

A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

Foreign Investment Arbitration under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

DANIELE SOUZA LIMA MARTINS
Universidade do Porto

Sumário: 1. Introdução; 2. O International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID); 3. Área de atuação do ICSID; 4. O Tribunal Arbitral; 5. Os instrumentos propulsores à adoção ao ICSID; 5.1 *O Contrato de Investimento*; 5.2 *O Compromisso Arbitral*; 5.3 *A Legislação Interna*; 5.4 *Os International Investment Agreements (IIAs)*; 6. A Sentença Arbitral; 7. As críticas imputadas ao ICSID; 8. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O investimento estrangeiro constitui a chave para a dinâmica do mercado. Contudo, está inserido em um contexto muitas vezes turbulento. A insegurança jurídica decorrente da instabilidade dos países, especialmente de ordem política, afeta diretamente o fluxo de investimentos. Com o intuito de incentivar o investimento internacional o Banco Mundial promoveu a criação do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que fornece mecanismos de arbitragem e conciliação para a resolução de conflitos entre Estados e investidores. A recorrente utilização da arbitragem de investimento estrangeiro sob os auspícios do ICSID deu-se especialmente na década de 90 com a intensificação dos Bilateral Investment Treaties. Recentemente o ICSID tem sofrido fortes críticas em decorrência da sua atuação nos procedimentos arbitrais. Contudo, continua a ser dominante na resolução de conflitos oriundos do investimento estrangeiro.

Palavras chave: Arbitragem; Investimento Estrangeiro; Bilateral Investment Treaties (BITs); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Abstract: The foreign investment is the key to the market dynamics. However, it is inserted in a turbulent landscape. The legal uncertainty stemming from the instability in several countries, especially in political terms, has direct influence on the investment flows. Purposing to promote international investment the World Bank has created the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which provides for settlement of disputes between States and investors by conciliation and arbitration. The foreign investment arbitration under the auspices of the ICSID has become widely used since 1990s through the Bilateral Investment Treaties. Recently the ICSID is facing strong critics because of your performance in arbitral proceedings. However, it continues to be the dominant method to settle investment disputes.

Keywords: Arbitration; Foreign Investment; Bilateral Investment Treaties (BITs); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

1. Introdução

Os mapas nos iludem: as fronteiras entre os países foram mitigadas. O fenômeno da internacionalização do comércio, potencializado especialmente com a criação dos blocos econômicos, abriu as grades que cercavam os povos e que limitavam o exercício de suas liberdades.

O expansionismo do século XVI continua imperando na atualidade, pois as aspirações humanas jamais se esgotam e o desejo em conquistar novos mercados nunca cessa.

O investimento estrangeiro insere-se nesse contexto constituindo um mecanismo que permite que o capital privado estrangeiro se infiltre na economia nacional com o objetivo de proporcionar, sob a perspectiva do Estado receptor, o desenvolvimento econômico do país através da criação de infraestruturas, da geração de empregos, do uso de tecnologia de ponta, da competitividade dos mercados, da exploração sustentável dos recursos naturais, etc., e, por outro lado, sob a perspectiva do investidor, a expansão de seu domínio econômico.

Entretanto, muitas vezes, o ambiente no qual o investimento estrangeiro está inserido é turbulento, criando uma atmosfera carregada de temeridades que podem desaguar em litígios entre Estados e investidores.

Como se sabe, o Direito Internacional não prevê em seu arcabouço normativo nenhum instrumento especial de proteção aos investidores face à transgressão de seus direitos pelo Estado anfitrião. A omissão normativa quanto à proteção ao investimento estrangeiro impõe a adoção de providências categóricas pelos investidores, que buscam precaver a sua exposição frente às intromissões do Estado.

Como já dizia William Shakespeare "*A tragédia começa quando os dois acham que têm razão.*" e transportando essa premissa para o contexto das relações jurídicas percebe-se que as controvérsias oriundas de determinadas condutas adotadas pelo Estado, que aos olhos do investidor são prejudiciais ao seu investimento, podem, em caso de falta de consenso entre as partes, dar origem a disputas infundáveis.

Em princípio, a competência para a resolução desses litígios será das cortes nacionais do Estado receptor do investimento. Contudo, constata-se que o investidor tenta esquivar-se de se submeter aos tribunais estatais em decorrência especialmente (i) de uma suposta falta de imparcialidade dos juízes nacionais (que tendem a ser favoráveis aos pleitos do seu Estado,); (ii) da aplicação do direito nacional em detrimento do direito internacional¹; (iii) da protelação no proferimento de decisões; e, (iv) da ausência de um conhecimento específico dos magistrados em questões complexas que geralmente constituem objeto dos litígios decorrentes do investimento estrangeiro.

Como meio alternativo à justiça estatal encontra-se a arbitragem (que precede a própria concepção de justiça administrada pelo Estado), que surge, ou

¹ "Domestic courts are bound to apply domestic law even if that law should fail to protect the investor's rights under international law." - Cfr. SCHREUER, C; H., "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)".

melhor, se desenvolve em matéria de investimento estrangeiro como um mecanismo capaz de conceder a segurança jurídica pleiteada pelos investidores, afastando os receios constantes do método tradicional de solução de conflitos.

Por advir de um *pacta sunt servanda* a adoção do mecanismo arbitral depende do consentimento das partes, que podem livremente deliberar a respeito da convenção de arbitragem, optando por determinar as regras a serem seguidas no procedimento arbitral, no caso de arbitragens *ad hoc* ou se submetendo às regras previamente estabelecidas pelas câmaras arbitrais, no caso de arbitragem institucionalizada.

Geralmente, no âmbito do investimento estrangeiro as partes recorrem às Regras de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ou, nomeadamente, ao International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que constitui o único foro especializado para a solução de litígios em matéria de investimento.

Conforme se verá adiante, o ICSID foi renegado durante muito tempo, ocorrendo, entretanto, o seu redescobrimto na década de 90, especialmente em decorrência dos Bilateral Investment Treaties, que constituem a válvula propulsora da adoção deste meio de solução de conflitos.

2. O International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Em 1965 foi assinada a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, celebrada em Washington D.C., através da qual instituiu-se o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), criado para dirimir litígios entre Estados e investidores, através da administração de procedimentos internacionais de resolução de conflitos, nomeadamente arbitragem e conciliação.

O mencionado tratado multilateral resultou de uma iniciativa promovida pelo Banco Mundial com a finalidade de expandir o fluxo de investimento privado estrangeiro (direcionando o aporte de capital aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento) propiciando o desenvolvimento econômico dos países.

Constatou-se à época que os riscos não comerciais decorrentes principalmente da instabilidade política dos países receptores de investimento constituíam uma grande barreira para a entrada do capital estrangeiro.

A adoção de medidas abusivas pelo Estado anfitrião, como a nacionalização ou expropriação de empresas, as restrições aos lucros do investidor e as alterações legislativas prejudiciais ao investimento estrangeiro, frustravam a entrada de novos atores na economia nacional, em decorrência da vulnerabilidade do investimento estrangeiro face às ingerências do Estado.

Com efeito, vale lembrar que, *a priori*, o investimento estrangeiro se submete às normas jurídicas do Estado no qual o mesmo é realizado. Nesse sentido, o direito material aplicável será, via de regra, o direito nacional, não levando em consideração a legislação internacional existente. Ademais, os eventuais conflitos decorrentes da relação entre Estados e investidores serão julgados, em princípio, pelas cortes nacionais.

Nesta seara repousam os receios do investidor. Para além da afastabilidade do direito internacional, que poderia em parte ser favorável aos pleitos do investidor, a ausência de uma pré-disposição das partes em pôr fim aos conflitos

através de meios pacíficos conduz à submissão das disputas aos tribunais nacionais, o que aos olhos do investidor deve ser de todo evitado.

Para sobre a comunidade internacional a ideia de que os tribunais estatais, em casos de eventuais litígios entre Estados receptores e investidores, têm a sua imparcialidade comprometida. Acredita-se que os juízes nacionais ajam tendenciosamente em prol de seus Estados, desconsiderando os princípios básicos que imperam no exercício de suas atividades, isto é, a imparcialidade e a independência.

Convém ainda destacar que outra alternativa se apresenta face à justiça estatal: a proteção diplomática, que consiste no instituto jurídico no qual o Estado, a pedido do seu nacional (o investidor), intervém em seu favor perante as entidades competentes a fim de obter do presumível Estado causador do dano a reparação pelos prejuízos causados em decorrência de sua conduta violadora.

A análise pelo Estado do requerimento impetrado pelo investidor pressupõe a existência cumulativa de duas condicionantes: (i) o vínculo de nacionalidade existente entre o sujeito lesado e o Estado que lhe concederá a proteção e, (ii) o esgotamento dos recursos legais internos existentes e disponíveis na ordem jurídica do Estado supostamente responsável pela violação das obrigações internacionais.

Contudo, ainda que presentes os requisitos acima elencados, a concessão de proteção diplomática consiste em uma faculdade atribuída ao Estado, que pode deliberar livremente acerca do requerimento impetrado pelo investidor. Ademais, caso conceda a proteção o Estado subroga-se no direito do investidor agindo não como mero representante, mas como parte do procedimento arbitral, podendo, portanto, tomar todas as medidas que julgar cabíveis, inclusive aquelas que possam ir de encontro aos interesses do investidor.

Isto posto, percebeu-se claramente que os métodos colocados à disposição do investidor não satisfaziam os seus anseios freando, portanto, o fluxo de investimentos. Sendo assim, o Banco Central idealizou a criação de um órgão que pudesse oferecer aos investidores e aos Estados um foro despolitizado, desprovido de quaisquer interferências estatais que pudessem condicionar a aplicação do direito e na qual a idoneidade dos julgadores não fosse sequer questionada, dando origem ao ICSID.

3. Área de atuação do ICSID

O ICSID, ao contrário dos demais centros de arbitragens, é uma instituição de caráter público. Seu objetivo é proporcionar os meios de conciliação e arbitragem a serem utilizados em conflitos entre investidores e Estados receptores. É um centro de caráter permanente que contém normas e princípios de natureza exclusivamente processual, ou seja, as tarefas realizadas pelo Centro são de caráter administrativo e não jurisdicional.²

Assim sendo, o ICSID não é o agente direto da realização dos procedimentos de conciliação e arbitragem, sendo responsável unicamente por administrá-los através (i) do fornecimento de regulamentos detalhados sobre os referidos procedimentos; (ii) da elaboração de cláusulas modelo a serem empregadas por

² Nesse sentido, "the Centre's task would be administrative rather than judicial." - Cfr. SCHREUER, C. H., "The ICSID Convention: a commentary.", Cambridge University Press, 2001, p. 10.

governos e investidores; (iii) da manutenção de um painel de conciliadores e de árbitros; (iv) do registro das disputas; (v) da comunicação de documentos e informações relevantes para as partes, (vi) entre outros.

Destaca-se que inicialmente a instauração e a condução de casos sob os auspícios do ICSID eram feitas exclusivamente por meio da ICSID Convention, Regulations and Rules, na qual pressupõe-se a existência concomitante de dois elementos: (i) conflito travado entre um Estado parte da Convenção e um nacional de outro Estado signatário; e (ii) cujo objeto da disputa decorra diretamente de um investimento estrangeiro.³

Contudo, a fim de expandir a competência do Centro, em 1978 o Conselho Administrativo deliberou pela adoção do instrumento denominado Additional Facility Rules, através do qual as disputas que não envolvam questões diretamente ligadas ao investimento; ou os conflitos em que o Estado hospedeiro ou o Estado de origem do investidor não sejam partes contratantes da Convenção de Washington, podem ainda assim ser administrados pelo secretário do ICSID por meio dos mecanismos específicos de arbitragem e conciliação disponibilizados pelo Centro para esta finalidade, que apesar de não serem objeto do nosso estudo, adiantamos apenas que se diferem daqueles previstos na Convenção.

Por fim, frisa-se somente que o conceito de investimento estrangeiro, fundamental para fins de análise da competência jurisdicional do ICSID, não é unânime na doutrina ou na jurisprudência, sendo tema de grande debate. Porém, vem se firmando um entendimento no ambiente jurídico que diferencia o investimento da transação comercial comum segundo a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) aporte de recursos do investidor, em dinheiro ou outros bens, em país estrangeiro; (ii) caráter duradouro do contrato; (iii) suscetibilidade de angariar lucros ou rendimentos através de um resultado positivo do investimento; (iv) assunção de riscos da operação por parte do investidor; e, (v) expectativa de desenvolvimento econômico do Estado receptor em decorrência do investimento.

4. O Tribunal Arbitral

Conforme é cediço, no procedimento arbitral, diferentemente do que ocorre nos tribunais estatais, cabe às partes litigantes a nomeação dos terceiros que julgarão o litígio.

Esta característica intrínseca ao mecanismo arbitral constitui umas das suas principais vantagens face aos demais meios de solução de conflitos. Isto porque as partes realizarão a escolha dos profissionais conforme a necessidade apresentada pelo conflito, isto é, a indicação será pautada em critérios baseados no perfil técnico e pessoal dos árbitros de forma a adequá-los às características da controvérsia, garantindo-se um julgamento substancialmente correto em decorrência da especialidade do terceiro na questão a ser discutida. Ademais, a imparcialidade desses profissionais, calcada através de uma postura de equidistância em relação às

³ Vide artigo 25(1) da Convenção de Washington "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

partes litigantes, assegura a seriedade do procedimento arbitral, sem a existência de favoritismos ou predileções.⁴

A convenção de arbitragem deverá prever o número de árbitros pelo qual o tribunal arbitral será constituído - que poderá ser composto de um único árbitro ou por vários, sempre em número ímpar - bem como o método a ser utilizado para a sua escolha.

Entretanto, na hipótese de uma lacuna no que tange ao assunto o tribunal arbitral será formado conforme norma prevista no artigo 37(2) da Convenção, que prevê a existência de 3 árbitros, na qual cada parte nomeará um árbitro e o terceiro, que será o presidente do Tribunal, será apontado de comum acordo entre as partes.

Caso o Tribunal não seja constituído no prazo estabelecido entre as partes ou dentro de 90 dias após a notificação de que o registro do requerimento foi despachado pelo secretário-geral, o presidente do Tribunal deverá, a pedido de qualquer das partes e, na medida do possível, após a consulta de ambas, indicar os árbitros que ainda não foram nomeados, escolhendo-os dentre os nomes constantes na lista de árbitros disponibilizada pelo ICSID, que só no ano de 2014 já contava com 590 profissionais.⁵

Destaca-se que o painel de árbitros é formado por indicações do Estado Contratante, que pode designar até quatro pessoas para integrarem a lista, podendo ser seus nacionais ou não, que estarão agregados ao painel por um período renovável de 6 anos; e do Presidente do Banco Mundial, que pode recomendar até 10 pessoas que, contudo, devem obrigatoriamente ser de diferentes nacionalidades, preocupando-se ainda em assegurar a participação de profissionais que representem os principais sistemas legais existentes.

A existência do painel de árbitros é fundamental para o cumprimento das regras da Convenção, tendo em vista que na hipótese acima descrita (prevista no artigo 38) ou no caso de pedido de anulação da sentença (previsto no artigo 52(3)) - a ser analisado por um comité *ad hoc*; ficará a cargo do presidente a nomeação dos árbitros que integrarão o tribunal, devendo ser escolhidos dentre os nomes presentes na lista. Na primeira hipótese fica vetado ao presidente nomear árbitros que sejam nacionais das partes envolvidas nas disputas. Na segunda hipótese, além dessa proibição, o presidente não poderá nomear árbitros que apesar de não serem nacionais dos Estados partes da disputa foram, contudo, nomeados por eles para integrarem a lista.

Além dos casos acima, nos quais é obrigatória a utilização da lista pelo presidente, a mesma poderá ainda ter alguma utilidade para as partes da disputa, que poderão na escolha dos árbitros que integrarão o tribunal arbitral, optarem pela indicação ou não dos profissionais constantes na lista.

⁴ Historicamente está impregnado na cultura das relações internacionais que os juízes estatais agem e proferem decisões em conformidade com os interesses econômicos dos Estados, motivo pelo qual os investidores refutam o acionamento do poder jurisdicional do Estado preferindo recorrer ao mecanismo arbitral.

⁵ ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes 2014 annual report.

5. Os instrumentos propulsores à adoção ao ICSID

Conforme princípio básico que orienta o mecanismo arbitral as partes devem exprimir a vontade recíproca de excluírem da competência jurisdicional estatal as controvérsias oriundas da relação jurídica existente proclamando a arbitragem como método de resolução de seus litígios.

A matéria é ainda mais reforçada no ICSID. Isto porque a simples assinatura da Convenção de Washington já evidencia uma predisposição do Estado signatário de submeter seus litígios ao procedimento arbitral. Todavia, ao contrário do que se pensa, esse prévio consentimento manifestado pelo Estado deve ser corroborado através de uma manifestação expressa e por escrito, característica esta denominada de duplo consentimento⁶. Constata-se que o fato de ser membro da referida Convenção não constitui, por si só, elemento suficiente para a sujeição obrigatória do Estado ao ICSID, pois a sua assinatura possui caráter meramente declaratório.⁷

Por se tratar de um *pacta sunt servanda* no qual ambas as partes manifestam voluntária e mutuamente a intenção de submeterem seus litígios ao crivo arbitral é indispensável a declaração volitiva do investidor.

Ora passamos a analisar os diversos meios cabíveis para a expressão do consentimento dos Estados e investidores no sentido de elegerem o instituto arbitral como método de resolução de seus litígios, frisando apenas que a aquiescência recíproca das partes à resolução de litígios sob os auspícios do ICSID gera, automaticamente, salvo disposição em contrário, a renúncia a qualquer outro meio de solução de conflitos, dizendo-se, portanto, que há uma exclusividade da via arbitral para a finalização do conflito, conforme disposto no artigo 26º da Convenção de Washington.

5.1 O Contrato de Investimento

O contrato de investimento constitui um instrumento jurídico no qual as partes determinam os direitos e obrigações oriundos da relação estabelecida. Dentre as cláusulas pactuadas, encontra-se aquela que aqui nos interessa, isto é, o mecanismo de solução de litígios decorrentes do contrato, pois é nesta seara que as partes podem de comum acordo estipular a arbitragem como método de resolução de conflitos e eleger o ICSID como órgão competente.

Importante destacar que, neste caso a cláusula deve ser redigida de maneira minuciosa, apresentando informações detalhadas, tais como o número de árbitros, a sede da arbitragem, o idioma escolhido, a lei aplicável e, principalmente, a indicação do ICSID para a solução da controvérsia. A ausência de informações no que tange aos elementos essenciais do procedimento arbitral remeterá à aplicação das regras previstas pelo ICSID.

⁶ Em decorrência dessa característica afirma-se que a "Convenção de Washington é um «acordo-quadro», que apenas possibilita um acordo posterior entre um investidor cujo Estado nacional seja membro do ICSID e outro Estado membro deste, no sentido da resolução por arbitragem de certo ou certos litígios." - Cfr. VICENTE, D. M., "Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais."

⁷ Prêambulo, parágrafo 7, da Convenção de Washington: "Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration."

Ressalta-se ainda que, o consentimento proferido em sede contratual confere competência ao ICSID somente para as disputas surgidas em decorrência da violação do próprio contrato de investimento (*contract claims*), não abrangendo assim outras questões relacionadas com o investimento, mas que não decorram diretamente de um descumprimento contratual, como é o caso dos atos expropriatórios, da aprovação de legislação discriminatória, etc.

No que tange ao consentimento emitido no âmbito contratual emerge nos tribunais arbitrais questionamentos acerca da competência do ICSID para contratos que não preveem a cláusula arbitral, mas que estão diretamente relacionados com outros contratos que a contêm.

Vem sendo adotada a posição de que o investimento estrangeiro é composto de um conjunto complexo de operações que devem ser examinadas como um todo único, não comportando análises singulares dos acordos firmados. Assim sendo, a pluralidade de contratos deve ser interpretada em conformidade com o princípio da unidade do investimento, conferindo-se ao ICSID a competência para a solução do litígio, inclusive naqueles casos que decorram de contratos onde não haja previsão da cláusula arbitral.⁸

5.2 O Compromisso Arbitral

Geralmente, a escolha do instituto arbitral é realizada anteriormente ao surgimento do litígio, isto é, há uma predisposição das partes em se submeterem às regras do ICSID.

Contudo, nada impede que somente após a cristalização da controvérsia as partes decidam por instituir o procedimento arbitral como método de solução dos conflitos, bem como por eleger o ICSID como órgão competente, o que se fará através da assinatura do compromisso arbitral, que consiste no documento através do qual as partes de comum acordo determinam os termos da arbitragem.

5.3 A Legislação Interna

A arbitragem de investimento estrangeiro pode ser determinada através de uma disposição da legislação interna de um Estado que com o intuito de despertar o interesse dos investidores internacionais assegura unilateralmente a sua submissão à arbitragem e ao ICSID, dentro das condições estabelecidas na própria lei.

Contudo, o consentimento unilateral do Estado é insuficiente para dar início ao procedimento arbitral. Isso porque sendo a arbitragem determinada através de um pacto de vontades cabe ao investidor se manifestar acerca da reciprocidade no que tange à intenção da instauração da arbitragem sob os auspícios do ICSID.

Percebe-se, portanto, que o consentimento do Estado constitui meramente uma prévia oferta para a instituição da arbitragem que se consolidará somente após a aceitação do investidor.

⁸ "An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment." - Cfr. *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999. ICSID Case Nº. ARB/97/4.

O consentimento do investidor se dará sempre de forma escrita, ocorrendo geralmente através do requerimento para a propositura da arbitragem ou outro documento que inicie a disputa.

Por fim, apenas para lembrar que por se tratar de uma disposição nacional a lei pode ser objeto de alteração ou revogação unilateral. Sendo assim, enquanto o investidor não tiver aceitado a oferta prevista na legislação interna do país receptor do investimento o Estado pode modificar ou simplesmente "retirar" a sua oferta.

Portanto, caso o investidor tenha interesse em submeter seus eventuais litígios ao procedimento arbitral é importante que manifeste a sua intenção tão logo quanto possível, através de uma comunicação escrita, aceitando a oferta do Estado antes mesmo do surgimento da controvérsia. Assim, a declaração do investidor tornará o consentimento irrevogável unilateralmente.

5.4 Os International Investment Agreements (IIAs)

Os International Investment Agreement se dividem em: (i) Bilateral Investment Treaties e (ii) outros tipos de IIAs.

Os BITs (ou na língua portuguesa "Acordos para a Promoção e a Proteção Recíprocas de Investimentos" - APPRI's) constituem tratados bilaterais internacionais firmados por Estados, com o objetivo específico de promoverem a intensificação dos investimentos nos países signatários, bem como de protegerem, de maneira recíproca, os investimentos realizados nos seus respectivos territórios, através da assinatura de um pacto que contém um conjunto de *standards* mínimos que visa a proteção do investimento estrangeiro, notadamente do investidor face à atuação discricionária do Estado receptor, e que constituem mecanismos de grande relevância para a disseminação da arbitragem como método de resolução de conflitos decorrentes do investimentos estrangeiros.

Por outro lado, a categoria denominada outros tipos de IIAs engloba: (i) tratados econômicos, que constituem acordos derivantes da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos jurídicos que estipulam direitos e obrigações entre si em prol de um objetivo comum, a cooperação na área econômica, no qual as partes optam por inserir, dentro do conjunto de cláusulas estipuladas, um capítulo destinado à proteção de investimentos estrangeiros, com dispositivos semelhantes aqueles encontrados nos BITs; e (ii) quaisquer outros tipos de tratados que contenham provisões limitadas relativas à cooperação na área do investimento.

Os instrumentos de proteção ao investimento estrangeiro foram desenvolvidos em decorrência do abuso de poder por parte dos Estados, especialmente daqueles em vias de desenvolvimento, que através da adoção de determinadas medidas políticas, econômicas e/ou jurídicas causavam prejuízos aos investidores.

Com isso, sedimentou-se a ideia de que tais países apresentavam um alto risco para o investimento estrangeiro, sendo necessária a criação de um mecanismo que pudesse neutralizar as ações negativas do Estado, a fim de manter atrativa a exportação de capital.

O primeiro BIT foi assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959. Contudo, somente na década de 90 ocorreu uma verdadeira BITmania⁹, através de uma

⁹ Nomenclatura usada por SUAREZ ANZORENA, I.; PERRY, W. K. "Protecting Foreign Investments and Arbitration."

proliferação de acordos sem precedentes, que totalizaram 1.629 documentos, assinados especialmente pelos países da América do Sul.

Segundo dados apresentados pela United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), atualmente, 3.284 instrumentos de proteção ao investimento estrangeiro foram firmados (2.932 BITs e 352 IIAs, dos quais 2.286 e 280 encontram-se, respectivamente, em vigor)¹⁰.

Por meio desses acordos conferem-se aos investidores determinadas garantias fundamentais, dentre as quais destacam-se: (i) o tratamento justo e equitativo¹¹; (ii) o tratamento nacional, no qual se estabelece que o tratamento concedido pelo Estado hospedeiro aos investidores estrangeiros deve ser igual ou não menos favorável que aquele concedido em relação aos seus nacionais, isto é, o investimento estrangeiro deve ser tratado no mesmo nível do investimento nacional; (iii) o tratamento da nação mais favorecida (MFN), no qual confere-se ao investidor estrangeiro a garantia de que seu tratamento será, no mínimo, igual aquele concedido a qualquer outro investidor de um país terceiro - se for concedido algum favorecimento especial a algum investidor, o mesmo deve ser aplicado aos demais investimentos que contenham a cláusula MFN; (iv) a proibição de expropriação ou nacionalização - em alguns casos aceita-se a realização dessas operações desde que sejam calcadas em prol do interesse público e que sejam concretizadas em base não discriminatória, de acordo com o devido processo legal e com o pagamento da indenização adequada; (v) a livre transferência das importâncias relacionadas ao investimento; (vi) a proibição de discriminação não razoavelmente justificada; e, o que mais nos interessa, (vii) a adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Se, por um lado, sob a perspectiva do Estado receptor, os BITs são considerados captadores de investimentos, especialmente para os países com muita ou relativa instabilidade econômica, por outro lado, sob a perspectiva do investidor, estes tratados constituem uma garantia de que o investimento a ser realizado não será comprometido por atos despóticos do Estado, mantendo-se o *status quo* da relação jurídica.

Importante salientar que, a assinatura de tratados internacionais, inclusive dos BITs, constitui uma limitação ao poder do Estado de exercer a sua liberdade regulatória, uma vez que, ao contrário do que ocorre com a ordem jurídica interna, que pode ser modificada unilateralmente pelo Estado, os tratados dependem, para a sua alteração, de um novo acordo entre as partes¹², sendo, portanto, obrigatório o

¹⁰ Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulta em 08/10/2015.

¹¹ Muito se discute acerca do conceito de tratamento justo e equitativo. Nesse sentido "FET affords protection in all situations against improper interference by host State's authorities. What is unfair or improper can be judged by reference to other standards or to typical conducts that are generally considered inadmissible. It is not immutable, it varies in time and context: what is unfair in a certain place and context may be considered justified in another place and context." SACERDOTI, G. "Bilateral Investment Treaties Protection in Time of Economic and Financial Crisis." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista, Quartier Latin, 2013, p. 42.

¹² Conforme dispõe o artigo 39 Convenção de Viena de 1969 "A treaty may be amended by agreement between the parties."

seu fiel e integral cumprimento até o término do prazo de vigência¹³, ou ainda, a sua denúncia.

Se, inicialmente, o objetivo destes tratados era garantir uma proteção extra às empresas estrangeiras contra medidas abusivas e discriminatórias adotadas pelos Estados em relação aos investimentos realizados em seus territórios, posteriormente, durante algum tempo, tornou-se uma regra fundamental, sem a qual era inviável o estabelecimento da relação investidor-Estado¹⁴.

Atualmente os BITs têm assumido um novo contorno. Percebeu-se que o simples crescimento econômico, a qualquer custo, não é suficiente, nem desejável. Sendo assim, os Estados têm firmado novos acordos (especialmente BITs) e revisado os antigos a fim de incluir previsões que contemplem a proteção ao meio ambiente, à saúde, à segurança, aos direitos dos trabalhadores, etc., e que ainda preservem espaços regulatórios¹⁵ para a implantação de políticas públicas que auxiliem na criação de um ambiente que permita a prosperidade de um desenvolvimento econômico sustentável. Assim sendo, reconhecem as partes que os padrões exigidos nestas searas não serão flexibilizados com o intuito de atrair o investimento estrangeiro.

Por fim, frisa-se que grande parte dos BITs elegem o mecanismo arbitral como meio adequado para a resolução de conflitos, constituindo, portanto, uma espécie de merchandising para a promoção da arbitragem de investimento estrangeiro.

Cada país adota um determinado modelo de cláusula arbitral, contudo, percebe-se que há uma preferência por inicialmente intentar uma resolução amigável de conflitos através da negociação direta e, em caso de insucesso, suscita-se a instauração do procedimento arbitral. Geralmente, os dispositivos preveem ainda que os conflitos poderão ser submetidos ao ICSID ou às demais instituições de arbitragem, como a International Chamber of Commerce (ICC) e a The London Court of International Arbitration (LCIA), ou ainda aos tribunais arbitrais *ad hoc*, elegendo, principalmente, como regulamento aplicável as Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

6. A Sentença Arbitral

A sentença arbitral é proferida conforme votação majoritária dos árbitros, devendo estar devidamente fundamentada. Quaisquer dos árbitros, incluindo os dissidentes, podem incluir suas opiniões pessoais acerca da sentença.

Salvo expresse consentimento das partes fica vetada a publicação da sentença. Entretanto, é facultado ao ICSID incluir em suas publicações excertos das

¹³ Vide Seção III, artigo 54 e seguintes da Convenção de Viena.

¹⁴ "For several decades, States that export capital and technology have been demanding, either directly or via international financial entities, that emerging countries sign investment protection treaties as an indispensable requirement for receiving the financing necessary to develop their infrastructures." - Cfr. CREMADES, B. M. "Third Party Funding in International Arbitration." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*, Quartier Latin, 2013, p.763.

¹⁵ "The question of whether or in what respect commitments toward fair treatment of foreign investors enshrined in BITs may limit the discretion of government in adopting anti-crisis measures has naturally surfaced." - Cfr. SACERDOTI, G., *op. Cit.*, p. 40.

razões legais que justificaram a decisão arbitral proferida, disponibilizando ao público os fundamentos que motivaram a sentença.

As sentenças arbitrais emanadas pelo ICSID são definitivas, na medida em que não são passíveis de recurso perante as jurisdições nacionais, nem sequer para anulação.

O simples descontentamento com os termos da sentença não enseja às partes o direito de impugnar a decisão. Contudo, pode-se requerer o pedido de (i) interpretação, no qual a parte solicita o esclarecimento de algum ponto da sentença que seja obscuro, a correção de erros materiais, ou ainda o pronunciamento acerca de algo que foi discutido durante o procedimento arbitral, mas que não consta na sentença; (ii) revisão, no qual a parte, em decorrência de um fato novo que por sua natureza possa afetar decisivamente na decisão arbitral e da qual não tinha conhecimento no momento da sentença, requer a revisão da sentença; e (iii) anulação do procedimento arbitral, tendo em vista: vício na constituição do tribunal; manifesto excesso de poder do tribunal; corrupção de um membro do tribunal; inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou vício de fundamentação. Ressalta-se que nos dois primeiros casos os pedidos deverão ser avaliados preferencialmente pelo mesmo tribunal que originalmente julgou a causa. Já na terceira hipótese será examinado por um comité *ad hoc*.¹⁶

Por força do artigo 54 da Convenção de Washington os Estados contratantes reconhecem a obrigatoriedade da sentença proferida pelo tribunal arbitral constituído sob os auspícios do ICSID, assegurando a sua execução no seu território como se fosse uma decisão final emitida por um tribunal interno, independentemente de qualquer revisão ou confirmação prévia, cabendo a parte interessada fornecer ao tribunal competente ou a qualquer outra autoridade designada pelo Estado para este efeito apenas uma cópia da sentença devidamente autenticada pelo secretário-geral do ICSID.

O fenômeno acima descrito, denominado de reconhecimento automático, constitui uma das principais diferenças do ICSID face aos demais centros de arbitragem. Isto porque as sentenças proferidas fora dos auspícios do ICSID deverão, *a priori*, ser submetidas ao direito interno do Estado no qual se dará a execução, ficando condicionada ao cumprimento das normas legais deste país, que podem inclusive prever a reanálise do mérito discutido na sentença. Contudo, caso o país seja signatário Convenção de Nova Iorque de 1958 ele reconhecerá a sentença arbitral estrangeira como obrigatória e providenciará a sua execução de acordo com os procedimentos adotados no seu território, devendo a parte solicitante do reconhecimento e execução fornecer a sentença original autenticada ou uma cópia devidamente certificada (traduzida para a língua oficial do país), bem como o acordo escrito (ou cópia autenticada) no qual as partes se comprometeram a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que poderiam vir a surgir entre si decorrentes da relação jurídica existente.

¹⁶ Conforme relatório apresentado pelo ICSID, do total de 420 procedimentos arbitrais instaurados até o final do ano fiscal de 2014 foram proferidas 189 sentenças, havendo o pedido de 73 anulações, das quais apenas 6 foram anuladas em sua totalidade e 7 em parte.

7. As críticas imputadas ao ICSID

Primeiramente cabe ressaltar que o ICSID desde a sua criação até a década de 90 permaneceu praticamente inoperante, registrando uma quantidade escassa de processos.

A partir dessa época, com o aumento da celebração dos Bilateral Investment Treaties (BITs), é que o referido Centro ganhou notoriedade na resolução de litígios, passando a exercer uma atividade mais intensa.

Contudo, a sua massiva utilização impulsionou também o surgimento das críticas imputadas ao sistema, que florescem cada vez mais na comunidade jurídica.

Inicialmente destacamos aquela que nos parece mais fundamentada e substancialmente correta, que refere-se à problemática da confidencialidade dos procedimentos arbitrais. A presença do interesse público envolvido em tais disputas impõe a transparência do procedimento que, contudo, não é observada. Impera, em princípio, o dever de sigilo das informações, inclusive das sentenças proferidas. Contudo, nuances da transparência revelam-se em algumas hipóteses, como no dever de registro da disputa pelo ICSID, dando publicidade à existência da controvérsia, bem como na faculdade atribuída ao ICSID de publicar excertos das razões legais que fundamentaram a sentença arbitral e na possibilidade de participação de *amicus curiae*.

Imputa-se ainda a existência de uma predileção aos argumentos fornecidos pelo investidor, prejudicando os interesses dos Estados soberanos. Ainda na seara da interpretação, aponta-se que a análise de casos similares conduz a resultados completamente diversos, havendo, portanto, uma disparidade na interpretação do direito, dando origem a sentenças completamente assimétricas.

Ressalta-se também a ausência de recursos contra a sentença, havendo apenas a possibilidade de interpretação, revisão e anulação, conforme casos estritamente previstos na Convenção.

As críticas imputadas ao sistema contribuíram como base para fundamentar a denúncia da Convenção de Washington pelo governo boliviano em 2007. Assim sendo, a Bolívia tornou-se o primeiro país na história a se retirar do ICSID, seguida, posteriormente, pelo Equador e Venezuela. A Argentina também tem ameaçado a denunciar a Convenção.

As falhas atribuídas ao ICSID, juntamente com a existência de um fluxo contínuo de investimento estrangeiro independentemente da assinatura da Convenção de Washington de 1965 ou de Bilateral Investment Treaties, constituem elementos que justificam o posicionamento do governo brasileiro no sentido de rechaçar a recepção desses modelos internacionais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, incluindo a arbitragem, mantendo-se às margens destes regimes.

8. Conclusão

Conforme acima exposto, a base axiológica pregada pelo ICSID é a intensificação do fluxo de investimento estrangeiro por meio da oferta de segurança jurídica concedida através de uma resolução de conflitos despolitizada, realizada por mecanismos internacionais de arbitragem e conciliação.

A mais notável novidade introduzida pela Convenção de Washington consiste na consagração da capacidade jurídica dos indivíduos ou das empresas de processarem diretamente um Estado perante um foro internacional.

O caráter declaratório da Convenção implica na obrigatória corroboração do prévio consentimento manifestado pelo Estado – com a simples ratificação do tratado – no sentido de submeter seus litígios ao ICSID. Observando, com efeito, a natureza jurídica da arbitragem, mister se faz a declaração de vontade do investidor para a submissão da disputa ao ICSID.

O consentimento pode ser prestado de diversas maneiras. Contudo, segundo as estatísticas apresentadas os Bilateral Investment Treaties constituem os meios de outorga de competência ao ICSID que mais se destacam no atual cenário jurídico, constituindo um motor de impulsão da adoção do mecanismo arbitral.

A sentença arbitral emitida pelo ICSID é definitiva e a sua execução deve ser dar em conformidade com os procedimentos adotados para a execução de uma sentença emitida por um tribunal judicial do país na qual se pretende a sua executoriedade, constituindo uma característica própria do ICSID que inclusive incentiva a sua adoção face aos demais centros de arbitragem.

Apesar das intensas e duras críticas sofridas pelo mecanismo do ICSID – algumas nas quais inclusive concordamos com o fundamento – do total de 42 novos casos de investor-State dispute settlement (ISDS) registrados no ano de 2014, 33 foram submetidos aos auspícios do ICSID, demonstrando a sua atual hegemonia na resolução de disputas decorrentes do investimento, motivo pelo qual o seu estudo é de suma importância.

Bibliografia

Convenção de Viena de 1969.

Convenção de Washington de 1965.

CREMADES, B. M. "Third Party Funding in International Arbitration." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista, Quartier Latin, 2013, 1.236 p.

Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999. ICSID Case Nº. ARB/97/4.

ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes 2014 annual report, consulta em agosto de 2014, disponível em https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR14_ENG.pdf

SACERDOTI, G. "Bilateral Investment Treaties Protection in Time of Economic and Financial Crisis." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista, Quartier Latin, 2013, 1.236 p.

SUAREZ ANZORENA, I.; PERRY, W. K. "Protecting Foreign Investments and Arbitration." Summer 2010, consulta em agosto de 2014, disponível em <http://www.chadbourne.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>

SCHREUER, C; H., "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", consulta em agosto de 2014, disponível em http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/100_icsid_epil.pdf

SCHREUER, C. H., "The ICSID Convention: a commentary.", Cambridge University Press, 2001. 1466 p.

VICENTE, D. M., "Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais.", consulta em agosto de 2014, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulta em 08/10/2015.