da jurisdição

⁴²² BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

⁴²³ JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 137.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 138.

⁴²⁵ *Idem*, p. 139.

exclusiva dos tribunais da Província de Tucumã, segundo o contrato de concessão, razão pela qual o Tribunal teria, então, se omitido em exercer a sua jurisdição conforme o Acordo Bilateral de Investimento, fato contrário à decisão em relação à competência.

Quanto às reclamações contra ações ou omissões diretas dos funcionários do governo federal da Argentina que teriam violado o Acordo Bilateral de Investimento, o comitê entendeu que o Tribunal examinou cuidadosamente e decidiu, de maneira fundamentada, rechaçá-las por falta de comprovação nos autos. Quanto às reclamações por atos de Tucumã atribuíveis à Argentina, o comitê entendeu que houve sim uma omissão do Tribunal em analisá-las, uma vez que as reclamações baseadas no cumprimento ou não dos arts. 3 e 5 do Acordo Bilateral de Investimento não se relacionavam diretamente com o contrato de direito interno. O comitê citou decisões da Corte Internacional de Justiça e análises da Comissão de Direito Internacional para corroborar o seu entendimento de que a violação de um tratado é diferente da violação do direito interno, podendo ser lícito em direito interno o que constitui violação de tratado.⁴²⁶

O comitê afirmou que uma cláusula de jurisdição exclusiva constante de contrato celebrado entre as demandantes e o Estado demandado ou uma de suas subdivisões políticas não poderia operar como impedimento de aplicação de um tratado. Como as reclamações da *Compagnie Générale des Eaux* e da *Compañía de Aguas del Aconquija* estavam baseadas no Acordo Bilateral de Investimento, o Tribunal não poderia alegar a existência de uma cláusula contratual de exclusão de foro no plano interno para se omitir de decidir a questão. Para o comitê, o Tribunal estava obrigado pela Convenção do ICSID, pelo Acordo Bilateral de Investimento e pelo Direito Internacional a examinar a situação.

A Argentina alegou que o Tribunal examinou cuidadosamente a questão e concluiu que as demandantes não tinham argumentos fundamentados para invocar o descumprimento dos arts. 3 e 5 do Acordo Bilateral de Investimento e quanto mais claro ficava que a sua demanda era sobre o descumprimento do contrato de concessão, a questão de violação do tratado só poderia surgir no caso de denegação de justiça às demandantes pelos Tribunais argentinos, fato que não ocorreu. O Tribunal rechaçou o pedido das reclamantes por não haver base fática nos autos que determinasse a responsabilização da República Argentina.⁴²⁷

⁴²⁶ ROSA, Op. Cit., p. 61.

⁴²⁷ Ibidem, p. 64.

O Comitê decidiu que o Tribunal declinou em considerar aspectos chaves das reclamações das demandantes, principalmente no que se refere às alegações de atos de má-fé. Para o comitê, no parágrafo 79, o Tribunal referiu-se a uma impossibilidade de decidir derivada da necessidade de interpretar e aplicar o contrato de concessão, tarefa para a qual não tinha competência, em decorrência da cláusula 16.4. O comitê, porém, entendeu que o art. 8 (2) do Acordo Bilateral de Investimento permitiria ao Tribunal exercer jurisdição para examinar o contrato de concessão, na medida necessária para determinar a existência de violação do Acordo Bilateral de Investimento.⁴²⁸

O comitê entendeu que o Tribunal interpretou de maneira restritiva o art. 8 (2) do Acordo Bilateral de Investimento, considerando-o aplicável apenas às reclamações por violação do Acordo Bilateral de Investimento, ficando de fora reclamações sobre situações de investimento estrangeiro com outra base de fundamentação. Para o comitê tal artigo tratava de diferenças relativas a investimentos no sentido do Acordo Bilateral de Investimento e não estava restrito às contendas surgidas de descumprimento de Acordo Bilateral de Investimento, razão pela qual poderia ser utilizado como fundamentação na resolução de contendas baseadas em contrato de concessão.⁴²⁹

O comitê, ao contrário do Tribunal, entendeu que caso a *Compañia de Águas del Aconquija* tivesse acionado a justiça argentina contra a Província de Tucumã por descumprimento contratual, estaria elegendo definitivamente o foro competente para resolver contendas conforme dispõe o art. 8 do Acordo Bilateral de Investimento.⁴³⁰

Também entendeu que o Tribunal se omitiu em analisar as reclamações por atos da Província de Tucumã, pois não forneceu sequer uma definição dos arts. 3 e 5 do Acordo Bilateral de Investimento, o que deveria ter feito caso as reclamações fossem, de fato, examinadas. Tomou como pressuposto o fato de que uma manifestação da Província de Tucumã no intuito de fazer valer os seus direitos contratuais não poderia ensejar um ilícito internacional, o que não seria razoável, pois ilícito internacional e violação de direito interno são questões diferentes.

O comitê concluiu que o Tribunal confrontado com a reclamação e tendo decidido que tinha jurisdição sobre o caso, estava obrigado a decidi-la e ao não fazê-lo incorreu em

⁴²⁸ JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 140.

⁴²⁹ Ibidem, p. 140.

⁴³⁰ Idem, p. 141.

manifesto excesso de suas faculdades, motivo para anulação parcial da sentença conforme o art. 52, 1 (b) da Convenção do ICSID.⁴³¹

Sobre a omissão expressa dos motivos o comitê não viu necessidade de se manifestar, pois já havia decidido pela anulação parcial por omissão. O Tribunal decidiu acatar em parte o pedido de anulação parcial da sentença das demandantes, anulando a decisão do Tribunal Arbitral quanto às reclamações por atos da Província de Tucumã, atribuíveis à Argentina, que teriam violado o Acordo Bilateral de Investimento. Como resultado, novo julgamento será proferido em relação à responsabilidade indireta da Argentina, por atos da Província de Tucumã, supostamente em violação aos arts. 3 e 5 do Acordo Bilateral de Investimento.⁴³²

Este caso demonstra como a prática de admitir o consentimento à Arbitragem do ICSID por meio de manifestação em Acordo Bilateral de Investimentos amplia a competência do ICSID. Mesmo que os acordos de investimentos, celebrados entre as partes envolvidas na contenda, contenham cláusulas de eleição de foro em favor dos Tribunais nacionais do Estado contratante, prevalece à referência à solução arbitral, contida em Acordo Bilateral de Investimentos celebrados entre Estados.⁴³³

Essa ampliação é reflexo direto da “sugestão” dos diretores executivos do Banco Mundial em relação à manifestação unilateral do consentimento do Estado receptor do investimento em submeter contendas ao sistema investidor-Estado da Convenção de Washington de 1965. A proliferação dos Acordos Bilaterais de Investimentos contribuiu para uma banalização do consentimento do Estado a uma Arbitragem Internacional de caráter especial, cujas disposições implicam um afastamento total das questões de ordem pública na apreciação das contendas.⁴³⁴

Ao celebrar esse tipo de acordo com os Estados de origem dos investidores estrangeiros, e ao conter dispositivos de proteção genéricos e uma cláusula arbitral branca, que mencione o sistema ICSID, o Estado receptor do investimento é arrastado ao mecanismo arbitral por escolha exclusiva do investidor. Em razão do Acordo Bilateral de Investimento, o

⁴³¹ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

⁴³² ROSA, Op. Cit., p. 53.

⁴³³ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

⁴³⁴ JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 143.

Estado receptor pode ser acionado no ICSID sem sequer fazer parte do contrato de investimento ou ter interferido diretamente para a dissolução do contrato.⁴³⁵

A Arbitragem sem relação contratual e sem consentimento específico é levada às últimas conseqüências e vem a cada dia se tornando mais comum. O ICSID atualmente é um foro requisitado pelos investidores e entre eles os grandes conglomerados internacionais que possuem *holdings*, subsidiárias e filiais em diversos Estados, podendo inclusive optar pelo Acordo Bilateral de Investimento que lhe for mais favorável para enquadrar a disputa na jurisdição do ICSID.⁴³⁶

Uma vez que as cláusulas arbitrais contidas nos Acordos Bilaterais de Investimento normalmente não determinam um mecanismo arbitral específico, tais cláusulas não deveriam ser suficientes para submeter um Estado à arbitragem, nem mesmo o Estado receptor do investimento que também é parte contratante da Convenção do ICSID, principalmente quando as partes elegem em contrato específico de investimento um determinado foro para solução de contendas e a resolução do contrato não tem relação direta com ações ou omissões do Estado.⁴³⁷

O consentimento do Estado ao ICSID mediante cláusula branca em Acordo Bilateral de Investimento implica na manifestação do investidor posterior ao surgimento da demanda e, em geral, considerando a propositura da reclamação perante o ICSID o próprio consentimento. Tal possibilidade não está permitida pelo texto da Convenção e Washington e sequer pelas suas notas explicativas, que determinam que o consentimento das partes já deva existir à época da propositura de conciliação ou arbitragem. Essa forma de assunção de competência pelos árbitros do ICSID não só desconsidera a própria Convenção de Washington, como a teoria geral da arbitragem na sua base contratual, na necessidade de consentimento específico das partes e na capacidade postulatória das mesmas.⁴³⁸

Caso a Argentina quisesse instaurar, perante o ICSID, um procedimento contra a *Vivendi*, a *Compagnie Générale des Eaux* e a *Compañia de Aguas del Aconquija* pela falha no cumprimento do contrato de concessão de serviço público de água, não poderia fazê-lo pela falta de consentimento escrito das investidoras, razão pela qual se verifica que o sistema

⁴³⁵ JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 143.

⁴³⁶ ROSA, Op. Cit., p. 67.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁴³⁸ *Idem*, p. 69.

formado pelos Acordos Bilaterais de Investimento e o Mecanismo de solução de contendas do ICSID são mais favoráveis aos interesses de uma das partes da relação de investimento.

A Argentina ingressou no ICSID na expectativa de gerar maior influxo de investimentos externos estrangeiros e vantagem competitiva no plano regional, mas após ter firmado uma série de acordos bilaterais de investimentos com diversos países na década de 1990, prevendo o mecanismo do ICSID, tem sido alvo de uma série de reclamações no âmbito do ICSID, advindos da crise financeira de 2001, período no qual as demandas perante o ICSID aumentaram de maneira vertiginosa por descumprimento contratual ou expropriação de direitos e propriedades de estrangeiros sem o pagamento de compensação.⁴³⁹

Na falta de perspectiva de serem ressarcidos do prejuízo sofrido, os investidores procuraram a Arbitragem Internacional, protegidos pelos BITs e pela Convenção de Washington. As principais questões a serem analisadas estavam relacionadas à natureza dos investimentos realizados, ao contexto em que foram feitos às garantias oferecidas pelo governo no momento do investimento, às expectativas dos investidores ao investirem no país, à natureza da própria crise econômica e às justificativas das medidas adotadas pelo Governo em resposta a crise.⁴⁴⁰

Os investidores alegam que o governo violou medidas de proteção definidas nos BITs e garantias de tratamento justo e equitativo, proteção completa, não-discriminação, tratamento nacional e tratamento da nação mais favorecida, sem contar com a expropriação indireta não justificada por qualquer espécie de estado de necessidade. O governo argentino tenta afastar a competência dos tribunais do ICSID para julgar as demandas alegando que, se houve alguma violação, foi face aos contratos de concessão, e não aos BITs o que restringiria as demandas às cortes locais. O governo argentino argumenta que, o fato de fazer parte da Convenção de Washington, não possibilita que seja julgado, por exercer suas decisões soberanas para resguardar interesses públicos, como reestruturar o sistema monetário nacional. Suas decisões políticas deveriam ser vistas como determinações inerentemente soberanas, imunes de qualquer contestação legal por qualquer indivíduo ou entidade.⁴⁴¹

⁴³⁹ MACHADO, Luiz Fernando Corrêa da Silva. O Laudo CMS e a potencial orientação jurisprudencial nos casos contra a Argentina junto ao CIRCI. *Prismas: Dir., Pol. Pub e Mundial.*, Brasília, v. 3, n. 1, p.77-108, jan./jun. 2006, p. 80.

⁴⁴⁰ DI ROSA, Op. Cit., p. 49.

⁴⁴¹ JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 135.

Os Tribunais do ICSID têm se posicionado no sentido de que se constituiu quebra de regras dos contratos, e a aplicação da chamada *umbrella clause*, seria devida, razão pela qual pela qual uma violação a um contrato de investimento constituiria uma violação ao BIT.⁴⁴²

As decisões dos tribunais do ICSID têm sido a favor dos investidores, rejeitando os argumentos do governo argentino e confirmando a competência para julgar os casos baseados na subordinação aos BITs. No caso de outubro de 2006, um Tribunal do ICSID julgou procedente o argumento de “estado de necessidade” da Argentina e a eximiu de compensar financeiramente alguns investidores americanos pelos prejuízos sofridos na “pesificação” das tarifas no período entre dezembro de 2001 e abril de 2003, ainda que tenha reconhecido que o país poderia responder por prejuízos relacionados à violação do BIT ocorridos fora desse período.⁴⁴³

As contendas naquele país giram em torno de investimentos no setor energético e na privatização ou concessão do serviço público, incluindo o tratamento e o fornecimento de água e a construção de infra-estrutura para tratamento de esgoto. Apenas em 2003, cerca de vinte corporações transnacionais recorreram a arbitragens contra a Argentina, alegando a violação da garantia dos tratados de investimentos. Em geral, o investimento é feito pela aquisição de sistemas de tratamento e o fornecimento de água pública, o que caracteriza a privatização do serviço público. Em alguns casos os governos optam por ceder concessões ao investidor estrangeiro para que ele forneça o serviço, arque com os custos de operação e manutenção do sistema e colete as receitas dos serviços prestados.⁴⁴⁴

Nos casos em que se vê uma parceria público-privada, o investidor cria uma *joint venture* com empresas regionais onde os serviços são prestados ou compra ações de empresas que já operam no setor, adquirindo a maioria acionária, como no exemplo do Egito.⁴⁴⁵

Ao lado dos investidores no setor de fornecimento de água, normalmente se encontram as grandes multinacionais da água e suas subsidiárias: *Suez* e a *Águas de Limeira*, *Vivendi Universal* (atual *Veolia*) e a *Compagnie Générale des Eaux*, *Bouygues* e a *SAUR*, o consórcio

⁴⁴² JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 135.

⁴⁴³ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ICSID Case n° ARB/02/1. (Decision on LiAcordo Bilateral de Investimentolity of October 3, 2006) .

⁴⁴⁴ JIMÉNEZ, Op. Cit., p. 137.

⁴⁴⁵ BORLOW; CLARKE, Op. Cit., p. 106.

Bechtel-United Utilities e a *Enron* com sua subsidiária *Azurix*, hoje pertencente à *American Water Works Company*.⁴⁴⁶

A Argentina assinou a Convenção de Washington em 21 de maio de 1991. O tratado passou a vigorar em 18 de novembro de 1994, após o depósito do instrumento de ratificação junto ao ICSID em outubro de 1994. A ratificação da Convenção de Washington pelo país estava diretamente ligada à ideia de que tal fato geraria maior influxo de IDE o que corresponderia a uma vantagem competitiva importante no plano regional.⁴⁴⁷

A adesão do país à Convenção de Washington ocorreu em uma época de significativo crescimento da economia e dos investimentos como resultado momentâneo do Plano de Conversibilidade implantado pelo então Ministro da Economia da Argentina, Domingos Cavallo. Foi também durante esta época que passou a vigorar a nova legislação sobre investimento, lei nº 21.382 de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.853 de 1993. A abertura significativa do mercado argentino aos investimentos estrangeiros ocorrida nesta época também levou a Argentina a firmar uma série de Tratados Bilaterais de Investimentos (TBI). Foram assinados 51 acordos⁴⁴⁸ bilaterais de investimentos, sendo que 44 foram ratificados.⁴⁴⁹

Analisando o texto da lei nº 21.382 de 1993, constata-se que não há uma previsão de solução de controvérsia por meio da arbitragem. A lei tampouco faz menção do ICSID ou qualquer outro órgão arbitral como possível foro para solução de uma eventual controvérsia decorrente de um investimento. Com relação a eventuais conflitos, a lei, em seu artigo 1º, dispõe que: os investidores estrangeiros que investem capital no país através de qualquer uma

⁴⁴⁶ BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

⁴⁴⁷ MACHADO, Luís F. C. Da Silva. O laudo CMS e a potencial orientação jurisprudencial nos casos contra a Argentina junto ao CIRCI. Prismas: direito, políticas públicas e mundialização. Brasília (DF), v. 3, n. 1, p. 77-108, jan/jun. 2006. p. 78.

⁴⁴⁸ Chile em 05 de janeiro de 1991; Alemanha 08 noviembre 1993; Argelia 28 enero 2002; Armenia 20 diciembre 1994; Australia 11 enero 1997; Austria 01 enero 1995; Bélgica-Luxemburgo 20 mayo 1994; Bolivia 01 mayo 1995; Bulgaria 11 marzo 1997; Canadá 29 abril 1993; Chile 01 enero 1995; China 01 agosto 1994; Corea 24 setiembre 1996; Croacia 01 junio 1996; Costa Rica 01 mayo 2001; Dinamarca 02 enero 1995; Ecuador 01 diciembre 1995; Egipto 03 diciembre 1993; El Salvador 08 enero 1999; España 28 setiembre 1992; Estados Unidos 20 octubre 1994; Filipinas 01 enero 2002; Finlandia 03 mayo 1996; Francia 03 marzo 1993; Guatemala 07 diciembre 2002; Hungria 01 octubre 1997; Índia 12 de agosto 2002; Israel 10 abril 1997; Italia 14 octubre 1993; Jamaica 01 diciembre 1995; Lituania 01 setiembre 1998; Malasia 20 marzo 1996; Marruecos 19 febrero 2000; México 22 julio 1998; Nicaragua 01 febrero 2001; Países Bajos 01 octubre 1994; Panamá 22 junio 1998; Perú 24 octubre 1996; Polonia 01 setiembre 1992; Portugal 03 mayo 1996; Reino Unido 19 febrero 1993; Rumania 01 mayo 1995; Sudáfrica 01 enero 2001; Suecia 28 setiembre 1992; Suíça 06 noviembre 1992; Tailândia 07 marzo 2002; Túnez 23 enero 1995; Turquia 01 mayo 1995; Ucrania 06 mayo 1997; Venezuela 01 julio 1995; Vietnam 01 junio 1997. Informação disponível em http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_s.asp. Acesso em 01.12.2009

⁴⁴⁹ AVERBUG, Marcelo. *ARGENTINA: O PLANO DE CONVERSIBILIDADE (1991-2001)* in MODENESI, André de Melo. Regimes Monetários: Teoria e a Experiência do Real. Modenesi. Manole, 2005.

das formas estabelecidas no artigo 3º destinados à promoção de atividades de cunho econômico, ou a ampliação ou aperfeiçoamento das existentes, terão os mesmos direitos e obrigações da Constituição e das leis relacionadas aos investidores nacionais, sujeitos as disposições da presente lei e daquelas contempladas através de regimes especiais ou de promoção.⁴⁵⁰ O referido artigo apenas ressalta que, os investidores estarão submetidos à lei vigente na Argentina, tendo os mesmos direitos e deveres estabelecidos aos investidores nacionais.

O artigo ressalta ainda que os investidores estrangeiros também estarão sob o jugo de ‘regimes especiais’ ou ‘de promoção’. O Estado Argentino, ao editar esta lei de promoção de investimentos, que, de forma geral, atualmente regula as atividades dos investidores que atuam no país, não estabeleceu regras para um eventual conflito decorrente de um investimento, sequer fez uma referência geral à arbitragem. Conclui-se que a lei de promoção de investimentos vigente na República da Argentina não pode ser considerada como ato de consentimento do Estado, com o propósito de estabelecer a jurisdição do ICSID numa eventual disputa entre o Estado e um investidor estrangeiro, decorrente de um investimento.

A constatação é comprovada pela jurisprudência formada pelos casos julgados pelos Tribunais Arbitrais do ICSID até dezembro de 2008 envolvendo o Estado da República da Argentina. Em nenhum deles se trava uma discussão relacionada à jurisdição do Centro, decorrente de um consentimento dado pela Argentina através da sua lei de investimentos.

Por outro lado, o mesmo não se pode falar dos TBI’s. Até o final do ano de 2008, a Argentina havia firmado mais de 50 TBI’s, sendo que a sua grande maioria se encontra vigente, tendo sido ratificado pelos Estados Contratantes e passado a vigor no âmbito das suas respectivas legislações.

O que pode se constatar da análise dos casos envolvendo o Estado da República Argentina é que a promoção do ICSID como via de solução de uma eventual disputa em um TBI pode ser interpretada como um ato de consentimento à jurisdição do ICSID.

Os tratados de investimentos concedem aos investidores a capacidade de passar por cima dos sistemas legais locais e nacionais em favor da arbitragem internacional. Estes tratados raramente exigem que os investidores esgotem os recursos judiciais internos antes de

⁴⁵⁰ ARGENTINA. Lei nº 21.382. Lei de Investimentos Estrangeiros. Art 1º.

instaurar uma demanda internacional, mesmo quando essa exigência é expressa em um contrato firmado pelas partes.⁴⁵¹

A natureza das disputas entre o Estado Argentino e os investidores envolve setores sensíveis da economia argentina, como gás, água, saneamento, telefonia, e certamente o governo argentino tinha ciência desse fato, tanto que procurou, na maioria dos casos, limitar aos tribunais nacionais eventuais disputas decorrentes desses contratos. Da análise destes casos apresentados, conclui-se que a Argentina não teve a intenção de consentir em submeter qualquer um desses conflitos à decisão de tribunais internacionais, muito menos a um Tribunal do ICSID.

Esta posição fica clara na redação do contrato de investimentos firmados por algumas das províncias Argentinas.

3.3 ICSID Case No. ARB/98/2: O Caso Víctor Pey Casado e Fundação Presidente Allende versus República do Chile

Em 1995 Víctor Pey, dono do jornal El Clarín de Chile e a Fundação Presidente Salvador Allende, na Espanha, moveram um processo com a intenção de relançar o jornal.⁴⁵²

Em 20 de abril de 1998, Víctor Pey Casado, chileno e também nacional da Espanha, em conjunto com a Fundação Presidente Allende, fundação constituída sob as leis espanholas, instituiu procedimento arbitral contra a República do Chile versando sobre o confisco, entre 1973 e 1975, de duas editoras chilenas.⁴⁵³

O ICSID decidiu a contenda e ordenou que o governo chileno pagasse US\$ 16,6 milhões ao dono do jornal El Clarín de Chile, que foi confiscado pela ditadura de Augusto Pinochet.

Como base de jurisdição, os demandantes apontaram o BIT firmado entre o Chile e a Espanha, em 1991, que remetia qualquer controvérsia sobre expropriação ao ICSID. Os

⁴⁵¹ PETERSON, Luke Eric. Tratados bilaterais de investimentos e formulação de políticas de desenvolvimento. Revista Brasileira de Comércio Exterior, no 90, Jan-Mar 2007, pag. 04-30, p. 17.

⁴⁵² Víctor Pey Casado e Fundação Presidente Allende c. República do Chile (Caso ICSID núm. ARB/98/2)

⁴⁵³ Ibidem.

árbitros nomeados foram os Juizes Mohammed Bedjaoui, nacional da Argélia, indicado pelos demandantes, o Embaixador Galo Leoro Franco, nacional do Equador, indicado pelo demandado e o Professor Pierre Lalive, nacional da Suíça, indicado pelo Presidente do Conselho Administrativo do ICSID.

Em fevereiro de 1999, o Chile ingressou com objeções à competência do ICSID e, em 13 de setembro de 1999, pediu medidas provisionais, para que os demandantes depositassem uma caução para as custas, pelo risco da insolvência dos investidores.

Em abril de 2001, os demandantes ingressaram com o pedido de suspensão da decisão nº 43 do Ministério de Bens do Chile, uma vez que versava sobre a mesma questão perante o ICSID. Em 25 de setembro de 2001, foi emitida a sentença arbitral, em francês e espanhol, na qual o Tribunal negou tanto as medidas provisionais pedidas pelos demandantes quanto pelos demandados.

Ao denegar os pedidos de medidas provisionais, o Tribunal salientou que as partes deveriam respeitar os princípios gerais de direito e nesse sentido nenhuma ação poderia ser tomada para prejudicar os direitos da outra parte ou a disputa submetida ao Tribunal Arbitral; que o compromisso do Chile era assegurar a primazia do direito internacional sobre o direito interno e cumprir qualquer sentença emitida pelo Tribunal decidindo continuar no procedimento arbitral quanto às questões de fundo. As autoridades chilenas afirmam que a ação não tem mérito e pretendem recorrer.

Este caso suscitou dúvidas acerca do caráter internacional do ICSID, principalmente pela doutrina de inspiração dualista, pois o indivíduo não poderia jamais alçar a condição da esfera do direito internacional público. Atualmente, com o desenvolvimento do *jus standi* do indivíduo no plano internacional, pelos esforços dos tribunais e da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essa questão está pacificada. O art. 25 da Convenção de Washington prevê que uma das partes do procedimento no ICSID deve ser um Estado ou subdivisão política desse Estado ou sua agência e a outra parte uma pessoa física ou jurídica de nacionalidade de um dos Estados Contratantes, mas diferente do Estado litigante.⁴⁵⁴

Ademais, para que um indivíduo participe do procedimento arbitral do ICSID deve ter capacidade jurídica, *jus standi* e deve ter nacionalidade de um dos Estados-membros do

⁴⁵⁴ ÁVILA, Gabriela Alvarez. *Las características del arbitraje del CIADI*. [S.l.]: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2002. v. 2. p. 65.

ICSID, distinta da nacionalidade do Estado parte da controvérsia em dois momentos distintos: no momento do consentimento das partes à arbitragem; e no momento do registro da solicitação da arbitragem. Ao elencar esses requisitos na Convenção, procurou-se evitar que um nacional institua um procedimento arbitral contra o próprio Estado, além de evitar problemas de dupla nacionalidade.⁴⁵⁵

Mesmo com a limitação da jurisdição do ICSID referente à questão da nacionalidade, como também previsto no art. 25 da Convenção de Washington,⁴⁵⁶ que inclui essa exigência negativa pela qual o investidor não pode ter a nacionalidade do Estado envolvido na disputa e outra positiva na qual se exige que o investidor tenha a nacionalidade de outro Estado contratante, Victor Pey, chileno e investidor instituiu um procedimento arbitral no ICSID.⁴⁵⁷

Evidentemente, a determinação de quem são os nacionais tem um aspecto internacional e não deve ficar à mercê da livre vontade de cada Estado inserida em seu direito interno, o ato de determinação de quem são seus nacionais é um ato unilateral de direito interno e apenas o Estado interessado é competente para adotá-lo, mas a aceitação dessa determinação por outros Estados depende do Direito Internacional. Nacionalidade é uma relação jurídica entre uma pessoa e um Estado, que se caracteriza pela existência de certos deveres e direitos recíprocos entre o Estado e o indivíduo, identificando entre os deveres do indivíduo a lealdade, manifestada, por exemplo, na prestação do serviço militar e entre os direitos, o da proteção que lhe deve o Estado.⁴⁵⁸

No âmbito do Direito Internacional, dois grandes princípios se apresentam para normatizar a concessão pelos ordenamentos jurídicos da nacionalidade de origem, a primária, aquela a que a pessoa se vê investida ao nascer. São o *jus sanguinis* e o *jus soli*. O Direito Internacional impõe a cada Estado a obrigação, para atribuir sua nacionalidade, de levar em conta certos dados e certos elementos de fato, que são, para a nacionalidade originária, a filiação ou o lugar de nascimento, o *jus sanguinis* ou o *jus soli*, ou ambos os critérios combinados. Tais parâmetros são a garantia para que nenhum Estado estabeleça ao livre

⁴⁵⁵ BROCHES, Op. Cit., p.359.

⁴⁵⁶ Convenção de Washington – Art. 25. Nacional de outro Estado Contratante significa: a) Qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou arbitragem em conformidade com o n.º 3 do artigo 28.º ou o n.º 3 do artigo 36.º, à exclusão de qualquer pessoa que, em qualquer das datas referidas, tivesse igualmente a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo.

⁴⁵⁷ SCHREUER, Op. Cit., p. 70.

⁴⁵⁸ ARECHAGA, Eduardo Jimenez de; VIGNALI, Heber Arbuet e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho internacional público*. v. I – IV. 2. ed. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1996. p. 14.

arbítrio a sua nacionalidade a quem lhe aprouver, suprimindo, por exemplo, a existência de estrangeiros em seu território.⁴⁵⁹

Por estes motivos é que se pode verificar que a decisão do Tribunal Arbitral do ICSID possibilitou que um nacional tire do colete uma outra nacionalidade para processar o seu país. Permitiu-se que um investidor chileno demande o seu próprio país utilizando como artifício a sua dupla nacionalidade, apresentando-se como espanhol, para demandar o Chile, ferindo o art. 25, da Convenção de Washington e desmoralizando a arbitragem realizada pelo ICSID.

O Chile aderiu ao *ICSID* em 24 de setembro de 1991 e o tratado entrou em vigor em 24 de outubro de 1991. Ao contrário da Argentina, a economia chilena não passou por grandes tempestades, sendo o país que mais cresceu economicamente na América Latina.⁴⁶⁰

O que levou o Chile a ratificar a Convenção de Washington foi a sua posição de abertura de mercado, permitindo aos investidores estrangeiros recorrer a foros internacionais para solucionar eventuais disputas relacionadas a investimentos. A lei vigente no Chile, que trata dos investimentos, corresponde ao Estatuto do Investimento Estrangeiro criado pelo Decreto lei nº 600 de 1974. O Chile também firmou vários TBI's, mas a lei de investimentos adotada por ele não prevê a arbitragem como via para a solução de um conflito decorrente de um investimento, ou seja, na resolução de eventuais disputas, a lei prevê a possibilidade de solução pela via administrativa, através da apresentação de uma reclamação perante o comitê de investimento estrangeiro, ou pela via judiciária.

Com relação aos Tratados Bilaterais, da análise dos 38 TBI's vigentes no âmbito da legislação chilena, constata-se que em todos os casos o ICSID é apresentado como possível foro para solução de um eventual conflito surgido de um investimento.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ ARECHAGA, Eduardo Jimenez de; VIGNALI, Heber Arbuet e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho internacional público*. v. I – IV. 2. ed. Montevideo: Fundação de Cultura Universitária, 1996. p. 14.

⁴⁶⁰ Chile: Country Strategy Paper 2007-2013. European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/external_relations/chile/csp/07_13_en.pdf. Acesso em 01.12.2009.

⁴⁶¹ O Chile firmou acordos bilaterais de investimentos com os seguintes países: Alemanha 17 noviembre 2000; Argentina 27 febrero 1995; Australia 18 noviembre 1999; Austria 18 junio 1999; Bélgica 05 agosto 1999; Bolivia 21 julio 1999; China 14 octubre 1995; Corea 18 noviembre 1991; Costa Rica 08 julio 2000; Croacia 31 julio 1996; Cuba 10 enero 1996; Ecuador 21 febrero 1996; El Salvador 18 noviembre 1991; España 27 abril 1994; Filipinas 06 noviembre 1997; Finlandia 14 junio 1996; Francia 05 diciembre 1994; Grecia 07 marzo 2003; Guatemala 10 diciembre 2001; Honduras 10 enero 2002; Islandia 16 mayo 2006; Italia 23 junio 1995; Malasia 04 agosto 1995; Nicaragua 10 diciembre 2001; Noruega 04 noviembre 1994; Panamá 21 diciembre 1999; Paraguay 21 diciembre 1999; Perú 11 agosto 2001; Polonia 22 setiembre 2000; Portugal 22 septiembere 2000; Reino Unido 23 junio 1997; República Checa 02 diciembre 1996; Rumania 27 agosto 1997; Suecia 13 febrero 1996; Suiza 22 agosto 2002; Ucrania 29 agosto 1997; Uruguay 22 abril 1999; Venezuela 17 mayo 1994.

Vários casos apresentados no ICSID apoiam a jurisdição estabelecida pelo Tratado, não obstante o fato de o investidor estrangeiro ser parte em um contrato segundo o qual as demandas a este relacionadas deveriam ser de competência dos tribunais nacionais.²²¹

O Chile não contesta as implicações que envolvem a inserção de uma cláusula de arbitragem no Tratado Bilateral e que, nos termos em que a cláusula foi redigida, fica caracterizado o seu consentimento viabilizando uma demanda no âmbito do ICSID.

3.4 ICSID Case No. ARB (AF)/98/3: O Caso Loewen Group, Inc e Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos da América

Neste processo, a Loewen Group, companhia canadense dedicada ao negócio de funerárias, usando as proteções do NAFTA, tentou reverter uma decisão judicial, no Mississippi, em favor da pequena funerária local de Jeremiah O'Keefe, que a processou por quebra de contrato.

A Loewen Corp. e Raymond Loewen, cidadão canadense, fundador, principal acionista e diretor da Loewen Corp. apresentaram reclamação contra o governo norte americano amparando-se no capítulo XI do NAFTA, com base no artigo 1102, que trata do tratamento nacional prevendo a não discriminação; no artigo 1105, que trata do padrão mínimo de tratamento, incorporando “*standards*” legais internacionais de proteção de investimentos, incluindo tratamento justo e equitativo e proteção total e segurança e no artigo 1110, que trata do padrão mínimo de tratamento mediante pagamento de compensação. A reclamação de Loewen se baseou no litígio ante a Corte do Estado de Mississippi na qual a companhia foi demandada em 700 milhões de dólares por Jeremiah O'Keefe, por danos morais e punitivos em razão do descumprimento do contrato firmado entre a Loewen Corp. e a família O'Keefe, ainda que este contrato não ultrapassasse a soma de US\$ 5 milhões de dólares.⁴⁶²

⁴⁶² Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America, ICSID Case ARB(AF)/98/3, Final Award 26 June 2003 (NAFTA).

Jeremiah O'Keefe argumentou que Loewen incorreu em práticas de monopólio e em práticas fraudulentas, com o propósito de tirá-lo do negócio, tendo em vista que ambas tinham a mesma atividade empresarial.

Loewen argumentou ter havido coação nas negociações do acordo, o que representava uma violação aos padrões de justiça, derivando uma expropriação de seu investimento e em uma atitude discriminatória sem olvidar da falta de tratamento justo e equitativo por parte da Corte de Mississippi.

As Cortes do Mississippi decidiram que para apelar da decisão a Loewen Corp. deveria pagar uma fiança equivalente à 125% do valor da condenação, para que seus ativos não fossem liquidados caso sua a apelação não fosse atendida. De todo modo tal soma equivaleria a soma de US\$ 625 milhões de dólares.⁴⁶³

Entendeu-se que esta soma poderia ser reduzida ou dispensada se fosse provado que se tratava de uma boa causa. Esta possibilidade se mostrou inócua, pois não se podia precisar o que de fato seria considerado uma boa causa. Em 1998, entendendo que o julgamento da Suprema Corte de Mississippi tinha sido injusto, a Loewen Corp. apresentou reclamação contra os EUA, alegando violação dos Artigos 1102 – Tratamento Nacional, 1105– Padrão Mínimo Internacional e 1110 – Expropriação e Indenização do NAFTA.⁴⁶⁴

A questão fundamental consistiu em determinar se as decisões das Cortes do Mississippi contra Loewen violavam as disposições do NAFTA. Nesse caso os EUA poderiam ser responsabilizados. Loewen alegou violação do tratamento nacional sob o argumento de que o processo judicial centrara-se na nacionalidade do investidor e que o Tribunal tinha aceitado argumentos descabidos da família O'Keefe, relacionados a sua nacionalidade canadense.⁴⁷⁹

Quanto ao padrão mínimo internacional, Loewen alegou ter recebido tratamento injusto e desigual ao ser referida como empresa estrangeira, além da negativa dos tribunais de Mississippi de reduzir o valor da fiança ter correspondido a uma denegação de justiça. Por fim, quanto à expropriação, Loewen argumentou que tanto a sentença condenatória quanto a denegação do direito de apelar equivaliam a uma expropriação.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America, ICSID Case ARB(AF)/98/3, Final Award 26 June 2003 (NAFTA).

⁴⁶⁴ *Ibidem.*

⁴⁶⁵ *Idem.*

Fato é que a Loewen Corp. recorreu à Suprema Corte do Mississippi, que negou o pedido de redução sem fundamentar o motivo de sua recusa. Ingressada a demanda na Arbitragem do ICSID o Tribunal Arbitral concluiu que a Loewen Corp. não havia esgotado todos os recursos locais disponíveis, especialmente a opção de recorrer à Suprema Corte dos Estados Unidos e que não havia demonstrado qualquer violação ao Direito Internacional ou ao NAFTA. Em 26 de junho de 2003 esse Tribunal Arbitral se julgou incompetente para decidir sobre as questões apresentadas pela Loewen Corp., rejeitando também todas as suas alegações de mérito.⁴⁶⁶

O Tribunal Arbitral concluiu que as decisões judiciais estavam incluídas dentro do termo “medida”. Na opinião do Tribunal o termo lei compreenderia tanto os precedentes de decisões judiciais, como nas decisões baseadas em leis ou códigos; em procedimentos incluindo os judiciais e legislativos; e em requisitos como as ordens de uma corte em mandar uma parte realizar certo ato ou pagar certa quantia em dinheiro, enquanto que o termo “prática” incluiria qualquer processo ante as cortes, assim como dos processos ante outros organismos do governo.

Nesse caso fez-se referência ao caso *Regina versus Pierre Boucheraue*, no qual a Corte Européia de Justiça recusou o argumento de que “medida” excluía qualquer ação que afete os direitos da pessoa derivados da aplicação das disposições relevantes de um tratado. Também foi considerado o caso *Fisheries Jurisdiction Case*, da Espanha *versus* o Canadá, no qual a Corte Internacional de Justiça concluiu que em sentido ordinário a palavra “medida” tem amplitude suficiente para abarcar qualquer ato, passo ou procedimento e não impõe limite particular algum ao seu conteúdo material ou ao propósito deste. Na opinião do Tribunal a palavra medida deve estar de acordo com o sentido outorgado pelo direito internacional, ademais, deve ser considerado à luz do objetivo do artigo 102 do NAFTA, razão pela qual a interpretação da palavra medida deveria estar de acordo com o principio da responsabilidade do Estado, aonde se abarcam atos de órgãos judiciais, legislativos e administrativos.

A decisão no caso Loewen é um precedente que põe em relevo a possível responsabilidade de um Estado por atos provenientes de órgão do governo distinto ao Executivo.

⁴⁶⁶ SOMARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 340.

Causa perplexidade à acintosa denegação de justiça, pois a sentença arbitral não teve alcance amplo, ao não apreciar os atos e decisões judiciais das Cortes do Estado de Mississipi. Ao adotar tal postura houve cerceamento de defesa, pois os Estados são responsáveis pelos atos das entidades que os compõem, inclusive pelos do Poder Judiciário.

3.5 CME vs República Tcheca e Ronald Lauder vs República Tcheca

Nos últimos anos no compasso da contínua negociação e entrada em vigor dos BITS e conjuntamente à estratégia de investimento adotada pelos investidores, que costumam constituir sociedades locais e em terceiros países, para canalizar o seu investimento ⁴⁶⁷, trouxe-se a possibilidade de os investidores contarem com várias opções para poder escolher o foro mais conveniente para fazer valer os seus direitos.

A segurança jurídica fica comprometida ⁴⁶⁸ quando há uma duplicação de procedimentos arbitrais pelo risco de sentenças contraditórias.⁴⁶⁹

No caso Lauder e CME contra a República Tcheca duas arbitragens internacionais UNCITRAL foram iniciadas: uma por parte do Sr. Lauder, nacional norte americano, fundamentada na cláusula de resolução de controvérsias prevista no Tratado de Promoção e Proteção de Investimento – TPPI, entre Estados Unidos e a República Tcheca e no que se desenvolveu em Londres. E outra por parte de CME, companhia holandesa, da que era acionista majoritário o Sr. Lauder, e que se fundamentou na cláusula de resolução de controvérsias contemplada no TPPI entre Holanda e a República Checa e teve lugar em Estocolmo.

Ainda que ambos os procedimentos tenham se baseado nos mesmos fatos, os dois tribunais arbitrais chegaram a conclusões muito diferentes. Enquanto o primeiro Tribunal Arbitral desestimulou a demanda apresentada ao não considerar responsabilidade alguma para o Estado Tcheco, o segundo Tribunal estimou que haviam sido fragilizados os princípios do

⁴⁶⁷ HORN, N.; *Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means*, en *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, ed. N.Horn. La Haya: Kluwer, 2004. p. 3-32.

⁴⁶⁸ UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements*, 30 de agosto de 2005, *disponible en* <http://www.unctad.org>.

⁴⁶⁹ ALEXANDROV, S.A. *The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as “Investors and Jurisdiction Ratione Temporis”*, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, v. 2005. p. 19-59.

tratamento justo e equitativo e da segurança e proteção previstos no TPPI entre Holanda e República Tcheca, pelo que outorgou indenização correspondente à CME, e ainda que posteriormente a República Tcheca tenta tentado a anulação desta segunda sentença arbitral, os tribunais suecos não consideraram que se pudesse estimar a exceção da coisa julgada, por falta de identidade das partes e das regras aplicáveis tendo em vista os distintos TPPI.⁴⁷⁰

Por ocasião destes acontecimentos, eram esperadas as críticas à atual estrutura da arbitragem internacional, como meio de resolução de controvérsias, no âmbito dos investimentos internacionais.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ CREMADES, B. y CAIRNS, D. *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes, en Arbitrating Foreign*. p.325-352.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p.82-86.

CONCLUSÕES

A Arbitragem Internacional do ICSID é atualmente uma das mais relevantes na solução de contendas entre investidores e Estados. O mecanismo do ICSID é um dos primeiros destinados às reclamações de particulares contra Estados no âmbito do comércio internacional e difere do modelo usual de sistemas de solução de controvérsias em comércio internacional, pois se propõe unicamente a atender aos particulares que se julgarem lesados por atos de Estados em questões relativas a investimentos.

Não se pode negar o vanguardismo do ICSID ao possibilitar que o indivíduo pleiteie diretamente os seus direitos contra Estados, pois a capacidade jurídica do indivíduo perante órgãos jurisdicionais internacionais vai ao encontro da tendência de resgate do indivíduo como sujeito de Direito Internacional e a reconstrução do Direito Internacional a partir de nova ótica de humanização. Afinal, o reconhecimento dos direitos dos indivíduos deve corresponder à capacidade processual de pleiteá-los, tanto no plano nacional como no internacional, consolidando o *jus standi* da pessoa humana no plano internacional.

Ao ser regido por um tratado internacional no lugar do direito interno, o ICSID faz com que a sua Arbitragem seja desnacionalizada, pois as disposições da Convenção de Washington referentes à apelação, ao reconhecimento e à execução das sentenças claramente excluem o direito interno de qualquer país no âmbito de todo tipo de controle a respeito de uma Arbitragem dentro do ICSID. As sentenças ditadas pelos árbitros do ICSID obrigam as partes e não podem ser objeto de nenhum tipo de apelação ou recurso, excetuando-se os casos previstos pela própria Convenção de Washington.

Existe a tendência dos tribunais arbitrais do ICSID de estender a sua competência, interpretando extensivamente o consentimento dos Estados. Os casos analisados revelam que essa tendência de interpretar o consentimento dos Estados reduzindo ou negando as prerrogativas jurisdicionais dessas entidades soberanas, vai de encontro aos preceitos basilares do Direito Internacional. Fato é que esta diminuição só é verificada em países em desenvolvimento que têm na soberania um escudo contra as intervenções econômicas estrangeiras. Apesar do objetivo precípua do ICSID ser a neutralidade, a sua existência e as suas regras de funcionamento no plano internacional não representam tal realidade.

O consentimento de um Estado à arbitragem do ICSID pode ser fundamentado em uma previsão contida em Acordo Bilateral não celebrado por ele, mas que o vincula indiretamente por meio de troca de notas! Um contrato específico entre o investidor e o Estado hospedeiro contendo eleição de foro competente para solucionar controvérsias que não impede que este Estado seja acionado pelo investidor no ICSID, caso a pretensão esteja fundamentada na violação de acordo bilateral de investimento existente, e não do contrato específico.

É temeroso o modo com que o consentimento dos Estados vem sendo aferido pelos árbitros, que dispensam as manifestações expressas e específicas a uma determinada contenda e consideram as declarações unilaterais muitas vezes indiretas, vagas e imprecisas. Existe uma assimetria contundente, pois o Estado hospedeiro do investimento já consente à jurisdição do ICSID antes mesmo do surgimento da contenda. Principalmente diante do grande número de casos decididos em favor dos investidores e da tendência liberalizante das relações internacionais questiona-se a neutralidade e imparcialidade do ICSID.

Também é escabroso defender a propriedade estrangeira, mesmo sem aporte recente, do mesmo modo que não pode defender que o Estado lese o investidor estrangeiro em prol de seus nacionais. De todo modo, também não é justo repor no bolso do estrangeiro o prejuízo tolerável, consequência direta a todo investimento, sob pena de saquear os cofres públicos.

Os Acordos Bilaterais de Investimento são instrumentos de proteção generalizada de todo e qualquer investidor oriundo dos Estados envolvidos. A análise dos casos demonstrou a tendência dos árbitros do ICSID de justificar o exercício de suas atribuições pelas disposições constantes dos Acordos Bilaterais de Investimentos.

Os Acordos Bilaterais de Investimento de extrema importância para a atuação e a consolidação do sistema arbitral do ICSID são utilizados como fundamento de submissão de um Estado ao ICSID e a Arbitragem da Convenção de Washington funciona como um mecanismo de promoção e proteção dos interesses dos investidores estrangeiros, que carecem de neutralidade e imparcialidade.

O ICSID está ligado aos interesses do capital internacional, o que altera preceitos de Direito Internacional, como o direito de jurisdição plena dos Estados sobre o seu território, corolário do princípio da soberania. Perante o ICSID, seus Estados signatários perdem controle sobre a manifestação da sua própria vontade de renunciar às suas prerrogativas

funcionais, correndo o risco de serem submetidos a instâncias jurisdicionais internacionais para resolver conflitos que, em princípio, estariam submetidos à sua esfera de competência jurisdicional. O papel dos Estados menos desenvolvidos nas relações internacionais é minimizado e a atuação de empresas transnacionais que detêm o poder econômico e político é majorada. E essa diminuição não significa necessariamente o avanço almejado, mas sim a consolidação de determinados interesses econômicos em detrimento de outros tantos.

Não é inverídica a violação ao princípio de igualdade entre nacionais e estrangeiros e o benefício de uns em malefício de outros. A situação da Argentina ilustra bem este fato, pois, após ratificar a Convenção de Washington de 1965 e celebrar uma série de Acordos Bilaterais de Investimento prevendo a possibilidade de solução arbitral de contendas se tornou alvo de uma série de procedimentos arbitrais no ICSID, propostos por investidores estrangeiros que tiveram seus interesses prejudicados com a crise financeira e econômica que assolou o país em 2002.

Nas sentenças proferidas pelo ICSID contra a Argentina, contra o Egito e contra o Chile foram cometidos erros legais evidentes que não foram suficientes para revogar tais decisões. Pela análise dos casos o envolvimento de governos nas decisões faz aumentar a tensão política, especialmente na Argentina, na qual os políticos culpam os investidores e as instituições estrangeiras pelas crises periódicas do país. Uma decisão que contém evidentes erros, mas que mesmo assim deve ser cumprida, torna politicamente impossível para o governo argentino pagar a indenização exigida.

Da análise dos casos vê-se que as decisões do ICSID têm-se mostrado mais favoráveis aos investidores, fato que reforça a posição do Brasil e de muitos outros países de não aderir à Convenção de Washington, ainda que sofram imensas pressões pelas grandes corporações transnacionais em abrir mão de suas prerrogativas de soberania e aderir às regras do ICSID, sob pena da interrupção do fluxo de investimento, cujas economias necessitam para equilibrar o saldo em seus balanços de pagamentos. Fato é que o Brasil deixou de ser um país que apenas recebe investimentos, para tornar-se um país que também faz investimentos, situação que acarreta uma cabal aliteração na sua avaliação sobre as controvérsias surgidas nesse âmbito. E evidente a mudança de paradigma do Brasil quanto à conveniência e oportunidade de aderir à Convenção de Washington, ao mesmo tempo em que a obrigatoriedade de reconhecimento automático, das sentenças emitidas pelos tribunais arbitrais como se sentenças nacionais fossem e a sua execução direta, não encontra guarida no ordenamento

jurídico, pela premente relativização dos princípios de soberania permanente do país sobre suas riquezas e recursos naturais, consagrados pela Resolução da ONU.

Quando o ICSID se concentra na solução de contendas entre particulares e governos, favorece a posição dos investidores e consagra com ardil o imperialismo econômico e financeiro. O ICSID sofre influências prejudiciais à soberania dos Estados contratantes, pelo estado de tensão existente entre economias dominantes e dominadas. O ICSID, que pressupõe a suspeição e a parcialidade das instituições jurídicas e judiciárias do país que acolheu o investidor, na realidade tem-se mostrado inapto a solucionar contendas sobre investimentos, pois a solução arbitral não é suficiente para garantir a completa imunidade dos árbitros às injunções políticas e econômicas externas. A Arbitragem do ICSID não é neutra e imparcial e corresponde à necessidade de transferência dos conflitos envolvendo interesses econômicos para sistemas privados de justiça, alheios a considerações de ordem pública.

Nos casos apresentados foi possível perceber que, por força de variáveis políticas, existe uma tendência ao modo anglo-americano de conceber o direito e de entender a sociedade internacional e a justiça internacional. Os árbitros são, sobretudo, formados pela *common law* e manifestam uma tendência tutorial em relação à parte privada no seu confronto com o Estado, como se, numa espécie de justiça do trabalho, o particular fosse sempre a parte fraca, cuja hipossuficiência não deveria ser motivo de que litigasse como Estado em situação de desfavor. Diversos árbitros assim procedem em relação à grande empresa, qual se fosse esta uma hipossuficiência crônica e o Estado fosse necessariamente a fortaleza econômica, política e militar, que tantas vezes não é. Há investimentos internacionais com a dimensão do investidor estrangeiro, de modo que a neutralidade e a imparcialidade seriam medidas salutares à arbitragem internacional relacionada com investimentos estrangeiros.

Comprometem a credibilidade do sistema as hipóteses de incoerência no trato de idênticas questões e de direito. Tal fato foi bem ilustrado pelos casos tchecos que, julgados quase que simultaneamente à luz das normas da UNCITRAL por tribunais constituídos em Londres e em Estocolmo, teve decisões diametralmente em contrário, condenando o tesouro público tcheco a uma indenização vultuosa e causando uma celeuma que desacredita o sistema.

Certo é que num contexto de centenas de processos arbitrais, estes casos comprometem a boa imagem da Arbitragem do ICSID e da UNCITRAL.

REFERÊNCIAS

LIVROS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, C.E. do Nascimento E. Manual de Direito Internacional Público. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARAÚJO. Luis Ivani de Amorim. Curso de Direito Internacional Público. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ARECHAGA, Eduardo Jimenez de; VIGNALI, Heber Arbué e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho internacional público*. v. I – IV. 2. ed. Montevideu: Fundação de Cultura Universitária, 1996.

AVERBUG, Marcelo. ARGENTINA: O PLANO DE CONVERSIBILIDADE (1991-2001) in MODENESI, André de Melo. Regimes Monetários: Teoria e a Experiência do Real. Modenesi: Manole, 2005.

BAPTISTA, L.O.; FRANCO DA FONSECA, J. R., (org.), O Direito Internacional no Terceiro Milênio. São Paulo: LTr, 1998.

BORLOW, Maude; CLARKE, Tony. Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. São Paulo: M. Books do Brasil Ltd., 2003.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

CALLUF FILHO, Emir. Arbitragem Internacional: O local da arbitragem. Curitiba: Juruá Editora. 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no código civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996.

COUTO e SILVA. Clóvis V. O júzo arbitral no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982. p. 538.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vitor Marques Coelho. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno, nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONSECA, Karla Closs. *Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Centro de Ciências Jurídicas, 2007.

FOUCHARD, Ph; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

HORN, N. *Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means, en Arbitrating Foreign Investment Disputes*, ed. N.Horn. La Haya: Kluwer, 2004.

JIMÉNEZ, Sonia Rodríguez. *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI. Direito do comércio internacional – temas e atualidades – investimento estrangeiro*, Florianópolis: Fundação Boiteux, DeCita, 2005. p. 137.

JUNIOR, José Cretella *apud* BURDEAU, Georges. *Manual de Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: 1947.

KAPLAN, Morton A. & KATZENBACH, Nicholas de B., Fundamentos Políticos do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964.

LEE, João Bosco. Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2000.

LENZA, Vitor Barbosa. Cortes Arbitrais: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Legislação. Goiânia: ABDR, 1997.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro- São Paulo: Renovar, 2006.

MAGALHÃES, Jose Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1986.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro. Forense: 1971.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOHMI, Antonio Marcos. Arbitragem Internacional: Mecanismos de solução de conflitos entre Estados. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDERNEIRAS, Raul. Direito Internacional Compendiado. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

PERROT, Roger. Institutions Judiciaires. Paris: Monchrestein, 1994.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martín; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Teoría y práctica Del Arbitraje Comercial Internacional. Navarra. Thomson & Aranzadi, 2006.*

REZEK, Francisco. Direito internacional público: Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Direito internacional público: Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBERT, Jean. *Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial em Droit Interne*. Paris: Sirey, 1955.

SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investments Protection. Recueil des Cours*, 1987.

SAMTLEBEN, Jurgem. *Histórico da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: LTR, 1999.

SCHREUER, Christoph H. *The ICSID convention: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SOARES, Guido. *Arbitragens comerciais internacionais no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *As Arbitragens Internacionais e aquelas reguladas no Direito Interno Brasileiro. Alguns Aspectos in Reflexões sobre Arbitragem*, obra coletiva coordenada por Pedro Batista Martins e José Maria Rossani Garcez em memória ao Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTR, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Das imunidades de jurisdição e execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SOARES, Ricardo; SANTOS, Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial: Aspectos Gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOMARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

STERN, Brigitte. *Le consentement à l'arbitrage ICSID en matière d'investissement international: que disent le travaux préparatoires? Souveraineté Étatique et Marchés Internationaux à la fin du Vintième Siècle*. Dijon, France: Université de Bourgogne. Année: CBRSS, 2000, v. 20.

STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2003.

STRENGER, Irineu. Contratos internacionais do comércio. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

WALD, Arnoldo; SCHELLEMBERG Patrick. *L'efficacité des clauses compromissoires au Brésil*. Paris: *Revue de l'arbitrage*, 1999.

_____. MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. O direito de parceria. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARTIGOS EM REVISTAS E PERIÓDICOS

ALEXANDROV, S.A. *The Baby Boom of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as "Investors and Jurisdiction Ratione Temporis"*, *Law and Practice of International Courts & Tribunals*, v. 2005.

ARBUET, Herber. *El atributo de la soberania*". Revista da Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, vol.5, julho 1993.

ARECHAGA, Eduardo Jimenez de; VIGNALI, Heber Arbuet e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho internacional público*. v. I – IV. 2. ed. Montevideu: Fundação de Cultura Universitária, 1996. p. 14.

Argentine Enforcement Now: A storm in a teacup? *In: Latin Lawyer*, vol. 7. Issue 9.

ATTAC. *Que faire du FMI et de la Banque Mondiale?* Les petites libres. Paris: Éditions Mille et Une Nuits, n. 42, 2002. p. 29.

ÁVILA, Gabriela Alvarez. Las características del arbitraje del CIADI. [S.l.]: Anuário Mexicano de Derecho Internacional, 2002. v. 2.

BARBOSA, Rubens. Proteção de investimentos no exterior. O Estado de São Paulo. 24/02/2009. Disponível em:
http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090224/not_imp329041,0.php.

BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. O Tratamento Nacional de Investimentos Estrangeiros. Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre Gusmão. Brasília, 1999.

BATISTA JR., Paulo Nogueira. Argentina: uma crise paradigmática. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 44, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

BORLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta*. São Paulo: M. Books do Brasil Ltd., 2003.

BROCHES, Aron. The Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. *Recueil des Cours*, 1973.

BURMESTER, Henry. *National Sovereignty, Independence and Impact of International Standards*. Sydney: Law Review, vol. 17.

CABRERA, Díaz. Ecuador threatens cancellation of oil contracts unless ICSID nixed as arbitration forum. *In: Investment Treaty News*. Disponível em: <http://www.investmenttreatynews.org>. Acessado em 10/10/2009.

CHEVALIER, Jacques. Mondialisation du droit de la mondialisation? *In: MORAND, Charles-Albert (org)*. Le droit saisi par la mondialisation. Bruxelles: Bruylant, 2001.

CRAIG, Park Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications. 1997.

COLLIER, John; LOWE. Vaughn. *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford University Press, 1999.

COSTA, José Augusto Fontoura Costa. Tentações, reputação e cultura\; imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 21, 2009.

DELAUME, Georges R. Consent to ICSID arbitration. *In: The changing world of international law in the twenty-first century: a tribute to the late Kenneth R. Simmonds*. The Hague: ed. Joseph J. Norton, Mads Andenas, Mary Footer, 1998.

DELAUME, Georges R. *The pyramids stand: the pharaohs can rest in peace*. *ICSID Review. FILJ*, v. 8, n. 2, 1993.

_____. Judicial decisions related to sovereign immunity and transnational arbitration. *ICSID Review - FILJ*, v.2, 1987.

Ecuador formaliza retiro de centro de arbitrajes internacionales. *In: El Universal*. Disponível em: http://www.eluniversal.com/2009/07/02/eco_ava_ecuador-formaliza-re_02A2447163.shtml.

Equador rompe com o ICSID. Pontes Quinzenal, Volume 4, Número 13, 20 de julho de 2009. Disponível em <http://ictsd.net/i/news/pontesquinzenal/50822/>.

FALK, Richard Anderson, "International jurisdiction: horizontal and vertical conceptions of legal order", in *Temple Law Quaterly*, 1959, vol. 32.

FATOUROS, A.A. Le role de la Banque Mondiale dans le Droit International. *Journal du Droit International*. 104 Année, n. 7, 1977.

FOCHARD, Philippe. Sugestões para aumentar a eficácia internacional dos laudos arbitrais. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 3, n. 8.

GAILLARD, Emmanuel. *Centre International pour le reglement des differends relatifs aux investissements (ICSID): chronique des sentences arbitrales*. *Journal du Droit International*. n. 1, 1994.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: RT, vol.2, n. 7, out/nov 2005.

GOLDMANN, Berthold. Frontières du droit et lex mercatoria. *In: Le droit subjectif en question*. Archives de philosophie du droit, 1964, t.9.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de Direito Internacional*. 1. ed. São Paulo: Aquarela, 1989.

JIMÉNEZ, Sonia Rodríguez. Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI. *Direito do comércio internacional – temas e atualidades – investimento estrangeiro*, Florianópolis: Fundação Boiteux, DeCita 03.2005.

JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du Droit des Investissements. *Recueil des Cours*, vol. 250, p. 13-222, 1994.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. O Brasil e as disputas com investidores estrangeiros. In: CHEREM, Mônica Teresa ; SENA JÚNIOR, Roberto (Org.). *Comércio Internacional e Desenvolvimento: uma perspectiva brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAMM, Carolyn B. *Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*. *ICSID Review. FILJ*, v. 6, n. 2, 1991.

LAUTERPACHT, Elihu. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2001.

LEE, João Bosco. A lei 9307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 11.

Loewen Group Inc. and Raymond Loewen v. United States of America, ICSID Case ARB(AF)/98/3, Final Award 26 June 2003 (NAFTA).

MACHADO, Luis Fernando Corrêa da Silva. O laudo CMS e a potencial orientação jurisprudencial nos casos contra a Argentina junto ao CIRCI. In: *Prismas: Dir., Pol. Pub e Mundial, Brasília*, v. 3, n. 1, jan./jun. 2006.

MAGALHÃES, José Carlos. Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos. In: *Revista de Informação Legislativa - Senado Federal* - no 135, julho/setembro 1997.

MANNING-CABROL, Denise. The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors. *Law & Policy in International Business*, v. 26, n. 4, 1995.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92 – *Revista de Processo* nº 77 – Ano XX. Jan/Mar/95 – pág. 25 e *Revista Forense* – Vol. 332.

MATIAS, Eduardo Felipe P. O Brasil e os instrumentos internacionais de proteção aos investimentos. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 21, abr. / jun. 2009.

MAYER, Pierre. *Droit International Privé*. 5. Ed. Paris, Montchrestien.

NEUMAYER, Eric; SPESS, Laura. Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? Disponível em <http://econwpa.wustl.edu/eps/if/papers/0411/0411004.pdf>.

Odebrecht expelled from Ecuador. *In: Latin Lawyer*. Disponível em: <http://www.latinlawyer.com>.

PARK, W. Duty and Discretion in International Arbitration. *American Journal of International Law*. Washington, n. 93, 1999.

PARRA, Antonio R. *Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment laws, bilateral investment treaties and multilateral instruments on investments*. *ICSID Review. FILJ*, v. 12, n. 2, 1997.

PAULSSON, Jan. Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA). *Bulletin of the ICC. International Court of Arbitration*. Paris. ICC Publishing, v. 9, n. 1, maio de 1998.

PEREIRA, Celso de Tarso. O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID). *Revista de informação legislativa*, Brasília: Subsecretaria de Publicações do Senado, ano 35, n. 140, out/dez 1998.

PETERS, Paul; SCHRIJVER, Nico. Latin America and international regulation of foreign investment: changing perceptions. *Working Paper Series n. 113*. The Hague, 1991.

PETERSON, Luke Eric. Tratados bilaterais de investimentos e formulação de políticas de desenvolvimento. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*. no 90. Jan-Mar 2007. pag. 04-30.p. 17.

REZEK, Francisco. A imunidade das organizações internacionais no século XXI. *In: MADRUGA FILHO, Antenor Pereira; GARCIA, Márcio (Coord.)*. Imunidade de jurisdição e o judiciário brasileiro. Brasília: CEDI, 2002.

REZEK, Francisco. Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária. *ABDF – Resenha* nº 2, jul. 1987/1989.

_____. A nacionalidade à luz da obra de Pontes de Miranda. *In: Revista Forense*. Rio de Janeiro, a. 74, fasc. 901-903, n. 263, jul.-set. 1978.

_____. Princípio da complementaridade e soberania. *Revista CEJ*, v. 4, n. 11, p. 65-74, maio/ago. 2000.

_____. Tratado e Legislação Interna em Matéria Tributária. *ABDF – Resenha* nº 2, jul. 1987/1989.

ROSA, Paolo. The recent wave of Arbitrations against Argentina under bilateral investment treaties: background and principal legal issues. *The University of Miami inter-American law review*, Miami: vol. 36, n. 1, outono 2004.

SENKOVIC, Petra. *Revue de l'arbitrage*. Paris, 1998.

SHIHATA, Ibrahim F. I. Towards a great depolitization of investment disputes: the role of ICSID and MIGA. *ICSID Review - FILJ*, v. 1, n. 1, 1986.

SOARES, Guido Fernando da Silva. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 541, mar.1989.

SPIERMANN, Ole. Individual rights, state interests and the power to waive ICSID jurisdiction under bilateral investment treaties. *Arbitration Internacional*, vol. 20, n. 2, 2004.

TOBIM, Jennifer; ROSE-ACKERMAN, Susan. Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The impact of bilateral investment treaties. Disponível em http://www.law.yale.edu.outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITS_may02.pdf.

WALD, Arnold. Uma visão dos tratados de proteção de investimentos e da arbitragem internacional. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 21, abr. / jun. 2009.

_____. A arbitralidade dos conflitos societários: Considerações Preliminares (I). *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 12, jan. / mar. 2007.

_____. A arbitragem e a sociedade de economia mista. *Valor Economico*, São Paulo, p. B2, 22-24 de fevereiro de 2002.

WEIL, Prosper. Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité inserées dans les accords de développement économiques. *Mélanges Charles Rousseau*. Paris: A. Pedone, 1974.

ZERBINI, Eugenia. Arbitragem internacional para o capital externo. *In: Revista Custo Brasil*, Rio de Janeiro, 01 mar. 2008.

DOCUMENTOS

Acordos para Evitar a Bitributação. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/LegisAssunto/AcorDupTrib.htm>.

ARGENTINA. Lei nº 21.382. Lei de Investimentos Estrangeiros. Art 1º.

BRASIL. Constituição (1988). Art. 5º, XXIV.

BRASIL. Decreto n.º 4.311, de 23 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Decretos/D43111.htm>.

BRASIL. Decreto n.º 4.719/2003, de 05 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Decretos/D6982.htm>.

BRASIL. Decreto n.º 6.982/1878. Art. 14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Decretos/D6982.htm>.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm.

CHILE: Country Strategy Paper 2007-2013. European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/external_relations/chile/csp/07_13_en.pdf. Acesso em 01.12.2009.

Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento- *Unctad. Recent Developments in International Investment Agreements – Research Note Unctad/Web/Ite/Lit/2005/1*. Acesso em 26.09.09.

Convenção sobre cláusula arbitral feita em Genebra. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/onu/textos_onu/cv_genebra_clausula_arbitral.pdf.

Convenção para a Solução de Contendas relacionadas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – Convenção de Washington, proposta pelo Banco Mundial em março de 1965 e vigente a partir de 14.10.1966, quando do depósito do vigésimo instrumento de ratificação de um Estado-parte. Disponível em <http://www.worldbank.org.icsid/basicdoc/basicdoc.htm> (visitado em 26.09.2009).

Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, feitas em Nova Iorque. Disponível em: http://www.felsberg.com.br/pdf/arbitragem_convencao_NY.pdf.

Convênio de Cooperação em Matéria de Promoção e Co Investimento firmado entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social do Brasil e a Nacional Financiera SNC, IBD do México, em 10/10/1990. Disponível em http://www2.mre.gov.br/dai/b_mexico_72_1211.htm.

Convênio para solução de diferenças relativas a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, celebrado em Washington em 18 de março de 1965. United Nations Treaty Series. 1966. Vol. 575.

FONSECA, Karla Closs. *Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007.

ICSID. *Convenção de Washington de 1965*. Disponível em: <http://www.worldbank.org/CIRDI/index.html>.

JO, Hee Moon. *O investimento estrangeiro e o novo papel do Direito Internacional*. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDCI) sobre Arbitragem Comercial Internacional.

MOISÉS, Claudia Perrone. *O código de conduta da ONU para as empresas multinacionais: instrumento jurídico de regulamentação das relações econômicas internacionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

PUCCI, Adriana Noemi. *A solução de controvérsias relativas a investimentos estrangeiros*. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

Sentença nº 3131/1979. In Revue de l'arbitrage. Paris: 1983. p.525. *Yearbook of Commercial Arbitration*. Haia: v. 9, 1983. p. 109.

UNCITRAL. *Convenção de Nova York de 1958*. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.

UNCTAD, *Recent Developments in International Investment Agreements*. Access in 30 de agosto de 2005, *disponible en* <http://www.unctad.org>.

ANEXO

Decreto do Governo n.º 15/84

Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados

O Governo decreta, nos termos da alínea c do artigo 200.º da Constituição, o seguinte:

Artigo único. É aprovada, para ratificação, a Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, cujo texto em inglês e a respectiva tradução para português vão anexos ao presente decreto.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 8 de Março de 1984.

- Mário Soares - Carlos Alberto da Mota Pinto - Jaime José Matos da Gama - Ernâni Rodrigues Lopes.

Assinado em 20 de Março de 1984.

Publique-se.

O Presidente da República, ANTÓNIO RAMALHO EANES.

Referendado em 22 de Março de 1984.

O Primeiro-Ministro, Mário Soares.

CONVENÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE DIFERENDOS RELATIVOS A INVESTIMENTOS ENTRE ESTADOS E NACIONAIS DE OUTROS ESTADOS.

Preâmbulo

Os Estados Contratantes:

Considerando a necessidade de cooperação internacional para o desenvolvimento económico e o papel desempenhado pelos investimentos privados internacionais;

Tendo presente a possibilidade de surgirem em qualquer altura diferendos relacionados com esses investimentos entre os Estados Contratantes e os nacionais de outros Estados Contratantes;

Reconhecendo que, ainda que tais diferendos possam normalmente ser levados perante as instâncias nacionais, métodos internacionais de resolução poderão ser apropriados em certos casos;

Concedendo especial importância à criação de mecanismos que permitam a conciliação e a arbitragem internacionais às quais os Estados Contratantes e os nacionais de outros Estados Contratantes possam submeter os seus diferendos, se assim o desejarem;

Desejando criar tais mecanismos sob os auspícios do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento;

Reconhecendo que o consentimento mútuo das partes em submeter tais diferendos à conciliação ou à arbitragem, através desses mecanismos, as obriga, exigindo em especial que seja tomada em devida conta qualquer recomendação dos conciliadores e que toda a sentença arbitral seja executada; e

Declarando que nenhum Estado Contratante, pelo simples facto de ter ratificado, aceitado ou aprovado a presente Convenção e sem o seu consentimento, ficará vinculado a recorrer à conciliação ou arbitragem em qualquer caso concreto, acordaram o que se segue:

CAPÍTULO I - Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos

SECÇÃO 1 - Criação e organização

Artigo 1º. 1 - Pela presente Convenção é instituído um Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (daqui para a frente denominado Centro).

2 - O objectivo do Centro será proporcionar os meios de conciliação e arbitragem dos diferendos relativos a investimentos entre Estados Contratantes e nacionais de outros Estados Contratantes em conformidade com as disposições desta Convenção.

Artigo 2º. A sede do Centro será a do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (daqui para a frente denominado Banco). A sede poderá ser transferida para outro local por decisão do conselho de administração aprovada por uma maioria de dois terços dos seus membros.

Artigo 3º. O Centro será constituído por um conselho de administração e por um secretariado e terá uma lista de conciliadores e uma lista de árbitros.

SECÇÃO 2 - Conselho de administração

Artigo 4º. 1 - O conselho de administração será constituído por 1 representante de cada Estado Contratante. Um substituto poderá agir em lugar do representante no caso de o titular estar ausente de uma reunião ou impedido.

2 - Salvo indicação contrária, o governador e o governador substituto do Banco, nomeados por um Estado Contratante exercerão de pleno direito as funções respectivas de representante e de substituto.

Artigo 5º. O presidente do Banco exercerá de pleno direito o lugar de presidente do conselho de administração (daqui para a frente denominado presidente), mas não terá direito a voto. Durante a sua ausência ou impedimento, bem como em caso de vacatura da presidência do Banco, aquele que durante esse período desempenhar as funções de presidente do Banco actuará como presidente do conselho de administração.

Artigo 6º. 1 - Sem prejuízo das atribuições que lhe são cometidas pelas outras disposições da presente Convenção, ao conselho de administração caberá:

- a) Adoptar o regulamento administrativo e financeiro do Centro;
- b) Adoptar as regras processuais para a instauração dos processos de conciliação e de arbitragem;
- c) Adoptar as regras processuais relativas aos processos de conciliação e arbitragem (daqui para a frente denominadas Regulamento de Conciliação e Regulamento de Arbitragem);
- d) Estabelecer todas as providências necessárias com o Banco com vista a permitir a utilização das instalações e serviços administrativos do mesmo;
- e) Determinar as condições de emprego do secretário-geral e dos secretários-gerais-adjuntos;
- f) Adoptar o orçamento anual das receitas e despesas do Centro;
- g) Aprovar o relatório anual da actividade do Centro.

As decisões acima referidas nas alíneas a, b, c e f serão adoptadas por uma maioria de dois terços dos membros do conselho de administração.

2 - O conselho de administração poderá constituir tantas comissões quantas considerar necessárias.

3 - O conselho de administração exercerá igualmente todas as outras atribuições consideradas necessárias à execução das disposições da presente Convenção.

Artigo 7º. 1 - O conselho de administração terá uma sessão anual e tantas outras sessões quantas as determinadas pelo conselho ou convocadas quer pelo presidente quer pelo secretário-geral, a pedido de um mínimo de 5 membros do conselho.

2 - Cada membro do conselho de administração disporá de 1 voto e, salvo exceção prevista pela presente Convenção, todos os assuntos submetidos ao conselho serão resolvidos pela maioria dos votos expressos.

3 - Para todas as reuniões do conselho de administração o quórum será de metade mais 1 dos seus membros.

4 - O conselho de administração poderá estabelecer, por uma maioria de dois terços dos seus membros, um processo autorizando o presidente a pedir ao conselho uma votação por correspondência. A votação será considerada válida apenas se a maioria dos membros do conselho expressar os seus votos dentro do prazo estabelecido pelo referido processo.

Artigo 8º. Os membros do conselho de administração e o presidente exercerão as suas funções sem remuneração do Centro.

SECÇÃO 3 - Secretariado

Artigo 9º. O secretariado será constituído por 1 secretário-geral, 1 ou mais secretários-gerais-adjuntos e pelo pessoal respectivo.

Artigo 10º. 1 - O secretário-geral e os secretários-gerais-adjuntos serão eleitos, sob indicação do presidente, por uma maioria de dois terços dos membros do conselho de administração, por um período que não poderá exceder 6 anos, e poderão ser reeleitos. Depois de consultados os membros do conselho de administração, o presidente proporá 1 ou mais candidatos para cada posto.

2 - As funções de secretário-geral e secretário-geral-adjunto serão incompatíveis com o exercício de qualquer função política. Nem o secretário-geral nem os secretários-gerais-

adjuntos poderão ocupar outro emprego nem exercer outra actividade profissional, salvo se para tal obtiverem a autorização do conselho de administração.

3 - Em caso de ausência ou impedimento do secretário-geral, bem como em caso de vacatura no cargo, o secretário-geral-adjunto exercerá as funções de secretário-geral. No caso de existirem vários secretários-gerais-adjuntos, o conselho de administração determinará previamente a ordem pela qual eles serão chamados a exercer as funções de secretário-geral.

Artigo 11º. O secretário-geral será o representante legal do Centro e dirigi-lo-á e será responsável pela sua administração, onde se incluirá o recrutamento de pessoal, em conformidade com as disposições da presente Convenção e os Regulamentos adoptados pelo conselho de administração. Exercerá a função de escrivão e terá poderes para autenticar sentenças arbitrais consequentes da presente Convenção, bem como para certificar cópias das mesmas.

SECÇÃO 4 - Listas

Artigo 12º. A lista de conciliadores e a lista de árbitros consistirão de pessoas qualificadas designadas de acordo com as disposições que seguem e que aceitem figurar nessas listas.

Artigo 13º. 1 - Cada Estado Contratante poderá designar para cada lista pessoas que não terão de ser necessariamente seus nacionais.

2 - O presidente poderá designar 10 pessoas para cada lista. As pessoas por esta forma designadas em cada lista deverão ser todas de nacionalidade diferente.

Artigo 14º. 1 - As pessoas assim designadas para figurar nas listas deverão gozar de elevada consideração e de reconhecida competência no domínio jurídico comercial, industrial ou financeiro e oferecer todas as garantias de independência no exercício das suas funções. A competência no domínio jurídico será de particular importância no caso das pessoas incluídas na lista de árbitros.

2 - O presidente, ao designar as pessoas que integrarão as listas, deverá entre outros aspectos, prestar a devida atenção à importância de assegurar a representação nas listas dos principais sistemas jurídicos do mundo e das principais formas de actividade económica.

Artigo 15º. 1 - As nomeações serão feitas por períodos de 6 anos renováveis.

2 - Em caso de falecimento ou demissão de um membro de uma lista, a autoridade que tenha designado esse membro poderá designar um substituto que, até ao fim do mandato em questão, exercerá as funções que àquele competiam.

3 - Os membros das listas continuarão a figurar nas mesmas até à designação dos seus sucessores.

Artigo 16º. 1 - Uma mesma pessoa poderá figurar em ambas as listas.

2 - Se uma pessoa tiver sido designada para a mesma lista por vários Estados Contratantes, ou por um ou mais de entre eles e pelo presidente, entender-se-á que foi designada pela entidade que primeiro a nomeou; todavia, no caso de uma das entidades que participou na designação ser o Estado do qual ela é nacional, considerar-se-á designada por esse Estado.

3 - Todas as designações serão notificadas ao secretário-geral e terão efeitos a partir da data em que a notificação for recebida.

SECÇÃO 5 - Financiamento do Centro

Artigo 17º. Se as despesas do Centro não puderem ser cobertas pelas receitas cobradas pela utilização dos seus serviços, ou por outros rendimentos, o excedente deverá ser suportado pelos Estados Contratantes membros do Banco, em proporção à sua participação no capital social deste Banco, e pelos Estados Contratantes não membros do Banco, em conformidade com os Regulamentos adoptados pelo conselho de administração.

SECÇÃO 6 - Estatuto, imunidades e privilégios

Artigo 18º. O Centro terá plena personalidade jurídica internacional. Terá, entre outras, capacidade para:

- a) Contratar;
- b) Adquirir bens móveis e imóveis e deles dispor;
- c) Estar em juízo.

Artigo 19º. Por forma a poder exercer plenamente as suas funções, o Centro gozará das imunidades e privilégios estabelecidos nesta secção no território de todos os Estados Contratantes.

Artigo 20°. O Centro não poderá ser objecto de acções judiciais relativas ao seu património ou outras, excepto se renunciar a essa imunidade.

Artigo 21°. O presidente, os membros do conselho de administração, as pessoas exercendo funções como conciliadores ou árbitros ou membros de um comité constituído em conformidade com o nº 3 do artigo 52° e os funcionários e empregados do secretariado:

a) Não poderão ser demandados por actos praticados no exercício das suas funções, excepto quando o Centro lhes retirar essa imunidade;

b) No caso de não serem nacionais do Estado em que exercem as suas funções, beneficiarão das mesmas imunidades em matéria de imigração, registo de estrangeiros e de serviço militar ou prestações análogas, bem como das mesmas facilidades em matéria de trocas e de deslocações, que as concedidas pelos Estados Contratantes para os representantes, funcionários e empregados de outros Estados Contratantes de escalão comparável.

Artigo 22°. As disposições do artigo 21.º serão aplicadas às pessoas que intervenham em processos regulados pela presente Convenção, na qualidade de partes, agentes, conselheiros, advogados, testemunhas ou peritos, aplicando-se, contudo, a alínea b do mesmo artigo apenas às suas deslocações e estada no país em que o processo tiver lugar.

Artigo 23°. 1 - Os arquivos do Centro serão invioláveis onde quer que se encontrem.

2 - No tocante às comunicações oficiais, cada Estado Contratante deverá conceder ao Centro um tratamento tão favorável como o concedido às outras instituições internacionais.

Artigo 24°. 1 - O Centro, o seu património, bens e rendimentos, bem como as suas operações autorizadas pela presente Convenção, estarão isentos de todos os impostos e direitos de alfândega. O Centro estará também isento de qualquer obrigação relativa à colecta ou pagamento de quaisquer impostos ou direitos de alfândega.

2 - Não será tributado qualquer imposto quer sobre os subsídios pagos pelo Centro ao presidente ou a membros do conselho de administração quer sobre os salários, emolumentos ou outros subsídios pagos pelo Centro aos seus funcionários ou empregados do secretariado, excepto se os beneficiários forem nacionais do país em que exerçam as suas funções.

3 - Não será tributado qualquer imposto sobre os honorários ou subsídios atribuídos às pessoas que exerçam funções como conciliadores, árbitros, ou membros do comité constituído

em conformidade com o n.º 3 do artigo 52.º, nos processos objecto da presente Convenção, no caso de a única base jurídica para tal imposto ser a localização do Centro ou o local em que tais processos se desenrolem, ou ainda o local em que tais honorários ou subsídios são pagos.

CAPÍTULO II - Competência do Centro

Artigo 25.º. 1 - A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica directamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante (ou qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente.

2 - «Nacional de outro Estado Contratante» significa:

a) Qualquer pessoa singular que tenha a nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou arbitragem em conformidade com o n.º 3 do artigo 28.º ou o n.º 3 do artigo 36.º, à exclusão de qualquer pessoa que, em qualquer das datas referidas, tivesse igualmente a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo; e

b) Qualquer pessoa colectiva que tenha nacionalidade de um Estado Contratante, outro que não o Estado parte no diferendo, à data em que as partes hajam consentido em submeter tal diferendo a conciliação ou a arbitragem, bem como qualquer pessoa colectiva que tenha a nacionalidade do Estado Contratante parte no diferendo àquela data e que, em virtude do controle sobre ela exercido por interesses estrangeiros, as partes tenham concordado em tratar como um nacional de outro Estado Contratante, para os efeitos da presente Convenção.

3 - O consentimento de uma pessoa colectiva de direito público ou de um organismo de um Estado Contratante requererá a aprovação do referido Estado, excepto se o mesmo notificar o Centro no sentido de que tal aprovação não é necessária.

4 - Todos os Estados Contratantes poderão, na altura da sua ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção, ou em qualquer outra data posterior, notificar o Centro sobre a categoria ou categorias de diferendos que consideram poderem ser sujeitos à competência do Centro. O secretário-geral deverá transmitir imediatamente a notificação recebida a todos os Estados Contratantes. Tal notificação não dispensará o consentimento exigido pelo n.º 1.

Artigo 26°. O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção.

Artigo 27°. 1 - Nenhum Estado Contratante concederá protecção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, excepto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo.

2 - A protecção diplomática, para efeitos do n.º 1, não incluirá diligências diplomáticas informais, visando unicamente facilitar a resolução do diferendo.

CAPÍTULO III - Conciliação

SECÇÃO 1 - Pedido de conciliação

Artigo 28°. 1 - Qualquer Estado Contratante ou qualquer nacional de um Estado Contratante que deseje abrir um processo de conciliação deverá remeter um requerimento por escrito, nesse sentido, ao secretário-geral, que enviará uma cópia à outra parte.

2 - O requerimento deverá indicar o objecto do diferendo, a identidade das partes e o seu consentimento na conciliação, em conformidade com as regras processuais relativas ao início das instâncias de conciliação e arbitragem.

3 - O secretário-geral procederá ao registo do requerimento, excepto se considerar, com base nos dados do mesmo, que o diferendo está manifestamente fora da competência do Centro. Notificará de imediato as partes envolvidas do registo ou da recusa de registo.

SECÇÃO 2 - Constituição da Comissão de Conciliação

Artigo 29°. 1 - A Comissão de Conciliação (daqui para a frente denominada Comissão) deverá ser constituída o mais rapidamente possível após o registo do requerimento, em conformidade com o artigo 28°.

2: a) A Comissão consistirá de um único conciliador ou de um número ímpar de conciliadores nomeados segundo acordo entre as partes;

b) Na falta de acordo entre as partes sobre o número de conciliadores e o método da sua nomeação, a Comissão integrará 3 conciliadores; cada parte nomeará um conciliador, devendo o terceiro, que será o presidente da Comissão, ser nomeado com o acordo de ambas as partes.

Artigo 30º. Se a Comissão não tiver sido constituída num prazo de 90 dias após a notificação de que o registo do requerimento foi feito pelo secretário-geral, em conformidade com o nº 3 do artigo 28º, ou dentro de qualquer outro prazo acordado entre as partes, o presidente deverá, a pedido de qualquer das partes e, dentro do possível, depois de consultar ambas as partes, nomear o conciliador ou conciliadores que ainda não tiverem sido nomeados.

Artigo 31º. 1 - Poderão ser nomeados conciliadores que não constem da lista de conciliadores, excepto no caso das nomeações feitas pelo presidente em conformidade com o artigo 30º.

2 - Os conciliadores nomeados que não constem da lista de conciliadores deverão reunir as qualidades referidas no nº 1 do artigo 14º.

SECÇÃO 3 - Processo perante a Comissão

Artigo 32º. 1 - A Comissão é juiz da sua própria competência.

2 - Qualquer excepção de incompetência relativa ao Centro ou, por quaisquer razões, à Comissão, apresentada por uma das partes, será considerada pela Comissão, que determinará se deverá ser tratada como uma questão preliminar ou ser examinada juntamente com as questões de fundo.

Artigo 33º. Qualquer processo de conciliação deverá ser conduzido em conformidade com o disposto na presente secção e, excepto se as partes chegarem a acordo diferente, em conformidade com o Regulamento de Conciliação em vigor na data em que as partes consentirem na conciliação. Se surgir uma questão de índole processual não prevista pela presente secção, pelo Regulamento de Conciliação ou por quaisquer regras acordadas entre as partes, será a mesma decidida pela Comissão.

Artigo 34º. 1 - A Comissão terá por função esclarecer os pontos em litígio entre as partes e desenvolver esforços no sentido de as fazer chegar a acordo em termos mutuamente aceitáveis. Nesse sentido, poderá a Comissão, em qualquer fase do processo e repetidamente, recomendar formas de resolução às partes. As partes deverão cooperar com a Comissão, de boa fé, por forma a permitir que a Comissão desempenhe as suas funções, e deverão considerar seriamente as suas recomendações.

2 - Se as partes chegarem a acordo, a Comissão elaborará um relatório anotando os pontos em litígio e registando o acordo das partes. Se, em qualquer fase do processo, parecer à Comissão que não existem quaisquer possibilidades de acordo entre as partes, deverá esta encerrar o processo e elaborar um relatório anotando que o diferendo foi sujeito a conciliação e que as partes não chegaram a acordo. Se uma parte não comparecer ou não participar no processo, a Comissão encerrará o processo e elaborará um relatório anotando a falta de comparência ou não participação.

Artigo 35º - Excepto se as partes envolvidas no diferendo acordarem diferentemente, nenhuma delas poderá, em qualquer outro processo, quer perante árbitros quer num tribunal ou de qualquer outra maneira, invocar ou usar as opiniões emitidas, as declarações ou as ofertas de resolução feitas pela outra parte no processo de conciliação, nem tão-pouco o relatório ou quaisquer recomendações da Comissão.

CAPÍTULO IV - Arbitragem

SECÇÃO 1 - Pedido de arbitragem

Artigo 36º - 1 - Qualquer Estado Contratante ou qualquer nacional de um Estado Contratante que deseje abrir um processo de arbitragem deverá remeter um requerimento, por escrito, nesse sentido ao secretário-geral, que enviará uma cópia do mesmo à outra parte.

2 - O requerimento deverá indicar o objecto do diferendo, a identidade das partes e o seu consentimento na arbitragem, em conformidade com as regras processuais relativas ao início da instância de conciliação e arbitragem.

3 - O secretário-geral procederá ao registo do requerimento, excepto se considerar, com base nos dados do mesmo, que o diferendo está manifestamente fora da competência do Centro. Notificará de imediato as partes do registo ou da recusa de registo.

SECÇÃO 2 - Constituição do tribunal

Artigo 37º. 1 - O tribunal arbitral (daqui para a frente denominado tribunal) deverá ser constituído o mais rapidamente possível após o registo do requerimento, em conformidade com o artigo 36º.

2 - a) O tribunal terá um único árbitro ou um número ímpar de árbitros nomeados segundo acordo entre as partes;

b) Na falta de acordo entre as partes sobre o número de árbitros e o método da sua nomeação, o tribunal integrará 3 árbitros, nomeando cada parte um árbitro, e devendo o terceiro, que será o presidente do tribunal, ser nomeado com o acordo de ambas as partes.

Artigo 38º. Se o tribunal não tiver sido constituído num prazo de 90 dias após a notificação de que o registo do requerimento foi feito pelo secretário-geral, em conformidade com o nº 3 do artigo 36º, ou dentro de qualquer outro prazo acordado entre as partes, o presidente deverá, a pedido de qualquer das partes e, dentro do possível, depois de consultadas ambas as partes, nomear o árbitro ou árbitros que ainda não tiverem sido nomeados. Os árbitros nomeados pelo presidente, em conformidade com o presente artigo, não deverão ser nacionais do Estado Contratante parte no diferendo nem do Estado Contratante de que é nacional a outra parte.

Artigo 39º. A maioria dos árbitros deverá ser nacional de Estados que não o Estado Contratante parte no diferendo e o Estado Contratante cujo nacional é parte no diferendo; contudo, as precedentes disposições deste artigo não se aplicam no caso de o único árbitro ou cada um dos membros do tribunal ter sido nomeado por acordo entre as partes.

Artigo 40º. 1 - Poderão ser nomeados árbitros que não constem da lista dos árbitros, excepto no caso de nomeações feitas pelo presidente em conformidade com o artigo 38º.

2 - Os árbitros nomeados que não constem da lista dos árbitros deverão reunir as qualidades previstas no nº 1 do artigo 14º.

SECÇÃO 3 - Poderes e funções do tribunal

Artigo 41º. 1 - Só o tribunal conhecerá da sua própria competência.

2 - Qualquer excepção de incompetência relativa ao Centro ou, por quaisquer razões, ao tribunal deverá ser considerada pelo tribunal, que determinará se a mesma deverá ser tratada como questão preliminar ou examinada juntamente com as questões de fundo.

Artigo 42º. 1 - O tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis.

2 - O tribunal não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio ou da obscuridade da lei.

3 - As disposições dos n.os 1 e 2 não prejudicarão a faculdade de o tribunal julgar um diferendo ex aequo et bono se houver acordo entre as partes.

Artigo 43°. Excepto se as partes acordarem diferentemente, o tribunal pode, se considerar necessário em qualquer fase do processo:

- a) Pedir às partes que apresentem documentos ou outros meios de prova; e
- b) Visitar os lugares relacionados com o diferendo e aí proceder a tantos inquéritos quantos considerar necessários.

Artigo 44°. Qualquer processo de arbitragem deverá ser conduzido em conformidade com as disposições da presente secção e, excepto se as partes acordarem diferentemente, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes consentirem na arbitragem. Se surgir qualquer questão de índole processual não prevista pela presente secção ou pelo Regulamento de Arbitragem ou quaisquer outras regras acordadas entre as partes, será a mesma devolvida pelo tribunal.

Artigo 45°. 1 - Não se presumirão confessados os factos apresentados por uma das partes quando a outra não compareça ou se abstenha de fazer uso dos meios ao seu dispor.

2 - Se em qualquer momento do processo uma das partes não comparecer ou não fizer uso dos meios ao seu dispor, a outra parte poderá requerer ao tribunal que aprecie as conclusões por si apresentadas e pronuncie a sentença. O tribunal deverá notificar a parte em falta do requerimento que lhe foi apresentado e conceder-lhe um prazo antes de proferir a sentença, excepto se estiver convencido de que aquela parte não tem intenção de comparecer ou fazer valer os seus meios.

Artigo 46°. Excepto se as partes acordarem diferentemente, o tribunal deverá conhecer, a pedido de uma delas, todas as questões incidentais adicionais ou reconventionais que se liguem directamente com o objecto do diferendo, desde que estejam compreendidas no consentimento das partes, bem como no âmbito da competência do Centro.

Artigo 47°. Excepto se as partes acordarem diferentemente, o tribunal pode, se considerar que as circunstâncias o exigem, recomendar quaisquer medidas cautelares adequadas a garantir os direitos das partes.

SECÇÃO 4 - Sentença

Artigo 48º. 1 - O tribunal decidirá todas as questões por maioria de votos de todos os seus membros.

2 - A sentença do tribunal deverá ser dada por escrito; será assinada pelos membros do tribunal que hajam votado a seu favor.

3 - A sentença deverá responder fundamentalmente a todos os pontos das conclusões apresentadas ao tribunal pelas partes.

4 - Todos os membros do tribunal poderão fazer juntar à sentença a sua opinião individual, discordem ou não da maioria, ou a menção da sua discordância.

5 - O Centro não poderá publicar a sentença sem o consentimento das partes.

Artigo 49º. 1 - O secretário-geral deverá enviar prontamente cópias autenticadas da sentença às partes. Presumir-se-á que a sentença foi proferida na data em que as cópias autenticadas foram enviadas.

2 - O tribunal, a pedido de uma parte, dentro de um prazo de 45 dias após a data em que a sentença foi decretada, pode, depois de notificada a outra parte, julgar qualquer questão sobre que, por omissão, não se haja pronunciado na sentença, e rectificará qualquer erro material da sentença. A sua decisão será parte integrante da sentença e será notificada às partes da mesma forma que a sentença. Os períodos de tempo previstos no nº 2 do artigo 51º e nº 2 do artigo 52º deverão decorrer a partir da data em que a decisão correspondente for tomada.

SECÇÃO 5 - Interpretação, revisão e anulação da sentença

Artigo 50º. 1 - Se surgir qualquer diferendo entre as partes sobre o significado ou o âmbito de uma sentença, qualquer das partes poderá pedir a sua interpretação através de requerimento, por escrito, dirigido ao secretário-geral.

2 - O pedido deverá, se possível, ser submetido ao tribunal que deu a sentença. Se tal não for possível, será constituído um novo tribunal em conformidade com a secção 2 do presente capítulo. O tribunal pode, se considerar que as circunstâncias assim o exigem, decidir suspender a execução da sentença até se pronunciar sobre o pedido de interpretação.

Artigo 51º. 1 - Qualquer das partes poderá pedir a revisão da sentença através de requerimento por escrito dirigido ao secretário-geral com fundamento na descoberta de algum facto

susceptível de exercer uma influência decisiva sobre a sentença, desde que, à data da sentença, tal facto fosse desconhecido do tribunal e do requerente sem culpa deste.

2 - O requerimento deverá ser apresentado dentro de um período de 90 dias após a descoberta de tal facto e em qualquer caso dentro de 3 anos após a data em que a sentença foi dada.

3 - O requerimento deverá, se possível, ser submetido ao tribunal que deu a sentença. Se tal não for possível, será constituído um novo tribunal em conformidade com a secção 2 do presente capítulo.

4 - O tribunal poderá, se considerar que as circunstâncias assim o exigem, decidir suspender a execução da sentença até ter decidido sobre o pedido de revisão. Se o requerente pedir a suspensão da execução da sentença no seu requerimento, a execução será suspensa provisoriamente até que o tribunal decida sobre esse pedido.

Artigo 52º. 1 - Qualquer das partes poderá pedir por escrito ao secretário-geral a anulação da sentença com base em um ou mais dos seguintes fundamentos:

- a) Vício na constituição do tribunal;
- b) Manifesto excesso de poder do tribunal;
- c) Corrupção de um membro do tribunal;
- d) Inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou
- e) Vício de fundamentação.

2 - O requerimento deverá ser apresentado dentro de um prazo de 120 dias após a data em que a sentença tiver sido proferida, excepto quando a anulação for pedida com base em corrupção, caso em que o requerimento deverá ser feito dentro de um prazo de 120 dias após a descoberta da corrupção e, em qualquer caso, dentro de 3 anos após a data em que a sentença foi decretada.

3 - Ao receber o pedido, o presidente deverá de imediato designar entre as pessoas que figuram na lista dos árbitros um comité ad hoc de 3 pessoas. Nenhum dos membros deste comité poderá ter sido membro do tribunal que deu a sentença, ser da mesma nacionalidade de qualquer dos membros do dito tribunal, ser um nacional do Estado parte no diferendo ou do Estado cujo nacional é parte no diferendo nem ter sido designado para a lista dos árbitros,

por um desses Estados, ou ter actuado como conciliador nesse mesmo diferendo. O comité terá autoridade para anular a sentença na sua totalidade ou em parte, em razão de um dos fundamentos estabelecidos no nº 1.

4 - As disposições dos artigos 41º a 45º, 48º, 49º, 53º e 54º e dos capítulos VI e VII serão aplicáveis *mutatis mutandis* ao processo no comité.

5 - O comité pode, se considerar que as circunstâncias assim o exigem, decidir suspender a execução da sentença até se pronunciar sobre o pedido de anulação. Se o requerente pedir a suspensão da execução da sentença no seu requerimento, a execução será suspensa provisoriamente até que o comité decida sobre o pedido apresentado.

6 - Se a sentença for anulada, o diferendo deverá, a pedido de qualquer das partes, ser submetido a novo tribunal constituído em conformidade com a secção 2 do presente capítulo.

SECÇÃO 6 - Reconhecimento e execução da sentença

Artigo 53º. 1 - A sentença será obrigatória para as partes e não poderá ser objecto de apelação ou qualquer outro recurso, excepto os previstos na presente Convenção. Cada parte deverá acatar os termos da sentença, excepto se a execução for suspensa em conformidade com as disposições da presente Convenção.

2 - No âmbito dos objectivos desta secção, «sentença» incluirá qualquer decisão referente à interpretação, revisão ou anulação da sentença em conformidade com os artigos 50º, 51º e 52º.

Artigo 54º. 1 - Cada Estado Contratante reconhecerá a obrigatoriedade da sentença dada em conformidade com a presente Convenção e assegurará a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado. O Estado Contratante que tenha uma constituição federal poderá dar execução à sentença por intermédio dos seus tribunais federais e providenciar para que estes considerem tal sentença como decisão final dos tribunais de um dos Estados federados.

2 - A parte que deseje obter o reconhecimento e a execução de uma sentença no território de um Estado Contratante deverá fornecer ao tribunal competente ou a qualquer outra autoridade que tal Estado tenha designado para este efeito uma cópia da sentença autenticada pelo secretário-geral. Cada Estado Contratante deverá notificar o secretário-geral da designação do tribunal ou autoridade competente para este efeito e informá-lo de eventuais modificações subsequentes a tal designação.

3 - A execução da sentença será regida pelas leis referentes à execução de sentença vigentes no Estado em cujo território deverá ter lugar.

Artigo 55°. Nenhuma das disposições do artigo 54.º poderá ser interpretada como constituindo excepção ao direito vigente num Estado Contratante relativo ao privilégio de execução do referido Estado ou de qualquer Estado estrangeiro.

CAPÍTULO V - Substituição e inibição dos conciliadores e dos árbitros

Artigo 56°. 1 - Após a constituição de uma comissão ou de um tribunal e o início do processo, a sua composição permanecerá inalterável; contudo, em caso de falecimento, incapacidade ou demissão de um conciliador ou de um árbitro, a vaga resultante deverá ser preenchida em conformidade com as disposições da secção 2 do capítulo III ou secção 2 do capítulo IV.

2 - Um membro de uma comissão ou de um tribunal continuará a exercer as suas funções nessa qualidade, não obstante ter deixado de figurar na lista respectiva.

3 - Se um conciliador ou um árbitro nomeado por uma parte se demitir sem o consentimento da comissão ou do tribunal de que é membro, o presidente nomeará uma pessoa da lista respectiva para preencher a vaga resultante.

Artigo 57°. Qualquer das partes pode pedir à comissão ou ao tribunal a inibição de qualquer dos seus membros com base num facto que indique uma manifesta falta das qualidades exigidas pelo n.º 1 do artigo 14.º A parte no processo de arbitragem pode, em acréscimo, pedir a inibição de um árbitro com fundamento no facto de ele não preencher as condições de nomeação para o tribunal arbitral, estabelecidas na secção 2 do capítulo IV.

Artigo 58°. A decisão sobre qualquer pedido de inibição de um conciliador ou de um árbitro deverá ser tomada pelos outros membros da comissão ou do tribunal, conforme o caso; contudo, no caso de empate na votação ou de o pedido de inibição visar um único conciliador ou árbitro ou uma maioria da comissão ou do tribunal, a decisão será tomada pelo presidente. Se for decidido que o pedido é justamente fundamentado, o conciliador ou o árbitro a quem a decisão se refere deverá ser substituído em conformidade com as disposições da secção 2 do capítulo III ou da secção 2 do capítulo IV.

CAPÍTULO VI - Custas do processo

Artigo 59º. Os encargos a suportar pelas partes pela utilização dos serviços do Centro serão determinados pelo secretário-geral em conformidade com a regulamentação adoptada pelo conselho de administração.

Artigo 60º. 1 - Cada comissão e cada tribunal determinarão os honorários e as despesas com os seus membros dentro de limites estabelecidos pelo conselho de administração, depois de consultado o secretário-geral.

2 - Nenhuma das disposições do n.º 1 do presente artigo obstará a que as partes acordem previamente com a comissão ou com o tribunal os honorários e as despesas com os seus membros.

Artigo 61º. 1 - No caso dos processos de conciliação, os honorários e as despesas com os membros da comissão, bem como os encargos pela utilização dos serviços do Centro, serão suportados igualmente pelas partes. Cada parte deverá suportar quaisquer outras despesas a que dê origem por exigência do processo.

2 - No caso dos processos de arbitragem, o tribunal deverá, excepto quando acordado diferentemente entre as partes, fixar o montante das despesas a que as partes deram lugar por exigências do processo e decidirá sobre as modalidades de repartição e pagamento das ditas despesas, dos honorários e dos encargos com os membros do tribunal, bem como dos resultantes da utilização dos serviços do Centro. Tal decisão será parte integrante da sentença.

CAPÍTULO VII - Local do processo

Artigo 62º. Os processos de conciliação e arbitragem terão lugar na sede do Centro, excepto no caso das disposições que se seguem.

Artigo 63º. Os processos de conciliação e arbitragem poderão ter lugar, se assim for acordado entre as partes:

a) Na sede do Tribunal Permanente de Arbitragem ou de qualquer outra instituição apropriada, quer privada, quer pública, com a qual

o Centro tenha acordado as providências necessárias para o efeito; ou

b) Em qualquer outro local aprovado pela comissão ou pelo tribunal depois de consultado o secretário-geral.

CAPÍTULO VIII - Diferendos entre Estados Contratantes

Artigo 64°. Qualquer diferendo que surja entre Estados Contratantes referente à interpretação ou aplicação da presente Convenção e que não seja resolvido por negociação deverá ser levado perante o Tribunal Internacional de Justiça a requerimento de qualquer das partes envolvidas no diferendo, excepto se os Estados interessados acordarem noutro método de resolução.

CAPÍTULO IX - Alterações

Artigo 65°. Qualquer Estado Contratante pode propor alterações à presente Convenção. O texto de uma alteração proposta deverá ser comunicado ao secretário-geral pelo menos 90 dias antes da reunião do conselho de administração em que a mesma deva ser examinada e deverá ser imediatamente transmitido por ele a todos os membros do conselho de administração.

Artigo 66°. 1 - Se o conselho de administração o aprovar por uma maioria de dois terços dos seus membros, a alteração proposta deverá ser levada ao conhecimento de todos os Estados Contratantes para ratificação, aceitação ou aprovação. Todas as alterações deverão entrar em vigor 30 dias depois do envio pelo depositário da presente Convenção de uma notificação aos Estados Contratantes indicando que todos os Estados Contratantes ratificaram, aceitaram ou aprovaram a alteração.

2 - Nenhuma alteração afectará os direitos e obrigações de qualquer Estado Contratante ou de qualquer pessoa colectiva de direito público ou organismos, dependentes desse Estado ou de um seu nacional previstos pela presente Convenção, que decorram de uma aceitação da competência do Centro, dada antes da data de entrada em vigor da alteração.

CAPÍTULO X - Disposições finais

Artigo 67°. A presente Convenção está aberta para assinatura dos Estados membros do Banco. Estará também aberta para assinatura de qualquer outro Estado signatário do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça que o conselho de administração, por decisão de dois terços dos seus membros, tenha convidado a assinar a Convenção.

Artigo 68°. 1 - A presente Convenção será submetida a ratificação, aceitação ou aprovação dos Estados signatários em conformidade com os seus processos constitucionais.

2 - A presente Convenção entrará em vigor 30 dias após a data do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação. Entrará em vigor para cada Estado que subsequentemente depositar os seus instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação 30 dias após a data de tal depósito.

Artigo 69°. Todos os Estados Contratantes tomarão as medidas legislativas ou outras que considerem necessárias para permitir a efectivação da presente Convenção no seu território.

Artigo 70°. A presente Convenção aplicar-se-á a todos os territórios por cujas relações internacionais foi responsável um Estado Contratante, excepto aqueles que são excluídos pelo referido Estado através de notificação por escrito ao depositário da presente Convenção ou na altura da ratificação, aceitação ou aprovação, ou subsequentemente.

Artigo 71°. Todos os Estados Contratantes podem denunciar a presente Convenção através de notificação por escrito ao depositário da presente Convenção. A denúncia terá efeito 6 meses após a recepção de tal notificação.

Artigo 72°. A notificação feita por um Estado Contratante em conformidade com os artigos 70° ou 71° não afectará os direitos e obrigações desse Estado ou de qualquer pessoa colectiva pública ou organismo dependente ou ainda de qualquer nacional de tal Estado, previsto pela presente Convenção, que decorram de um consentimento à jurisdição do Centro, dado por um deles antes de a referida notificação ter sido recebida pelo depositário.

Artigo 73°. Os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação da presente Convenção e das emendas decorrentes deverão ser depositados junto do Banco, que actuará como depositário da presente Convenção. O depositário deverá transmitir cópias autenticadas da presente Convenção aos Estados membros do Banco e a qualquer outro Estado convidado a assinar a Convenção.

Artigo 74°. O depositário registará a presente Convenção junto do Secretariado das Nações Unidas, em conformidade com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas e com os regulamentos dela decorrentes adoptados pela assembleia geral.

Artigo 75°. O depositário notificará todos os Estados signatários do seguinte:

a) Assinaturas em conformidade com o artigo 67;

- b) Depósito de instrumentos de ratificação, aceitação e aprovação em conformidade com o artigo 73;
- c) Data em que a presente Convenção entra em vigor em conformidade com o artigo 68;
- d) Exclusões da aplicação territorial em conformidade com o artigo 70;
- e) Data em que qualquer alteração a esta Convenção entre em vigor em conformidade com o artigo 66; e
- f) Denúncias em conformidade com o artigo 71.

Feito em Washington, em inglês, francês e espanhol, tendo os 3 textos sido igualmente autenticados num único exemplar, que ficará depositado nos arquivos do Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento, que indicou pela sua assinatura abaixo aceita exercer as funções que lhe são confiadas pela presente Convenção.