

BÁRBARA DORNELLES

RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS:
IMPACTOS NA AMÉRICA LATINA DO LAUDO *PIRÂMIDES* E *AAPL v. SRI LANKA*.
A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO ESTADO NA ARBITRAGEM DO *ICSID*

Florianópolis
Março de 2009.

BÁRBARA DORNELLES

RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS EM MATÉRIA DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS:
IMPACTOS NA AMÉRICA LATINA DO LAUDO *PIRÂMIDES E AAPL v. SRI LANKA*.
A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO ESTADO NA ARBITRAGEM DO *ICSID*

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração Relações Internacionais.

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Júnior

Florianópolis

Março 2009.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer o meu orientador, Prof. Arno Dal Ri Júnior pela gentil acolhida e pela compreensão relacionada às dificuldades decorrentes da conciliação do mestrado com a advocacia. O meu mais sincero obrigada.

Meus agradecimentos aos professores membros da banca, Prof. Ricardo Stersi, que por muitas vezes disponibilizou seu tempo para discutir sobre a arbitragem internacional e ainda emprestar seus valiosos livros e a Prof. Larissa Ramina, pessoa com a qual tive contato pela primeira vez durante a leitura da sua tese de doutorado e que gentilmente aceitou o convite para participar do exame qualificação.

Aos Professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC agradeço pela contribuição na minha formação durante o mestrado.

Aos amigos e colegas que tive a oportunidade de conhecer durante o mestrado e que acabaram por participar, mesmo que indiretamente, desse meu projeto, contribuindo para o meu crescimento pessoal e intelectual.

Aos amigos e colegas do escritório Kuster Machado Advogados Associados, pela confiança em mim depositada e pela compreensão nos momentos de tensão, principalmente durante a conclusão do trabalho.

E por fim, agradeço às pessoas mais importantes da minha vida, minha família e o Fernando, pessoas que sempre acreditaram, apoiaram e incentivaram a realização do trabalho, de forma incondicional, contribuindo de forma fundamental para concretização de mais este meu projeto de vida.

RESUMO

O *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* corresponde a uma organização de direito internacional criada pela Convenção de Washington de 1965, a partir da idéia de proporcionar aos investidores e aos Estados hospedeiros do investimento um mecanismo confiável, neutro e eficaz para dirimir conflitos decorrentes de investimentos, e com isso proporcionar o aumento do fluxo investimentos para os países menos desenvolvidos e em desenvolvimento. O ICSID possui características peculiares como a admissão de pessoas físicas e jurídicas em demandas diretas contra um Estado, a obrigatoriedade de reconhecimento automático, pelos Estados Contratantes, dos laudos emitidos pelos tribunais arbitrais, possibilitando a execução direta da decisão, além do caráter autônomo e exclusivo em relação às legislações nacionais. A competência do centro, no entanto está ligada ao atendimento de três pré-requisitos, que juntos, determinam a jurisdição do centro para analisar as demandas que lhe são apresentadas, quais sejam, em relação à matéria, em relação às partes envolvidas e em relação ao consentimento expresso dessas partes de submeter o conflito às regras do centro. O consentimento das partes é tratado como um dos pré-requisitos mais importantes e fundamental para o sistema de solução de controvérsias, principalmente em se tratando do Estado, que além de ratificar o tratado, precisa aceitar a jurisdição especificamente, de forma expressa e por escrito. Neste sentido, o trabalho se propõe a analisar o consentimento de Estados Latino Americanos, que aderiram à Convenção de Washington, ante a evolução da interpretação do consentimento do Estado, considerando a jurisprudência que teve origem nos casos *PIRÂMIDES* e *AAPL v. SRI LANKA*.

PALAVRAS-CHAVE: Investimentos, Arbitragem, Consentimento, Estado, Soberania, Jurisdição, ICSID.

ABSTRACT

The International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is an International Law organization created by the Washington Convention of 1965 with the idea of providing investors and the host of an investment a reliable, neutral and effective mechanism to solve conflicts arising from investments, and thereby providing an increasing of investment to the least developed and developing countries. The ICSID has peculiar characteristics such as the admission of individuals and companies in direct demands against a State, the requirement for recognition of the reports issued by arbitral tribunals by Contracting States, allowing the direct execution of the decision, and also the autonomous and unique character in relation to national laws. The center competency however is linked to three pre-conditions which together determine the jurisdiction of the center to examine the demands that are presented, in relation to the subject, to the parties and in relation to the consent of the parties to submit the conflict to the rules of the center. The consent of the parties is treated as one of the most important and fundamental pre-requisite to the system of settlement of disputes, especially in the case of the State, which in addition to ratify the treaty, must accept the jurisdiction specifically, expressly and in writing. The study aims to analyze the consent of Latin American States, which acceded to the Convention of Washington, faced with the evolution of the interpretation of the consent of the State, considering the case law that originated in *Pyramid* and *AAPL v. SRI LANKA* cases.

KEY WORDS: Investments, Arbitration, Consent, State, Sovereignty, Jurisdiction, ICSID

SIGLAS

AMI - Acordo Multilateral de proteção do Investimento
BIRD - Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento
BM - Banco Mundial
CGE *Compañía de Aguas del Aconguija, S.A.*
CICTT - Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologias
CIJ - Corte Internacional de Justiça
CPJ - Corte Permanente de Justiça
ETN - Empresas Transnacionais
FMI - Fundo Monetário Internacional
GATS - Acordo sobre o Comércio de Serviços
GATT - *General Agreement on Tariffs and Trade*
ICSID - Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento
IDE - Investimento Direito Estrangeiro
LTTE - *Liberaton Tigers of Tamil Elaam*
MIGA - *Multilateral Investment Guarantee Agency*
NAFTA - *North America Free Trade Agreement*
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OI - Organizações Internacionais
OIC - Organização Internacional do Comércio
OMC - Organização Mundial do Comércio
ONU - Organização das Nações Unidas
PMFI - *Possible Multilateral Framework on Investment*
RBP - Princípios e Regras para Controle de Práticas Restritivas de Negócio das Multinacionais
TBI - Tratados Bilaterais de Investimentos
TRIMS - Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio
TRIPS - Acordo sobre Medidas relacionadas a Propriedade Intelectual
UNADAR - Unidade de Assistência para a Defesa Arbitral
UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development

1 INTRODUÇÃO	9
1 NOÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA	14
1.1 O conceito de investimento estrangeiro no âmbito do Direito Internacional.....	14
1.2 O investimento estrangeiro no contexto internacional e a relação entre o investidor e o Estado Receptor	19
1.3 A regulamentação jurídica do investimento estrangeiro no âmbito do Direito Internacional	28
1.4 Noções gerais sobre a resolução de conflitos oriundos dos investimentos estrangeiros	38
1.4.1 A resolução de conflitos sobre investimentos por tribunais nacionais e a aplicação das normas internas do Estado Receptor... ..	40
1.4.2 Aplicação do Instituto da proteção diplomática às divergências relacionadas a investimentos e a resolução dos conflitos por Tribunais Internacionais. O surgimento da Doutrina Calvo e da Doutrina Drago Porter	43
1.4.3 A resolução de conflitos sobre investimentos através da arbitragem internacional.....	49
2 O ICSID COMO FORO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS	54
2.1 A criação do ICSID com foro de solução de disputas sobre investimentos estrangeiros	54
2.2 Objetivos e finalidades	62
2.3 Estrutura Institucional	64
2.4 Procedimentos do ICSID	67
2.4.1 O requerimento de instauração dos procedimentos de conciliação ou arbitragem	70
2.4.2 A constituição da comissão de conciliação e do tribunal arbitral e os procedimentos de conciliação e arbitragem.....	72
2.4.3 A lei aplicável	73
→A jurisdição <i>Ratione Personae</i>	75
→ A jurisdição <i>Ratione Materiae</i>	81
→ A jurisdição <i>Ratione Voluntaris</i>	85
2.4.4 A sentença	90

2.4.5 O Recurso.....	91
3. O LAUDO <i>PIRÂMIDES</i> E <i>AAPL v. SRI LANKA</i> E A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO ESTADO DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA NA ARBITRAGEM DO ICSID.....	95
3.1 Análise do caso ARB/84/3 <i>Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt</i>	95
3.1.1 Os fatos que deram origem a disputa e a instauração do procedimento de arbitragem	95
3.1.2 Análise do conflito <i>Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt</i> no âmbito do ICSID	100
3.1.3 A decisão sobre jurisdição proferida no âmbito do ICSID e a interpretação do tribunal com relação ao consentimento do Estado	103
3.2 Análise do caso ARB/87/3 <i>Asian Agricultural Products Limited x Democratic Socialist Republic of Sri Lanka</i>	107
3.2.1 Os fatos que deram origem a disputa e a instauração do procedimento de arbitragem no âmbito do ICSID.....	107
3.2.2 Análise do conflito ARB/87/3 <i>Asian Agricultural Products Limited x Democratic Socialist Republic of Sri Lanka</i>	108
3.2.3 A interpretação do tribunal com relação ao consentimento do Estado.....	110
3.3 A influência da jurisprudência criada pelas decisões do caso <i>Piramides</i> e do caso <i>AAPL x Sri Lanka</i> nos casos submetidos ao ICSID envolvendo países Latino Americanos.....	112
3.3.1 O caso da Argentina.	113
3.3.2 O caso do Chile.....	126
3.3.3 O caso do Paraguai.....	134
CONCLUSÃO.....	142
BIBLIOGRAFIA	147

INTRODUÇÃO

A arbitragem internacional de controvérsias entre investidores e Estados, decorrente de investimentos estrangeiros, é um tema de grande importância no contexto internacional.

As Empresas Transnacionais (ETN), caracterizadas pela sua atuação em nível global, com o decorrer dos anos, passaram a ter grande influência na economia mundial e se tornaram responsáveis pela grande circulação de capital pelo mundo.

Este movimento de capital deu origem a um intenso fluxo de investimentos e neste contexto, as divergências não tardaram a aparecer. Os Estados estavam preocupados com a influência dos investidores em seu território, buscando sempre zelar pela sua soberania, enquanto os investidores, por outro lado, se mostravam preocupados em manter a proteção e segurança dos seus investimentos da interferência do Estado Receptor.

O surgimento desses conflitos acabava por apresentar uma série de problemas paralelos, relacionados ao direito aplicável e a jurisdição competente para solucionar as controvérsias inerentes à relação entre investidores e Estados.

O Estado lutava para manter o conflito no âmbito da sua jurisdição interna e pela aplicação do seu direito nacional, enquanto os investidores procuravam de todas as formas trazer o conflito para o âmbito do direito internacional, na maioria dos casos, através da aplicação da proteção diplomática.

Durante o final do século XIX e no início do século XX, este quadro de conflitos apresentou conseqüências desastrosas, já que há registro de casos em que 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 expropriação de investimentos estrangeiros.

Atitudes como estas foram condenadas durante a Conferência de Haia de 1907 e a solução pacífica por meio da arbitragem interestatal foi estimulada.

Em repúdio às medidas violentas adotadas pelos Estados de origem dos investidores, também surgiu uma doutrina que pregava a igualdade entre estrangeiros e nacionais e a competência dos tribunais do Estado Receptor do investimento para a solução de controvérsias envolvendo investidor privado estrangeiro.

Esta doutrina, conhecida como Doutrina Calvo, foi criada pelo Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Carlos Calvo, mas não obteve aceitação significativa pela comunidade internacional.

As controvérsias sobre investimento estrangeiro, na sua grande maioria, continuaram a ser resolvidas, no plano internacional, através do exercício da proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor. Os casos eram apresentados a Corte Permanente de Justiça Internacional e, posteriormente, a sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça e resolvidos pela arbitragem interestatal.

Esta solução, no entanto, não se apresentava adequada aos interesses das partes.

Os Estados, no âmbito internacional, não obtinham sucesso ao buscarem a aplicação o direito vigente no seu território, os Tribunais Arbitrais, na sua grande maioria, aplicavam os princípios e as regras gerais do Direito Internacional ao caso e acabavam por emitir laudos condenando os Estados receptores.

Os investidores, por outro lado, não aceitavam se submeter à justiça estatal do Estado Receptor, mas como não tinham acesso direto aos mecanismos internacionais de solução de controvérsias, continuavam dependendo da proteção diplomática dos seus Estados de origem.

Foi neste contexto que o Banco Mundial lançou a idéia de criar um centro internacional de conciliação e arbitragem para solução de conflitos relacionados diretamente aos investimentos estrangeiros, permitindo o acesso direto dos entes privados em litígios movidos diretamente em face de Estados. A idéia tinha como foco principal o aumento do fluxo de investimentos estrangeiros para os países menos desenvolvidos.

O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimento (ICSID) foi criado pela Convenção de Washington em 1965. Os procedimentos de conciliação e arbitragem realizadas por este Centro permitem ao investidor apresentar uma reclamação em face de um Estado, ao mesmo tempo em que obriga este mesmo investidor a abrir mão do uso da proteção diplomática.

O sistema do ICSID exige a manifestação expressa e por escrito da vontade das partes envolvidas numa controvérsia, não bastando apenas a ratificação da Convenção de Washington, não obrigando, portanto, diretamente as partes envolvidas. Esta obrigação surge da manifestação das suas respectivas vontades neste sentido, durante a realização de um contrato de investimentos, por exemplo.

A Convenção que instituiu o ICISD prevê ainda uma série de regras, criadas com o objetivo de evitar que eventual falta de acordo entre as partes com relação à formação do tribunal arbitral ou da comissão de conciliação ou ainda com relação à lei aplicável, por exemplo, impeçam que se chegue a uma solução permitindo o trâmite do procedimento.

Estabelece também o comprometimento dos Estados contratantes em reconhecer automaticamente a decisão emitida pelo tribunal arbitral, de forma a evitar que o não reconhecimento do laudo pelos Tribunais do Estado da parte perdedora, sirva de óbice ao cumprimento da decisão emanada.

No entanto, para que o interessado, seja um Estado ou um investidor, possa apresentar um pedido de constituição de uma comissão ou de um tribunal, obrigatoriamente deverá cumprir três pré-requisitos básicos, que representam o tripé da jurisdição do centro.

Isso significa dizer que a controvérsia apresentada ao centro deverá estar diretamente relacionada a um investimento (jurisdição *ratione materiae*), decorrente de uma divergência entre um Estado Contratante e um investidor de origem de outro Estado Contratante (jurisdição *ratione personae*). As partes deverão ainda consentir expressamente e por escrito em submeter a controvérsia em questão, às regras do centro (jurisdição *ratione voluntatis*).

Nestes termos, o presente trabalho se propõe a analisar a questão do consentimento do Estado, especificamente de três Estados da América Latina: Argentina, Chile e Paraguai e a interpretação do Centro sobre o consentimento dado através da lei sobre investimentos vigente nestes países.

Primeiramente, tinha-se a intenção de analisar a questão do consentimento dos Estados Membros do Mercosul, entretanto, a ausência de ratificação por parte do Brasil e a participação pouco significativa no centro do Estado Uruguaio, fez com que a pesquisadora restringisse a pesquisa aos dois Estados restantes.

Com relação ao Chile, desde o início do projeto tinha-se o objetivo de incluí-lo na pesquisa, em função da sua importância econômica na América Latina.

O projeto parte da análise de dois casos em particular, o caso *Pirâmides* e o caso *AAPL x Sri Lanka*.

Os laudos emanados pelos Tribunais Arbitrais nestes dois casos, deram origem a uma jurisprudência, através da qual se passou a interpretar a manifestação do Estado em submeter eventual controvérsia sobre investimentos ao ICSID, como sendo o consentimento do Estado.

Esta manifestação, representada pela lei de promoção e proteção de investimentos, caracterizava a intenção do Estado em submeter qualquer controvérsia decorrente de investimento ao ICSID, mesmo nos casos em que a lei em questão tivesse apenas o intuito de promover o centro.

A intensa atuação deste Centro e da suas regras peculiares com relação ao envolvimento dos Estados receptores numa arbitragem internacional direta com particulares justifica a pesquisa.

O problema a ser enfrentado é o de saber se os Estados Latino Americanos mencionados, considerando a jurisprudência vigente originada nos laudos emitidos nos casos Pirâmides e AAPL x *Sri Lanka*, através de suas respectivas legislações, consentem em submeter controvérsias surgidas de um investimento a um Tribunal Arbitral ou uma Comissão de Conciliação de acordo com as regras da Convenção de Washington, ou seja, examinar a manifestação da vontade de Estados Latino Americanos em se submeterem a uma jurisdição internacional arbitral.

Questiona-se como o consentimento dos Estados ao ICSID, requisito basilar da arbitragem, é interpretado pelos árbitros ou conciliadores.

Com vista a atingir este objetivo, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo teve como objetivo uma análise do surgimento e da evolução do conceito de investimento, da relação entre Estado e investidor estrangeiro e as soluções que surgiram, para as divergências decorrentes de investimentos.

Subdividido em quatro itens, procurou se seguir uma ordem cronológica da evolução desse instituto, desde a sua origem, passando pelas discussões travadas sobre o tema no âmbito do GATT e da Organização Mundial do Comércio (OMC), da Organização das Nações Unidas (ONU), Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento ou United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) e do Banco Mundial (BM).

O estudo segue com uma análise sobre a relação entre investidor e Estado Receptor do investimento, a regulamentação jurídica, finalizando com a apresentação de noções gerais sobre as soluções jurídicas disponíveis para a solução de conflitos surgidos entre Estado e investidor estrangeiro e as suas limitações, antes da criação da Convenção de Washington.

O trabalho desenvolvido no segundo capítulo se volta para uma análise do ICSID, com o propósito de abordar questões históricas importantes que culminaram na criação desse centro, com características tão peculiares se comparados a outros centros de conciliação e arbitragem internacionais.

A proposta do trabalho, neste item, é analisar os procedimentos que o centro dispõe para solucionar os conflitos relacionados a investimentos, desde a sua instauração até a emissão do laudo final, suas características, sua jurisdição.

Por fim, o último capítulo se propõe a responder o problema proposto, qual seja, se os Estados da Argentina, do Chile e do Paraguai, ambos contratantes da Convenção de Washington, consentem em submeter conflitos decorrentes de investimento ao ICSID.

O terceiro capítulo começa com a análise dos casos *Pirâmides* e *AAPL x Sri Lanka*. O objetivo é compreender a origem da jurisprudência hoje vigente no ICSID, que têm interpretado a lei e os acordos bilaterais de investimentos, com cláusulas onde o centro é citado como uma opção de foro para a solução de divergências sobre investimentos, como sendo o consentimento do Estado.

Para tanto, se fará uma análise da legislação de investimentos e dos acordos bilaterais vigentes nestes Estados, a fim de se analisar se o ICSID é apresentado como foro para solução de conflitos sobre investimentos e a maneira como é apresentado.

Também se fará uma análise de laudos envolvendo estes Estados, proferidos pelos tribunais do ICSID, com o objetivo de verificar de que forma estes tribunais têm analisado o consentimentos desse três Estados, bem como analisar a influência do entendimento manifestado nos laudos dos casos *Pirâmides* e *AAPL x Sri Lanka*.

Para a realização da pesquisa, o método de abordagem a ser utilizado será o método dedutivo. O método de procedimento será o monográfico e a técnica de pesquisa será a bibliográfica e a documental.

1 NOÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO E SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

1.1 O conceito de investimento estrangeiro no âmbito do direito internacional.

Os anos mostraram que as empresas passaram a desenvolver suas atividades em nível global e a exercer significativa relevância na economia mundial

Estas empresas, que passaram a ser designadas de Empresas Transnacionais (ETN), possuem uma atuação que, como o próprio nome sugere, transcende os limites territoriais do Estado, pressupondo aplicação de investimentos em escala mundial.

O direito internacional, a partir da segunda metade do século XX, passou a apresentar um relativo interesse em relação à regulamentação do investimento estrangeiro (IDE), podendo-se afirmar que nos dias atuais, o direito internacional possui um rol de princípios e normas direcionados a sua proteção. No entanto, todo este arcabouço não teria sido capaz de fornecer uma definição jurídica completa e precisa do fenômeno.

O termo investimento estrangeiro passou a ser utilizado após a II guerra mundial, até então, a expressão *bens estrangeiros* era o termo usual no direito internacional. O que era apenas uma política em relação aos bens dos estrangeiros situados no território nacional, gradativamente passou a consistir em um regime de investimentos estrangeiros, uma regulamentação do movimento de capitais, desde o seu ponto de partida até o de chegada, acentuando o caráter internacional da operação¹.

Atualmente existem inúmeros acordos internacionais que tratam do tema, sejam eles multilaterais ou bilaterais.

Tendo o Brasil como exemplo, tem-se em nível regional e multilateral o acordo denominado Protocolo de Colônia² para a Promoção e a Proteção Recíproca de

¹ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p 17

² Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL, Art. 1 – Definições: O termo "investimento" designa todo tipo de ativo, investido direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente: **a)** a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e penhoras; **b)** ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; **c)** títulos de crédito e direitos sobre obrigações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; **d)** direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de propriedade industrial, tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *knowhow* e fundo de comércio; **e)** concessões econômicas de direito

Investimentos no Mercosul, firmado entre os países que compõe o bloco³, criado com o objetivo de propiciar condições favoráveis para os investimentos, intensificar a cooperação econômica e acelerar o processo de integração entre os países, e o Protocolo sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não-Partes do Mercosul⁴, que possui o mesmo objetivo, com a particularidade de se referir aos Estados que não fazem parte do bloco econômico.

Em ambos os casos, o investimento estrangeiro está definido de uma forma imprecisa (todo tipo de ativo), abarcando não só os IDE, mas também os indiretos, incluindo ainda um rol exemplificativo que abrange desde bens móveis e imóveis até ações, títulos de crédito e direitos de propriedade intelectual.

Em nível bilateral⁵, o Brasil é signatário de alguns acordos bilaterais para promoção e proteção de investimentos⁶, como exemplo o acordo com a Alemanha, firmado em 21.09.1995, o acordo com o Chile, firmado em 22.03.1994 e com a Venezuela, firmado em 04.07.1995.

A definição de investimento estrangeiro contida nestes acordos geralmente é muito ampla.

O Acordo firmado com o Chile, por exemplo, define investimento como “todo tipo de haveres, tais como bens e direitos de qualquer natureza, adquiridos ou exercidos em conformidade com a legislação da Parte recipiente, em particular[...]”.

público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

³ Mercosul é uma união aduaneira formada pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, criado através do tratado de Assunção, assinado em 26.03.1991 com o objetivo de criar um mercado comum entre os países acordados. Mais tarde, em 1994, o Protocolo de Ouro Preto foi assinado como um complemento do Tratado, estabelecendo que o Tratado de Assunção fosse reconhecido juridicialmente e internacionalmente como uma organização. Atualmente, existe um processo em trâmite, para a inclusão da Venezuela. Maiores informações www.mercosul.gov.br

⁴ Art. 2, A – Definições: 1. O termo “investimento” designa, em conformidade com as leis e as regulamentações do Estado Parte em cujo território se realize o investimento, todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de um Terceiro Estado no território do Estado Parte, de acordo com a legislação deste. Inclui em particular, ainda que não exclusivamente: **a)** a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e penhoras; **b)** ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; **c)** títulos de crédito e direitos sobre obrigações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; **d)** direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de propriedade industrial, tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *knowhow* e fundo de comércio; **e)** concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

⁵ Com exceção do Acordo sobre Garantia de Investimentos, firmado com os Estados Unidos em 6 de fevereiro de 1965 e promulgado pelo Decreto nº 57.943 de 10 de março de 1966, o Brasil, embora signatário de alguns acordos bilaterais para promoção e proteção de investimentos, não ratificou nenhum deles.

⁶ No site do Ministério das Relações Exteriores <http://www2.mre.gov.br/dai/prominv.htm> é possível ter acesso ao conteúdo dos acordos bilaterais firmados pelo Brasil, na área de investimentos estrangeiros.

No acordo firmado com a Venezuela, investimento está definido como “todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de uma Parte Contratante no território da outra Parte Contratante, de acordo com a legislação desta [...]”⁷.

Ambos os acordos definem investimentos de forma genérica, fazendo referência a qualquer tipo de realização com objetivo econômico, e devido ao fato de surgirem da “preocupação de países exportadores de capital com a segurança dos seus investimentos externos”⁸, tendem a considerar tão somente os interesses das partes contratantes e a conjuntura na qual se encontram, de modo que, em princípio, não serviriam de parâmetro para outras situações em que os interesses das partes não correspondessem àqueles expressos nesses documentos.

Este tipo de acordo, sejam em nível multilateral ou bilateral, justamente por levar em conta apenas os objetivos específicos de uma finalidade em particular, geralmente o de fomentar e encorajar o fluxo de investimentos entre dois países (acordos bilaterais) ou entre um grupo de Estados (acordos multilaterais), define o investimento de uma forma ampla e não apresentam capacidade de contribuir para uma possível legislação em nível global. Também em nível multilateral, embora não exista em vigor um marco regulatório sobre investimentos, vigora a Convenção de Seul de 1985 que criou a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA)⁹.

Criada com o objetivo de estimular investimentos estrangeiros nos países em desenvolvimento por meio de garantias a investidores, contra prejuízos causados por riscos não comerciais, a agência também proporciona assistência técnica para ajudar os países a divulgarem informações sobre oportunidades de investimento.

A MIGA exerce um papel de seguradora em países que apresentem certo grau de risco, e que, justamente por esse motivo, não possuem capacidade de atrair investimentos que auxiliassem o desenvolvimento econômico e social do país.

A referida Convenção não traz uma definição de IDE, mas tão somente formas para sua proteção, incentivo e promoção.

Ainda no âmbito multilateral, a íntima ligação que os IDE têm com o comércio internacional deu origem à criação, no âmbito da OMC, do Acordo sobre Medidas de

⁷ A íntegra desses acordos estão disponíveis no site http://www.sice.oas.org/ctyindex/BRZ/BRZBITs_s.asp . Acesso em 13.04.2008.

⁸ AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Acordos para a promoção e a proteção de investimentos assinados pelo Brasil*. p. 3

⁹ Promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 698 de 08.12.1992. Texto da convenção disponível em www.miga.org

Investimentos relacionadas ao Comércio (TRIMS), o Acordo sobre Medidas relacionadas à Propriedade Intelectual (TRIPS), e o Acordo sobre o Comércio de Serviços (GATS), com o objetivo de regular o fluxo de investimento em relação, especificamente, ao comércio de bens, a propriedade intelectual e ao comércio de serviços.

Ambos os acordos versam sobre temas específicos, não sendo capazes de fornecer um conjunto coerente e completo para a regulação dos investimentos internacionais.

Algumas organizações internacionais, por outro lado, a exemplo do Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) fornecem uma definição de IDE, no entanto partem de uma noção estritamente econômica.

Segundo o Fundo Monetário Internacional:

Investimento direto é a categoria de investimento internacional que reflete os objetivos de uma entidade residente em uma economia visando um interesse duradouro em uma empresa residente em outra economia. (...). O interesse duradouro implica na existência de uma relação longa entre o investidor e a empresa estrangeira e um significativo grau de influência do investidor na gestão da empresa. Investimento direto compreende não somente a transação inicial que estabelece a relação entre o investidor e a empresa, mas também todas as transações subsequentes entre eles e entre as empresas filiadas, como também as incorporadas ou não incorporadas.¹⁰

De acordo com a OCDE:

Investimento estrangeiro direto reflete os objetivos de uma relação duradoura por parte da entidade residente em uma economia (investidor direto) em uma entidade residente em uma economia outra que aquela do investidor (investimento estrangeiro). Este interesse duradouro implica na existência de uma longa relação entre o investidor direto e a empresa e um significativo grau de influência na gestão dessa empresa. Investimento direto envolve as transações iniciais entre ambos e todas as transações de capital subsequentes entre eles e entre as empresas filiadas, incorporadas e não incorporadas.¹¹

¹⁰ No original: “*Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise.) The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated*”. FMI. *Balance of Payment Manual*. 5 ed, FMI, 1993. pág. 86. Disponível em <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf> (acesso em 16.01.2008)

¹¹ No original: “*Foreign direct investment reflects the objective of obtaining a lasting interest by a resident entity in one economy (“direct investor”) in an entity resident in an economy other than that of the investor (“direct investment enterprise”). The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence on the management of the enterprise. Direct investment involves both the initial transaction between the two entities and all subsequent capital transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated*”.

Nesta mesma linha, a UNCTAD também fornece uma definição de investimento estrangeiro:

Investimento estrangeiro direto é definido como um investimento envolvido em um relacionamento de longo prazo, que reflete um interesse e controle duradouros, por uma entidade residente em um economia, sobre um empreendimento sediado em outra economia, que não aquela do investidor direito. O investimento estrangeiro direto implica no exercício de certo grau de influência na gestão do empreendimento residente na outra economia.¹²

Estas definições são bastante similares e fazem menção a uma relação entre o investidor de uma determinada nacionalidade e uma empresa de nacionalidade diversa. Exigem a ocorrência de uma relação duradoura e um significativo grau de influência sobre gestão do investimento, por parte do investidor.

Analisando, portanto, todas estas definições, é possível concluir que todas estas regras relacionadas ao IDE, que basicamente consistem no ingresso de capitais estrangeiros em um país, seja através da construção, fusão ou aquisição de uma unidade produtiva nacional ou ainda transações entre matriz e subsidiárias de caráter internacional, são incapazes de fornecer uma definição jurídica do que venha a ser este fenômeno, isso porque a ligação estreita com a noção econômica de IDE inviabiliza um análise do fenômeno sob o a visão exclusiva e eminente do direito.

Não há como separar a visão jurídica da sua noção econômica, pois o IDE é um fenômeno econômico.

O direito internacional não conhece uma noção de ‘investimento estrangeiro’. Em termos clássicos, contém regras relativas ao tratamento de que um indivíduo pode se beneficiar, este indivíduo sendo estrangeiro em relação ao Estado nação que o concede.

Destina-se a definir os direitos e deveres dos indivíduos exercendo uma atividade econômica em território estrangeiro.¹³

OCDE *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. pág. 7. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf> (acesso em 16.01.2008).

¹² No original: “*Foreign direct investment is defined as na investment involving a long-term relationship amd reflecting a lasting interest and control by a resident entity in one company in na enterprise resident in na economy other than that of the foreign directo investor. Foreign direct investment implies that the investor exerts a significant degree of influence on the management of the enterprise resident in the other economy*” . UNCTAD. *World Investment Report – 2005. Transnational corporations and the internationalization of ReD*. 2005. pág. 329. Disponível em <http://www.unctad.org> (acesso em 16.01.2008).

¹³ CARREAU, Dominique; JULLIARD, Patrick; e FLORY, Thiebaut. *Manuel du Droit International Économique*. 2^a ed. Paris: LGDJ, 1990, p. 561 No original:

O que podemos chamar de direito dos investimentos, goza hoje de uma autonomia própria focalizando diretamente as operações econômicas e jurídicas que envolvem a saída e entrada de valores destinados a fins econômicos, no território de um Estado¹⁴.

Para o presente trabalho, a importância de compreender o conceito de investimento estrangeiro, parte do pressuposto de que, o ICSID corresponde a um centro especializado na solução de divergências sobre investimentos.

Um dos pressupostos para apresentação de uma reclamação perante este centro consiste na necessidade da controvérsia estar diretamente ligada a um investimento, justificando a necessidade de compreensão da origem e desenvolvimento do IDE.

1.2 O investimento estrangeiro no contexto internacional e a relação entre o investidor e o Estado Receptor.

O investimento de capital em um país estrangeiro é uma característica da economia internacional. A teoria clássica explica que fatores de produção, capital, tendem a influir na escolha do investidor, e geralmente partem de economias onde o investimento é mais abundante, e direcionado a países caracterizados pela falta de empreendimento e escassez de capital.¹⁵

O interesse de investir surge da potencialidade de obter lucro mediante a exploração de um determinado nicho, geralmente pouco ou mal explorado. Este ideal que nasce na Europa do século XIX, caracteriza os movimentos de exploração dos mercados localizados na América do Norte, na América do Sul, na África e na Rússia.

A Europa, nesta época, vive um período de relativa paz, o que facilitava a expansão do comércio e o fluxo de investimentos.

A Europa do século XIX é composta por uma sociedade interestatal, onde os Estados são soberanos, legítimos e iguais, não submetidos a qualquer tipo de poder superior.

¹⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 20

¹⁵ SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investments protection*. In: *Recueil des Cours*, vol. 269, 1998. p. 278 No original: *Investment of private capital in a foreign country has been a traditional feature in international economic intercourse. According to classical theories, factors of production, especially capital, tend to flow where their use is more productive, and from where it is abundant, such as developed countries and financial centres towards countries where capital is scarce and where the capabilities associated with private entrepreneurship are lacking.*

O poder supra estatal da Igreja Católica, que foi totalmente afastado após a conclusão dos tratados que culminam da Paz de *Westphalia*¹⁶, permitindo o surgimento de uma sociedade internacional composta de ente políticos soberanos, independentes para estabelecer suas próprias políticas dentro dos seus respectivos territórios e iguais, uns perante os outros.

Surge um sistema de equilíbrio de poder entre as potências Européias, propiciando paz e estabilidade, racionalizando as relações políticas e diminuindo as incertezas nas relações entre os países.

A Paz de *Westphalia* em 1648 representa um marco na sociedade internacional,¹⁷ foi a consagração convencional da nova realidade, que supõe a ausência das orientações e determinações suprapolíticas e a ausência de hierarquias.¹⁸

O comércio foi um dos maiores beneficiários deste novo cenário de paz e segurança, no qual estava inserido o continente europeu.

As mudanças tecnológicas e os avanços científicos, o desenvolvimento dos meios de produção e comercialização de produtos, que tiveram início já no século XVII na Grã-Bretanha, foram significativamente potencializados, estendendo-se pela Europa a partir do século XIX.

As técnicas de produção se desenvolveram, permitindo dinamismo na fabricação dos bens e o avanço tecnológico dos meios de comunicação a exemplo do telégrafo, trens e navios a vapor, possibilitou agilidade na distribuição dos produtos fabricados.

Este desenvolvimento permitiu aos donos de negócios expandirem seu campo de atuação e a constituírem filiais fora do seu território de origem, estabelecendo relações comerciais com vários outros países.

¹⁶ A chamada Paz de Westphalia (região do norte da Alemanha) resultou da assinatura de um conjunto de tratados diplomáticos em 1648, que puseram fim à Guerra dos Trinta Anos (1618-48). Esta última consistiu numa série de conflitos interligados e sucessivos, a maior parte dos quais travados em território alemão, que teve início com a rivalidade política e conflito armado entre o Imperador Habsburgo do Sacro Império Romano-Germânico (católico e ligado ao Papado) e as cidades-Estado comerciais protestantes (luteranas e calvinistas) do norte da Alemanha, que escapavam ao seu controle. Basicamente a Paz de Westphalia garantiu o direito de cada Estado manter seu regime e religião, sem interferência externa. A Paz de Westphalia marcou, em sentido mais amplo, o início do sistema laico de Relações Internacionais, na medida em que deu origem à estrutura legal e política das relações inter-estatais modernas. Ver: VIZENTI, Paulo Fagundes. *A nova ordem global: relações internacionais do século 20*. Disponível em http://educaterra.terra.com.br/vizentini/artigos/artigo_75.htm. Acesso em 15.04.2008

¹⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o fenômeno da globalização: algumas considerações sobre o surgimento, a conformação e o declínio do mundo de Vestfália*. In GUERRA, Sidney. *Globalização: desafios e implicações para o direito Internacional contemporâneo*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. p.19

¹⁸ FONSECA JR, Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e terra, 1988. p. 42.

Surgem então, no século XIX, as primeiras empresas transnacionais (ETN)¹⁹, sociedades mercantis constituídas segundo as leis de um Estado, nas qual a propriedade é distinta da gestão, que exerce controle sobre uma ou mais organizações, todas atuando de forma concentrada com a finalidade de lucro através da atividade fabril/comercial em dois ou mais países.²⁰

Embora, aparentemente, constituem “um fenômeno recente, portador de extraordinária dinâmica e de, em certo sentido, desconhecidas conseqüências junto à sociedade internacional”, as ETN datam de um período muito anterior, impulsionadas pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia.²¹

São exemplos a alemã *Bayer*, que iniciou suas atividades em 1863, passando a atuar em 1867 na Suíça e no Brasil em 1896; e suíça *Nestlé*, criada em 1866, atuante no Brasil desde 1876.²²

O período que compreende o final do século XIX, portanto, corresponde a uma época de grande expansão e aumento dos investimentos estrangeiros e pode ser relacionado, não só à busca de lucro, por parte das empresas, mas também ao desejo de expansão do poder dos Estados Europeus, que viam na expansão das empresas criadas em seus territórios, o aumento da sua influência e poder nas ex-colônias, já que, na nova sociedade internacional, a tomada do poder através da força já não era mais apropriada.

A sociedade internacional moderna, formada por Estados iguais e independentes, também permitiu a consolidação de princípios e regras gerais de Direito Internacional, propiciando segurança e previsibilidade nas relações com o estrangeiro, o que levou países

¹⁹ A empresa transnacional (ETN) é definida pela UNCTAD como uma empresa, que independentemente do seu país de origem e de sua propriedade, podendo ser privada, pública ou mista, compreendida por entidades locais em dois ou mais países, ligadas por controle acionário ou não, de forma que uma ou mais dessas entidades possam exercer influência significativa sobre a atividade das demais e, em particular, para dividir conhecimento, recursos e responsabilidades umas com as outras. TNC's operam sobre um sistema de tomada de decisões que permitem políticas coerentes e estratégias comuns por meio de um ou mais centros de decisões [...] Para o propósito do trabalho, a UNCTAD considera TNC uma entidade que controla ativos no exterior. Tradução livre, no original : *A TNC is an enterprise, which is irrespective of its country of origin and its ownership, including private, public or mixed, which comprises entities located in two or more countries which are linked, by ownership or otherwise, such that one or more of them may be able to exercise significant influence over the activities of others and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others. TNCs operate under a system of decision making which permits coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centers. [...] For working purposes, the UNCTAD considers a "transnational corporation" to be an entity controlling assets abroad.* Disponível em www.unctad.org. Acesso em 01.04.2008

²⁰ CRETELLA NETO, José. *Empresa transnacional e direito internacional: um estudo à luz da globalização*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2006. p. 27

²¹ OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). *Relações internacionais e globalização: grandes desafios*. 2 ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999. p. 252.

²² OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). *Relações internacionais e globalização: grandes desafios*. 2 ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999. p. 252.

como Inglaterra, França, Alemanha a investir de forma maciça nas ex-colônias, localizadas principalmente no continente americano e africano.

No entanto, este quadro favorável que o fluxo de investimentos proporcionava tanto para o investidor, beneficiado pelo lucro da expansão dos seus negócios, como para o Estado hospedeiro, beneficiado pelo acesso a novas tecnologias, infra-estrutura e geração de empregos à população que buscava novas oportunidades nos centros urbanos, sofreu um revés com a Revolução Soviética.

O novo regime estabelecido na Rússia em 1917, sob o comando de Vladimir Ilich Lênin, auxiliado por Leon Trotski, Josef Stálin e outros militantes do Partido Bolchevique (radicais de esquerda), derrubou a monarquia czarista que vigorava no país.

O governo Lênin tomou imediatamente diversas medidas destinadas a modificar totalmente a sociedade russa, visando conduzi-la para o caminho do socialismo²³.

Entre as principais medidas, destacaram-se: reforma agrária e fim da propriedade privada da terra; extinção de todos os títulos de nobreza; desapropriação de indústrias, bancos e grandes estabelecimentos comerciais, que passaram para as mãos do Estado; nacionalização dos bancos e investimentos estrangeiros; criação do Exército Vermelho, com a finalidade de garantir a Revolução; criação do Partido Comunista (nova denominação do Partido Bolchevique) como único partido do país que instituiu na Rússia a chamada "ditadura do proletariado", ou seja, o governo dirigido pelos trabalhadores²⁴.

A Revolução Soviética representou uma significativa mudança. A propriedade privada foi abolida e a economia centralizada no Estado. Expropriações e nacionalizações sem a devida compensação se seguiram juntamente com as suas conseqüências, conflitos e disputas surgiram, questionando, dessa forma o teor e a própria existência das regras usuais atinentes à matéria, levantando a questão sobre a obrigação do Estado de compensar o outro Estado, cujos nacionais, incluindo as empresas, foram afetadas²⁵.

A partir de então, o mundo ficou dividido em dois blocos. Um, formado por países que passaram a seguir o regime comunista, onde o Estado regia com veemência o mercado e

²³ Sobre a Revolução Russa ver: ERRO, Marc. *A revolução russa de 1917*. São Paulo: Perspectiva, 1974. MOOREHEAD, Alan. *A revolução russa*. São Paulo: Ibrasa. 1960. e JOEL, Carmichael. *História resumida da revolução russa*. Rio de Janeiro : Zahar. 1967.

²⁴ Todos esses itens constaram da Constituição Provisória de 1918.

²⁵ SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investments protection*. In: *Recueil des Cours*, vol. 269, 1998, p. 278/279. No original: *Things changed, as is well know, with the Soviet Revolution in Russia, whereby the private ownership of property was abolished and the company was centrally planned and ren by the State. Expropriations and nationalizations without compensation followed together with their consequences, namely interstate conflicts and disputes, in wich the very existence and content of customary rules in the area became an issue.*

outro, formado por países não comunistas, onde o mercado era regido por suas próprias regras.

Além da revolução russa de 1917, que questionou a legitimidade da propriedade privada, a crise americana de 1929 também representou uma mudança significativa no fluxo de investimentos.

No início do século XX, os Estados Unidos viviam uma época de prosperidade e pleno desenvolvimento, até que a partir de 1925 a economia estadunidense começou a passar por sérias dificuldades.

A contínua produção, gerada pela euforia norte-americana, e a falta de consumidores resultou em uma crise de superprodução. Agricultores, como não conseguiam escoar toda a produção, perdiam suas terras em função do não pagamento de empréstimos adquiridos para ampliação dos seus negócios, as indústrias foram obrigadas a demitir funcionários em função da redução da demanda.

Finalmente, a crise chegou ao mercado de ações. Os preços dos papéis na Bolsa de Nova York, um dos maiores centros capitalistas da época, despencaram, ocasionando o *crash* (quebra), pondo em xeque as bases do liberalismo clássico²⁶, ao deflagrar, em 1929, uma das maiores crises presenciadas na história do capitalismo.²⁷

Abalados, os Estados Unidos reduziram a compra de produtos estrangeiros e suspenderam os empréstimos a outros países, ocasionando uma crise mundial.

Após a grande depressão de 1929, o protecionismo difundiu-se e os países começaram a elevar barreiras, optando por medidas cada vez mais discriminatórias, o comércio internacional apresentou uma destacada queda e a produção experimentou um crescimento muito lento, afetando particularmente a exportação de produtos básicos e primários.²⁸

O Brasil, por exemplo, sofreu um duro golpe com a redução da exportação de café para o mercado estadunidense.

²⁶ No liberalismo clássico pregava-se o ideal de que a economia seria um organismo auto-regulamentado. Segundo sua lógica, quanto maior a liberdade dada às atividades econômicas, maior seriam as condições para que determinado país conseguisse ampliar suas fontes de riqueza. Dessa maneira, o liberalismo clássico desaprovava qualquer esforço governamental com o objetivo de regular os costumes e práticas econômicas de sua sociedade

²⁷ Sobre a crise de 1929 ver: BRENER, Jayme. *1929: a crise que mudou o mundo*. São Paulo: Ática, 2002. 48p. (Retrospectiva do século XX). GALBRAITH, John Kenneth. *A crise econômica de 1929: anatomia de uma catástrofe financeira*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, c1972.

²⁸ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações comerciais globais e o império dos mercados mundiais*. p.892. in DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. *Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: UNIJUI, 2003

Para solucionar a crise, o presidente eleito Franklin Roosevelt lançou o *New Deal*²⁹, propondo mudar a política de intervenção americana. Se antes, o Estado não interferia na economia, deixando tudo agir conforme o mercado, agora passaria a intervir fortemente.

O sistema econômico liberal internacional requeria intervencionismo do governo. Após a Grande Depressão, a administração pública da economia surgiu nos governos dos Estados e questões como emprego, estabilidade e crescimento passaram a ser assuntos importantes para a política pública.

Os conflitos de interesses que se iniciaram com a ocorrência desses eventos, caracterizam o cenário dos investimentos estrangeiros no início do século XX.

Os países em desenvolvimento, inspirados então pelo princípio da intervenção estatal, passaram a adotar políticas econômicas protecionistas, limitando a liberdade e o papel das empresas estrangeiras, com o objetivo de acelerar o seu desenvolvimento e independência econômica.³⁰

Nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, principalmente nas ex-colônias africanas, o começo do século XX foi marcado pelo aumento do controle das suas economias, sobre a entrada, estabelecimento e tratamento dos investimentos. Estes países temiam perder a independência política e econômica conquistadas.

Neste sentido, é importante destacar a ligação entre os interesses econômicos dos investidores e os interesses políticos dos seus respectivos Estados de origem.

Sob este aspecto, o aumento da influência das ETN sobre a economia dos Estados Receptores teve relação direta com aumento dos conflitos.

O mundo então é assolado pela segunda grande guerra. O resultado foi um desastre de dimensões catastróficas nunca antes vista, e que atingiu seriamente a economia mundial.

²⁹ O chamado *New Deal*, consiste em um plano econômico adotado pelo presidente eleito em 1932, Franklin Delano Roosevelt que tinha como maior desafio reerguer a maior economia da época. Inspirados pelos princípios do economista John Maynard Keynes, um grupo de economistas do governo propôs o controle na emissão de valores monetários, o investimento em setores básicos da indústria e a criação de políticas de emprego com o objetivo de buscar uma recuperação econômica segura e gradual. Mais informações ver: Johnson, Paul M. *A History of the American People*. Harper Perennial, 1999. PURVIS, Thomas L. *A Dictionary of American History*. Blackwell Publishers, 1997

³⁰ SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investments protection*. In: *Recueil des Cours*, vol. 269, 1998, p. 280. No original: *A crisis naturally followed in the flow of foreign direct investment towards the productive sectors of most developing countries, as evidenced by the data mentioned above, especially since stagnation in many industrialized countries reduced the availability of funds to be employed out side the developed economies.*

As experiências dos pós-guerras e da grande depressão serviram para mostrar que a estabilidade econômica era importante para a manutenção da paz política e vice versa. Partindo desse preceito, os Estados concordaram em cooperar para regular o sistema econômico internacional.

As economias de mercado mais desenvolvidas, concordavam com este preceito, concluindo que o gerenciamento econômico internacional do pós-guerra para criar e manter um sistema monetário internacional efetivo e encorajar a redução de barreiras ao comércio e ao fluxo de capital, era preciso.

Este ideal deu início a iniciativas neste sentido. Em 1944, na cidade *Bretton Woods* (EUA), 44 nações se uniram com o objetivo de deliberar sobre a necessidade de novas regras para gerenciar a economia mundial. Mesmo com a guerra em andamento, os prejuízos eram visíveis e desastrosos e medidas de contenção para evitar um desastre maior eram urgentes e necessárias.

O novo sistema criado no âmbito do acordo ocorrido nesta reunião, deu origem a duas importantes instituições econômicas mundiais, o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Esta postura de colaboração entre os Estados deu início a um processo de interdependência das economias mundiais.

A evolução do comércio, em nível global, provocou a abertura dos mercados, sendo constatado no pós-guerra o início de uma intensa rede mundial de relações comerciais entre os países e entre as mais diversificadas regiões dos continentes³¹.

Embora o interesse pelos investimentos estrangeiros tenha ressurgido depois da segunda guerra mundial, as medidas adotadas pelos EUA voltadas quase que exclusivamente para a promoção e reconstrução da Europa, e a postura protecionista adotada pelos países menos desenvolvidos, resultaram na diminuição do interesse estrangeiro em investir nas economias em desenvolvimento.

A sociedade internacional, então se depara, a partir da segunda metade do século XX, com dois grandes fenômenos: a Globalização e o surgimento dos novos atores internacionais, que provocam alterações significativas no modo de ver o Estado, até então considerado o único e exclusivo ator das relações internacionais.

³¹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações comerciais globais e o império dos mercados mundiais*. p.929. in DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. *Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: UNIJUI, 2003

As relações internacionais do final do século XX e do início do século XXI apresentam, como já se referiu crescente complexidade, polaridade incerta e acentuada tendência à integração e à criação de vínculos de cooperação entre os seus principais atores. Essa é, efetivamente, a nova tendência da sociedade internacional moderna, centrada apenas em um único ator – Estado moderno - em suas políticas e no sistema de equilíbrio de poder.

[...]

Com o reconhecimento dos novos atores, as relações internacionais tornaram-se mais complexas, interdependentes e policêntricas, passando esses novos atores a exercer um papel fundamental no interior da sociedade internacional.³²

Dentre estes novos atores, destacam-se as Organizações Internacionais (OI) e as ETN.

As OI's correspondem a “uma sociedade entre Estados, constituída através de um Tratado, com finalidade de buscar interesses comuns através de uma permanente cooperação entre seus membros”³³ que teve início com a criação da ONU³⁴.

Com relação às ETN³⁵, foi no período do pós-guerra que adquiriram “os contornos institucionais, de um sistema econômico de alcance planetário” passando a ter “nessa trajetória um papel fundamental na sociedade internacional da atualidade, em que os fluxos econômicos são cada vez maiores”.³⁶

A consolidação das ETN potencializou o fluxo de capital e investimentos, desempenhando um papel significativo na internacionalização e intercâmbio da economia mundial.

Com relação à Globalização, o que se tem a dizer é que possibilitou a concretização de relações mais estreitas e de cooperação entre os países, os quais passaram a se tornar mais interdependentes, potencializando uma dependência mútua entre os Estados.

³² BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de um aordem judicial justa e solidária*. Ijuí : Ed. UNIJUÍ, 2001. p. 269

³³ SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.p. 26-7

³⁴ Pode-se afirmar que a ONU foi construída com base na Liga das Nações, organização internacional criada pelo Tratado de Versalhes em 1919, pelas nações vencedoras da 1ª Guerra Mundial e que passou a existir em 10.01.1920 com sede na Suíça (Genebra) e que foi dissolvida em 18.04.1946. O objetivo da organização era colaborar para a manutenção universal para a paz.

³⁵ Gilmar Bedin apresenta uma diferenciação entre os termos Empresas Transnacionais e Empresas Multinacionais. ETN podem ser caracterizadas como empresas que correspondem a pessoas de nacionalidades diferentes e que são por elas dirigidas. As decisões tomadas carecem, em consequência, de inspiração nacional. EMN são entidades privadas em que as operações como o estrangeiro são postas num mesmo plano que as operações interiores, tanto no que concerne à estrutura como à política empresarial, já que a direção está disposta a utilizar de todos os meios disponíveis a alcançar os objetivos da empresa, sem ter em conta as fronteiras nacionais. P. 313

³⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de um aordem judicial justa e solidária*. Ijuí : Ed. UNIJUÍ, 2001, p. 311.

Esta interdependência ocorreu nos mais diversos níveis e sobre diversos tipos de relações, sendo que, considerando os objetivos desse trabalho, se aterá apenas aos efeitos da globalização em nível econômico.

A globalização decorre da convergência de vários fenômenos históricos, que de uma forma ou outra, possibilitaram uma abertura política, social e principalmente econômica dos Estados.

Podem ser relacionadas como as causas principais que deram origem a este fenômeno: a queda do comunismo e o triunfo do sistema capitalista; as indústrias de inteligência artificial que causaram a desterritorialização da produção; emergência da economia em nível global; a configuração do mundo em um espaço político multipolar.³⁷

A globalização econômica implica em algo mais complexo do que uma simples internacionalização da economia através do aumento do fluxo de investimentos e do comércio entre os países, o que se constata pela força que as OI e as ETN possuem em face das políticas econômicas elaboradas pelos governos de cada país.

Brigitte Stern afirma que a globalização econômica apresenta três aspectos principais: a internacionalização das trocas econômicas de mercadorias, a globalização de empresas e a globalização dos fluxos de capitais.³⁸

A década de 60 é marcada pelo aumento dos investimentos, relacionados à produtos primários e produção de petróleo e a tentativas de regulamentação do investimento estrangeiro. Este crescimento, no entanto, sofre uma desaceleração durante a década de 70. Com exceção dos países produtores de petróleo, a instabilidade econômica, a falta de mão-de-obra qualificada, a falta de infra-estrutura e a queda do preço dos produtos primários no mercado mundial, influenciaram na perda de interesse, por parte dos investidores estrangeiros, nos mercados dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento.

Nos anos 80, a crise que atingiu boa parte dos países em desenvolvimento, acabou se refletindo na economia internacional, época em que se constata uma grande diminuição no fluxo de investimentos e a adoção de medidas protecionistas por partes dos governos desses países.

Chegada a década de 90, o grande número de acordos internacionais bilaterais de promoção de proteção de investimentos fez renascer o interesse sobre o assunto, sendo que

³⁷ THUROW, Lester C. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã*. 2. ed Rio de Janeiro Rocco, 1997. p. 21.

³⁸ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, São Paulo : Manole. 2003. p. 2

algumas OI passaram a se interessar pela criação de um marco multilateral de regulamentação do investimento estrangeiro, surgido durante o período pós-guerra.

Atualmente, a relação entre investidores estrangeiros e Estados continua conflituosa, assim como os interesses dos países em desenvolvimento e países desenvolvidos, que permanecessem trilhando caminhos opostos, como comprova o resultado da proposta de criação de um *Possible Multilateral Framework on Investment* (PMFI)³⁹, durante a Rodada de Doha, no ano de 2001, que teve de ser retirada de pauta para possibilitar a conclusão dos trabalhos.

De qualquer forma, tanto o investidor como o Estado Receptor contam hoje com uma estrutura que, a exemplo do *International Centre for Settlement of Investment Disput* – ICSID é capaz de conceder certa segurança jurídica aos acordos e contratos de investimentos firmados entre investidores estrangeiros e Estados, possibilitando uma solução pacífica e adequada à nova realidade global.

1.3 A regulamentação jurídica do investimento estrangeiro no âmbito do Direito Internacional

Pode-se afirmar que a noção de investimento é predominantemente econômica e tentar definir juridicamente o que venha a ser este fenômeno, como visto, corresponde a uma tarefa árdua.

O Direito Internacional tem se empenhado na tarefa de regulamentar a matéria, no entanto, os obstáculos que a multiplicidade de concepções, regras e normas criadas no âmbito interno dos países, e ainda, os acordos bilaterais e multilaterais, cada qual com o objetivo precípua de atender as necessidades e propósitos de cada situação, têm dificultado a busca por uma regulamentação multilateral do IDE.

Somente a partir da segunda metade do século XX é que o Direito Internacional passou a se dedicar efetivamente na busca por uma regulamentação.

No final do século XIX, apenas o Estado era considerado um ator das relações internacionais e o direito estava baseado no princípio da soberania estatal, na independência e autonomia dos Estados soberanos, o direito internacional não se ocupava de questões relativas ao comércio ou investimentos.

³⁹ Ver FERRARINI, Benno. *A multilateral framework fo investment?*. Disponível em http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/ferrarini_wti_investment.pdf. Acesso em 15.02.2008

...somente a partir da segunda metade do século XIX que, de um modo geral, o Direito do Comércio Internacional começou a adquirir a fisionomia que possui atualmente. São considerados fenômenos importantes neste processo a industrialização, o desenvolvimento dos meios de transportes e a eclosão do capitalismo liberal. Todavia, em razão da forte presença do Estado como produtor legislativo, ainda não tinha ocorrido neste período uma tomada de consciência sobre a necessidade de criação de regras materiais. Esta falta de consciência foi o principal elemento a contribuir para que as questões relativas à normatização do comércio internacional continuassem a ser examinadas no âmbito dos conflitos de leis no espaço. Mesmo com o desenvolvimento das técnicas de comércio internacional e com a necessidade de sua regulamentação, existia uma quase total insensibilidade por parte dos juristas a respeito de uma possível análise da conexão entre a dimensão econômica da sociedade internacional e os institutos do direito internacional.⁴⁰

O Direito Internacional garantia aos Estados soberanos o exercício da jurisdição sobre o seu território. O ordenamento jurídico que regulava o comércio, e, portanto, as relações entre investidores estrangeiros e o Estado era aquele vigente no território do Estado receptor do investimento.

Esta situação passou a não ser vista com bons olhos pelos Estados de origem dos investidores, em geral, países desenvolvidos.

Como os interesses econômicos dos investidores freqüentemente atendiam aos interesses políticos dos seus respectivos Estados de origem, estes passaram a exercer o instituto da proteção diplomática, ocasião em que Estado de origem do investidor requeria a sua intervenção na controvérsia, e o conflito passava a ser analisado sob a ótica do Direito Internacional.

Em contrapartida, desenvolveu-se entre os países em desenvolvimento, uma teoria designada como Doutrina Calvo⁴¹, que em resumo, previa a aplicação de direitos iguais para

⁴⁰ DAL RI JUNIOR, Arno. História do Direito Internacional, comércio e moeda; cidadania e nacionalidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 112-113

⁴¹ A Doutrina estabelece que os povos que vivem em uma nação estrangeira devem submeter suas reclamações à jurisdição das cortes locais e, não, utilizando pressão diplomática ou intervenção armada de seus próprios governos. Carlos Calvo, diplomata e historiador argentino, esboçou este conceito e argumentou que o mesmo era necessário para impedir que os Estados poderosos violassem as jurisdições legais dos seus vizinhos mais fracos. A doutrina também mantém os princípios de soberania e de igualdade entre todos os Estados. A doutrina, por motivos óbvios, não foi aceita pelos países de origem dos investidores. Os países hospedeiros então passaram a adotar a Cláusula Calvo muito empregada em textos constitucionais e contratos celebrados pelos países latino-americanos com investidores estrangeiros. Em suma estipulava igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, exclusividade da jurisdição do Estado hospedeiro e limitação da proteção diplomática. Ver: ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. REZEK, Jose Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 8.ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

estrangeiros e nacionais e proibia a intervenção dos países de origem dos investidores no conflito.

Os países desenvolvidos utilizavam o argumento de que os Estados têm o direito de proteger os seus nacionais, e conceder aos mesmos *standards* internacionais mínimos de direitos.

Nos países em desenvolvimento, por outro lado, o padrão de tratamento dos investimentos em vigor era o *national standard*, baseado na idéia de que, em nome da soberania dos Estados, os investidores estrangeiros deveriam se submeter à jurisdição do Estado Receptor do investimento.

“Verificou-se polarização de opiniões relativas a esta matéria, enfrentando-se os defensores de um *international minimum standard* para a proteção do estrangeiro e de sua propriedade, e os defensores da regra de tratamento nacional. Em outras palavras, enfrentavam-se aqueles que entendiam existir, no DIP, um conjunto de regras, princípios gerais ou costume internacional, garantidores de um padrão mínimo de tratamento a ser dispensado ao estrangeiro e sua propriedade, e aqueles que negavam a existência de tal conjunto de regras, pretendendo fundamentar o tratamento do estrangeiro e sua propriedade somente em regras de direito interno. A doutrina Calvo é um bom exemplo desta polarização, tendo sido concebida como uma espécie de resposta de Estados menos desenvolvidos à *opinio juris* dos Estados desenvolvidos, potências coloniais, defensores do *international minimum standard*”⁴²

Durante este período, que compreende o final do século XIX e início do século XX, o Direito Internacional se dedicava à regulamentação de questões envolvendo a violação do costume em relação à condição jurídica do estrangeiro e o tratamento não discriminatório da sua pessoa e de seus bens.

Ou seja, a aplicação de normas de direito internacional eram destinadas apenas à regulamentação de questões que envolvessem a violação do direito costumeiro internacional, em relação à proteção de bens de estrangeiros.

Após a segunda guerra, a regulamentação do investimento pelo Direito Internacional passou a ser uma constante.

As OI's, criadas durante o período pós-guerra, se empenharam na criação de normas e regras atinentes a matéria.

⁴² SCHELEE, Paula Christine. *Os padrões de tratamento do investimento estrangeiro: o direito brasileiro frente ao direito internacional*. 2005. 162 p. Dissertação. Mestrado em Direito área de Relações Internacionais – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005. p. 31

Na Conferência das Nações Unidas, realizada em 1947-1948, através da Carta de Havana de 1948, tentou-se formular alguns princípios de direito internacional sobre o comércio e o investimento.

Carta de Havana para uma Organização Internacional do Comércio (1948)

Artigo 12

Investimento Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento Econômico

1. Os membros reconhecem que:

(a) os investimentos internacionais, tanto públicos como privados, podem ser de grande valia na promoção do desenvolvimento e reconstrução econômicos e conseqüentemente no progresso social;

(b) o fluxo de capital estrangeiro será estimulado na medida em que os membros nacionais de outros países oferecerem oportunidades de investimento e de segurança para o investimento existente e segurança para os atuais e futuros investimentos

(c) sem prejuízo de Acordos Internacionais existentes, dos quais os membros são partes, um Estado tem direito:

(i) a tomar todas as medidas de salvaguardas necessárias para garantir que os investimentos estrangeiros não serão utilizados como base para interferência nos seus assuntos internos e políticas nacionais;

(ii) para determinar se e em que medida e sob que condições ele irá permitir futuros investimentos estrangeiros;

(iii) para prescrever, para efeito apenas em termos de exigências, sobre a propriedade dos investimentos atuais e futuros;

(iv) para prescrever e dar efeito a outros requisitos razoáveis, no que diz respeito à existência de investimentos futuros;

(d) os interesses dos Membros cujos nacionais estão em posição de fornecer capital para investimento internacional e de Membros que desejam obter e usar os tais capitais para promover o seu desenvolvimento econômico poderão ser promovidos se esses Membros firmarem acordos bilaterais ou multilaterais sobre promoção e proteção de investimentos.⁴³

Durante a Conferência, as medidas referentes ao investimento fizeram parte de uma ampla discussão sobre práticas comerciais, mas o resultado das negociações mostrou que os governos não estavam dispostos a subordinar suas políticas de investimento às regras internacionais.

⁴³ No original: *Havana Charter for an International Trade Organization (1948). Article 12 International Investment for Economic Development and Reconstruction 1. The Members Recognize that: (a) international investment, both public and private, can be of great value in promoting economic development and reconstruction and consequent social progress; (b) the international flow of capital will be stimulated to the extent that members afford nationals of other countries opportunities for investment and security for existing investment and security for existing and future investments; (c) without prejudice to existing international agreements to which Members are parties, a Member has right: (i) to take any appropriate safeguards necessary to ensure that foreign investment is not used as a basis for interference in its internal affairs or national policies; (ii) to determine whether and to what extent and upon what terms it will allow future foreign investment; (iii) to prescribe and effect on just terms to requirements as to ownership of existing and future investments; (iv) to prescribe and give effect to other reasonable requirements with respect to existing na future investments; (d) the interests of Members whose nationals are in position to provide capital for international investment and of Members who desire to obtain the use os such capital to promote their economic development or reconstruction may be promoted if such Members enter into bilateral or multilateral agreements relating to the opportunities and security for investment which the Members are prepared to offer and any limitations which they are prepared to accept of the referred to in sub-paragraph (c).* Disponível em www.unctad.org. Acesso em 16.02.2008

A não aprovação da Carta de Havana inviabilizou o projeto de criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), que serviria como foro de debates para questões atinentes ao comércio, e de forma subsidiária, também em relação a investimentos.

A OIC foi substituída por um acordo provisório, denominado de Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que perdurou até 1995, com a criação da OMC.

Embora as negociações realizadas tanto no âmbito do GATT, como da OMC sejam atinentes ao comércio internacional, questões sobre investimentos compõe a pauta de debates e representam também a busca por um marco regulatório multilateral sobre o tema.

Os países desenvolvidos sustentavam que muitas medidas sobre investimentos afetavam o comércio internacional e, em função disso, precisavam ser regulamentadas pelas partes contratantes do GATT. No entanto, como os países em desenvolvimento alegaram que as questões relativas a investimentos estrangeiros não se encontrava no âmbito de competência do GATT, não se alcançou um consenso na Reunião Ministerial de 1982 e uma possível negociação sobre o tema não foi concretizada.⁴⁴

O tema sobre investimentos voltou à mesa de negociações do GATT em 1986, no lançamento da Rodada do Uruguai feita através da Declaração Ministerial de 20 de setembro de 1986⁴⁵.

O ritmo das negociações foi de constante desentendimento, principalmente entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, que mantinham posicionamentos diferentes.

Em 1991, a ata final apresentada na reunião ministerial, em Bruxelas, apresentou os resultados finais da Rodada Uruguai. No que tange aos investimentos continuaram sem uma regulamentação multilateral por meio de um acordo específico.

No entanto, dentre os acordos aprovados, alguns apresentam regras esparsas sobre o tema, a exemplo do Acordo sobre Medidas de Investimento relacionadas ao Comércio (TRIMs), o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS)⁴⁶.

⁴⁴ CORREA, Carlos M. *Acuerdo sobre medidas em matéria de inversiones*. In: Temas de derecho industrial y de la competencia: derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 108.

⁴⁵ GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). PUNTA DEL ESTE DECLARATION. Disponível em www.sice.oas.org/trade/Punta_e.asp. Acesso em 30.01.2008.

⁴⁶ SCHLEE, Paulo Christine. *Investimentos*. Disponível em http://www.iribr.com/cancun/paulo_christine_schlee.asp. Acesso em 30.01.2008.

Com o lançamento da Rodada Doha, a questão sobre os investimentos foi novamente trazida à pauta das reuniões, no entanto, não houve consenso entre os membros no que tange a matéria investimentos, tendo as partes concordado, em 01 de agosto de 2004, seguir adiante com as negociações sobre um tema: a facilitação do comércio.

O tema investimentos foi eliminado do programa Doha.

No âmbito da ONU⁴⁷, durante as décadas de 60 e 70 a questão do investimento estrangeiro veio à baila, ocasião em que os países menos desenvolvidos buscaram aprovação internacional para as aspirações soberanas e tentaram alterar as regras relacionadas ao investimento estrangeiro, que tinham prevalecido durante o período colonial.

Como resultados dessas reivindicações, foram criadas as resoluções: 1.803 (XVII) de 1962 e 2.158 (XXI) de 1966, relativas à Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais e as resoluções 3201 (S-VII) de 1974 e 3.281 (XXIX) também de 1974 conhecida como Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, estas relacionadas à Nova Ordem Econômica Internacional.

Estas empreitadas por parte da ONU, no entanto, foram abaladas pelas crises que atingiram grande parte dos países em desenvolvimento durante a década de 1980, que resultaram na queda do fluxo de investimentos. O discurso da Nova Ordem Econômica Internacional, neste sentido, se tornou inadequada à nova realidade.

Ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi criado em 1983 o Código de Conduta das Empresas Transnacionais, originada de uma ampla discussão surgida a partir dos interesses dos países em desenvolvimento.

As negociações para a celebração do documento, que corresponderia a um importante instrumento regulatório multilateral de investimento, caso tive tido sucesso, foi regida pela falta de entendimento entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, “a insatisfação dos países desenvolvidos no âmbito da Nova Ordem Econômica Internacional iria marcar o debate sobre o projeto de Código de Conduta de Empresas Transnacionais, uma típica discussão Norte-Sul”.⁴⁸

O que pode se constatar é que, durante os debates havidos na ONU, nas discussões em relação ao reconhecimento e aplicação de princípios gerais de direito internacional em face dos investimentos estrangeiros, houve um movimento de avanço e retrocesso, começando pelo reconhecimento de tais princípios, defendido pelos Estados desenvolvidos,

⁴⁷ Sobre a ONU ver: www.un.org Acesso em 02.02.2008.

⁴⁸ BARRETO FILHO, Fernando P. de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999. p. 62.

seguido por uma fase de negação, defendido pelos Estados menos desenvolvidos e que atualmente se encontra voltando ao reconhecimento de sua existência pelos Estados desenvolvidos e Estados menos desenvolvidos.⁴⁹

A UNCTAD⁵⁰ é um órgão ligado à ONU, criado com o objetivo de auxiliar os países em desenvolvimento e integrá-los à economia mundial, desde a sua criação em 1964, tem um papel cada vez mais presente na discussão sobre o tema.

Dois instrumentos regulatórios importantes sobre investimentos foram emanados por este órgão: a) o Código Internacional de Conduta sobre Transferência de Tecnologias, de 1979; e, b) os Princípios e Regras para Controle de Práticas Restritivas de Negócio das Multinacionais (RBP) em 1980.

O objetivo do CICTT era facilitar a transferência de tecnologia entre o investidor e o Estado receptor. O Código procurava atender aos interesses os países menos desenvolvidos, que pleiteavam pela independência política, igualdade entre Estados e reconhecimento dos princípios de soberania.

As negociações se entenderam até 1985 e a ausência constata de consenso entre os países que participavam da discussão levou ao fracasso completo do projeto em 1985, já que os Países em Desenvolvimento queriam que as regras estipuladas por este documento se tornassem obrigatórias.

A RBP, por outro lado, obteve maior sucesso, permanecendo vigente até os dias atuais.

Corresponde a um instrumento de cunho recomendatório composto por um importante conjunto de regras destinadas a orientar tanto as ETN como os Estados Receptores no controle de práticas comerciais restritivas.

O sucesso dessa empreitada pode ser relacionado à ausência de vinculação dos signatários, servindo apenas como um instrumento de orientação para o bom desenvolvimento do comércio internacional.

Outra organização que teve significativa importância nas tentativas de criação de um sistema de regulamentação multilateral sobre o investimento é a OCDE.

Empenhada na construção de Convenções Internacionais relativas à proteção do investimento estrangeiro, elaborou códigos e recomendações neste sentido.

⁴⁹ CARREAU, Dominique. JUIILLARD, Patrick. *Droit International Économique*. 4 ed. Paris: LGDJ, 1998. p. 454.

⁵⁰ Sobre a UNCTAD ver: www.unctad.org.br. Acesso em 02.02.2008

Em 1967 apresentou aos seus membros, o esboço de uma convenção internacional sobre proteção de bens estrangeiros, convenção esta que não vigorou diante da ausência de consenso dos participantes, mostrando como é difícil chegar a um acordo no que tange às questões do investimento, mesmo entre países com níveis similares de desenvolvimento.

Em maio de 1995 os membros dessa organização deram início às negociações para a concretização de um Acordo Multilateral de proteção do Investimento (AMI).

O acordo apresentava objetivos como: estabelecer *standards* para o tratamento e proteção dos investimentos; ir além dos acordos existentes; ser obrigatório no que tange as normas relativas a sua implementação; ser aplicado à todas as partes e em todos os níveis de governo; ter natureza obrigatória; lidar com medidas oriundas das organizações regionais de integração tendo em conta os acordos internacionais previamente assumidos com o objetivo de evitar conflitos com as regras da OMC e acordos de tributação⁵¹.

O conteúdo do texto proposto era abrangente e ambicioso definindo como investimento não só IDE, mas também propriedades móveis e imóveis, direitos contratuais, direitos de propriedade intelectual, licenças, investimentos de portfólio e concessões⁵².

As negociações para a concretização e aplicação do AMI foram suspensas em função da retirada da França das negociações, culminando no fracasso desse ambicioso projeto.

⁵¹ No original: *a) set high standards for the treatment and protection of investment; b) go beyond existing commitments to achieve a high standard of liberalisation covering both the establishment and post-establishment phase with broad obligations on national treatment, standstill, roll-back, non-discrimination/MFN, and transparency, and apply disciplines to areas of liberalisation not satisfactorily covered by the present OECD instruments; c) be legally binding and contain provisions regarding its enforcement; d) apply these commitments to all parties to the MAI at all levels of government; e) deal with measures taken in the context of regional economic integration organisations; f) encourage conciliation and provide for effective resolution of disputes, taking account of existing mechanisms; g) take account of Member countries' international commitments with a view to avoiding conflicts with agreements in the WTO such as GATS, TRIMS, and TRIPS; and with tax agreements; and similarly seek to avoid conflicts with internationally accepted principles of taxation.* OCDE, *A multilateral Agreement on investment. Relatório do Comitê sobre Investimentos Internacionais e Empresas Multinacionais e do Comitê de Movimento e Transações Invisíveis.* Disponível em <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm>. Acesso em 18.01.2008

⁵² *THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT DRAFT CONSOLIDATED TEXT II. SCOPE AND APPLICATION DEFINITIONS 2. Investment means: Every kind of asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor, including: 1, 2 (i) an enterprise (being a legal person or any other entity constituted or organised under the applicable law of the Contracting Party, whether or not for profit, and whether private or government owned or controlled, and includes a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, branch, joint venture, association or organisation); (ii) shares, stocks or other forms of equity participation in an enterprise, and rights derived therefrom; (iii) bonds, debentures, loans and other forms of debt, and rights derived therefrom; (iv) rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing contracts; (v) claims to money and claims to performance; (vi) intellectual property rights; (vii) rights conferred pursuant to law or contract such as concessions, licenses, authorisations, and permits; (viii) any other tangible and intangible, movable and immovable property, and any related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges.* Disponível em <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>. Acesso em 23.04.2008.

O fracasso dessa empreitada estava relacionado, como observa Claudia Perrone-Moisés, ao fato de que:

“Nenhum dos acordos já negociados ou em negociação regula a conduta das empresas transnacionais. Tendo em vista a preocupação com a liberalização dos mercados, estes instrumentos são dirigidos aos países receptores dos investimentos, regulando o tratamento que deve ser dispensado ao capital estrangeiro. A questão é que, aumentando o poder de expansão das empresas, não regula por outro lado, sua conduta no sentido de diminuir os possíveis impactos negativos de suas atividades. Os acordos da OCDE e da OMC, tal como propostos, poderão privar os países em desenvolvimento de parte de sua soberania econômica, o que vai de encontro a diversos princípios contidos na Carta e Resoluções das Nações Unidas. A preocupação com as atividades das empresas transnacionais está ausente de todas as negociações acerca da regulamentação dos investimentos estrangeiros”.⁵³

Em função de uma profunda divergência entre os países, notadamente a oposição da França, as negociações do AMI foram abandonadas em 1998.

O Banco Mundial também teve participação no caminho à criação de regras multilaterais em relação a investimentos estrangeiros. Em 1988, criou a *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), através da qual, um sistema multilateral de garantias foi previsto, de forma a proteger empresas estrangeiras contra o não pagamento de indenizações decorrente de nacionalizações ou expropriações.

O BM também foi responsável pela criação do ICSID, foro de resolução de disputas decorrentes de investimentos estrangeiros.

Podendo ser apontada como maior conquista concretizada até os dias de hoje, no que diz respeito à regulamentação dos investimentos, corresponde talvez, ao ICSID, criado através da Convenção de Washington em 18 de março de 1965.

Os países em desenvolvimento sempre representaram um terreno fértil para empresas privadas, interessadas em investir.

No entanto, o receio por parte dos investidores, de que medidas de nacionalização e desapropriações arbitrárias e não indenizadas ocorressem criava um quadro desfavorável para o investimento, ante a ausência de instrumentos adequados para dirimir uma eventual controvérsia.

Os Estados, geralmente se recusavam a se submeter à jurisdição de outros países, enquanto que os investidores particulares se encontravam em uma situação aparentemente desvantajosa ao se submeterem as leis do país receptor.

⁵³ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros*. São Paulo : editora Oliveira Mendes. 1998. p. 45.

Este panorama levou à proposta de criação de um foro especial para dirimir disputas entre investidores estrangeiros e Estados, visando a proteção tanto do investidor como também o desenvolvimento do Estado anfitrião.

O objetivo de Aron Broches, então presidente do Banco Mundial e idealizador do foro, sem dúvida, era proporcionar segurança jurídica aos investidores, pois os investimentos estrangeiros representam uma grande oportunidade de desenvolvimento para os países menos desenvolvidos.

Baseado no crescente número de disputas surgidas entre Estados e investidores estrangeiros, o então presidente do Banco Mundial, Aron Broches, em 1961, sugeriu a criação de uma organização internacional sob o seguinte argumento:

Investimentos internacionais são universalmente reconhecidos como um fator de importância crucial no desenvolvimento econômico das partes menos desenvolvidas do mundo e chegaram a ser uma das características mais importantes da parceria entre as nações mais ricas e mais pobres. Isto é especialmente pertinente para investimentos estrangeiros privados, os quais, conduzidos com juízo, podem fazer uma grande contribuição ao desenvolvimento das economias dos países receptores.

Infelizmente, o capital provado não está sendo transferido com volume suficiente às áreas com necessidade de capital, um dos mais sérios impedimentos para a sua transferência, sendo o medo dos investidores que os seus investimentos serão expostos a riscos políticos tais como expropriação, interferência governamental e a não observância pelo governo hóspede das obrigações contratualmente assumidas, na base das quais os investimentos têm sido feitos.

O banco não se perguntou, em vista da sua reputação de integridade e sua posição de imparcialidade, se não poderia ajudar na tarefa de remover estes obstáculos para investimentos privados. ... O banco concluiu que a opção mais razoável seria atacar o problema do clima desfavorável para investimentos através da criação de instrumentos normativos voltados para a consolidação e arbitragem em matéria de controvérsia de investimentos.

⁵⁴

Segundo Jan Kleinheistekamp⁵⁵, a idéia de Broches parte da premissa de que, para que um país possa se desenvolver economicamente, precisa de investimentos estrangeiros, que em contrapartida, precisam de segurança jurídica, segurança jurídica esta garantida pela arbitragem internacional.

⁵⁴ BROCHES, Aron. *Settlement of financial na economic disputes between governments and private individuals or corporations. In Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states: documents concerning the origin and the formulation of the convention. VII, Washington: ICSID, 1968, p.1-3 apud KLEINHISTERKAMP, Jan, O Brasil e as Disputas com investidores estrangeiros. in CHEREM, Monica Teresa Costa Sousa. JÚNIOR, Roberto Di Sena, Organizadores. Comercio internacional e desenvolvimento : uma perspectiva brasileira. São Paulo : Saraiva, 2004.*

⁵⁵ KLEINHISTERKAMP, Jan, *O Brasil e as Disputas com investidores estrangeiros. in CHEREM, Monica Teresa Costa Sousa. JÚNIOR, Roberto Di Sena, Organizadores. Comercio internacional e desenvolvimento : uma perspectiva brasileira. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 159.*

De pronto, a proposta foi acatada pelos governos de países desenvolvidos. Os governos dos países em desenvolvimento, por sua vez, durante muito tempo resistiram à idéia, preocupados em defender a soberania, a economia e a política da intervenção estrangeira. Esta resistência permaneceu viva até as décadas de 80 e 90, época em que os países Latino Americanos, aos poucos, passaram a ratificar a convenção de Washington.

Com a grande aceitação deste foro de solução de controvérsia, o ICSID passou a exercer um importantíssimo papel como fonte de jurisprudência internacional na área dos investimentos estrangeiros.

A década de 90 foi caracterizada pela forte tendência de proteção dos investidores, com tentativas de criar regras mais liberalizantes e estáveis para os investimentos.

A última tentativa de se criar um marco multilateral sobre investimento é representada pelo *Possible Multilateral Framework on Investment* (PMFI), projeto ambicioso que ganhou força durante as negociações da Rodada Doha, iniciada em 2001.

O tema ‘investimento’ novamente provocou desentendimentos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento e acabou sendo retirado da pauta, para que fosse possível a retomada das negociações comerciais.

Na verdade, as inúmeras tentativas de regulamentar juridicamente o investimento estrangeiro tornaram-se inócuas.

O constante quadro de conflito de interesses entre investidores e Estados hospedeiros é o responsável pelas várias tentativas frustradas, promovidas por OI’s que visavam proteger, cada qual, os interesses dos seus respectivos membros, não sendo possível uma unanimidade com relação ao assunto.

As discussões travadas no âmbito da OMC, durante a Rodada de Doha, demonstram que ainda há um longo caminho a ser percorrido e que a possibilidade um acordo em nível multilateral ainda está longe de ser atingida.

1.4. Noções gerais sobre a resolução de conflitos oriundos dos investimentos estrangeiros

O investimento estrangeiro implica na relação entre duas partes, o investidor, geralmente um ente privado estrangeiro detentor do investimento, e o Estado, onde o investimento deverá ser aplicado e desenvolvido.

O Estado é um sujeito de direito internacional enquanto que as entidades privadas, embora sejam importantes gestoras das relações econômicas, não são sujeitos de direito internacional⁵⁶.

As disputas sobre os investimentos entre Estados, são comuns no campo do direito internacional, o qual possui órgãos a exemplo da CIJ ou da OMC, entre outros, com competência para receber a demanda, analisá-la e apresentar uma solução condizente para o conflito.

Mas e quando uma das partes do conflito corresponder a um ente privado? Uma eventual disputa entre o investidor e o Estado Receptor poderá encontrar diversos entraves, dentre as quais e talvez a mais importante, estabelecer o foro competente para julgar o caso.

O investidor, neste caso, conta com várias opções, entre as quais: se submeter à legislação do Estado com o qual foi instaurado o conflito ou pleitear junto ao sistema judiciário do seu país de origem que julgue o caso. Pode requerer a aplicação proteção diplomática tornando a divergência num conflito entre Estados, e por fim, tentar solucionar a disputa por meio da arbitragem, negociação ou mediação.

No caso de instauração de uma lide sob a jurisdição do Estado Receptor, a pessoa jurídica estará submetida às leis do Estado com o qual está em conflito, o que poderá representar um problema se considerar que será o próprio Estado o julgador.

Há casos em que o Estado, fazendo uso do instituto da proteção diplomática, tomará para si a disputa, e o conflito então passa a ser um conflito entre Estados. No entanto, tem que se levar em consideração que a proteção diplomática corresponde a uma prerrogativa do Estado e não do cidadão.

No caso do Estado não estar interessado em tomar para si o problema do investidor, este não terá condições, *a priori*, de requerer uma solução perante os organismos internacionais de soluções de controvérsias.

Neste caso, as partes podem recorrer à arbitragem internacional, merecendo destaque o ICSID, órgão de arbitragem especializado em solucionar conflitos relacionados a investimentos.

Neste momento, o trabalho terá como objetivo apresentar uma noção geral sobre as possíveis resoluções de conflitos que poderão ser buscadas para a solução de uma divergência decorrente de uma eventual disputa relacionada a investimentos, entre o um Estado e o investidor estrangeiro.

⁵⁶ STERN, Brigitte. O contencioso dos investimentos internacionais. Barueri, São Paulo : Manole. 2003. p. 16

1.4.1 A resolução de conflitos sobre investimentos por Tribunais Nacionais e a aplicação das normas internas do Estado.

A criação do Estado levou a consolidação de um Direito Internacional baseado na existência de uma comunidade composta por entes soberanos e iguais.

Os corolários da soberania e igualdade estão baseados: na jurisdição sobre o território e a população permanente que nele vive; no dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados e subordinação às obrigações resultantes do Direito consuetudinário e dos tratados concluídos.⁵⁷

O direito internacional está baseado nos princípios da igualdade e da independência dos entes que a compõe, o que significa dizer, portanto, que de uma maneira geral, os Estados não podem intervir nos assuntos internos dos outros Estados.

As questões de competência e jurisdição são de domínio interno, aos quais estão sujeitos todos os entes que se encontram no interior do seu território. Uma autoridade externa, *a priori*, não tem competência para intervir em um ato considerado válido internamente.

Como bem lembra Brownlie as conseqüências de pertencer a uma comunidade não mudaram muito desde o período feudal, apesar da evolução da teoria utilizada para explicar a relação entre Estado e indivíduo. Os laços de fidelidade, cidadania e nacionalidade constituem o fundamento em que se assenta a comunidade jurídica do Estado, quer seja considerado como uma unidade orgânica quer como um domínio territorial.⁵⁸

Estes princípios são flexibilizados pelo surgimento do fenômeno da globalização, que impôs a redução de barreiras territoriais, e também pelo surgimento de novos atores, a exemplo das organizações internacionais e das empresas transnacionais.

Este fenômeno retirou da maioria dos Estados a capacidade de controlar muitos dos seus assuntos domésticos e fortaleceu os fluxos transnacionais, que passaram a atravessar com facilidade as suas fronteiras.⁵⁹

⁵⁷ BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 309.

⁵⁸ BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 543.

⁵⁹ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o fenômeno da globalização: algumas considerações sobre o surgimento, a conformação e o declínio do mundo de Vestfália*. In GUERRA. Sidney. *Globalização : desafios e implicações para o direito Internacional contemporâneo*. Ijuí : Ed. Unijuí, 2006. p. 30.

Desde o surgimento do Estado, apesar da evolução do instituto da jurisdição, a regra geral tem sido a aplicação do direito interno para solucionar questões surgidas no âmbito do seu território.

No século XIX, o Estado se consolidara como único ator das relações internacionais. Tinha poder absoluto sobre as pessoas e sobre as coisas situadas dentro do seu território. O exercício da jurisdição nacional correspondia a um direito fundamental e inerente, garantida pelo Direito Internacional.

Neste período as características, regras e princípios de Direito Internacional garantiam ao Estado o direito de regular e proteger os interesses das pessoas e dos bens situadas dentro dos seus limites territoriais.

No período correspondente ao século XIX, os Estados possuíam a prerrogativa jurisdicional sobre os estrangeiros residentes no seu território, assim como sobre os bens que ali se encontravam, sejam eles de propriedade de um estrangeiro ou não.

O Estado, no entanto, tradicionalmente o único sujeito do direito internacional, sofre com os efeitos da era global, em que cada fato, cada acontecimento se projeta para além de suas fronteiras repercutindo nas diversas partes do mundo.⁶⁰

A consolidação das ETN, a partir da segunda metade do século XX, representou também uma reviravolta na aplicação das regras relativas à competência jurisdicional, que até então não apresentavam maiores problemas no que tange a sua interpretação.

A influência que passaram a exercer na sociedade internacional e as conseqüências de ordem econômica e política que se sucederam, influenciou significativamente na aplicação das regras de jurisdição interna em face dos conflitos que eventualmente surgiam entre os investidores e os Estados hospedeiros do capital.

A figura da demilitação fronteiriça entre os Estados dá lugar a uma nova geografia, não mais unicamente política, mas econômica, em que as ETN vão se instalando aleatoriamente nos Estados, integrando e interligando os mercados e, fatalmente, os Estados perdem o controle de sua soberania.⁶¹

Em princípio, sempre se reconheceu que a regulamentação da condição das pessoas e dos bens que se encontram dentro de um território de um determinado país está sujeita as

⁶⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. *As empresas multinacionais e o mercado de capitais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. v. 28, n. 23/24 e 25, 1980/82

⁶¹ ACCIOLY, Elizabeth. *Globalização x soberania em blocos econômicos*. In GUERRA, Sidney. *Globalização : desafios e implicações para o direito Internacinal contemporâneo*. Ijuí : Ed. Unijuí, 2006. p. 69.

suas regras, dando-se preferência à aplicação da jurisdição interna do Estado para dirimir conflitos decorrentes de questões ocorridas no âmbito interno de cada país.

No entanto, como consequência, o fenômeno da globalização fez com que o Estado deixasse de ser o único ator da sociedade internacional, fragilizando o poder total, soberano e autônomo que detinha outrora, ficando a mercê, até certo ponto, dos acontecimentos políticos, sociais e econômicos a sua volta.

A globalização foi responsável pela fragilização do estado moderno retirando “a capacidade de controlar e regular seus próprios assuntos domésticos de maneira absoluta, e fortaleceu os fluxos transacionais que atravessam com facilidade as suas fronteiras”.⁶²

De qualquer forma, constata-se que as soluções para uma eventual disputa entre o investidor (ente particular) e um Estado (ente público), não são fáceis, ante a dificuldade de se estabelecer a competência de um órgão julgador e a lei aplicável ao caso.

A soberania do Estado passou a ser relativa e não mais absoluta, fazendo com que a aplicação do direito interno fosse sendo eliminada gradualmente.

Esta questão, de qualquer forma, ainda é sinônimo de dúvidas e incertezas.

Historicamente, a partir do momento em que as ETN passaram a influir consideravelmente nas políticas econômicas dos Estados Receptores, com base nesse poder, passaram a exigir que os conflitos surgidos fossem submetidos ao direito internacional.

Mas o Estado, principalmente os países em desenvolvimento, de uma forma geral, resistiam à submissão de conflitos à esfera internacional.

Os próprios organismos internacionais, em alguns casos, se mostraram relutantes em analisar questões envolvendo entes privados à exemplo da decisão proferida pela CIJ no caso da *Anglo-Iranian Oil CO*.⁶³

O caso da *Anglo Iranian Oil Co* surgiu de um pedido submetida à CIJ pelo governo do Reino Unido em 26.05.195. O Governo do Irã, após tomar conhecimento da instauração de um procedimento contra perante a CIJ, apresentou uma exceção baseada na falta de competência do órgão para julgar a questão.

A origem da disputa data de abril de 1933, quando uma empresa do Reino Unido e o governo do Irã firmaram um acordo, mediado pela Liga das Nações, sobre a exploração de petróleo neste país. No primeiro semestre de 1951 o Irã promulgou leis declarando a

⁶² BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí : Ed. UNIJUÍ, 2001p. 350.

⁶³ Disponível em http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf . Acesso em 18.04.2008

nacionalização da sua indústria petrolífera, prejudicando, obviamente, os interesses da empresa de origem do Reino Unido, dando origem ao conflito.

O Reino Unido, em virtude do seu direito de aplicação da proteção diplomática, tomou para a si o problema da empresa *Anglo-Iranian Oil CO* e submeteu o conflito à solução da CIJ.

O CIJ se declarou incompetente para julgar o caso, sob o argumento de que o Reino Unido não era parte no contrato, e não criara nenhum vínculo com o governo do Irã. O Irã, por força do contrato, não podia invocar contra o Reino Unido nenhum dos direitos que poderia invocar contra a companhia, nos termos do contrato. Não se tratava de um tratado entre Estados, mas sim de um contrato e que a rescisão de um contrato não implica em violação do direito internacional.

Os conflitos de competência, neste sentido, perduram até hoje, e continuam a ser objeto de divergências.

De qualquer forma, o Estado não deixou de ser um importante ator das relações internacionais. Com o advento dos novos atores na cena internacional, o Estado deixa de exercer o controle absoluto sobre os bens e pessoas no âmbito da sua jurisdição, concorrendo com outras formas de soluções de controvérsias capazes de apresentar uma solução, muitas vezes, mais adequada aos conflitos, principalmente àqueles relacionados a investimentos.

1.4.2 Aplicação do instituto da proteção diplomática às divergências relacionadas a investimentos e a resolução dos conflitos por Tribunais Internacionais. O surgimento da Doutrina Calvo e da Doutrina Drago-Porter

A estreita relação entre interesses dos investidores estrangeiros e os interesses dos governos dos seus respectivos Estados de origem, aliado a ausência de confiança nos julgamentos feitos pelos tribunais do Estado Receptor, resultaram no uso constante do instituto da proteção diplomática.

Os Estados a tomavam partido nas disputas envolvendo seus nacionais, com o objetivo de levar o conflito para o âmbito do direito internacional.

A proteção diplomática corresponde a um direito do Estado de assumir uma disputa em nome de um dos seus cidadãos, já que ao particular, de uma maneira geral, não é permitido o acesso a Tribunais Internacionais.

Este direito do Estado de tomar para si a causa do seu nacional tem origem no costume internacional e teve como marco, o julgamento do caso *Mavrommatis Palestine Concessions* pela Corte Permanente de Justiça (CPJ) julgado em 14.02.1925.

Em suma, trata-se de um pedido apresentado pela Grécia em face da Grã-Bretanha, em relação aos prejuízos causados por este Estado ao cidadão grego M. Mavrommatis.

Nesta oportunidade o tribunal se manifestou:

[...] No caso das concessões Mavrommatis, é verdade que a disputa foi primeiramente, entre uma pessoa privada e um Estado - ou seja, entre M. Mavrommatis e Grã-Bretanha. Posteriormente, o Governo grego assumiu o caso. A disputa, em seguida, entrou numa nova fase, entrou para o domínio do direito internacional e se tornou uma disputa entre os dois Estados. Doravante, portanto, É uma disputa que pode ou não cair sob a jurisdição do Tribunal Permanente de Justiça Internacional [...].⁶⁴

É importante destacar que o exercício da proteção diplomática é um ato discricionário do Estado e não um direito do cidadão, no entanto, é permitido ao Estado proteger o seu particular, que teve um direito reconhecido pelo Direito Internacional violado, mediante o cumprimento de alguns requisitos: o vínculo de nacionalidade e o esgotamento dos recursos internos.

Apenas sobre os seus cidadãos o Estado poderá exercer a proteção diplomática, no entanto, este vínculo, para fins de geração de efeitos no campo do direito internacional, deve ser verdadeiro, real e efetivo, sob pena de uma reclamação proposta perante um organismo internacional ser considerada inadmissível em função da ausência de interesse jurídico.

O Estado pode conceder nacionalidade quando interessar a seus propósitos, no entanto, para que a nacionalidade seja reconhecida como geradora de efeitos no campo internacional e justifique uma proteção diplomática, deve haver vínculo efeito.⁶⁵

⁶⁴ O caso *Mavrommatis Palestine Concessions* está baseado nas concessões de obras adquiridas por M. Mavrommatis, cidadão grego, nas cidades de Jerusalém e Jaffa, região da Palestina, em 1914, época em que as cidades eram de domínio do Império Turco Otomano. Com o final da Primeira Guerra, com a derrota da tríplice aliança (Alemanha, Áustria-Hungria e Itália), a Turquia, que lutou ao lado da Alemanha, viu-se privada de todas as suas possessões no mundo árabe. A Palestina passou então a ser administrada pela Grã-Bretanha, mediante mandato concedido pela Liga das Nações, pelo período de 1922 a 1948. O governo Britânico não reconheceu os direitos de M. Mavrommatis, dando origem a controvérsia. O governo Grego apresentou em 13.05.1924 um requerimento a CPJ, pugnando pelo reconhecimento dos direitos de M. Mavrommatis e reparação dos prejuízos, mediante pagamento de indenização. Disponível em http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/. no original [...] *In the case of the Mavrommatis concessions it is true that the dispute was at first between a private person and a State - i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. Henceforward therefore it is a dispute which may or may not fall under the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice*[...]. Acesso em 13.04.2008

⁶⁵ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, São Paulo : Manole. 2003. p. 29.

Um caso clássico no direito internacional, que analisa a questão do vínculo efetivo de nacionalidade do indivíduo, para fins de concessão da proteção diplomática, consiste no caso *Nottebohm* julgado pela CIJ em 1955, que diz respeito a uma reclamação de Liechtenstein contra a Guatemala, pelos prejuízos causados a um dos seus cidadãos, o Sr. Friedrich Nottebohm.

A CIJ, neste caso, declarou inadmissível o pedido de Liechtenstein, sob o argumento de que não ficou caracterizada a nacionalidade do Sr. Nottebohm, que demonstrou ter como objetivo substituir o *status* de sujeito de um Estado beligerante (Alemanha) para o *status* de sujeito de um Estado neutro (Liechtenstein).

A intenção de se ligar às tradições, ao modo de vida ou assumir obrigações em relação a este país, não ficou caracterizado, segundo a CIJ, que se manifestou nos seguintes termos:

[...] nacionalidade é um vínculo legal que deriva de um vínculo de conexão de existência, interesses e sentimentos, juntamente com a existência de direitos e deveres recíprocos.⁶⁶

A CIJ entendeu que não havia vínculo real e efetivo entre Friedrich Nottebohm e Liechtenstein, e acabou por não acatar a reclamação apresentada.

Por outro lado, a ‘nacionalidade’ de uma empresa, para fins de exame acerca da viabilidade de exercício da proteção diplomática, corresponde a algo mais complexo. Os grandes conglomerados empresariais possuem filiais em diversas partes do mundo, sendo seus proprietários, em muitos casos, nacionais de um estado estrangeiro àquele onde a empresa foi constituída.

O direito internacional, em relação a esta situação possui o mesmo entendimento, qual seja, exige a existência de um vínculo real, verdadeiro e efetivo da empresa em relação ao Estado que pretende exercer a proteção diplomática, em relação aos interesses desse ente privado, vínculo caracterizado pelo local da sede social.

Para as pessoas jurídicas, empresas, não pês levado em consideração o vínculo econômico derivado do controle do capital, mas a conexão legal

⁶⁶ O principado de Liechtenstein, em 17.12.1951, apresentou uma reclamação perante a CIJ, reclamando por uma indenização em virtude das medidas adotadas pela Guatemala contra um dos seus cidadãos, o Sr. Friedrich Nottebohm. De nacionalidade alemã, Nottebohm exercia suas atividades comerciais desde 1905 na Guatemala, onde permaneceu até 1943, quando foi expulso desse país e privado de seus bens, como conseqüência da segunda guerra. Em outubro de 1939, pouco depois do início da segunda guerra, requereu naturalização de Liechtenstein concedida em dezembro de 1939. Em janeiro de 1940, Nottebohm havia retornado à Guatemala e continuado a exercer suas atividades profissionais, até ser expulso. Disponível em http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf. Acesso em 13.04.2008.

com o Estado, feita nos países da *Commom Law* por meio do local de incorporação, e nos países de direito romano-germânico, pelo local da sede social.⁶⁷

Esta questão foi analisada no caso no caso *Barcelona Traction*.⁶⁸ Trata-se de uma reclamação apresentada a CIJ pelo governo da Bélgica, requerendo o pagamento de indenização aos acionistas Belgas, proprietários da empresa *Barcelona Traction, Light and Power Company*, constituída no Canadá.

O pedido do Estado belga não foi admitido, pois a Corte entendeu que Bélgica não detinha direitos para pleitear o pagamento da indenização, pois não comprovou a existência de vínculo com a empresa *Barcelona Traction*.

Na ocasião a CIJ entendeu que:

Ao estabelecer uma ligação entre pessoas coletivas e os Estados para fins de proteção diplomática, o Direito Internacional baseia-se, embora apenas de modo restrito, numa analogia com as regras que regem a nacionalidade dos indivíduos. A regra tradicional atribui o direito de proteção diplomática de uma pessoa coletiva ao Estado ao abrigo de cujo Direito foi constituída e em cujo território tem a sua sede registrada. [...]No presente caso, não se põe em causa que a sociedade tenha sido constituída no Canadá e tenha a sua sede registrada nesse país. A constituição da sociedade ao abrigo do direito canadense foi um ato de livre escolha. [...] Logo se criou uma conexão íntima e permanente, fortificada pela passagem de mais de meio século. Esta conexão não fica, de modo algum, enfraquecida pelo fato da sociedade ter empreendido, logo desde o início, atividades comerciais fora do Canadá, pois era esse o seu objetivo declarado. São desta forma, múltiplos, os vínculos da *Barcelona Traction* com o Canadá.

Além do requisito da nacionalidade, para que o Estado possa exercer a proteção diplomática precisa comprovar que houve o exaurimento dos recursos locais, ou seja, a questão precisa, antes, ser discutida no âmbito dos tribunais nacionais, “enquanto o Estado puder corrigir nos seus tribunais o ato ilegal cometido contra o estrangeiro, não existe ato ilegal internacional”.⁶⁹

⁶⁷ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, São Paulo : Manole. 2003 p. 29

⁶⁸ Trata-se de uma reclamação apresentada pelo governo Belga, pleiteando o pagamento de indenização em face do governo da Espanha. A empresa *Barcelona Traction* foi constituída no Canadá em 1911 e tinha sede em Toronto. Os acionistas eram, na sua grande maioria, nacionais da Bélgica. A empresa passou a desenvolver atividades de produção e distribuição de energia elétrica na província espanhola da Catalunha, na Espanha. Entre o período de 1936 a 1940, em função da guerra, os pagamentos dos contratos foram suspensos. Em 1940, os serviços foram autorizados, mas o governo espanhol se recusou a autorizar as transferências de moeda estrangeira e o pagamento dos juros das obrigações em libras esterlinas, emitidas pela *Barcelona Traction* não foram feitas. Em 1962, o governo Belga, ingressou com o pedido, exercendo a proteção diplomática em favor dos acionistas da empresa. Disponível em http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf

⁶⁹ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, São Paulo : Manole. 2003 p. 30

Outra questão observada pelos Tribunais Internacionais, ao analisarem questões em que o Estado toma para si uma reclamação de um cidadão seu, consiste em analisar se o objeto da avença corresponde de fato a uma violação do direito legal do cidadão.

Isso significa que a mera interferência em um interesse econômico do cidadão não justifica o exercício da proteção diplomática, até porque, a obtenção de lucro não corresponde a um direito protegido no âmbito internacional.⁷⁰

Esta diferença entre a violação de um simples interesse econômico e a violação de direitos do cidadão reconhecido pelo direito internacional é muito bem delineada pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Oscar Chinn*, julgado em 1934.

A Corte entendeu que a obtenção de lucro não caracterizava um direito garantido, e o Estado Belga, portanto, não violou qualquer direito do Sr. Oscar, protegido legalmente pelo direito internacional.

Entretanto, em que pese a necessidade de caracterização de todos estes requisitos, a aplicação da proteção diplomática se tornou algo bastante comum, principalmente na primeira metade do século XX.

A adoção da proteção diplomática levou os países destinatários dos investimentos, descontentes com o tratamento favorável destinado aos investidores estrangeiros de uma maneira geral, a questionar o exercício deste instituto que passou a se tornar um problema para o Estado Receptor do investimento. Os países latino-americanos foram os primeiros a questionar o tratamento que favorecia os investidores estrangeiros.

Carlos Calvo (1824-1906), jurista e diplomata argentino, em 1863 publicou a obra *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, onde expõe o princípio que logo se conheceria como Doutrina Calvo, baseada nos seguintes fundamentos: renúncia à proteção diplomática, baseado no direito dos Estados soberanos à liberdade absoluta em relação à interferência de outros países em relação a sua competência jurisdicional; igualdade entre nacionais e estrangeiros, sendo que estes deveriam recorrer aos tribunais nacionais para dirimir conflitos, em caso de controvérsias.

⁷⁰ Oscar Chinn era britânico e passou a desenvolver atividades comerciais de transporte fluvial no Congo, uma colônia Belga. No entanto, a Bélgica também operava serviços de transporte fluvial no Congo através da empresa UNATRA e a partir de um determinado período reduziu as tarifas cobradas por esta empresa. O monopólio que se formou, decorrente da cobrança de tarifas reduzidas pela empresa estatal, implicou do encerramento das atividades da empresa de Chinn, que através da proteção diplomática exercida pelo governo britânico, pretendeu ser indenizada pelo governo Belga, sob o argumento de que não foram respeitados os direitos adquiridos por Oscar Chinn. (12.12.1934, PCIJ Rep., 1934, Série A/B, n. 63 e 65) in STERN, Brigitte. O contencioso dos investimentos internacionais. Barueri, São Paulo : Manole. 2003 p. 34-5.

A Doutrina Calvo, que logo ganhou adeptos e passou a ser invocada como meio de proteção contra as arbitrariedades dos Estados de origem dos investidores.

A aplicação da doutrina gerou controvérsias no plano internacional, mas sua idéia central, que consistia em igualar o nacional ao investidor estrangeiro, impedindo que este invocasse privilégios garantidos pela consolidação de princípios de direito internacional, como o da inviolabilidade da propriedade privada, não foi abandonada e passou a ser implementada no âmbito do direito interno dos países em desenvolvimento.

Os Estados Receptores, ao celebrarem contratos com investidores estrangeiros, passaram a inserir a chamada cláusula Calvo no corpo desses instrumentos, obrigando o investidor a abrir mão da proteção diplomática e recorrer aos tribunais nacionais, em caso de litígio.

Os problemas se agravavam na medida em que, com base no exercício da proteção diplomática, países passaram a aplicar a força nos casos em que a atuação do Estado Receptor fosse interpretada como uma afronta aos interesses do investidor.

Abusos como estes deram origem ao surgimento de movimentos de repúdio cada vez maiores ao exercício da proteção diplomática.

Em 1902, o ministro das relações exteriores da Argentina Luis Maria Drago iniciou um manifesto contra as práticas abusivas dos Estados de origem dos investidores, em repúdio à utilização da força como recurso para a cobrança das dívidas. A manifestação do ministro argentino tinha como alvo o bloqueio dos portos Venezuelanos em 1902.

Surge então a doutrina Drago, que em suma consistia em um incremento da doutrina Calvo, ao estabelecer que o não cumprimento de um contrato, por parte de um Estado latino-americano, não comporta a invasão e ocupação armada por parte dos países de origem do investidor credor.

Em 1907, o general Horace Porter, dos EUA, expôs a idéia de Luis Maria Drago durante a segunda Conferência de Paz de Haia, dando origem a Convenção Porter, que proibia o uso da força para a cobrança de dívidas, privilegiando o uso da arbitragem.

Surge então a Convenção Drago-Porter.

O reconhecimento por parte da nação devedora das suas dívidas e a necessidade de liquidá-las não era negado pela idéia de Drago, apenas o repúdio à utilização do recurso à força na cobrança das dívidas era exaltado.

A doutrina Drago-Porter, ao contrário da doutrina Calvo, não faz menção à jurisdição exclusiva e plena dos Estados para julgar questões relacionadas a disputas dentro do seu

território e da competência *prima facie* dos tribunais nacionais para julgar as controvérsias envolvendo investimento estrangeiro, mas privilegia a solução pacífica de controvérsias por meio da arbitragem entre Estados e reconhece o recurso à força apenas em última instância.

A doutrina Calvo foi apontada como um dos maiores problemas que o ICSID tem enfrentado, responsável pelo relutância por parte dos países América Latina em se tornar signatário do ICSID.⁷¹

1.4.3 A resolução de conflitos sobre investimentos através da Arbitragem Internacional

A arbitragem, de uma maneira geral, pode ser definida como um meio de dirimir uma divergência, a partir de um procedimento instituído pela vontade das partes, presidida por um árbitro, indicado pelos interessados.

Trata-se de um instrumento jurídico específico para a solução de conflitos de interesses, através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem poderes das próprias partes interessadas, por meio de um acordo que também orienta o procedimento arbitral, com vistas à produção de uma decisão, com eficácia mandatória entre as partes.⁷²

A arbitragem sempre foi uma constante ao longo da história, como forma de solução de desavenças, principalmente antes do surgimento e consolidação do Estado e da institucionalização do poder judiciário como uma forma pacífica de dirimir conflitos.

É um meio de solução de controvérsias cujas origens remontam ao primeiro período do Direito Romano, quando as partes, após a fase de apresentação oral do conflito ao magistrado, denominada *in iure*, era fixado o objetivo do litígio, para então o conflito ser encaminhado para um *arbiter*, que não era um funcionário do Estado, mas um particular indicado pelo magistrado para analisar o caso e produzir a sentença.⁷³

A solução arbitral não foi a primeira idéia de composição de litígios, mas sempre esteve presente como uma alternativa aos juízos dos Estados, muito provavelmente em

⁷¹ BAKER, James Calvin. *Foreign direct investment in less developed countries: the role of ICSID and MIGA*. London : Greenwood Publishing Group, 1999. p. 90. No original: *A major problem that has faced ICSID and other multilateral institutions involving issues that could have legal solutions pertains to the so called Calvo Doctrine and the reluctance of Latin American nations to become signatories of institutions such as ICSID.*

⁷² FERNANDES. Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros-reconhecimento e execução: teoria e prática*. Curitiba : Juruá, 2003. p.27

⁷³ ALVES. José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro : Forense, 1992, v. I, p. 232-3

função da idéia singular de se apresentar como jurisdição de equidade, dotada de soluções de menor formalismo e rigor, com soluções menos rígidas e de grande eficiência social.⁷⁴

No entanto, com a consolidação do Estado e de suas instituições judiciárias, a atmosfera legalista vinculada a um forte positivismo jurídico, relegou a arbitragem a um segundo plano.

Durante o século XIX, os conflitos deveriam encontrar soluções na codificação, que conteria todo o direito, e o processo de aplicação da lei deveria fluir através dos órgãos jurisdicionais do Estado.

No entanto esta realidade codificadora não era apropriada às questões do comércio internacional, proporcionada pelo desenvolvimento meteórico das ciências, da indústria, dos meios de produção e dos fluxos comerciais.

O movimento da codificação teria sido apropriado ao direito civil, como comprova o Código Napoleônico, que logrou atingir respeitável longevidade, o que não ocorreu em relação ao direito comercial, que desde logo, tendeu a se decodificar, a superar a rigidez dos textos codificados.⁷⁵

No direito do comércio internacional, a arbitragem ressurgiu ainda no século XIX, da necessidade de soluções adequadas às práticas do comércio, já que a jurisdição Estatal nem sempre estava preparada para solucionar eventual conflito, de forma a atender as necessidades do comércio, que transcendia os limites territoriais dos Estados, bem como os limites de seus ordenamentos jurídicos.

Devido a inadequação da justiça estatal às particularidades que envolvem as questões internacionais, os operadores do comércio internacional encontraram na arbitragem internacional uma forma de justiça que responde as suas necessidades.⁷⁶

No entanto, é importante ressaltar que, o comércio internacional não se dá apenas entre entes privados.

De uma forma bastante comum, acontece do Estado soberano atuar no comércio internacional como parte contratante. Este negócio pode se dar com outro Estado ou com uma empresa privada estrangeira.

⁷⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo : Saraiva, 1993. p 2

⁷⁵ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 18

⁷⁶ RACINE. Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial International et l'ordre public*. Paris. LGDJ, 1999. p.1. No original: *devant l'inadaptation de la justice étatique aux particularités de affaires internationales, les opérateurs du commerce international trouvent dans l'arbitrage une forme de justice qui répond à leurs besoins*

No caso de um eventual conflito decorrente de um negócio firmado por um Estado com outro Estado, a questão será levada ao âmbito do direito internacional e as regras de direito internacional público serão aplicadas ao caso em questão. Entretanto, o conflito pode partir de um contrato firmado entre um Estado com uma empresa estrangeira.

Neste caso, os problemas que surgem são relevantes, já que uma das partes é um Estado soberano e a outra uma ente privado de origem de um outro Estado.

Considerando o objeto do trabalho, que consiste em analisar as soluções de controvérsias decorrentes de investimentos estrangeiros, surgidas entre Estado e empresa privada estrangeira, se aterá a análise da arbitragem, como meio de dirimir conflitos surgidos dessa relação.

Um conflito dessa natureza envolve, obrigatoriamente, questões de ordem pública e privada, que não poderão ser dirimidas pelas regras tradicionais de direito internacional público, que tem como objeto apenas as relações entre Estados soberanos, ou pelo direito internacional privado, cujo objeto de estudo consiste nas relações entre os entes privados de diferentes nacionalidades.

De fato, a arbitragem despertou interesse na esfera internacional, na medida em que a jurisdição estatal se mostrou inadequada como instrumento de pacificação social nestes casos, mormente porque envolve a delicada problemática da questão da soberania dos Estados e suas jurisdições.⁷⁷

A natureza mista do procedimento arbitral que tem como partes um Estado soberano e um ente privado estrangeiro, proporciona o surgimento de questões controversas, como por exemplo, qual foro competente para julgar a matéria ou qual o direito aplicável em face de uma eventual disputa dessa natureza.

Neste caso, a princípio, os árbitros levam em conta o acordo firmado, que em geral prevê observação da legislação interna do Estado Receptor do investimento, os costumes e os princípios de direito internacional relativos à matéria.

De uma maneira geral, o surgimento de conflitos dessa natureza traz à tona dois posicionamentos, que perduram até os dias de hoje. Um, partindo dos Estados Receptores dos investimentos, que se negavam a submeter a questão ao âmbito internacional, alegando que a disputa deveria ser submetida aos tribunais no Estado onde estava alocado o investimento.

⁷⁷ FERNANDES. Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros-reconhecimento e execução: teoria e prática*. Curitiba : Juruá, 2003. p. 57

Do outro lado os investidores, amparados pelos interesses políticos dos seus respectivos Estados de origem, que advogavam pela submissão da divergência ao direito internacional, de forma que a decisão não sofresse qualquer tipo de influência do Estado Receptor.

É importante destacar que no século XIX, os Estados Receptores correspondiam as ex-colônias e os investidores, nacionais dos países Europeus.

O temor dos Estados Receptores dos investimentos em submeter a questão ao plano internacional partia do pressuposto de que estariam dando margem à violação de sua soberania e sua independência política, ambas conquistadas há pouco mais de um século.

O meio encontrado para a solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados foi, então, os tribunais mistos de arbitragem. Com a expansão dos investimentos, os conflitos entre os investidores e os Estados envolviam, ao mesmo tempo, interesses públicos e privados.

Embora, nesta época, as regras vigentes previssem a primazia do direito interno sobre o direito internacional para solucionar disputas dessa natureza, as mudanças surgidas no seio da sociedade internacional levaram ao estabelecimento de exceções, principalmente quando se tratava de controvérsia surgida entre Estado e investidor estrangeiro.

As comissões mistas e a arbitragem são exemplos desse tipo que solução adotada, que acabavam por admitir um ente privado no âmbito do direito internacional.

Embora o Direito Internacional não permitisse a participação do particular, sob o argumento de não ser sujeito possuidor de direito ou deveres no âmbito internacional, há registros, no século XIX, de arbitragens internacionais envolvendo interesses privados.

Alguns exemplos de casos envolvendo o Brasil, onde a arbitragem foi adotada, são pendências com os Estados Unidos por indenizações resultantes do naufrágio do barco americano "Canadá", nas costas brasileiras, e com a Suécia e a Noruega pelo abalroamento de um barco, por volta de 1870. Questões de fronteira com a Argentina e a Guiana Britânica foram resolvidas por laudos arbitrais nos anos de 1900 e 1904.⁷⁸

As chamadas comissões de reclamações mistas e os tribunais arbitrais mistos, criados no final do século XIX, eram formados por representantes de cada um dos estados envolvidos.

⁷⁸ A prática da arbitragem no Brasil data desde o século XIX. A primeira Constituição Política do Império, de 1824, já admitia o uso da arbitragem na solução das disputas nacionais e estrangeiras, além de autorizar que a decisão do árbitro fosse irrecurável, caso as partes estabelecessem a cláusula sem recurso. Informação disponível em <http://www.terra.com.br/reporterterra/direito/interna02.htm>. Acesso em 18.01.2008.

A fim de demonstrar amplitude dessa nova situação, Brownlie destaca a criação de cerca de sessenta comissões de reclamações mistas criadas com o objetivo de dirimir estes conflitos, ressaltando as convenções entre México e os Estados Unidos de 1839, 1848, 1868 e 1923, as arbitragens venezuelanas de 1903 e as convenções entre Grã-Bretanha e os EUA de 1853, 1871 e 1908.⁷⁹

O desenvolvimento da interdependência, principalmente econômica, entre os países, após o advento da globalização, a necessidade de abertura dos mercados e atração de investimentos possibilitou o desenvolvimento do instituto da arbitragem internacional, visto como meio mais apropriado e eficaz para a solução de conflitos entre investidor estrangeiro e o Estado.

A arbitragem internacional, a partir da segunda metade do século XX, se consolidou como o meio mais adequado para a solução de disputas sobre investimentos.

⁷⁹ BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 546

2 O ICSID COMO FORO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOBRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

2.1 A criação do ICSID com foro de solução de disputas sobre investimentos estrangeiros

O Centro Internacional para a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Investidores Estrangeiros ⁸⁰ corresponde a uma organização de direito internacional público, criada pela Convenção de Washington em 18 de março de 1965.

A organização entrou em vigor, efetivamente, em 14 de outubro de 1966, depois de transcorrido o período de um mês depois do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, nos termos do artigo 68 da convenção.

Não se trata de um tribunal permanente, mas de uma organização que auxilia diretamente nos procedimentos de conciliação e arbitragem ⁸¹, disponibilizando uma série de funções administrativas.

A convenção foi o resultado de uma iniciativa do BM, sendo o ICSID uma das cinco instituições que formam o Grupo Banco Mundial ⁸² e representa o resultado de uma audaciosa iniciativa, que teve início três anos antes de sua efetiva criação, encabeçada por seus administradores.

Primeiramente poderia parecer estranho que uma instituição financeira, patrocinasse um acordo internacional relacionado com disputas sobre investimentos entre Estados e investidores privados estrangeiros, isto é, disputas em que, por definição, a princípio, a instituição não teria interesse direto. A explicação, no entanto, não é tão simples: enquanto a

⁸⁰ De acordo com o artigo 34 do Regulamento Administrativo e Financeiro, os idiomas oficiais do centro são inglês, francês e espanhol, respectivamente a denominação do centro corresponde a *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*; *Centre International pour le Règlement des Différent relatif aux Investissements (CIRDI)* e *Centro Internacional de Arreglo de Diferenciales Relativas a Inversiones (CIADI)*. No caso do presente trabalho, optou-se pela adoção da sigla em inglês *ICSID*.

⁸¹ A conciliação se distingue da arbitragem. Na conciliação, o conciliador, terceiro indicado pelas partes, buscará a solução do conflito de interesse existente e atuará sem que suas decisões assumam caráter impositivo ou vinculatório. Na arbitragem, o laudo proferido pelo árbitro, terceiro indicado pelas partes para buscar uma solução para o conflito, tem eficácia de sentença, fazendo com que qualquer resistência da parte perdedora seja enfrentada de forma muito mais contundente pela vencedora. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 20.

⁸² O Grupo Banco Mundial compreende cinco organizações: O Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação de Desenvolvimento Internacional (IDA), a Corporação Financeira Internacional (IFC), a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA) e o Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID).

principal atividade do BM é providenciar financiamento, também desempenha suas tarefas como uma instituição de desenvolvimento.⁸³

Como instituição financiadora voltada ao desenvolvimento, o Banco tinha ciência dos entraves que o risco político e a instabilidade econômica representavam para os investimentos estrangeiros.

Neste sentido, a pretensão era justamente criar um clima favorável ao fluxo de investimentos e reduzir as controvérsias entre o investidor e o Estado Receptor, de forma que ambos pudessem discutir em condições de igualdade.

O objetivo era proporcionar uma alternativa mais eficaz e segura tanto para o investidor como para o Estado Receptor, além de promover o desenvolvimento econômico através de um sistema de soluções de controvérsias eficaz, no contexto de uma instituição internacional.

Aron Broches ressalta a importância da idéia, afirmando que:

“[...] Devemos reconhecer, entretanto, que até mesmo nesses países nos quais o investimento estrangeiro privado é bem-vindo a princípio, os termos e as condições nas quais ele opera tem dado razão a controvérsias entre os países hospedeiros e os investidores privados e estas controvérsias tem por vezes, e existe um número de recentes exemplos óbvios, envolvido o governo nacional dos investidores.

Além da dúvida, o medo de riscos políticos opera como um impeditivo para o fluxo de capital estrangeiro privado para os países em desenvolvimento. O Banco Mundial, portanto, considerou apropriado explorar a possibilidade de contribuir para uma melhora no clima dos investimentos, reduzindo a probabilidade de conflitos não resolvidos entre os Estados Hospedeiros e os investidores, e em particular fazendo de uma forma na qual eliminaria o risco de confronto dos países hospedeiros e dos Estados nacionais do investidor”.⁸⁴

De uma maneira geral, a criação de uma instituição ligada ao BM, tinha como objetivo melhorar a atmosfera de confiança mútua entre os investidores e o Estado

⁸³ BROCHES, Aron. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973. p. 342. No original: *At first it may seem strange that a financing institution, even though it is a specialized agency of the United Nations, would sponsor an international agreement concerned with investment disputes between States and private foreign investors, that is, disputes in which by definition it would have no direct interest. The explanation is nevertheless simple: while the World Bank's principal activity is to provide finance, it does so in carrying out its task as a development institution.*

⁸⁴ BROCHES, Aron. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973. p. 343. No original: *[...] We must also recognize, however, that even in those countries in which foreign private investment is welcome in principle, the terms and conditions on which it operates have given rise to controversy between the host countries and the private investors and these controversies have on occasion, and there are a number of obvious recent examples, involved the national governments of the investors as well.*

Receptor, favorecendo assim o fluxo de investimentos estrangeiros para os países em desenvolvimento.

Nas palavras de Shihata “ A intenção do ICSID é complementar o trabalho do Banco Mundial na redução dos impeditivos não comerciais dos investimentos estrangeiros diretos, assim como outras formas de investimentos”.⁸⁵

Inúmeras solicitações que eram feitas ao presidente do BM, no sentido de mediar as divergências entre Estados e investidores.⁸⁶

Estas solicitações de intervenção serviram de inspiração para a criação de uma instituição especializada na solução de controvérsias decorrentes de investimentos estrangeiros, capaz de manter o equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas.

No âmbito do BM, a questão sobre a criação de uma instituição de solução de disputas relativa a investimentos foi discutida pela primeira vez durante o décimo sétimo encontro anual da junta de governadores, em setembro de 1962.

George D. Woods, então presidente da instituição em 1963, **ressuscitou** a idéia, iniciando uma série de estudos sobre a sua viabilidade e desenvolvimento.

Uma série de encontros foram então realizados⁸⁷, ocasião em que foram desenvolvidos diversos estudos sobre o projeto de criação de um texto preliminar de convenção.

Essas reuniões, que foram presididas pelo Conselho Geral do Banco, serviram apenas para fins de consulta e as reações dos participantes nas reuniões serviram de guia para os Diretores Executivos decidirem sobre as medidas a serem adotadas.⁸⁸

Em de 06 de agosto de 1964, os resultados desses encontros foram apresentados pelos Diretores Executivos do BM através do relatório sobre “Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos”, cujo conteúdo se mostrava favorável à elaboração de uma Convenção sobre o tema, capaz de tornar possível a criação de uma instituição para

⁸⁵ SHIHATA, Ibrahim F.I. *The World Bank in Changing World*, Franziska Tschofen e Antonio R. Parra, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 267. No original: [...] *ICSID is intended to complement the work of the World Bank in reducing non-commercial deterrents to FDI (Foreign Direct Investment), as well as other forms of investment*

⁸⁶ Após a nacionalização do Canal do Suez e o confisco de bens britânicos pelo Egito em 1956, por exemplo, o Banco Mundial, através do seu presidente aceitou desempenhar o papel de mediador na negociações.

⁸⁷ Aids Abeba em dezembro de 1963, Santiago do Chile em fevereiro de 1964, Genebra em fevereiro de 1964, Bangkok em abril/maio de 1964.

⁸⁸ BROCHES, Aron. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between Sates na Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973. p. 345. No original: [...] *These meetings which were chaired by the General Counsel of the Bank, were for purposes of consultation only and the reactions received at the meeting were to guide the Executive Directors in deciding what further action to take.*

intermediar controvérsias relativas a investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados.

A resolução 214 de 10 de setembro de 1964, adotada pela Junta de Governadores do BM durante o décimo nono encontro anual realizado em Tóquio, aprovou o relatório elaborado pelos Diretores Executivos, ocasião em que foi solicitada a criação de uma convenção destinada a promover a conciliação e a arbitragem de disputas relacionadas a investimentos, de forma a abranger o maior número de Estados possíveis.

O BM convidou o governo dos Estados a enviarem representantes que deveriam compor o Comitê Jurídico, o qual tinha como função precípua, auxiliar os Diretores Executivos na construção desse projeto.

Entre novembro e dezembro de 1964, os sessenta e um países que aceitaram o convite se encontraram em Washington e passaram a compor o Comitê Jurídico, lhes sendo designada a tarefa de redigir o texto da convenção.

O texto apresentado pelo Comitê Jurídico foi aprovado pelos Diretores Jurídicos do BM e a versão definitiva da Convenção foi apresentada aos Estados Membros para análise e ratificação.

É importante ressaltar que, apesar da agilidade e destreza com que foram conduzidos os trabalhos destinados à criação da Convenção, os procedimentos de preparação, negociação e formulação dessa convenção e a maneira como foram submetidas ao crivo dos governos, teve que ultrapassar dois importantes obstáculos: um, a questão do grande número de países representados por um pequeno número de representantes e dois, a questão do sistema de votação vigente no BM.

Aron Broches levanta os problemas que surgiram com o método adotado nos procedimentos de preparação, negociação e formulação da convenção:

[...] As responsabilidades principais eram suportadas pelos Diretores Executivos, num número de 20, que entre eles representavam todos os membros. Este era um grupo de tamanho gerenciável os quais incluíam representantes do capital exportador bem como dos países de capital importador. Obviamente muito longe, porém, de uma reflexão rigorosa dos pontos de vista individuais dos então cerca de 100 países membros. Esta lacuna foi consideravelmente sanada, primeiro, por reuniões regionais consultivas e numa fase posterior, por reuniões do Comitê jurídico, que serviu com um duplo propósito de fornecer especialização técnica e comunicar a posição individual de cada país. Existiu um outro problema. Ao contrário da situação na grande maioria das organizações internacionais, nas quais todos os membros têm o mesmo poder de voto – um país, um voto – o poder de voto dos membros no Banco Mundial (...) está relacionada com a sua contribuição financeira. Este sistema de peso dos votos se aplica, além disso, no conselho dos Diretores Executivos, em

cada diretor representa um número de votos do membro ou membros que o indicou ou elegeu.

[...]

Os Diretores Executivos desenvolveram, entretanto, uma prática de promover o consenso através de reuniões informais, nas quais não eram tomadas as votações. ... Este sistema funcionou satisfatoriamente, Soldagens deram uma rigorosa reflexão sobre os pontos de vista dos membros e na última rodada de reuniões dos Diretores Executivos, a maioria, tanto em número de membros e de votos ponderados, atendeu os desejos das minorias em diversos casos, para produzir um texto que fosse amplamente aceito.⁸⁹

De uma forma geral, um número significativo de países de origem dos investidores e Estados Receptores de investimentos, incluindo aí países africanos e asiáticos, aderiram ao tratado.

A América Latina, por sua vez, votou contra a resolução adotada pela junta de governadores de 1964, durante o encontro em Tóquio.

Esta oposição ocorreu em bloco, ou seja, todos os países Latino Americanos se mostraram contra a realização de um tratado com vistas à criação de um órgão de solução de disputas sobre investimentos, nos moldes propostos pelo BM.

A posição dos países latino americanos, conhecida como “*el no de Tokyo*”, baseado em conceitos de soberania vigente nestes países, ficou claramente demonstrada na declaração do governador chileno do BM e do FMI, Feliz Ruiz, dada em nome dos países latino americanos.

O novo sistema sugerido daria ao investidor estrangeiro, por meio do mero fato que ele é estrangeiro, o direito de demandar a um Estado soberano fora do seu território nacional, dispensando-o das cortes de direito. Essa norma é contrária aos princípios jurídicos aceitos dos nossos países e, de fato, conferiria ao investidor estrangeiro um privilégio, colocando os

⁸⁹ BROCHES, Aron. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between Sates na Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973. p. 346/347. No original: *The central responsibility was shouldered by the Executive Directors, 20 in number, who between them represented the entire membership. This was a group of manageable size, which included representatives of capital exporting as well as capital importing countries. It fell obviously far short, however, of an accurate reflection of the individual views of the then roughly 100 individual member countries. This shortcoming was largely cured, first, by the regional consultative meetings and in a later phase, by the meetings of the Legal Committee, which served the double purpose of providing technical expertise and communicating individual country positions. There was another problem as well. Unlike the situation in the large majority of international organizations in which all members have equal voting power – one country, one vote – the voting power of members of the World Bank (and for that matter of other international financial institutions as well) is related to their financial contributions. The Weighted voting system applies also in the Board of Executive Directors in which each Director casts the number of votes of the member or members by which he was appointed or elected. [...]The Executive Directors had, however, developed a practice of seeking a consensus in informal meetings in which no votes are taken. This “no-formal-vote” system was also embodied in the Rules of Procedure of the Legal Comittee. The System worked quite satisfactorily. Polls gave an accurate reflection of the views of members and in the last round of members and in weighted votes, deferred to the wishes of the minority in several cases in order to produce a text which would be widely acceptable.*

nacionais dos países afetados numa posição de inferioridade. Tenho que constar, Senhor Presidente, que o procedimento sugerido não conta com a aprovação dos nossos países porque fere princípios constitucionais relacionados a essa questão que não podem ser ignorados.⁹⁰

Esta resistência permaneceu por mais de uma década, quando aos poucos, estes mesmos países passaram a aderir ao tratado⁹¹. Alguns, a exemplo do Brasil, permanecem resistentes à idéia.

Alguns dos motivos da recusa brasileira em assinar a Convenção podem ser constatados no parecer proferido pelo então Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores, Dr. Augusto de Rezende Rocha, proferida em 1964.

De acordo com o parecer, a assinatura e a ratificação do tratado pelo Brasil:

“Seria a consagração do imperialismo econômico e financeiro, ainda que disfarçada. (...) não é crível que qualquer Estado normalmente organizado, apresentando instituições asseguradoras de uma ordem jurídica primária, concorde de boa mente em sub-rogar funções públicas essenciais a um tribunal internacional, que na sua organização e funcionamento será passível de sofrer influências prejudiciais à própria soberania desse Estado. (...) nunca o Governo brasileiro, em qualquer época, deixou de acolher, diplomática ou judicialmente, as reivindicações de *meritorious cases* de estrangeiros que lhe fossem apresentadas”.⁹²

O centro disponibiliza mecanismos para a realização de procedimentos de conciliação e de arbitragem, visando à solução de controvérsias relacionadas a investimentos.

Conforme ressaltando já na introdução desse texto, não se está falando de um centro de conciliação e arbitragem propriamente dito. Os procedimentos de conciliação e de arbitragem são conduzidos pelos conciliadores e árbitros, designados de acordo com as disposições da convenção.

⁹⁰ KLEINHISTERKAMP, Jan, *O Brasil e as Disputas com investidores estrangeiros*. in CHEREM, Monica Teresa Costa Sousa. JÚNIOR, Roberto Di Sena, Organizadores. Comercio internacional e desenvolvimento : uma perspectiva brasileira. São Paulo : Saraiva, 2004. p. 16.

⁹¹ Argentina assinou a Convenção em 21.05.1991; Chile assinou a Convenção em 25.01.1991; Costa Rica assinou a Convenção em 29.09.1981; El Salvador assinou a Convenção em 09.06.1982; Equador assinou a Convenção em 15.01.1986; Guatemala assinou a Convenção em 09.11.1995; Honduras assinou a Convenção em 28.05.1986; Nicaragua assinou a Convenção em 04.02.1994; Panama assinou a Convenção em 22.11.1995; Paraguai assinou a Convenção em 27.07.1981; Peru assinou a Convenção em 04.09.1991; Uruguai assinou a Convenção em 28.05.1992; Venezuela assinou a Convenção em 18.08.1993, Bolívia assinou a Convenção em 1991, mas denunciou o tratado em 2007. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>. Acesso em 04.11.2008.

⁹² SOARES, Guido. *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p.80.

Regra geral, as partes possuem uma significativa liberdade para escolherem as regras sob as quais se submeterão, bem como designar os membros que irão compor o grupo que decidirá a controvérsia.

No entanto, ao mesmo tempo em que o tratado concede às partes essa significativa liberdade, assegura que falhas no acordo e a ausência de consenso entre as mesmas não sirvam de obstáculo à constituição da comissão de conciliação ou do tribunal arbitral.

De qualquer forma, as regras previstas no texto da Convenção são válidas e podem ser aplicadas apenas em acordos envolvendo os países que ratificaram o tratado.

Nestes termos considerando os objetivos que serviram de base para a criação desse centro especializado, tais como, propiciar um ambiente favorável e seguro para o fluxo de investimentos, bem como dirimir e reduzir o número de conflitos sobre a questão, e considerando ainda a pouca adesão dos países durante a primeira década que sucedeu a sua criação, em 1978 foi criado um Mecanismo Suplementar, aplicado aos procedimentos de conciliação e arbitragem que se encontram fora da jurisdição do centro.

Com a aprovação da criação do Mecanismo Suplementar pelo Conselho Administrativo, o Secretariado do Centro passou a administrar certas categorias de procedimentos que se encontravam fora da sua jurisdição.

Questões foram levantadas relativas à competência do Conselho Administrativo de prever procedimentos que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção, e desse modo, além da proposta do centro definida no artigo 1(2). Em resposta, afirmou-se que o estabelecimento do Mecanismo Suplementar não implicaria uma extensão da jurisdição do Centro, mas apenas das atividades do secretariado.⁹³

Este mecanismo permite que o secretariado do centro administre procedimentos de conciliação ou arbitragem entre Estados e nacionais de outros Estados, envolvendo questões e situações não previstas pelas regras vigentes no âmbito do ICSID, como por exemplo, divergências relacionadas a investimentos, nos casos em que uma das partes corresponde a

⁹³ BROCHES, Aron. *Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states of 1965: explanatory notes and survey of its application*. Yearbook Commercial Arbitration, v.18 (1993). p. 627-717. p.633. No original: *At its Annual Meeting the Administrative Council approved the creation of an additional facility within the Secretariat of the Centre for the administration of certain categories of proceeding which are outside the jurisdiction of the Centre *ratione personae* or *ratione materiae*, or are fact findings proceedings (Additional Facility). Questions had been raised concerning the power of the Administrative Council to provide for proceedings outside the scope of the Convention and, thus, beyond the purposes of the Centre as defined in article 1(2) of the Convention. The answer was given that the establishment of the Additional Facility would not involve an extension of the jurisdiction of the Centre, but merely of the activities of the Secretariat. Proceedings under the Additional Facility would not be governed by the provisions of the Convention and the Additional Facility Rules expressly so provide.*

um Estado ou um nacional de um Estado não contratante da convenção; conciliação ou arbitragem de uma divergência não relacionada diretamente a um investimento, desde que não decorra de uma simples transação comercial ordinária ou ainda, nos casos de procedimentos de comprovação de fatos.⁹⁴

Com relação a procedimento relativo à comprovação de fatos, também chamado de *fact-finding proceedings*, trata-se de um mecanismo voltado mais à prevenção que à solução de controvérsias.

Vem a ser um recurso voltado para a apuração e exame de acontecimentos relevantes, envolvendo um determinado investimento, permitindo uma análise imparcial dos fatos – e não do direito – que em alguns casos pode prevenir entendimentos diversos e com potencial para se tornarem um controvérsia jurídica. Neste caso, o procedimento termina com um relatório, não obrigatório, que se limita a apresentar uma conclusão sobre os fatos, evitando que simples diferenças de opinião possa se converter em controvérsias jurídicas.⁹⁵

As demandas contra o México⁹⁶, por exemplo, são todas apresentadas com base nas regras desse mecanismo adicional, uma vez que o país, até o momento, não ratificou o Tratado que criou o Centro, enquanto o NAFTA, acordo do livre comércio firmado entre Canadá, Estado Unidos e México, em seu artigo 1.115⁹⁷, permite que o investidor, após seis meses do surgimento dos fatos que justificaram a reclamação, a faça no âmbito do ICSID.

⁹⁴ Mecanismo Complementar – art. 2 (versão em espanhol): *Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías: (a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante; (b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante; y (c) procedimientos de comprobación de hechos. La administración de los procedimientos autorizados por este Reglamento se denomina en adelante el Mecanismo Complementario.*

⁹⁵ RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 88-90.

⁹⁶ Alguns exemplos de casos apresentados perante o centro contra o México: [ARB\(AF\)/05/1](#), Bayview Irrigation District and others v. United Mexican States; [ARB\(AF\)/04/5](#), Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States; [ARB\(AF\)/02/1](#), Fireman's Fund Insurance Company, v. , United Mexican States; [ARB\(AF\)/00/3](#), Waste Management, Inc., v. , United Mexican States; [ARB\(AF\)/00/2](#), Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A., v. , United Mexican States; [ARB\(AF\)/99/1](#), Marvin Roy Feldman Karpa , v. , United Mexican States; [ARB\(AF\)/98/2](#), Waste Management, Inc., v. , United Mexican States; [ARB\(AF\)/97/2](#), Robert Azinian and others , v. , United Mexican States; [ARB\(AF\)/97/1](#), Metalclad Corporation , v. , United Mexican States.

⁹⁷ North American Free Trade Agreement (versão em ingles) *Section B - Settlement of Disputes between a Party and an Investor of Another Party Article 1115: Purpose Without prejudice to the rights and obligations of the Parties under Chapter Twenty (Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures), this*

É importante ressaltar que não se aplicam as cláusulas específicas da Convenção aos casos submetidos ao Mecanismo Adicional, tais como a obrigatoriedade do reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral pelos Estados contratantes.

2.2 Objetivos e Finalidades

Já no seu preâmbulo, o texto da Convenção de Washington declara a importância dos investimentos estrangeiros para a cooperação internacional e o desenvolvimento econômico.

Estreitar os laços entre os Estados em prol do desenvolvimento econômico, através da criação de um centro capaz de estimular a confiança mútua entre Estado e investidor era o grande objetivo do BM, e a criação de um Centro de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados parecia adequada a este ideal.

O objetivo da Convenção consiste na criação do ICSID, um centro munido de uma estrutura capaz de auxiliar na solução de eventuais disputas entre um investidor e o Estado Receptor do investimento.

A Convenção por vezes foi considerada um instrumento de proteção dos investimentos, visão esta unilateral e muito estreita, do ponto de vista de Aron Broches, considerado “o pai” da idéia.

Segundo o autor, a proposta da convenção é promover os investimentos privados estrangeiro para melhorar o clima entre investidores e Estados Receptores. O projeto teve um cuidado significativo para fazê-lo como um instrumento colocado à disposição tanto dos interesses dos Estados como dos investidores.⁹⁸

Suas regras são independentes do direito nacional das partes envolvidas, justamente por estarem fundadas em um tratado internacional e não estão sujeitas ao controle dos tribunais nacionais.

Através da conciliação ou da arbitragem, o centro se propõe a auxiliar na resolução de disputas oriundas de investimentos surgidas entre Estados Contratantes da Convenção e

Section establishes a mechanism for the settlement of investment disputes that assures both equal treatment among investors of the Parties in accordance with the principle of international reciprocity and due process before an impartial tribunal. Disponível em <http://www.international.gc.ca>. Acesso em 15.10.2008.

⁹⁸ BROCHES, Aron. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973. p 348. No original [...] *The purpose of the Convention is to promote private foreign investment by improving the investment climate for investors and host States alike. The drafters have taken great care to make it a balance instrument serving the interests of host States as well as investors.*

investidores de origem de outros Estados, também Contratantes, preocupando-se sempre em manter o equilíbrio entre as partes.

O ICSID foi criado com objetivo de fornecer um fórum para solução de conflitos num quadro que equilibra cuidadosamente os interesses e as necessidades de todas as partes envolvidas, e tenta, em particular, “despolitizar” as soluções de disputas sobre investimentos.⁹⁹

No que tange a capacidade do entre privado de postular perante um órgão internacional, é importante ressaltar esta significativa inovação, podendo-se assim dizer, da Convenção.

O investidor não depende mais da intervenção do governo do seu Estado de origem. A ratificação do tratado de instituiu o ICSID, permite que os nacionais deste Estado, sejam eles pessoas jurídicas ou físicas, apresentem uma reclamação perante o centro.

Do ponto de vista legal, acredita-se que esta é uma das mais importantes inovações da Convenção. O Estado não precisará prestar a proteção diplomática para que a reclamação possa ser discutida no âmbito internacional, evitando que o particular fique a mercê dos interesses políticos do seu Estado de origem.

O Estado Receptor, da mesma forma, se vê garantido contra a aplicação do instituto da proteção diplomática pelo Estado de origem do investidor, evitando que eventual disputa decorrente de um contrato de investimento se torne uma disputa entre Estados.

O significado da solução de disputas entre Estados e investidores estrangeiros passou por uma significativa mudança no decorrer do tempo. No último século, algumas disputas foram altamente politizadas e conduzidas, freqüentemente, ao exercício da proteção diplomática, algumas vezes seguidas do uso da força. Os países Latino Americanos, em particular, foram expostos aos abusos da proteção diplomática e, às vezes, à intervenção e ocupação armada, pelas forças estrangeiras dos governos dos investidores estrangeiros. A reação desses países foi a formulação de um quadro jurídico que sujeitou os investidores estrangeiros a jurisdição exclusiva dos Estados Receptores.¹⁰⁰

⁹⁹ SHIHATA, Ibrahim F.I. *Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, v. 1 (1986-1). p. 1-25. p. 4. No original: *The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID or the Centre), was created by the Convention on the Settlement of Investment Disputes (the ICSID Convention) to provide a forum for conflict resolution in a framework which carefully balances the interests and requirements of all the parties involved, and attempts in particular to “depoliticize” the settlement of investment disputes.*

¹⁰⁰ SHIHATA, Ibrahim F.I. *Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, v. 1 (1986-1). p. 1-25. p. 1. No original: *The means to settle disputes between States and foreign investors have changed considerably in the course of time. In the last century and in the early years of this one, such disputes were highly politicized and led to the frequent*

A Convenção de Washington foi estruturada de forma a atender aos anseios da comunidade internacional neste sentido, operando de forma independente, sem qualquer relação com sistemas jurídicos nacionais.

Se por um lado os Estados novos relutavam em submeter os conflitos em que estavam envolvidos à arbitragem internacional, ato este entendido como uma forma de evitar uma invasão à sua soberania, por outro, os investidores relutavam em submeter os conflitos às leis do Estado Receptor do investimento.

Assim é que a adoção de uma convenção internacional sob os auspícios do BM poderia conciliar estes interesses. Se por um lado as partes privadas esperavam que os Estados soberanos fossem induzidos a aceitar a proposta apresentada pelo centro, já que o ICSID correspondia a uma instituição arbitral internacional ligada ao BM, por outro, o Estado tinha a sua soberania protegida em função dos requisitos exigidos para a submissão de um caso ao centro, protegendo relativamente o consentimento do Estado.¹⁰¹

Os procedimentos de conciliação desempenham um papel menor, mas não menos importante. De fato, a maioria dos casos apresentados é objeto de análise mediante instauração de procedimentos de arbitragem e não de conciliação. Esta constatação talvez seja justificada pelo fato da arbitragem resultar numa decisão obrigatória, capaz de conceder uma solução definitiva para as partes.

Uma particularidade com relação ao ICSID consiste na sua participação em atividades de consultoria para o BM. O ICSID mantém um programa de pesquisa sobre o direito do investimento sendo algumas dessas pesquisas publicadas em coleções como *Investment Laws of the World*; *Investment Treaties* e *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*.

2.3 Estrutura Institucional

exercise of diplomatic protection, some times followed by the use of force. Latin American countries, in particular, were exposed to abuses of diplomatic protection and, at times, to armed intervention and occupation by foreign forces dispatches by the governments of foreign investors. The reaction of these countries found its expression in the formulation of a legal framework that would subject foreign investments to the exclusive jurisdiction of the host country.

¹⁰¹ STERN, Brigitte. *O consentimento dos investimentos internacionais. Traduzido por Maria Cândida Eugênia Chiampi Cortez; revisado por José Ignacio Coelho Mendes Neto. Barueri, São Paulo : Manole, 2003. p. 100-101.*

Considerando o fato de que o centro não exerce efetivamente a conciliação e a arbitragem, atuando apenas como facilitador, esta característica se reflete na sua estrutura institucional, que é relativamente simples.

Compõe o centro um Conselho Administrativo, um Secretariado e uma lista de conciliadores e árbitros.

O Conselho administrativo é composto pelos representantes de cada Estado parte da convenção e é presidido pelo Presidente do BM, que por sua vez não possui direito de voto, ao contrário dos demais componentes do conselho.¹⁰²

O sistema de voto no âmbito do ICSID, aliás, diferentemente daquele vigente no BM, é equânime.

A tarefa do Conselho corresponde a atividades relacionadas à adoção de regulamentos administrativos e financeiros que compreendem o Regulamento Administrativo, o Regulamento Financeiro, o Regulamento processual aplicável à instauração dos procedimentos de conciliação e de arbitragem; ao estabelecimento de regras de procedimento para conciliação e arbitragem; a realização do orçamento anual do Centro; a aprovação das negociações com o BIRD para a utilização de seus serviços administrativos e instalações e a criação de comissões que considerar necessárias¹⁰³.

¹⁰² Convenção de Washington (versão em espanhol). *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - Sección 1 - Creación y organización - Sección 2 El Consejo Administrativo Artículo 4 (1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo. (2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán ex officio el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente. Artículo 5 El Presidente del Banco será ex officio Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente) pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuará como Presidente del Consejo.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 16.10.2008.

¹⁰³ Convenção de Washington. Art. 6 (versão em espanhol). *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - Sección 1 - Creación y organización - Sección 2 El Consejo Administrativo - Artículo 6 (1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes: (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro; (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje; (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje); (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos e instalaciones; (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos; (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro; (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro. Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo. (2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias. (3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 16.10.2008

O Secretariado é formado pelo secretário geral, indicado pelo presidente do BIRD e eleito pelo conselho administrativo por maior de dois terços e exerce um mandato de seis anos, passível de reeleição, além dos secretários gerais adjuntos, cuja escolha segue o mesmo procedimento para eleição do secretário geral e também exercem um mandato de seis anos.¹⁰⁴

O Secretário exerce importante função dentro do centro, ao qual cabe, por exemplo, recusar o registro de um requerimento de conciliação ou arbitragem e impedir a instauração de um procedimento, se entender que o pedido excede a jurisdição do centro.¹⁰⁵

Também é atribuída ao Secretário a função de constituição das comissões de conciliação e de arbitragem a fim de assegurar o cumprimento dos dispositivos da convenção e regulamentos.

Composta a comissão ou o tribunal, cabe ao Secretário-Geral designar um dos componentes do Secretariado para exercer a função de Secretário, função esta que inclui servir como canal de comunicação entre as partes e os conciliadores ou árbitros; organizar as minutas de audiências, administrando o funcionamento dos procedimentos bem como os fundos adiantados pelas partes; organizar os procedimentos onde quer que eles ocorram, além de, fornecer serviços como uso de tradutores, estenógrafos e secretários.

As listas de conciliadores e árbitros são constituídas tendo como base quatro nomes indicados pelos Estados-partes, que podem ser ou não de nacionais destes Estados, e outros

¹⁰⁴ Convenção de Washington Art. 9 (versão em espanhol): *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Sección 3 -El Secretariado - Artículo 9 - El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro. Artículo 10 (1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un período de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentará uno o más candidatos para cada uno de esos cargos. (2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo. (3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuará como Secretario General. Si hubiere más de un Secretario General Adjunto, el Consejo Administrativo determinará anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.*

Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 16.10.2008

¹⁰⁵ Convenção de Washington Art. 11(versão em espanhol): *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Artículo 11 - El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 16.10.2008

dez nomes indicados pelo Presidente do Conselho Administrativo, para um mandato de seis anos.¹⁰⁶

Estas pessoas deverão, nos termos da Convenção, possuir idoneidade moral e a reconhecida competência nos campos do direito, comércio, indústria e finanças e deverão desempenhar suas funções inspirando confiança e imparcialidade de juízo.¹⁰⁷

Toda esta estrutura, por sua vez, de acordo com as disposições da Convenção, é financiada através dos direitos decorrente da utilização dos serviços do centro. Os 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, também deverão auxiliar com custos de manutenção do centro, quando necessário.¹⁰⁸

2.4 Os procedimentos do ICSID

A Convenção de Washington prevê dois tipos de procedimento, para a solução de conflitos sobre investimento: a conciliação e a arbitragem.

Ambos são iniciados por iniciativa da parte, seja Estado ou investidor, através de um requerimento escrito, dirigido ao Secretário Geral do ICSID, com informações acerca do objeto da controvérsia, identidade e consentimento de cada uma das partes, através do qual

¹⁰⁶ Convenção de Washington Art. 13 (versão em espanhol): *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Sección 4 - Las Listas Artículo 13 (1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado. (2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 18.10.2008.

¹⁰⁷ Convenção de Washington Art. 13 (versão em espanhol): *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Artículo 14 (1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros. (2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em

¹⁰⁸ Convenção de Washington Art. 17 (versão em espanhol): *Capítulo I - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Sección 5 - Financiación del Centro - Artículo 17 - Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em

declaram estarem cientes e interessadas em submeter uma respectiva demanda perante o Centro, com vistas à sua solução.

Tão logo seja apresentada a reclamação, cabem as partes ou ao Centro, constituir a comissão de conciliação ou o tribunal de arbitragem dependendo do caso.

Instaurada uma conciliação, esta será formada por um ou mais conciliadores, de acordo com a vontade das partes, mas sempre em número ímpar. A indicação do (s) conciliador (es) deverá ocorrer num prazo máximo de 90 dias, sob pena se serem designados pelo presidente do Conselho Administrativo.

As regras são as mesmas para a formação do tribunal de arbitragem.

É importante ressaltar que a jurisdição do Centro é restrita e nos termos do artigo 25, devem ser preenchidos 03 requisitos para que a reclamação possa ser aceita e analisada.

O primeiro deles corresponde ao consentimento expresso dos interessados, que depois de concedido, inviabilizará a retirada unilateral de qualquer uma das partes.

Outro requisito está relacionado à qualidade das partes, obrigatoriamente, de um lado deverá estar um Estado contratante e do outro, deverá estar um investidor, pessoa física ou jurídica, nacional de outro Estado contratante.

A controvérsia deverá ainda ser decorrente de um investimento, assim entendido de acordo com a jurisprudência do Centro, já que a Convenção não define o que venha a ser este fenômeno.

De um modo geral, os procedimentos de conciliação e arbitragem são flexíveis. As normas se restringem a delimitar o contexto da discussão e possibilitar o seu desenvolvimento de forma ordenada.

Importante ressaltar que a falta de cooperação de uma das partes não se torna um óbice à solução da desavença. Na ausência de um acordo entre as partes, seja em relação à escolha do árbitro, por exemplo, ou às regras de direito aplicáveis, a Convenção concede ao Conselho Administrativo poder para dirimir sobre essas questões, a fim de possibilitar o trâmite do procedimento.

O procedimento adotado desde o requerimento de instauração de um procedimento de conciliação ou arbitragem até a decisão final, regra geral, passa por várias etapas disposta na seguinte ordem:

A parte interessada apresenta junto ao Centro o requerimento de conciliação ou arbitragem, redigido em uma das três línguas oficiais: inglês, francês ou espanhol, indicando

o objeto da controvérsia, a identidade das partes e o seu consentimento, de acordo com o Regulamento para Instauração, endereçada ao Secretário Geral.

Recebida pelo Secretário Geral, este analisará o pedido, com o objetivo de identificar se está dentro da jurisdição do Centro, se a parte consentiu com as regras da instituição, principalmente em se tratando de um Estado.

Recebido o requerimento, o secretário geral transmitirá uma cópia para a outra parte.

O requerimento, obrigatoriamente, deverá conter informações sobre a questão motivo da controvérsia, bem como, de forma clara, evidenciar o vínculo a um investimento.

O Secretário Geral, efetivamente, exerce a função de “filtro”, não sendo permitido às partes recorrer da decisão que nega o pedido de instauração de um procedimento de conciliação ou arbitragem.

Quando houver dúvidas por parte do Secretário, com relação à jurisdição do centro, por menor ou mais insignificante que possa parecer, o Secretário Geral deverá instaurar o procedimento e delegar à comissão de conciliação ou ao tribunal de arbitragem a decisão relacionada às questões jurisdicionais.

Recebido o requerimento, parte para a composição da comissão de conciliação ou do tribunal arbitral, dependendo do procedimento a ser adotado.

Constituída a comissão ou o tribunal dá-se início ao procedimento.

Ainda com relação aos procedimentos previstos pela Convenção de Washington, o Centro poderá administrar certos tipos de procedimentos, no âmbito do Mecanismo Suplementar.

O Regulamento do Mecanismo Suplementar, aprovado pelo Conselho Administrativo em setembro de 1978, autoriza o Secretariado do ICSID a administrar certos tipos de procedimentos de conciliação e arbitragem que se encontram fora o alcance da Convenção de Washington.

Entretanto, ao contrário do que ocorre nos procedimentos governados pelo ICSID, os procedimentos conduzidos de acordo com o Mecanismo Complementar, além de estarem sujeitos a aprovação do Secretário Geral, não estarão protegidos do direito nacional e a execução das sentenças, em se tratando de um procedimento arbitral, se dá de acordo com o direito do foro arbitral, ou seja, há a possibilidade de intervenção dos tribunais da sede da arbitragem e recusa do reconhecimento e execução da sentença arbitral.¹⁰⁹

¹⁰⁹ RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de*

Este procedimento poderá ser instaurado: (i) quando o procedimento de conciliação ou arbitragem relativa a investimento envolver um Estado Parte não contratante; (ii) quando a desavença não estiver diretamente relacionada a um investimento; (iii) estar relacionada a um procedimento de constatação de fatos, que consiste em um procedimento capaz de permitir às partes uma análise imparcial dos fatos e evitar controvérsias jurídicas.

Os procedimentos que se desenrolam com base no regulamento do Mecanismo Complementar, não estão submetidos às regras da Convenção de Washington, possuem uma base contratual baseada no acordo entre as partes como a que ocorre em qualquer arbitragem internacional e estão sujeitas a aprovação do Secretário-Geral.

2.4.1 O requerimento de instauração dos procedimentos de conciliação ou arbitragem

Eventual conflito apresentado perante o Centro, deverá ser composto por um Estado contratante e um investidor, seja pessoa física ou jurídica, nacional de um outro Estado, também contratante. Consiste em um dos requisitos que delimitam a competência de jurisdição do centro, chamada também de *ratione personae*, a ser trabalhada de forma mais detalhada no item 2.3.3.

O Centro também admite, a título de exceção, a participação de uma subdivisão política ou de um organismo público pertencente a um Estado contratante, desde que o próprio Estado designe perante o Centro quais são as suas subdivisões políticas ou organismos públicos que poderiam ser parte em uma eventual divergência.¹¹⁰

A Convenção, através do artigo 25 (3) exige que este consentimento seja aprovado pelo Estado, salvo se o Estado notificar o centro de que esta aprovação não é necessária.

Com relação ao investidor, assim entendido o nacional de outro Estado contratante, a Convenção faz uma diferença entre a pessoa jurídica e a pessoa física e estabelece requisitos para cada uma delas.

Washington de 1965. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 88-89

¹¹⁰ Países como Austrália, Equador, Guinéa, Quênia, Madagascar, Nigéria, Peru, Portugal, Sudão e Reino Unido fizeram estas designações. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 15.08.2008

O investidor, pessoa física¹¹¹, que pretenda apresentar um requerimento de instauração de um procedimento de conciliação ou de arbitragem deve reunir condições como possuir a nacionalidade diversa daquela do Estado parte da controvérsia, no momento do consentimento das partes ao ICSID e no momento do registro do requerimento de instauração de um procedimento.

O requerimento de instauração dos procedimentos de conciliação ou de arbitragem é regulado, respectivamente, pelos artigos 28 e 36 da Convenção de Washington.

O requerimento indicará o objeto da controvérsia, a qualificação das partes e o seu consentimento, redigido em uma das três línguas oficiais: espanhol, francês ou inglês.

Nos termos dos art. 28 (1) e 36 (1)¹¹², qualquer Estado contratante ou nacional de um Estado contratante pode apresentar um requerimento de instauração de procedimento, seja de conciliação ou arbitragem. Em que pese o fato da grande maioria dos casos iniciarem, por iniciativa do investidor, há casos de procedimentos que foram instaurados a pedido de um Estado contratante, a exemplo do caso *Gabão v. Société Serete S.A.*¹¹³ e o caso *Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited*¹¹⁴, entre outros.

Este requerimento passa pelo crivo do Secretário Geral, responsável pela análise preliminar. O Secretário Geral possui poder de vetar todo e qualquer requerimento que se apresentar fora da jurisdição do centro, decisão esta definitiva, em face da qual não há previsão de revisão.

Questão que merece destaque consiste na necessidade de consentimento expreso das partes, sem o qual, a apresentação de um requerimento no ICSID é impraticável. As partes, seja investidor ou o Estado Receptor do investimento, deverão consentir por escrito, em submeter à controvérsia ao procedimento de conciliação ou de arbitragem do Centro, nos termos do artigo 25 da Convenção de Washington.

¹¹¹ Alguns exemplos de casos submetidos ao ICSID, por pessoas físicas: Ghaith R. Pharaon c. República de Túnez (ARB/86/1); Philippe Gruslin c. Malásia (ARB/94/1); Antoine Goetz e outros c. República de Burundi (ARB/95/3). Disponível em www.worldbank/icsid. Acesso em 18.08.2008.

¹¹² *Convenção de Washington (versão em espanhol)* Capítulo III – *La Conciliación Sección 1 - Solicitud de conciliación - Artículo 28 (1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.*

Capítulo IV - El Arbitraje Sección 1- Solicitud de arbitraje Artículo 36 (1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

¹¹³ ARB/76/1. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 20.08.2008

¹¹⁴ ARB/98/8 Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 20.08.2008

Este consentimento pode se dar, em se tratando de um Estado, nos termos da jurisprudência vigente no centro, através de um tratado em matéria de investimentos; de um compromisso arbitral decorrente de um conflito existente; da legislação sobre a promoção de investimentos, através da qual se declara que eventuais divergências serão resolvidas no âmbito do ICSID.

O investidor, por sua vez, consente em submeter eventual conflito ao centro, através da aceitação por escrito.

2.4.2 A constituição da comissão de conciliação e do tribunal arbitral e os procedimentos de conciliação e arbitragem.

A Convenção prevê dois tipos de procedimento, a conciliação e a arbitragem. Assim, dependendo do procedimento adotado pelas partes, após o registro do requerimento, dá-se início a composição da comissão de conciliação ou do tribunal arbitral.

As listas de conciliadores e de árbitros são compostas por especialistas nas áreas comercial, industrial, financeira, que são designadas pelos Estados Contratantes no número de quatro pessoas e pelo Presidente do Centro, que poderá indicar até 10 pessoas de diferentes nacionalidades, por um mandato de até 06 anos.

Seja para o cargo de conciliador ou de árbitro, a pessoa designada deverá possuir alta consideração moral, competência reconhecida em matéria jurídica, além de possuir condições de garantir a independência durante o exercício das suas funções.

O objetivo é manter a aptidão daqueles que, por escolha das partes, serão designados para auxiliá-las na solução do conflito. Independentemente da lista mantida pelo centro, as partes poderão optar por conciliadores ou árbitros que não estão relacionados nas listas.¹¹⁵

Regra geral, as partes possuem liberdade para nomear o (s) conciliador (es) ou árbitro (s) que irão constituir a comissão ou o tribunal, formado por uma única ou mais pessoas, sempre em um número ímpar.

Pode ocorrer das partes, transcorridos 60 dias a contar da data do registro do requerimento, não chegarem a um acordo sobre o número de árbitros ou sobre o método de nomeação dos mesmos, ocasião em que a comissão ou tribunal será formado por três

¹¹⁵ Arts. 29 e 37 da Convenção de Washington

conciliadores ou árbitros, sendo dois indicados por cada uma das partes e o terceiro, que presidirá a comissão, indicado de comum acordo.¹¹⁶

Na prática, não raras vezes ocorrem confusões a respeito da aplicação desses artigos, por se pensar que a sua aplicação é automática, ou seja, que transcorrido o prazo, automaticamente o Presidente fará a nomeação.

Cabem as partes interessadas informar o Secretário Geral que, transcorridos 60 dias, opta-se pela aplicação dos artigos 29 (2) (b) ou 37 (2) (b), dependendo do caso, cabendo ao Secretário, por sua vez, notificar a outra parte, e finalmente o número de conciliadores ou árbitros são definidos, bem como o método de nomeação.¹¹⁷

Se passado o período de noventa dias, a contar da data do registro do requerimento, a comissão ou o tribunal não estiver constituído, caberá ao Presidente do Conselho Administrativo, a pedido das partes, nomear os conciliadores ou árbitros faltantes, nos termos dos artigos 30 e 38 respectivamente.

Após indicados ou nomeados, dependendo do caso, estes indivíduos serão comunicados e deverão dizer se aceitam o encargo. O Secretário Geral notificará as partes acerca da aceitação do encargo por parte daqueles nomeados e dá-se início ao procedimento.

Com relação à nomeação do árbitro, a convenção prevê uma particularidade, que consiste na impossibilidade do Presidente do Conselho, no caso de ser necessária a sua intervenção, nomear alguém cuja nacionalidade seja a mesma de qualquer uma das partes. Esta particularidade não vale para os procedimentos de conciliação.

Devidamente constituída a comissão ou o tribunal, sua alteração não será mais permitida, nenhuma pessoa, seja árbitro ou conciliador, poderá ser substituída, exceto no caso de falecimento, incapacidade ou demissão de qualquer um dos membros.

2.4.3 A lei aplicável

A Convenção trata da questão do direito aplicável em seus artigos 42 a 47. Tanto o direito processual, relacionado ao procedimento adotado, quanto o direito material, relacionado ao mérito da questão, são abordados nos artigos.

¹¹⁶ Art. 29 (2) (b) nos procedimentos de conciliação e art. 37 (2) (b) nos procedimentos de arbitragem.

¹¹⁷ AVILA, Gabriela Alvarez. *Las características del Arbitraje del CIADI*. Anuário Mexicano de Derecho Internacional. Vol II, 2002, p. 213

Regra geral, as partes decidem as normas que serão aplicadas na solução do conflito. Esta autonomia que as partes dispõem, concernentes às regras a serem adotadas, é uma regra consagrada pela Convenção de Washington.

Por outro lado, considerando o fato de que nem sempre é possível se chegar a um acordo neste sentido, consta que a Comissão aplicará o direito do Estado contratante e os princípios de Direito Internacional, aplicáveis a matéria em debate.

Enquanto as regras procedimentais encontram-se espalhadas por toda a Convenção, a lei material é objeto de um único artigo, o 42, que estipula a autonomia ilimitada das partes com relação à lei material, seja nacional, internacional, ou ainda, uma combinação de ambas. A ausência de uma definição neste sentido implica na aplicação do direito do Estado parte na disputa e normas de Direito Internacional julgadas cabíveis.¹¹⁸

É importante ressaltar que a Convenção de Washington corresponde a um tratado, e como tal, possui autonomia em relação aos direitos nacionais, estabelecendo suas próprias regras.

Neste sentido dispõe o artigo 44 da Convenção:

Qualquer procedimento de arbitragem deverá proceder em conformidade com as disposições da presente Secção e, salvo acordo em contrário das partes, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem em vigor na data em que as partes deram o seu consentimento à arbitragem. [...].¹¹⁹

De uma forma geral, as partes possuem autonomia para decidirem sobre o direito processual aplicável, no entanto, na ausência de acordo, a Convenção prevê a adoção do regulamento processual aplicável à instauração de procedimentos de conciliação e arbitragem.

A Convenção limita a modificação de suas regras pelas partes, ao mesmo tempo em que é capaz de se adaptar a diferentes circunstâncias de cada procedimento. O regulamento permite aos participantes escolher, ao mesmo tempo em que dispõe de mecanismos aplicáveis no caso de ausência de acordo sobre determinadas questões.

Ao contrário do que acontece em outros procedimentos, adotados por instituições de arbitragem internacional, na qual, no caso de desavença quanto à lei processual aplica-se

¹¹⁸ PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID)*. Revista de Informação Legislativa n. 140 out/dez, 1998. p. 87-93. p. 90

¹¹⁹ Convenção de Washington (versão em espanhol) - *Artículo 44 - Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal*. Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=628. Acesso em 17.10.2008.

àquela vigente no lugar da sede do tribunal, no ICSID, a Convenção exclui esta regra, retirando a arbitragem do alcance dos direitos nacionais.

No caso do procedimento se dar na sede do BM, por exemplo, isto não implicará na adoção do direito processual vigente no Distrito de Columbia, mas nas regras previstas pela própria Convenção.

Eventuais divergências surgidas com relação à lei aplicável, nos casos em que não há acordo entre as partes neste sentido e a Convenção não dispõe de regras concernentes, cabe ao Tribunal decidir sobre a questão.

Aliás, as comissões ou os tribunais decidem sobre sua própria competência¹²⁰, ou seja, cabe aos membros que a compõe, seja comissão ou o tribunal, decidir sobre os limites da sua jurisdição, incluindo-se aí, resolver sobre as regras aplicáveis à divergência no caso de ausência de previsão neste sentido, a *compétence de la compétence*.

As partes podem, inclusive, decidir que o tribunal decidirá *ex aequo et bono*, ou seja, de acordo com a justiça e a equidade sem estar comprometido com a aplicação de regras estritas de direito material.

O tribunal poderá resolver a disputa com base no que é justo e equitativo, à luz das circunstâncias que envolvem o caso, em vez de simplesmente aplicar as normas jurídicas.¹²¹

A jurisdição *Ratione Personae*

O artigo 25 da convenção do Washington limita à competência do centro a análise de uma divergência existente entre um Estado contratante e um investidor, nacional de outro Estado contratante.

Uma das partes deverá ser um Estado Contratante e a outra parte deverá ser um nacional de outro Estado Contratante. Estão excluídas da jurisdição do Centro, de um lado, disputas entre Estados (incluindo suas respectivas subdivisões ou agências), para as quais existem métodos tradicionais de resolução de acordo com o direito internacional, e de outro

¹²⁰ Artigos 32(1) e 41(1) *Convenção de Washington (versão em espanhol)* Artículo 32 (1) *La Comisión resolverá sobre su propia competencia. Artículo 41(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia*

¹²¹ POZNANSKI, B. *The nature and extent of an arbitrator's power in international commercial arbitration*. *Journal International Arbitrage*, 1987, p.6. No original: [...] *resolve the dispute on the basis of what is fair and just on the light of surrounding circumstances, rather than by a straightforward application of legal rules.*

lado, disputas entre entes privados, que podem ser solucionadas através dos tribunais nacionais ou da arbitragem comercial.¹²²

O termo ‘nacional de outro Estado Contratante’ aplica-se tanto às pessoas físicas como às jurídicas, membro de um dos Estados Contratantes da Convenção de Washington. É importante ressaltar uma das principais inovações da Convenção corresponde à capacidade postulatória de um ente privado perante uma Organização Internacional.

Neste contexto, a nacionalidade consiste em um elemento chave para definir os limites em que um nacional, pessoa física, pode submeter uma controvérsia ao centro.

A Convenção, de uma maneira geral, não definiu o significado do termo nacional, cabendo a comissão ou ao tribunal decidir se a parte privada satisfaz ou não o requisito da nacionalidade, previsto no art. 25(2) da Convenção de Washington.

Este artigo especifica no item (a)¹²³ o que venha a ser pessoa física, definindo em que termos o Centro a admite como parte, com capacidade postulatória. A definição de nacionalidade vigente no âmbito do ICSID, e que define a capacidade postulatória da pessoa física, é a mesma vigente no âmbito do Direito Internacional.

A nacionalidade do cidadão de um Estado contratante da Convenção de Washington é apurada através da análise de alguns critérios como, por exemplo, o vínculo social efetivo e contínuo.

No caso de um indivíduo que assume a nacionalidade de um Estado Contratante, pouco antes da apresentação do registro de uma reclamação perante o centro, com o qual não mantém um vínculo, é possível que a comissão ou o tribunal entenda que este cidadão

¹²² BROCHES, Aron. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973. p. 354. No original: *One of the parties must be a Contracting State, or a constituent sub-division or agency thereof, acting with the approval of the State where so required, and the other party must be a national of another Contracting State. Excluded from the jurisdiction of the Centre are, therefore, on the one hand, disputes between States (including sub-divisions and agencies), for which there exist traditional methods of settlement under international law, and on the other hand, disputes between private parties which can be solved either through recourse to municipal courts or to commercial arbitration.*

¹²³ Convenção de Washington (versão em espanhol) **Capítulo II Jurisdicción del Centro Artículo 25 (1)** *La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante": (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia;*

não possua a nacionalidade do Estado Contratante, para fins de determinação da jurisdição do Centro.¹²⁴

O requisito da nacionalidade precisa ser atendido no momento do consentimento, bem como no momento do registro do requerimento de um pedido de instauração de um procedimento de conciliação ou de arbitragem.

O item (a) do artigo 25 (1) da Convenção de Washington é claro neste sentido:

Pessoa física que tenha, no momento em que as partes consentiram em submeter a diferença à conciliação ou à arbitragem, e no momento em que foi registrado o pedido, previsto no item (3) do artigo 28 e no item (3) do artigo 36, a nacionalidade de um Estado Contratante, distinto do Estado Parte da controvérsia.

É importante destacar que os requisitos deverão ser atendidos apenas nestes dois momentos. Não há exigências no sentido de continuidade desse vínculo, muito menos que o indivíduo possua mesma nacionalidade nestas duas ocasiões.¹²⁵

No caso do investidor possuir dupla nacionalidade, a de um Estado Contratante e de outro Estado, parte da controvérsia, a Convenção não permite a instauração de um procedimento no âmbito do ICSID.

Neste aspecto, importante as observações de Brigitte Stern:

No que diz respeito às pessoas físicas, determinou-se que a sua nacionalidade deveria ser diferente da nacionalidade do Estado Parte da disputa, o que significa que o *ICSID* não deverá ser usado para solucionar disputas entre investidores nacionais e seu próprio país, muito menos disputas envolvendo pessoas de dupla nacionalidade, uma das quais seja a mesma do Estado Parte na disputa. Tal precisão se dá por causa das dificuldades que foram levantadas perante o Tribunal de Disputas Irã-EUA nos casos de dupla nacionalidade, no quais se permitiu que iranianos que eram também americanos, processassem seu próprio Estado, o Irã, perante o Tribunal.¹²⁶

O artigo 25(2)(a) não contempla as pessoas físicas nacionais que, embora atendam os requisitos que a qualificam como ‘nacionais de outro Estado Contratante’, também possuam a nacionalidade do Estado Receptor.

O Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados Nacionais e outros Estados dispõe sobre a questão da binacionalidade, ressaltando a incapacidade postulatória de indivíduos

¹²⁴ AMERASINGHE, C.F., *The jurisdiction of the international centre for the settlement of investment disputes*. Indian Journal of International Law, 1979.p. 166-227. p. 203.

¹²⁵ AMERASINGHE, C.F., *The jurisdiction of the international centre for the settlement of investment disputes*. Indian Journal of International Law, 1979.p. 166-227. p. 208.

¹²⁶ STERN, Brigitte. *O consentimento dos investimentos internacionais. Traduzido or Maria Cândida Eugênia Chiampi Cortez; revisado por José Ignacio Coelho Mendes Neto. Barueri, São Paulo : Manole, 2003. p. 105*

com dupla nacionalidade, nos casos em que uma dessas nacionalidades corresponde a de um Estado Receptor, mesmo com o consentimento do Estado parte da controvérsia.¹²⁷

O objetivo é evitar a confrontação entre uma pessoa e um Estado do qual é nacional, assim como os óbvios problemas muito complexos da dupla nacionalidade. Ademais, os problemas da dupla nacionalidade não podem ser desconsiderados mesmo mediante o consentimento do Estado parte, quando este considerar o investidor como nacional de outro Estado contratante.¹²⁸

Na prática, a determinação da nacionalidade da pessoa física não implica em maiores problemas, entretanto, as dificuldades surgem quando se passa a tratar das pessoas jurídicas.

Com relação à pessoa jurídica, a Convenção não possui uma definição, exigindo apenas que possua, por sua vez, a nacionalidade diferente daquela do Estado que representa a parte contrária na controvérsia.¹²⁹

De uma maneira geral, esta lacuna não representa maiores problemas, já que uma limitação do termo poderia ocasionar sérios problemas, considerando as mais variadas legislações vigentes no mundo, que regulam a constituição da pessoa jurídica.

A grande questão, por outro lado, está na determinação da sua origem, que poderá implicar em óbices relacionados à jurisdição, e conseqüentemente, na capacidade postulatória deste ente privado.

Nos casos em que o investidor consiste em uma pessoa jurídica, a sua nacionalidade deve ser distinta da do Estado parte da controvérsia. O critério utilizado para identificar a nacionalidade de uma pessoa jurídica corresponde ao lugar de constituição e o lugar de domicílio principal.

¹²⁷ *INFORME DE LOS DIRECTORES EJECUTIVOS ACERCA DEL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS [...] 29. Puede observarse que bajo la letra (a) del apartado (2) del Artículo 25, la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento.* (versão em espanhol). Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 29.09.2008.

¹²⁸ AVILA, Gabriela Alvarez. *Las características del Arbitraje del CIADI*. Anuário Mexicano de Derecho Internacional. Vol II, 2002, p. 209.

¹²⁹ Convenção de Washington (versão em espanhol): **Capítulo II Jurisdicción del Centro Artículo 25 (2) (b)** *toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.*

Neste contexto, para efeitos da Convenção, a nacionalidade de uma corporação, normalmente é determinada com base no seu *Siège social* ou local da incorporação. Uma corporação ou outra pessoa jurídica incorporada no Estado Contratante "A" investir no Estado Contratante "B" está qualificado para ser parte perante o ICSID e fazer uso das suas facilidades.¹³⁰

Exceção à regra consiste nos casos em que, na data em que as partes consentem em submeter a controvérsia ao Centro, concordam em conferir à pessoa jurídica a nacionalidade de um Estado distinto daquele, parte da controvérsia.

Isto se justifica pelo fato de que, em muitos casos, o Estado Receptor exige a constituição de uma sociedade local, o que inviabilizaria a instauração de um procedimento, no caso da pessoa jurídica ser considerada nacional do Estado reclamado/reclamante.

Esta exceção à regra geral implica em alguns entraves, já que a Convenção, ao conferir esta prerrogativa aos litigantes, não ressalta a maneira como esta concordância deve ser dada.

A praxe do Centro não exige maiores formalismos no que tange a esta questão, sendo que em alguns casos, subentende-se que o Estado parte da controvérsia concordou em conferir ao investidor a nacionalidade de outro Estado parte, através de um simples acordo de consentimento para a jurisdição do centro.¹³¹

Ainda com relação à pessoa jurídica, é importante ressaltar que a comprovação da sua nacionalidade é exigida apenas no momento do consentimento.

Para o Estado ser parte de uma reclamação perante o *ICSID*, é imprescindível que este tenha ratificado o Tratado da Convenção de Washington e efetuado o depósito do instrumento de ratificação no BM. A averiguação desse critério é simples, bastando uma análise da lista que o Centro possui dos Estados Contratantes.

No entanto, quando se trata de subdivisões ou agências do governo, a questão se torna mais complexa.

¹³⁰ DELAUME, Georges R., *How to draft an ICSID arbitration clause*. ICSID Review Foreign Investment Law Journal. p. 168- No original: *In this connection, it should be recalled that, for the purposes of the Convention, the nationality of a corporation is ordinarily determined on the basis of its 'siège social' or place of incorporation. Consequently, a corporation or other juridical person incorporated in Contracting State A and investing in Contracting State B is eligible to be a party to an ICSID clause and to avail itself of ICSID facilities*

¹³¹ No caso *Holiday Inns S.A and others v. Morocco (ARB/72;1)* o Tribunal entendeu que um acordo implícito poderia ser aceitável em circunstâncias especiais, que não estavam presentes naquela situação. No caso *Amco Asia Coporation and Others v.Republic os Indonesia (ARB 81;1)*, oTribunal entendeu que a Convenção não exigia cláusula formal a respeito do disposto no art. 25(2) (b).

O projeto preliminar da Convenção, de fato, limitava aos Estados soberanos poderiam atuar como reclamantes/reclamados perante o Centro, no entanto, durante o encontro da junta de Governadores realizado em Adis Abeba, um representante africano levantou a questão acerca das dificuldades que esta limitação resultaria, concluindo-se que, seria conveniente conferir a qualidade de partes também a subdivisões políticas e agências governamentais.¹³²

A verdade é que, não raras vezes, o próprio Estado dispõe de subdivisões políticas especializadas, revestidas de certa independência e autonomia financeira.

Constatada a necessidade de a Convenção abranger não só o Estado propriamente dito, mas também algumas subdivisões políticas, durante as reuniões discutiram-se quais os termos deveriam ser usados para designar de forma apropriada, quais entidades estatais estariam qualificadas, nos termos da Convenção, para postularem perante o Centro.

Segundo DELAUME, as expressões que hoje constam no texto da Convenção “*constituent subdivision*” e “*agency*”¹³³ podem ter diferentes conotações em diferentes países. Por outro lado, o uso preciso dos termos poderia derrubar a proposta da Convenção tornando-a inaceitável pelos países, cujas instituições não estivessem ajustadas aos conceitos definidos pelo tratado. Foi então, sob estas circunstâncias, que se decidiu que cada Estado designaria as entidades públicas capazes de atuarem com parte em um litígio perante o ICSID.¹³⁴

Tendo em vista eventuais problemas que poderiam decorrer desta questão, através do artigo 25 (1), a Convenção viabiliza ao Estado Contratante discriminar as subdivisões políticas ou organismos aptos a demandarem ou serem demandados perante o centro.

¹³² Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States – Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Conventions – 1970 (“History”) *Apud* RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 225

¹³³ A Convenção de Washington foi redigida em 03 linguas, inglês, francês e espanhol e estas expressões são redigidas respectivamente da seguinte forma: “*constituent subdivision*” e “*agency*”; “*collectivité publique*” e “*organisme dependent*”; “*subdivisión política*” e “*organismo público*”.

¹³⁴ DELAUME, Georges R., *How to draft an ICSID arbitration clause*. ICSID Review Foreign Investment Law Journal. p. 168-195. p. 179. No original: *The situation may be more complex when the governmental party is a “constituent subdivision” or an “agency” of a Contracting State. Admittedly these expressions may, and can be expected to, have different connotations in different countries. The History of the Convention shows, however, that after extensive research and discussion, the drafters of the Convention came to the conclusion that using more precise language would not only be very difficult, but might defeat the purpose of the Convention by making it unacceptable to States whose institutions would not fit exactly under the concepts defined in the Convention. Under the circumstances, it was wisely decided that the best solution was to leave the necessary determination to the discretions of each Contracting State.*

No entanto, no caso de uma das partes corresponderem a um organismo estatal e não ao Estado propriamente dito, tem-se a necessidade de o Estado aprovar o consentimento dado pela sua subdivisão política. Isso é o que determina o art. 25 (3) da Convenção de Washington, exceto se o Estado notificar o ICSID de que esta aprovação não é necessária.

Alguns Estados Contratantes designaram as subdivisões e agências, competentes para se tornarem partes em litígios submetidos ao centro como a Austrália, Equador, Guiné, Kenya, Madagascar, Nigéria, Portugal e Sudão.¹³⁵

A jurisdição *Ratione Materiae*

O texto da Convenção de Washington especifica que poderão ser submetidas ao centro, controvérsias de natureza jurídica que surjam diretamente de um investimento. Importante ressaltar que o centro não especifica o que venha a ser ‘controvérsias de natureza jurídica’ ou ‘investimento’.

De qualquer forma, o objetivo foi evitar que divergências tão somente comerciais ou políticas fossem submetidas ao ICSID, dando-se atenção apenas às controvérsias decorrentes de um direito, de uma obrigação jurídica assumida pelas partes envolvidas.

A expressão ‘diferença de natureza jurídica’ foi utilizada para deixar claro que estão compreendidos dentro da jurisdição do Centro os conflitos de direito e não apenas os simples conflitos de interesses. É preciso que haja um direito ou uma obrigação de ordem legal, a natureza e o alcance da reparação da violação precisam estar ligados a uma obrigação de ordem legal.¹³⁶

¹³⁵ Austrália em 02.05.1991 designou: The State of New South Wales; The State of Victoria; The State of Queensland; The State of South Australia; The State of Tasmania; The Northern Territory; The Australian Capital Territory. Equador em 19.04.1988 designou: Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana e em 21.08.2002 designou Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC). Guiné 16.08.1983 Société des Mines de Fer de Guinée pour l’Exploitation des Monts Nimba e em 17.04.1991 Société Nationale des Eaux de Guinée; Kenya designou em 20.06.1988 Kenya Ports Authority e o Kenya National Shipping Line; Madagascar designou em 08.10.1981 o Entreprise Nationale d’Hydrocarbure; Nigéria designou em 11.05.1978 a Nigerian National Petroleum Corporation; Peru designou em 11.10.1996 a Perupetro S.A.; Portugal designou em 24.07.1996 a Investimentos, Comércio e Turismo de Portugal, Sudão designou em 19.11.1981 The General Petroleum Corporation; Turquia designou em October 8.10.1998 a Turkish Electricity Generation and Transmission Corporation (TEAŞ) Petroleum Pipeline Corporation (BOTAŞ); o Reino Unido em 7.05.1968 designou a Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Falkland Islands (Malvinas), Dependencies, Gibraltar, Montserrat, Anguilla, St. Helena St. Helena Dependencies, Turks & Caicos Islands, em 11.06.1973 a Guernsey (Bailiwick of) e em 01.10.1990 a Jersey (Bailiwick of) Isle of Man . Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingMeasures&reqFrom=Main> . Acesso em 28.09.2008.

¹³⁶ Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre Solução de Controvérsias relativas a Investimento entre Estados e Nacionais de outros Estados, ICSID, doc. 2. p. 9-10

Esta questão deu origem a diversas discussões no âmbito das reuniões realizadas com para desenvolver o projeto de criação do texto da Convenção. O projeto designou o termo “controvérsia jurídica” como sendo “qualquer disputa decorrente de direito legais ou obrigações referentes a fatos relevantes para a determinação de direitos legais ou obrigações”¹³⁷.

O relatório dos diretores executivos, com base no qual o texto da convenção foi redigido, ressalta que a expressão ‘diferença de natureza jurídica’ tem como objetivo deixar claro que estão compreendidos dentro da jurisdição do centro os conflitos de direitos, em detrimento dos simples conflitos de interesses.¹³⁸

Quanto a definição de ‘investimento’, o desafio se manifestou não só para o comitê jurídico durante a elaboração do texto da Convenção, mas também para o chamado Direito dos Investimentos, de uma maneira geral, conforme demonstrado no primeiro capítulo do trabalho.

Para fins de determinação da jurisdição do Centro, muitas discussões foram travadas durante os trabalhos de preparação do texto, sendo registradas manifestações favoráveis à definição desse termo.¹³⁹

Durante a elaboração do projeto do texto da Convenção, o termo investimento foi definido como “qualquer contribuição de dinheiro ou outros ativos de valor econômico por um período indefinido ou, se o período foi definido, por não menos que cinco anos”.¹⁴⁰

Outra definição foi apresentada pelo Secretariado durante a fase de discussão sobre a Convenção nos encontros preparatórios, nos seguintes termos: O termo “investimento”

¹³⁷ History of the ICSID Convention. Documents concerning the origin and the formulation of the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States, Washington, D.C, ICSID. vol. II-1, p.116. No original: *Any dispute concerning a legal right or obligation or concerning a fact relevant to the determination of a legal right or obligation*

¹³⁸ Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, paragraf. 26(versão em espanhol) *El artículo 25(1) exige que La diferencia sea una “diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión”. La expresión “diferencia de naturaleza jurídica” se há utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de La jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a La existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a La naturaleza o al alcance de La reparación a que dé lugar La violación de una obligación de orden legal.*

¹³⁹ History of the ICSID Convention. Documents concerning the origin and the formulation of the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States, Washington, D.C, ICSID. vol. II-1, p.83

¹⁴⁰ History of the ICSID Convention. *Documents concerning the origin and the formulation of the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States*, Washington, D.C, ICSID. vol. II-1, p.116. No original: *Article 30. For the purposes of this Chapter (i) “investment” means any contribution of Money or other assets of economic value for na indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years.*

significa a aquisição de (i) direitos de propriedade ou direitos contratuais (incluindo direitos de concessão), para o estabelecimento ou direção de uma empresa seja de cunho industrial, comercial, financeira ou de serviços, (ii) participação ou co-participação em qualquer empresa, (iii) obrigações financeiras de uma entidade pública ou privada, com exceção das obrigações decorrentes de curto prazo ou de facilidades de crédito bancário.¹⁴¹

O comitê jurídico também tentou definir o que venha a ser investimentos, para fins de limitação da jurisdição do centro, sugerindo que o termo investimento fosse definido como sendo qualquer “contribuição de capital, mercadorias, serviços, patentes, processos ou técnicas, sob a forma de (i) um empréstimo de empréstimos a um projeto aprovado, (ii) aquisição de uma quota de participação em qualquer projeto deste tipo, e (iii) participações em *royalties*, ganhos ou lucros, em qualquer projeto deste tipo, e (iv) o fornecimento de mercadorias e de capitais e serviços afins, nos termos do contrato que prevê um pagamento no todo ou em parte, após o final do ano fiscal em que a garantia desses investimentos é feito”.¹⁴²

No final, chegou-se a conclusão de que, a amplitude e a gama de possibilidade que o termo engloba, inviabilizaria qualquer tentativa de definir de forma expressa o que venha a ser investimento.

Ademais, tendo em vista a liberdade que o texto proposto conferia às partes, bem como a possibilidade dos Estados especificarem o tipo de conflito a ser submetido ao ICSID, eventual problema decorrente da falta de definição do termo ‘investimento’, estaria superada.

Esta foi a posição adotada pelo Banco Mundial durante os preparativos de elaboração do texto, como demonstra no item 27 do Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados que dispõe:

¹⁴¹ History of the ICSID Convention. *Documents concerning the origin and the formulation of the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States*, Washington, D.C, ICSID. vol. II-1, p.844. No original: (i) in the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprises; (ii) participations or shares in any such enterprise, or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of short-term banking or credit facilities

¹⁴² History of the ICSID Convention. *Documents concerning the origin and the formulation of the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States*, Washington, D.C, ICSID. vol. II, p.844. No original: any contribution of capital commodities, services, patents, processes, or techniques in the form of (i) a loan of loans to an approved Project, (ii) the purchase of a share of ownership in any such Project, and (iii) participations in royalties, earning, or profits in any such Project, and (iv) the furnishing of capital commodities and related services, pursuant to a contract providing for payment in whole or in part after the end of the fiscal year in which the guarantee of such investment is made.

Não configurou objetivo definir o termo “investimento”, tendo em conta o requisito essencial do consentimento das partes e o mecanismo mediante o qual os Estados Contratantes podem dar a conhecer de antemão, se assim desejarem, os tipos de divergências que estarão ou não dispostos a submeter à jurisdição do Centro (artigo 25 (4)).¹⁴³

Ainda neste sentido, Celso de Tarso Pereira observa que esta liberdade conferida às partes evitou um engessamento do sistema e até mesmo a desatualização do texto com o passar dos anos, tendo em vista a dinâmica com que novos tipos de investimentos surgem a todo momento:

Embora fundamental à implantação da Convenção, não se chegou tampouco a um consenso sobre a definição de investimento. Ao se considerar, porém, o requisito essencial do consentimento das partes para a ativação da Convenção e, igualmente, a permissão dada aos Estados para notificar o Centro das classes de disputas que poderão ser submetidas a sua jurisdição (art. 25 IV), tem-se que a não-definição de investimento confere uma maior flexibilidade ao Centro e permite sua adequação à evolução de novas formas de associação entre Estados e investidores estrangeiros: se, à época da sua elaboração pensava-se basicamente em concessões e *joint ventures* relativas a recursos naturais e investimentos industriais, tem-se hoje as figuras de contratos de serviços e gerenciamento, *turn-key contracts*, transferência de *Know-how* e tecnologia¹⁴⁴.

Assim, considerando o objetivo do texto da Convenção, que é dar liberdade às partes, através do art. 25 (4)¹⁴⁵ foi outorgado aos Estados contratantes dispor sobre quais os tipos de investimentos que poderiam ser submetidos ao Centro.

No entanto, e isto é importante frisar, a necessidade de que a controvérsia esteja diretamente ligada a um investimento permaneceu e representa um dos requisitos necessários para a apresentação de uma reclamação perante o ICSID.

Nas palavras de Christoph Schereur:

¹⁴³ Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, paragraf. 27 (versão em espanhol) *No se intentado definir El término “inversión”, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y El mecanismo mediante El cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción Del Centro (artículo 25(4)).*

¹⁴⁴ PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID)*. Revista de Informação Legislativa n. 140 out/dez, 1998. p. 89

¹⁴⁵ Convenção de Washington (versão em espanhol) *Capítulo II Jurisdicción del Centro Artículo 25 (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 18.08.2008. Convenção do ICSID

A exigência de exatidão é um dos critérios objetivos para jurisdição e é, portanto, independente do consentimento das partes. Isto significa que, não importa o que as partes acordaram, a disputa não deve apenas estar relacionado a um investimento, mas deverá estar estreitamente ligado a este. Em termos práticos, os elementos objetivos e subjetivos devem estar relacionados. Litígios decorrentes de aspectos acessórios ou periféricos do investimento não estão abrangidos pelo consentimento.¹⁴⁶

É obrigatório que haja uma ligação direta da divergência com o investimento, seja qual for o tipo ou como quer que tenha sido especificado pelas partes no instrumento através dos quais os envolvidos se manifestaram.

A jurisdição *Ratione Voluntatis*

A Convenção de Washington como um todo, está baseada na vontade das partes, vontade esta que, de uma forma geral, rege o conjunto de regras do ICSID.

A terceira base do tripé sob o qual repousa a jurisdição do Centro consiste justamente no consentimento dos interessados em submeter ou não eventual conflito aos procedimentos e regras do ICSID, com vistas à solução da divergência.

Já no seu preâmbulo, o tratado declara que a simples ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção por parte do Estado Contratante não constituirá uma obrigação em submeter nenhuma divergência à conciliação ou à arbitragem, a não ser através do consentimento do referido Estado.¹⁴⁷

Isso significa dizer que não bastará que o Estado simplesmente ratifique o tratado. As regras do Centro exigem que as partes expressem seu consentimento em submeter eventual controvérsia às regras do ICSID. O Estado contratante, bem como o seu nacional, são livres para decidir submeter eventual conflito surgido de um investimento aos procedimentos conciliação ou arbitragem do Centro.

Os Diretores Executivos do BM, durante a elaboração do Relatório que serviu de base para a construção das regras que atualmente regem o ICSID, demonstraram uma

¹⁴⁶ SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 113. No original: *The requirement of directness is one of the objective criteria for jurisdiction and is, therefore, independent of the parties's consent. This means that, no matter what the parties have agreed, the dispute must not only be connected to an investment but must also be reasonably closely connected. In practical terms, the objective and the subjective elements may be related. Disputes arising from ancillary or peripheral aspects of the investment and that they are not covered by the consent agreement.*

¹⁴⁷ No original: [...] **Declarando** que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado. Convenção do ICSID (versão em espanhol), disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 03.09.2008.

preocupação particular com a necessidade de especificar de forma clara e objetiva a necessidade do consentimento expresso e específico das partes.

Esta preocupação está expressa no item 24 do Relatório dos Diretores Executivos sobre a Convenção sobre Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, nos seguintes termos:

24. O consentimento das partes deve existir no momento em que se apresenta o pedido de instauração de procedimento ao Centro (artigos 28(3) 3 36(3)), mas a convenção não especifica de forma alguma o momento em que se deve dar o consentimento. O consentimento pode ocorrer, por exemplo, através das cláusulas de um contrato de investimentos, que disponha sobre a submissão ao Centro das diferenças futuras que poderão surgir do contrato, ou através do compromisso entre as partes a respeito de uma diferença que surja. A Convenção tampouco exige que o consentimento de ambas as partes seja dada no mesmo instrumento. Assim, um Estado receptor pode através da sua legislação sobre promoção de investimentos, submeter à jurisdição do Centro as diferenças de determinadas classes de investimentos e o investidor pode consentir mediante a aceitação escrita dessa oferta.¹⁴⁸

O consentimento pode se dar de várias formas, e as regras que regem o ICSID deixam isso claro, ressaltando que a obrigação em submeter um conflito aos procedimentos previstos na Convenção de Washington não nasce da ratificação do tratado, mas dos termos em que esta questão é colocada no instrumento firmado entre o investidor e o Estado Receptor, ou ainda, no caso deste, por meio da legislação de promoção ao investimento estrangeiro, vigente em seu território.

Com relação aos instrumentos através dos quais as partes podem consentir com a jurisdição do Centro, essa vontade pode ser expressa através de um contrato específico, firmado entre o investidor e o Estado Receptor, com vistas à exploração de um determinado tipo de investimento.

Neste caso o consentimento estará representado por uma cláusula compromissória, inserida no contrato, ou por um compromisso, que consiste em um acordo entre as partes em apresentar um pedido de instauração de procedimento, de uma controvérsia já existente.

¹⁴⁸ *Informe de los directores ejecutivos acerca del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados. 24. El consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al centro (artículos 28(3) 36(3)) pero el convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las clausulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto al una diferencia que haya surgido. El convenio tan poco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someteran a la jurisdiccion del centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases del inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.* (versão em espanhol), disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 03.09.2008

Neste sentido, o Centro elaborou algumas cláusulas modelo, a serem utilizadas pelas partes na confecção de um contrato de investimento, visando principalmente evitar que os interessados expressem sua vontade de forma ambígua, provocando divergência na interpretação do dispositivo.

A proposta de cláusula compromissória é apresentada nos seguintes termos:

“ O [Governo] / [nome do eleitor subdivisão ou agência] do nome do Estado contratante (adiante designado "Estado anfitrião") e o nome do investidor (a seguir "Investidor") consente em submeter-se ao Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (adiante designado "Centro") quaisquer (se uma cláusula restritiva, como a cláusula 4 é adicionado, o mundo "qualquer" pode ter de ser qualificada) litígios decorrentes ou relacionados a este acordo para liquidação por [conciliação] / [arbitragem] / [conciliação seguida pela arbitragem, se continua por resolver o litígio dentro do tempo limite de comunicação do relatório da comissão de conciliação com as partes] ao abrigo da Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (a seguir a "Convenção)".¹⁴⁹

Em que pese serem mais comuns as cláusulas compromissórias, que tratam de controvérsias futuras, o Centro também foi diligente no que diz respeito da possibilidade das partes consentirem em submeter ao ICSID uma divergência já existente, elaborando uma cláusula modelo com esta finalidade, disposta nos seguintes termos.

“O [Governo] / [nome do eleitor subdivisão ou agência] do [nome do Estado contratante] (adiante designado "Estado anfitrião") e [o nome do investidor] (a seguir "Investidor") consente em submeter-se ao Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (adiante designado "centro") para a liquidação por [conciliação] / [arbitragem] / [conciliação seguida pela arbitragem, se o litígio não se resolver dentro do tempo limite de comunicação do relatório da comissão de conciliação para as partes] nos termos da Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, com o seguinte litígio decorrente do investimento, descritas abaixo”.¹⁵⁰

¹⁴⁹ ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/5/Rev.2, February 1, 1993. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 05.09.2008. No original (versão em inglês): “The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the “Host State”) and name of investor (hereinafter the “Investor”) hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the “Centre”) any (if a restrictive clause such as clause 4 is added, the world “any” may have to be qualified) dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by [conciliation]/[arbitration]/[conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (hereinafter the “Convention”)

¹⁵⁰ ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/5/Rev.2, February 1, 1993. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 05.09.2008. No original (versão em inglês): *The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the “Host State”) and name of investor (hereinafter the “Investor”) hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the “Centre”) for settlement by [conciliation] / [arbitration] / [conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, the following dispute arising out of the investment described below:...*”

Uma outra possibilidade que as partes têm de expressar o seu consentimento à jurisdição do ICSID consiste em o Estado Receptor incorporar à sua legislação de promoção e proteção de investimentos, o consentimento expresso, cabendo então ao investidor aceitar expressamente esta oferta, por escrito.

No que tange a esta possibilidade, existem duas categorias de legislação, com base nas quais o consentimento é analisado, visando a aceitação do pedido de instauração do procedimento perante o Centro, quais sejam: as legislações que fazem referência expressa ao consentimento dado à jurisdição do ICSID¹⁵¹ e as legislações que apresentam o ICSID como uma forma de solução de eventual conflito.

De uma forma ou de outra, é importante que o investidor analise com cuidado a legislação vigente, principalmente os artigos em que o Estado manifesta seu consentimento à jurisdição do Centro, a fim de evitar transtornos no momento de submeter um pedido de instauração de um procedimento de conciliação ou arbitragem.

O consentimento também pode ocorrer através de tratados bilaterais de investimentos (TBI).

Através desse instrumento, o Estado signatário consente em submeter ao Centro, eventual controvérsia decorrente de investimentos realizados em seu território, por nacionais do outro Estado signatário do TBI.

Através de um TBI, os Estados poderão dar seu consentimento de forma expressa, atribuindo jurisdição ao ICSID, bastando apenas o investidor aceitar tal oferta.

O instrumento poderá prever que os futuros acordos de investimentos deverão incluir uma cláusula neste sentido; ou ainda, de forma mais limitativa, poderá prever que o Estado em questão considerará com simpatia qualquer pedido do investidor de recorrer ao ICSID; ou enfim, limitar-se a restringir a intervenção do ICSID às controvérsias relativas ao montante das indenizações oferecidas ao investidor após o esgotamento dos recursos internos.¹⁵²

Por fim, mas não menos importante, a prática mostrou ser possível consentir à jurisdição do ICSID, por meio de acordos multilaterais que regulam os investimentos,

¹⁵¹ Um exemplo deste tipo de consentimento, dado através da legislação de promoção de investimentos de um país, pode ser representada pela lei 85-03 de 29.01.1985 vigente na República do Togo, a qual em seu art. 4º dispõe que: . *News from ICSID*, Vol. 3, nº 2, 1986, p. 8 *Apud* RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006.

¹⁵² DELAUME, Georges R. *Le Centro International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)*. *Journal du Droit International*, 1982. p. 775-843. p. 785

instrumento através dos quais os Estados signatários prevêm o ICSID como uma alternativa à solução de disputas relacionadas a investimentos.

O *North America Free Trade Agreement* (NAFTA) e o Protocolo de Investimentos de Colônia são alguns exemplos.

O NAFTA, acordo de livre comércio firmado entre EUA, Canadá e México, entrou em vigor em 01 de janeiro de 1994 e no capítulo XI, art. 1120 prevê o ICSID como uma opção a solução de conflitos decorrentes de investimentos.¹⁵³

O protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção recíproca de Investimentos no Mercosul, assinado pelo Brasil, Argentina Uruguai e Paraguai em 17 de janeiro de 1994, em seu art. 9(2)(ii) e 9(4)(a)¹⁵⁴ apresenta o ICSID como opção para solução de disputas relacionadas a investimentos. Reclamações envolvendo o Brasil, país não signatário da Convenção de Washington, poderão ser submetidas ao Centro através do Mecanismo Suplementar.

No entanto, o tratado também é claro ao dispor que, a partir do momento em que o Estado aceita submeter a divergência aos procedimentos de conciliação ou arbitragem no ICSID, a jurisdição do Centro se torna obrigatória, impedindo a apresentação de recursos aos Tribunais Nacionais ou à aplicação da proteção diplomática, salvo, obviamente, se ambos os interessados acordarem em sentido contrário.¹⁵⁵

A irrevogabilidade unilateral do consentimento está expressa no preâmbulo da Convenção, nos seguintes termos:

¹⁵³ *Tratado de Libre Comercio de América del Norte Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje* 1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con: (a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo; (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI. 2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección. (versão em espanhol). Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=628 . Acesso em 17.09.2008.

¹⁵⁴ Artigo 9. Solução de Controvérsias entre um Investidor e a Parte Contratante Receptora do Investimento 2. Se a controvérsia não houver sido resolvida no prazo de 6 (seis) meses a partir do momento em que haja sido suscitada por uma ou outra das Partes, será submetida a um dos seguintes procedimentos, a pedido do investidor: [...] ii) à arbitragem internacional, conforme o disposto no parágrafo 4 do presente artigo; [...] 4. No caso de recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser levada, à escolha do investidor: a) ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos, criado pela "Convenção sobre Solução de Controvérsias relativas aos Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados", aberta à assinatura em Washington em 18 de março de 1965, quando cada Estado Parte no presente Protocolo a ela houver aderido. Até que essa condição se cumpra, cada Parte Contratante dará o seu consentimento para que a controvérsia seja submetida a arbitragem em conformidade com o regulamento de Mecanismo Adicional para a Administração de Processos de Conciliação, Arbitragem e Verificação de Fatos daquele Centro. Disponível em http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_p.asp . Acesso em 17.09.2008.

¹⁵⁵ ICSID, art. 26, 27 e 46

Reconhecendo que o consentimento mútuo das partes e submeter determinadas divergências à conciliação ou à arbitragem através destes meios constitui um acordo obrigatório, o que exige particularmente que se preste a devida consideração às recomendações dos conciliadores e que se cumpram os laudos arbitrais.¹⁵⁶

É importante ressaltar que, após o consentimento expresso das partes se torna irrevogável, inviabilizando a retirada unilateral de uma das partes. Se ambas as partes acordarem em retirar a reclamação após a instauração dos procedimentos, não há dispositivos que os impeça de agirem dessa forma.

Na verdade, o objetivo da aplicação dessa regra é impedir que os pareceres e as decisões emanadas pelo Centro se tornem inócuas ante a atitude unilateral de uma das partes, que resolva se retirar do procedimento ante a iminência de um parecer ou uma decisão desfavorável aos seus interesses.

No direito internacional, não faltam exemplos de casos do gênero.¹⁵⁷

Ainda com relação ao consentimento expresso, a Convenção exige que o seja feito por escrito, a ser demonstrada na ocasião do pedido de instauração do procedimento de conciliação ou arbitragem.

2.4.4 A sentença arbitral

No caso das partes adotarem o procedimento de arbitragem para a solução do conflito, a comissão responsável pela análise da matéria objeto da discussão, nos termos da convenção, deverá proferir uma sentença.

A questão será decidida por maioria de votos. Os membros do tribunal de arbitragem, através de um texto escrito, tratarão da questão submetida ao seu crivo e apresentarão a decisão final, devidamente fundamentada e assinada pelos membros que votaram a seu favor.

A publicação da decisão somente ocorre se as partes assim desejarem, as sentenças não poderão ser publicadas sem o consentimento das partes.

¹⁵⁶ *Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales.* (versão em espanhol), disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. Acesso em 03.09.2008

¹⁵⁷ Um dos casos mais conhecidos, e que foi objeto de estudo neste trabalho no capítulo anterior, consiste no caso da *Anglo Iranian Oli Company*, que após assinar o contrato de concessão em 1933, instrumento no qual havia previsão de cláusula arbitral, teve de enfrentar o argumento de que, com o cancelamento da concessão pelo Irã em 1951, a cláusula arbitral, da mesma forma, havia sido também cancelada,

Proferida a decisão final, esta se torna obrigatória para as partes, podendo ser cassada apenas nos casos de pedido de interpretação, revisão ou anulação.

2.4.5 Do Recurso

A princípio, uma sentença proferida pelo tribunal de arbitragem não está passível de recurso e é obrigatória para a parte, no entanto, a Convenção prevê três remédios contra uma sentença arbitral: um pedido de interpretação; um pedido de revisão baseado na descoberta de fatos novos e um pedido de anulação, baseado em vício de constituição dos membros do Tribunal ou excesso de poder manifesto, violação grave de uma regra processual fundamental ou ausência de motivação da sentença arbitral.

Nos casos em que surgem dúvidas com relação ao significado da sentença ou ao seu alcance, a Convenção prevê a possibilidade das partes, através de um pedido escrito ao Secretário-Geral, apresentarem um pedido de interpretação da sentença.

De uma forma geral, este pedido será submetido ao mesmo tribunal que proferiu a sentença, prevendo ainda as regras do Centro que, um novo tribunal poderá ser constituído se aquele que pronunciou a sentença não o puder fazer.

No caso ARB(AF)/99/1 *Marvin Roy Feldman Karpa x United Mexican States*¹⁵⁸ foi apresentado um pedido de interpretação da sentença pelo México (demandada) com base nos artigos 56, 57 e 58 do Regulamento de Arbitragem do Mecanismo Complementar, já que o país não ratificou a Convenção.

Na ocasião foi pedindo ao Tribunal que considerasse a aplicação do artigo 2105 do NAFTA, tendo em vista certas conclusões dispostas na sentença relacionadas à aplicação do artigo 1102 (tratamento nacional) que culminaram em uma decisão favorável a Requerente.

O pedido foi negado sob o argumento de que “*a demandada, ao requerer ao Tribunal que explicasse cinco pontos diferentes com relação à aplicação do artigo 2105,*

¹⁵⁸ Trata-se de uma reclamação apresentada pelo sr. Marvin Roy Feldman Karp, cidadão americano e proprietário da empresa de exportação de tabaco CEMSA, contra o México, relacionada a aplicação de certas leis tributárias vigentes neste país. O Sr. Feldman alegou que o México se negava a devolver os impostos internos cobrados sobre os cigarros exportados pela CEMSA e sua contínua rejeição em conceder os direitos de restituição desse imposto sobre as futuras exportações de charutos, implicava na violação das obrigações do assumidas pelo México. O Sr. Feldman alegava especificamente a violação dos artigos 1102 (Tratamento nacional), 1105 (padrão mínimo de Tratamento) e 1110 (Expropriação e Compensação) do NAFTA. O México negava tais alegações. O Tribunal decidiu em 16.12.2002 que o México não violou o art. 1110 do NAFTA para violou o artigo 1102 e condenou o México ao pagamento de uma indenização de 9.464.627,50 de pesos mexicanos.

*estão efetivamente buscando uma nova decisão*¹⁵⁹. Além do mais, de acordo com o Tribunal, em momento algum o México havia mencionado o artigo 2105 do NAFTA durante o procedimento, descaracterizando, portanto, o objetivo de um pedido de interpretação.

O pedido de revisão é cabível sempre que ficar constatado o surgimento de um fato novo após o pronunciamento da decisão final, capaz de influenciar no seu resultado se as partes e o Tribunal tivessem tomado conhecimento da sua existência.

Neste caso, as partes deverão apresentar o pedido de revisão ao Secretário-Geral que o submeterá à análise do tribunal que o pronunciou, devendo ser constituído um novo tribunal em caso de impossibilidade desse.

A decisão final proferida por um Tribunal Arbitral também está sujeita a um pedido de anulação, cabível nos casos em que ficar constatado que houve vício na constituição do Tribunal; manifesto excesso de poder do Tribunal; corrupção de um ou mais membros do Tribunal, constatação de uma grave inobservância de uma regra processual fundamental; falta de fundamentação na decisão .

Este recurso foi utilizado no caso *ARB/81/1 Amco Asia Corporation and others x Republic of Indonesia*.

Trata-se de um recurso extraordinário com vistas à análise de questões processuais e não da questão de mérito.

Ao contrário do pedido de interpretação ou do pedido de revisão, no caso do pedido de anulação a questão não será submetida ao tribunal que julgou a questão, mas à análise de um comitê *ad hoc* composta por três membros escolhidos pelo Presidente do Conselho Administrativo.

Por questões óbvias e com vistas a assegurar a imparcialidade do procedimento, este Tribunal não poderá ser composto por pessoas cuja nacionalidade corresponda àquela das partes. Os membros do Tribunal que proferiu a sentença objeto do pedido de anulação também não poderão fazer parte desse comitê, nem tampouco possuir a mesma nacionalidade.

¹⁵⁹ No original: “A criterio del Tribunal, esto no se refiere a un asunto de interpretación conforme al Artículo 56 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario). La Demandada, al pedir al Tribunal en su solicitud que explique cinco puntos diferentes en relación con la aplicación del Artículo 2105, está efectivamente buscando una nueva decisión. Por lo tanto, el Tribunal deniega la solicitud de interpretación de la Demandada.”. Decisão de retificação e interpretação da decisão do Tribunal (13 de junho de 2003). Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> . Acesso em 15.11.2008

Os árbitros que comporão o comitê também não poderão ter sido designados pelos Estados envolvidos na disputa, seja o Estado de origem do investidor ou o Estado parte da controvérsia.

Analisado o pedido pelo comitê, a sentença poderá ser anulada de forma total ou parcial e a disputa submetida a um novo julgamento.

Em qualquer um dos casos, seja no caso da instauração do pedido de interpretação, revisão ou anulação poderá haver pedido de suspensão da execução da sentença, a fim de evitar danos às partes.

Por fim, as partes possuem ainda a prerrogativa de interposição do pedido de retificação, que nada mais é do que um pedido dirigido ao Tribunal Arbitral visando a análise de uma questão omitida na sentença, como ocorreu no caso ARB/96/1 apresentada pela *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A x Republic of Costa Rica*.

No caso ARB(AF)/99/1 *Marvin Roy Feldman Karpa x United Mexican States*, já analisado, além do pedido de interpretação, a decisão arbitral também foi objeto de um pedido de retificação.

O segundo capítulo do trabalho foi desenvolvido com vistas ao estudo do Centro especializado na solução de disputas entre investidor estrangeiro, de um lado e o Estado, do outro.

As desavenças relacionadas aos investimentos surgidas entre o ente público e entre privado de diferentes nacionalidades, durante muito tempo representaram o “calcanhar de Aquiles” do direito internacional, isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado evitava submeter o conflito ao direito internacional, o investidor relutava em se submeter aos tribunais o país em face qual litigava.

A ausência de uma legislação sobre o tema no âmbito do direito internacional dificultava ainda mais a solução do problema.

A criação do *ICSID* foi criado com base na idéia de atender aos anseios dos Estados e dos investidores estrangeiros, concedendo um foro efetivamente imparcial e com conhecimento técnico para analisar as demandas apresentadas.

Os procedimentos disponíveis, a constituição da comissão de arbitragem ou do tribunal arbitral, a escolha da lei aplicável, a sentença e a executoriedade do laudo, a necessidade do consentimento específico das partes para a submissão de uma controvérsia às regras do centro, enfim as regras que regem os procedimentos do centro visavam estabelecer, da melhor maneira possível, a igualdade entre as partes.

O *ICSID* representou uma evolução da arbitragem internacional, especificamente na solução de disputas relacionadas a investimentos entre Estados e investidores estrangeiros.

3. A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO ESTADO DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA NA ARBITRAGEM DO ICSID

3.1 Análise do caso ARB/84/3 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt*

3.1.1 Os fatos que deram origem a disputa e a instauração do procedimento de arbitragem

Em setembro de 1974, o Egito, através dos seus representantes, o Ministro do Turismo e o Chefe da Organização Egípcia para o Turismo e Hotéis, sigla em inglês EGOTH¹⁶⁰, empresa pública diretamente ligada ao Ministério do Turismo, criada pela lei egípcia nº 60 de 1971, firmaram um contrato com a empresa *Southern Pacific Properties* (SPP), empresa especializada em turismo. Este acordo foi denominado “*Heads of Agreement*”.

O acordo foi celebrado em conformidade com algumas lei em vigor no Egito¹⁶¹, entre as quais, a Lei nº 43 de 1974, referente aos investimentos árabes e fundos estrangeiros e zonas francas. Não havia previsão de uma cláusula arbitral neste acordo.

Através deste instrumento as partes se comprometiam a criar e desenvolver um complexo turístico na região das Pirâmides, próximo ao Cairo e um *resort* em *Ras El Hekma* na costa do mediterrâneo, a ser desenvolvido nos termos do “*masters plans*”, plano este preparado pela SPP e aprovado pela EGOTH.

O acordo também garantia à empresa SPP os direitos de usufruto da propriedade, além de assegurar a posse da extensão de terreno que fosse necessária à construção do empreendimento.¹⁶²

¹⁶⁰ EGOTH - *Egyptian General Organization for Tourism and Hotels*

¹⁶¹ *Heads of Agreement* – art. 1 – *Whereas the Ministry of Tourism Approved granting both 2nd and 3rd party [i.e.,EGOTH and SPP] right to develop the áreas as show in the attached maps in the Pyramid's área and Ras El Hekma Zone.*

This agreement is issued in accordance with laws nº 1 for the years 1973 relating to Hotels, Instalations and Tourism, and law nº 2 for the year 1973 relating to the supervision by the Ministry os Tourism on touristic sites and the development of such áreas, and law 43 for the year 1974 relating to Arab and foreign funds invested in the A.R.E. with particular reference to government guarantees long term tax holidays, exemptions from import custom duties, etc.

¹⁶² *Heads of Agreement* – art. 4 – *FIRST party will secure the title of property and possession of land and both first anda second party undertaken to transfer the right of usufruct to the joint company as its parrrt of the capital investment. Both M.T. [i.e.Ministry of Tourism] and E.G.O.T.H. undertaken to transfer such right to*

Em dezembro do mesmo ano a EGOH e a SPP firmaram um novo acordo, denominado “*Agreement for the Development of Two International Tourist Projects in Egypt*”, também conhecido como “*the December Agreement*”.

Vale aqui fazer uma observação sobre uma prática comum que ocorre na realização de grandes empreendimentos envolvendo um Estado.

O investidor primeiramente assina um contrato geral com o Estado e depois assina contratos mais específicos tanto com empresas públicas quanto com empresas privadas, com o objetivo de reforçar o projeto.

Na adoção dessa prática corriqueira, é importante que os contratos sejam lidos em conjunto. Se são diferentes, existem uma razão para isso e, portanto, precisam ser interpretados de maneira diferente.¹⁶³

No caso em questão, o acordo geral corresponde ao *Heads Agreement* e o acordo específico é representado do *December Agreement*.

Voltando a análise dos fatos, este acordo deu origem a *joint venture Egyptian Tourist Development Company* (ETDC), criada com o objetivo desenvolver o turismo no complexo turístico.¹⁶⁴

Com base no *December Agreement* a SPP apresentou um pedido de instauração de procedimento de arbitragem contra o Egito e a EGOH, perante a CCI. Estes por sua vez, em sua defesa, se opuseram à arbitragem.

O *December Agreement*, ao contrário do *Heads of Agreement* previa a solução de controvérsias pela via arbitral, estabelecendo que eventuais conflitos devessem ser submetidos à CCI¹⁶⁵. Havia também naquele acordo referência às leis da República Árabe do Egito, especificamente a lei nº 43 de 1974.¹⁶⁶

É importante observar que embora a EGOH se tratasse de uma empresa pública, privatizada em 1976, o governo egípcio acabou por permanecer ligado ao projeto em função

the joint company immediately upon incorporation, any balance being transferred not later than 90 days thereafter.

¹⁶³ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 58.

¹⁶⁴ *December Agreement. Art. 1. A joint Venture (stock) company with registered shares will be incorporated in Egypt for a duration of fifty years renewable, named the “Egyptian Tourist Development Company” (hereinafter referred to as “ETDC”) which shall be responsible for the development and operation of the projects*

¹⁶⁵ *December Agreement. Art.20*

¹⁶⁶ *December Agreement. Art.21*

do acordo entre SPP e a EGOTH decorrer do *Heads of Agreement*, assinado pelo Ministro do Turismo do Egito.¹⁶⁷

O acordo foi aprovado pelo governo Egípcio¹⁶⁸ e o contrato entre a SPP e a EGOTH para o desenvolvimento do turismo na região das pirâmides fora concretizado.

Em julho de 1977 finalmente teve início à construção do empreendimento, entretanto, o *Pyramids Oasis Project* passou a sofrer uma considerável oposição da própria população e de ONG's.

Esta oposição levou o Ministro da Informação e da Cultura a emitir um decreto em maio de 1978, através do qual a região onde estavam localizadas as Pirâmides foi declarada de propriedade pública.

Em junho de 1978 foi emitido o decreto 267 que cassou o decreto presidencial nº 475 emitido três anos antes. A região das Pirâmides, antes considerada como de 'utilização turística', passou a ser considerada de 'utilidade pública' e o projeto foi interrompido.

Com base no *December Agreement*, a empresa SPP apresentou um pedido de instauração de um procedimento de arbitragem perante a CCI em Paris. O Egito e a EGOTH se opuseram à instauração do procedimento.

A decisão da CCI determinou que o Egito pagasse a SPP uma indenização, em função dos prejuízos causados ao investidor decorrentes do fracasso do projeto.¹⁶⁹

O Egito então apresentou recurso a Corte de Apelação. Em julho de 1984 a Corte de Apelação anulou a decisão emitida pela CCI, sob o argumento de que o Egito não fazia parte do *December Agreement*, não estando, portanto, vinculada à cláusula de arbitragem mencionada neste acordo.

Em novembro de 1984 a SPP apresentou recurso perante a Corte de Cassação francesa, requerendo a cassação da decisão proferida pela corte de apelação da França, pedido este rejeitado em janeiro de 1987.

¹⁶⁷ RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 310.

¹⁶⁸ Decreto nº 475 de 1975

¹⁶⁹ [...] 1. *That the first Defendant, the Arab Republic of Egypt, pay to the First Claimant, Southern Pacific Properties (Middle East), Limited the sum of US\$ 12.500,00 (twelve million five hundred thousand) together with interest thereof at the rate of 5% per annum from the date in which the request for arbitration was received by the Secretary of the ICC Court of Arbitration (i.e. 1st December 1978) until payment.* 2. *That the claim by both claimants against the second Defendant, the Egyptian General Company for Tourism and Hotels, be dismissed.* 3. *That the counterclaim by the said second defendant against the Claimants be dismissed.*

Vale aqui um parêntese com relação à decisão proferida pela Corte Francesa, que contrariamente a decisão proferida pelo ICSID, entendeu que o Egito não havia consentido com a solução pela via arbitral e cassou a decisão inicial proferida no âmbito da CCI.

O argumento apresentado pelo Egito perante a CCI em sua defesa, ressaltava a ausência de jurisdição desse Centro devido ao fato da República Árabe do Egito não fazer parte do *December Agreement*.

O Egito afirmava que a declaração assinada pelo Ministro do Turismo foi feita em função da sua autoridade supervisora sobre da EGOTH e não poderia ser entendida como fonte de obrigação por parte do governo Egípcio.¹⁷⁰

A discussão na CCI girou em torno da assinatura do Ministro do Turismo no acordo suplementar concretizado entre EGOTH e a SPP, no qual constava que o acordo estava “aprovado, acordado e ratificado”.

O tribunal entendeu que a palavra ‘aprovado’, de fato, excluía um compromisso direto por parte do Egito, no entanto, as palavras, ‘acordado’ e ‘ratificado’ conduziam a um outro entendimento.

Aparentemente, estas duas últimas palavras haviam sido acrescentadas na última hora, substituindo a última página do acordo por uma nova, pelo presidente da SPP, cujos depoimentos enfatizaram que ele considerava este complemento essencial, com o objetivo de fazer o governo fazer parte no acordo. Certos de que o Presidente da SPP, em seu testemunho, havia deixado claro que esta modificação foi feita para incluir o Egito como parte do acordo, a CCI concluiu que o Egito fazia parte do acordo.¹⁷¹

DELAUME ressalta o quanto é duvidoso acreditar que, esta substituição feita no último minuto possa representar um entendimento claro de que ambas as partes tiveram esta intenção, ou seja, de comum acordo concordaram em assumir este compromisso.¹⁷²

¹⁷⁰ DELAUME, Georges R. *The Pyramids Stand – The Pharaohs Can Rest in Peace*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. p 231-269, 1993. p. 233. No original: *Egypt insisted that the statement signed by the Minister of Tourism was made in the exercise of the Minister’s supervisory authority over EGOTH, and could not be construed as creating any obligation on the part of the Government*

¹⁷¹ DELAUME, Georges R. *The Pyramids Stand – The Pharaohs Can Rest in Peace*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. p 231-269, 1993. p. 235. No original: *Apparently, these last two words had been added at the last minute by substituting to the last page of the agreement a new page draft by the chairman of SPP whose testimony emphasized that he considered the addition essential to make the government a party to the agreement. “Satisfied that [the chairman] made this perfectly clear”, the tribunal conclude that Egypt was a party to the Agreement and to the arbitration clause in it*

¹⁷² DELAUME, Georges R. *The Pyramids Stand – The Pharaohs Can Rest in Peace*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. p 231-269, 1993. p. 235. No original: *What is debatable, however, is whether the last minute substitution of the signature page resulted in a clear understanding by both parties of its intended meaning or, in others words, in a mutually agreed and binding commitment.*

Discussões como esta, decorrente da análise da jurisdição mostra como é importante o cuidado com o uso das cláusulas de arbitragem inseridas nos contratos.

O uso de redações diferentes pode resultar em amplas conseqüências. Na redação da cláusula de arbitragem é preciso ter certeza de que será coerente como outros meios de solução de disputas que podem ter sido estabelecidos nos contratos ligados ao contrato em questão, e de que corresponderá ao que a parte quer de fato, principalmente se a parte em questão for um Estado.¹⁷³

A Corte de Apelação foi acionada pelo Egito, com base no artigo 1504 do Código de Processo Civil Francês¹⁷⁴ que dispõe que a sentença arbitral proferida na França, através da arbitragem internacional está sujeita a ação de cassação.

O Egito pretendia a reforma da decisão proferida pela CCI, sob o argumento de que não houvera consentido em participar de um procedimento arbitral no âmbito desse foro.

Em suma, a Corte de Apelação entendeu que o Egito não participou efetiva e diretamente do *December Agreement* e, portanto, não concordou em submeter a CCI eventual conflito decorrente do contrato.

De acordo com a decisão, o *Heads Agreement*, assinado pelo representante do Egito, não possuía cláusula arbitral, e o *December Agreement*, embora incluísse uma cláusula arbitral, continha a assinatura no Ministro do Turismo, mas foi considerada apenas como uma aprovação por parte da EGOH, não vinculando diretamente o Estado Egípcio. A EGOH, por sua vez, sob o ponto de vista da Corte da França, não poderia ser equiparada ao Estado.

A distinção feita pela Corte Francesa sobre a diferença entre Estado e entidade pública merece destaque.

Quando o *December Agreement* foi assinado pela SPP e a EGOH, esta empresa era uma empresa pública, mas com uma organização separada, com orçamento separado e que pagava seus impostos como se privada fosse e nestes termos, não havia porque considerá-la como representante direto do Estado Egípcio.¹⁷⁵

¹⁷³ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 61.

¹⁷⁴ Artigo 1504 do Código de Processo Civil Francês. No original: La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502.L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, le recours en annulation emporte [*effet*] de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 05.01.2009

¹⁷⁵ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 87.

Além do mais, o histórico do Egito mostrava que este país nunca concordara em assinar um acordo contendo uma ‘cláusula CCI’, sendo, no mínimo duvidoso, interpretar que neste caso em específico, aceitaria se submeter a um arbitragem no âmbito da CCI de forma indireta, ou seja, por meio de uma empresa pública.¹⁷⁶

Nestes termos, a ausência de sucesso nesta empreitada levou a SPP a pleitear uma indenização no âmbito de outro foro arbitral, retomando a discussão no âmbito do ICSID.

3.1.2 Análise do conflito *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt* no âmbito do ICSID

O caso ARB/84/3 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt*, também conhecido como caso *Pirâmides*, decorre de um projeto ambicioso de exploração turística da região das Pirâmides no Egito, por uma empresa estrangeira, a *Southern Pacific Properties* (SPP).

Em 24 de agosto de 1984, a SPP, empresa de Hong Kong, apresentou um pedido de instauração de um procedimento de arbitragem perante o ICSID contra República Árabe do Egito.

Através da reclamação a SPP pretendia que: (a) fosse declarado que o Egito havia assumido obrigações e incorrido em deveres com a SPP, nos termos da lei nº 43 de 1974 e do acordo de setembro de 1974, assumido por um membro do governo Egípcio, bem como de um acordo suplementar que foi acordado, aprovado e ratificado, por este mesmo membro do governo; (b) fosse reconhecido que o Egito havia violado estas obrigações assumidas; (c) fossem adotadas e incorporadas pelo Tribunal do ICSID às constatações de fato feitas pelo Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI), relacionadas às obrigações da SPP no acordo e a destituição da reconvenção da EGOTH ou dos atos trazidos sobre a rescisão do projeto; (d) fosse determinada a responsabilidade do Egito em compensar a SPP pela rescisão do acordo de investimentos e estipulada uma indenização.¹⁷⁷

¹⁷⁶ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 88.

¹⁷⁷ 1. determine that the ARE has undertaken obligations and incurred duties in respect to SPP (ME both according to the terms of Law n° 43 nad according to the Heads of Agreement os September 1974specifically entered into by a Member of its Government, as well as by a Supplemental Agreement “approved, agreed, and ratified” by the same Member os its Government. 2.determine that ARE violated its obligations thereunder 3.adopt and incorporate as its own the pertinent findings of fact made by the ICC Arbitral Tribunal concerning SPP (ME)’s performance of its obligations under its agreements, the dismissal of EGOTH’s counterclaim therein, and the acts about termination of the investment project. 4. determine the liability of the ARE to compensate SPP (ME) for the termination of its agreements and to award the full measure of

Com relação aos argumentos levantados pela empresa SPP, STERN ressalta que através da tese apresentada no pedido inicial, a Reclamante argumentava que a expressão “aprovado, acordado e ratificado”, inserida no acordo que continha uma cláusula CCI e que havia sido assinado pelo Ministro do Turismo do Egito, obrigava o governo Egípcio a se submeter à arbitragem. O pedido apresentava basicamente três tipos de argumentação, diferentes entre si, fato este que, na opinião da autora, demonstrava que os reclamantes não estavam muito certos dos seus direitos.¹⁷⁸

O pedido de instauração do procedimento de arbitragem foi registrado pelo Secretário Geral quatro dias depois, ocasião em que o Egito foi notificado.

A República Árabe do Egito, por sua vez, argumentava que em nenhum momento havia concordado em participar de uma arbitragem, decorrente do contrato firmado entre a EGOTH e a SPP e que a expressão “aprovado, acordado e ratificado” contida no contrato assinado por seu Ministro do Turismo.

A assinatura do instrumento representava apenas que o Ministro, na qualidade de supervisor da empresa pública EGOTH, concordou com a subscrição do contrato pela empresa pública que a cláusula arbitral, não caracterizando vínculo direto com o governo.

As partes então, passaram a debater sobre a constituição do Tribunal Arbitral, questão esta que perdurou até dezembro daquele ano, quando finalmente as partes entraram em um acordo sobre os seus integrantes.

O Egito indicou o Dr. Mohamed Amin El Mahdi, a SPP indicou Sr. Robert F. Pietrowski e a indicação do Egito do Dr. Jimenez de Arechaga, para presidir os trabalhos, foi aceita pela SPP.

Em uma reunião preliminar ocorrida no início de 1985 na Corte Permanente de Haia, as partes acordaram sobre questões relacionadas ao procedimento, como a língua a ser utilizada na apresentação das suas respectivas considerações e o local da arbitragem.

O Tribunal também decidiu suspender o processo com relação às objeções feitas pelo Egito relacionadas à jurisdição, determinando que as questões sobre a competência do Centro deveriam ser apresentadas através de memoriais.

indemnification to SPP (ME) on account of the destruction of its investment, increased by the additional costs, including all direct and indirect costs of the present proceeding, occasioned by ARE's wrongful refusal to honor the ICC award of February 16, 1983 or otherwise compensate SPP (ME), as well as interest at commercial rates. . ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 05.12.2008. p.329

¹⁷⁸ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 58

Em 27 de novembro de 1985 o Tribunal Arbitral proferiu uma decisão preliminar sobre a jurisdição, através da qual rejeitou de forma unânime certas objeções relacionadas à competência do Centro feitas pelo Egito, mas manteve a objeção feita sobre necessidade de aguardar a decisão final da CCI.

O TRIBUNAL POR UNANIMIDADE DECIDE:

- a. rejeitar as objeções sobre a jurisdição levantadas pelo Reclamado alegando que o artigo 26 do ICSID, bem como a busca pelos Reclamantes por soluções alternativas, para a reclamação no presente caso.
- b. rejeitar a objeção sobre a jurisdição suscitadas pelo Reclamado alegando a retirada do Reclamante dos benefícios da lei nr. 43
- c. rejeitar a objeção sobre a jurisdição levantada pelo Reclamando alegando que as disposições do Artigo 8 da lei nr. 43 não podem ser aplicadas para esta disputa sobre investimentos e
- d. manter o procedimento em face das objeções remanescentes do Reclamado enquanto o procedimento na corte francesa tiver finalmente resolvido a questão de saber se as partes acordam em submeter sua disputa sobre a jurisdição da Câmara de Comércio Internacional.¹⁷⁹

Em 06 de janeiro de 1987, a Corte francesa emitiu uma decisão final sobre o caso, através da qual entendeu que o Egito não havia acordado em submeter a presente disputa junto a CCI.

As partes então questionaram o ICSID sobre o pedido de instauração do procedimento de arbitragem, em função da decisão proferida em 06.01.1987. A pedido do tribunal, as partes apresentaram suas considerações.

O tribunal se reuniu em Washington em dezembro de 1987, para deliberar sobre a questão da jurisdição, tendo finalmente, em abril de 1988, chegado a uma decisão final sobre a questão.

O tribunal decidiu:

- a. rejeitar a objeção sobre a jurisdição levantadas pela Reclamada, alegando que o artigo 08 da lei nº 43 não é suficiente para estabelecer o consentimento do Egito sobre a jurisdição do centro;
- b. rejeitar a apresentação da Reclamante de que o tribunal adote e incorpore como sua as constatações de fato pertinentes, feitas pela CCI e;

¹⁷⁹ *THE TRIBUNAL UNANIMOUSLY DECIDES: A. To reject the objections to its jurisdiction raised by the Respondent alleging that Article 26 of the ICSID Convention, as well as the pursuit by the Claimants of alternative remedies, bar the claim in the present case; B. To reject the objection to its jurisdiction raised by the Respondent alleging the withdrawal from the Claimant of the benefits of Law nr. 43; C. To reject the objection to its jurisdiction raised by the Respondent contending that the provisions of Article 8 of Law nr. 43 do not apply to this investment dispute; and D. To stay the present proceedings on the Respondent's remaining objections to the Centre's jurisdiction until the proceedings in the French courts have finally resolved the question of whether the Parties agreed to submit their dispute to the jurisdiction of the International Chamber of Commerce.* ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 05.12.2008. p.332

c. consequentemente, e de acordo com as regras 25 e 41, incumbir o presidente de fixar um tempo limite para os procedimentos adicionais e consulta com as partes.¹⁸⁰

Em novembro de 1988, o Egito apresentou um pedido de anulação da decisão preliminar do Tribunal proferida em abril, referente à jurisdição, pedido este que não foi registrado pelo Secretário Geral do ICSID, sob o argumento de que não se tratava de uma decisão propriamente dita, nos termos do artigo 52 da Convenção de Washington e do artigo 50 das regras de arbitragem.

O procedimento de arbitragem então seguiu, e o tribunal então passou a analisar o pedido no que tange a quantificação da indenização pleiteada pela empresa reclamante.

O Tribunal, em fevereiro de 1992 reuniu-se para deliberação final com relação ao mérito. Em 18 de fevereiro de 1992 o tribunal declarou o encerramento do procedimento, devido a um acordo firmado entre os interessados.

3.1.3 A decisão sobre a jurisdição proferida no âmbito do ICSID e a interpretação do Tribunal Arbitral sobre o consentimento do Estado

A questão da jurisdição no caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt* foi debatida pelo tribunal instituído no âmbito o ICSID em duas oportunidades em novembro de 1985 e em abril de 1988.

Nos termos da Convenção de Washington, o pedido de instauração de um tribunal de arbitragem deve obrigatoriamente atender a três pré-requisitos básicos, quais sejam, tratar-se de um investimento (*ratione materiae*), entre um Estado e um ente privado (*ratione personae*), devendo ambas as partes expressamente consentir com a submissão de uma eventual controvérsia às regras do Centro (*ratione voluntatis*).

Os dois primeiros pré-requisitos foram atendidos, tratava-se de um ambicioso projeto de investimento direcionado à exploração do turismo na região das Pirâmides firmado entre uma empresa pública do Egito e uma empresa privada de Hong Kong.

¹⁸⁰ THE TRIBUNAL DECIDES:(A) To reject the objection to its jurisdiction raised by the Respondent alleging that Article 8 of Law n° 73 does not suffice to establish Egypt's consent to the Centre's jurisdiction; (B) To reject the submission of the Claimants that the Tribunal adopt and incorporate as its own the pertinent findings of fact made by the ICC tribunal; and (C) Consequently, and in accordance with Rules 25 and 41, to instruct the President to fix time limits for further proceedings on the merits in consultation with the Parties. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 05.12.2008. p.334

A questão que deu origem a uma longa discussão no âmbito do Centro, que durou quatorze anos, estava ligada ao consentimento do Estado Egípcio em submeter às regras do ICSID a controvérsia surgida em função do cancelamento do projeto.

Com relação à jurisdição, não se pode perder de vista que esta questão sempre surge no âmbito das arbitragens internacionais e sua importância está ligada diretamente à vontade das partes, é preciso ter certeza de que ela existe.

Quando um Estado está envolvido, é preciso ter redobrado, pois a sua soberania precisa ser respeitada uma vez que não se pode submeter um Estado a uma arbitragem se assim não tiver claramente expresso.¹⁸¹

A decisão que analisou a questão da competência do Tribunal Arbitral do ICSID, especificamente a questão do consentimento do Estado da República Árabe do Egito, considerou que através da lei nº 43 de 1974 o Egito havia consentido em se submeter à arbitragem sob os auspícios do ICSID.

É verdade que o consentimento do Estado pode se dar através de sua própria legislação.¹⁸²

No entanto, existe uma classificação dessas leis em duas categorias, classificadas pela natureza da referência ao ICSID.

Um delas corresponde às leis que contêm um consentimento expresso, caso em que o investidor simplesmente concorda expressamente com a proposta.

A segunda categoria corresponde àquelas que fazem referência ao ICSID apenas como uma possibilidade de solucionar a controvérsia, hipótese em que as partes deverão aceitar a jurisdição do *ICSID* em um acordo subsequente.¹⁸³

No caso da lei de promoção de investimento editada pela República Árabe do Egito, nr. 43 de 1974, especificamente o artigo 8¹⁸⁴ estabelecia que no caso de conflito as partes

¹⁸¹ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 58.

¹⁸² Relatório dos Diretores Executivos (versão em espanhol) – *V Jurisdicción del Centro (...) Consentimiento* 24.[...] *Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción de Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.*

¹⁸³RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 308-309.

¹⁸⁴ Artigo 8 da lei nº 43 de 1974 (versão em inglês): *Investment disputes in respect of the implementation of the provisions of this Law shall be settled in a manner to be agreed upon with the investor, or within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country, or within the framework of the Convention for the Settlement of Investment Disputes between the State and the nationals of other countries to which Egypt has adhered by virtue of law nº 90 of 1971, where it applies.*

poderiam buscar a solução através (a) de um acordo entre as partes, (b) das disposições do tratado bilateral ou (c) das regras da Convenção de Washington.

O Tribunal entendeu que este artigo, ao fazer menção ao ICSID, permitia a interpretação de que o Estado estava consentido em submeter conflitos decorrente de investimentos, a arbitragem no Centro.

Importante ressaltar que, embora o Egito fizesse uma menção ao ICSID na sua legislação de promoção de investimentos, como um possível foro de discussão para a solução de um conflito envolvendo um investimento, esta menção não poderia ser considerada como sendo o consentimento do Estado.

A lei 73 de 1974 faz referência ao ICSID apresentando o Centro como uma possibilidade de foro para solucionar eventual conflito sobre investimentos. O Egito não consentiu expressamente em submeter eventuais controvérsias às regras da Convenção de Washington, inviabilizando a submissão de uma disputa decorrente desse contrato perante um Tribunal Arbitral no ICSID.

Neste caso, tendo como base a Convenção de Washington, seria necessária a estipulação expressa no contrato que, em caso de divergências decorrentes do contrato em questão, as partes deveriam submeter o conflito à arbitragem no âmbito do ICSID, ou as partes deveriam aceitar a jurisdição do ICSID em um acordo subsequente, o que não ocorreu.

A lei 43 de 1974, por si só, não representava o consentimento do Egito.

No entanto, não foi esta a interpretação dada pelo Tribunal ao caso, que por sua vez rejeitou a objeção feita pelo Egito de que o art. 8 da lei 43 de 1974 não era suficiente para estabelecer o consentimento do Estado e estabeleceu um procedimento de Arbitragem.

O consentimento à arbitragem merece atenção em função das suas implicações na condução de um procedimento de arbitragem internacional, principalmente nos casos envolvendo Estados e/ou entidades públicas.

Apesar de determinados projetos exigirem a participação das entidades públicas e do seu próprio governo, a capacidade em que podem operar nem sempre é a mesma. Às vezes, a entidade privada e o Estado são colocados em pé de igualdade, às vezes isso não ocorre. Isso deve ficar bem claro durante as negociações.¹⁸⁵

¹⁸⁵ DELAUME, Georges R. *The Pyramids Stand – The Pharaohs Can Rest in Peace*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. p 231-269, 2993. p. 259. No original: *Even though the case is closed, some of these questions deserve attention because of their implications for the conduct of international arbitration, and more specifically, arbitration involving states and public entities, which presents a number of original features. One*

A decisão proferida no caso ARB/84/3 deu origem a uma jurisprudência contrária aos preceitos da Convenção, que exigia um consentimento expresso por parte do Estado para que este pudesse ser parte de um procedimento de arbitral ou conciliação no âmbito do ICSID.

Partindo desse ponto de vista, os Estados contratantes da Convenção, ao fazerem menção ao Centro em suas legislações sobre promoção e proteção de investimentos, como uma opção para a solução de conflitos decorrentes de contratos de investimentos, estariam sujeitos a serem demandados pelas regras do ICSID, mesmo nos casos em que este não fosse sua verdadeira intenção em algum caso específico.

A partir dessa decisão, seria prudente por parte dos países contratantes fazerem uma significativa revisão de suas legislações.

Foi o que o Egito fez. Em 20 de julho de 1989 promulgou uma nova lei sobre investimentos, nº 230¹⁸⁶. Uma mudança substancial está registrada no artigo 55 da nova lei, redigida nos seguintes termos:

Sem prejuízo do direito de recorrer aos tribunais egípcios, litígios sobre investimentos relacionados com a aplicação das disposições da presente lei podem ser resolvidos na forma a ser acordada com o investidor. As partes interessadas podem também acordar para resolver tais conflitos, no âmbito dos acordos em vigor entre a República Árabe do Egito e do país de origem do investidor, ou de acordo com a Convenção sobre a Resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados ao qual República Árabe do Egito aderiu através da lei nr. 90 de 1971, sujeito aos termos e condições, e nos casos em que tais acordos são aplicáveis.¹⁸⁷

of these is the fact that, although economic projects often require the participation of both public entities and their own government, the capacity in which they may respectively operate is not always the same. Sometimes, both the relevant entity and the state are placed on equal footing in the sense that both of them actively participate in the venture and undertake individual commitments regarding its realization. At other times, however, one may act for the other in a fiduciary capacity or, in the case of public entities, under more or less close supervision from the other. These clearly are matters that should be carefully explored during the negotiations.

¹⁸⁶ Esta lei não vigora mais no país, foi revogada e substituída pela lei nº 8 de 1997, no entanto, a mudança da lei não implicou em mudanças significativa nos que tange a questão da resolução de disputas sobre investimentos, conforme se denota na análise do artigo 7º, que dispõe (versão em inglês): *ARTICLE 7 The investment disputes regarding the implementation of the provisions of this Law may be settled in the manner agreed upon with the investor. The parties concerned may also agree to settle such disputes within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the country of the investor, or within the framework of the Convention for the Settlement of Disputes arising from investments between the States and nationals of other countries, which the Arab Republic of Egypt has adhered to by Law No. 90 of 1971, and pursuant to the conditions, terms and cases where such agreements do apply, or according to the provisions of Law No. 27 of 1994 concerning Arbitration of Civil and Commercial Issues. It may also be agreed to settle said disputes through arbitration before the Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration.* Disponível em http://www.tashreaat.com/Latin_web/index.htm. Acesso em 10.01.2009.

¹⁸⁷ Artigo 55 da lei 230 de 1989. *Apud* DELAUME, Georges R. *The Pyramids Stand – The Pharaohs Can Rest in Peace*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. p 231-269, 2993. p. 258. No original: *Without prejudice to the right to resort to Egyptian Courts, investment disputes related to the implementation of the*

3.2 Análise do caso ARB/87/3 *Asian Agricultural Products Limited x Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*

3.2.1 Os fatos que deram origem a disputa e a instauração do procedimento de arbitragem

A *Asian Agricultural Products Limited* (AAPL) era uma empresa com sede em Hong Kong.

Em 1983 foi criada uma *joint venture* no Sri Lanka denominada *Serendib Seafoods Ltd* (Serendib), criada com o objetivo de desenvolver a cultura de camarão no país. A AAPL detinha 48.2% das ações da empresa Serendib.¹⁸⁸

A empresa, que começou a operar em 1986, surgiu com o objetivo de cultivar camarão e exportar para o Japão. As atividades da empresa eram executadas em uma fazenda localizada da região leste do Sri Lanka.

Durante esta época, um grupo de rebeldes denominados como *Liberaton Tigers of Tamil Elaam (LTTE)* iniciou um processo de forte oposição ao governo nas províncias do Norte e do Leste do Sri Lanka, estabelecendo um controle na região onde se localizava a fazenda de cultivo de camarões.

Em janeiro de 1987, o governo do Sri Lanka deu início a um contra-ataque, conhecido como “*Operation Day Break*” e as forças de segurança do Sri Lanka invadiram a região onde se encontrava a fazenda.¹⁸⁹

Como consequência do conflito, a região ficou devastada. A fazenda onde funcionava a empresa Serendib, que ficava próximo a um quartel do LTTE foi depredada e ficou totalmente destruída.

provisions of this Law may be settled in the manner to be agreed upon with the investor. The Parties concerned may also agree to settle such disputes within the framework of the agreements in force between the Arab Republic of Egypt and the investor's home country or within the framework of the Convention for Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other state to which the Arab Republic of Egypt has adhered by law nr. 90 for 1971, subject to the terms and conditions, and in the instances where such agreements do apply.

¹⁸⁸Informações sobre o caso disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 29.01.2009.

¹⁸⁹RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 326.

Com o objetivo de encontrar uma solução para os prejuízos sofridos, a AAPL notificou primeiramente o governo do Sri Lanka, e aguardou pelo período de três meses, mas não obteve resposta.

Foi então que, com base no TBI firmado entre o Reino Unido e o Sri Lanka, apresentou uma reclamação perante o ICSID para constituição de um tribunal arbitral com o objetivo de analisar o pedido de pagamento de uma indenização pelos danos sofridos na fazenda de cultivo de camarões.

3.2.2 Análise do conflito ARB/87/3 *Asian Agricultural Products Limited* x *Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* no âmbito do ICSID

O caso ARB/87/3 *Asian Agricultural Products Limited* (AAPL) x *Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* surgiu em virtude da destruição de uma fazenda de criação de camarões de propriedade da empresa *Serendib Seafoods Ltd* em decorrência de uma ação militar do governo do *Sri Lanka* contra um grupo rebelde.

A AAPL apresentou um pedido de instauração de um tribunal arbitral perante o ICSID em 08 de julho de 1987.

O Secretário Geral registrou o pedido e notificou a parte contrária.

A AAPL indicou o prof. Berthold Goldman como membro do tribunal, o *Sri Lanka* indicou o Dr. Samuel K.B. Asante e o Dr. Ahmed S. El-Kosheri foi indicado com presidente do tribunal pelo Presidente do Conselho Administrativo do Centro, em decorrência da consulta feita pelas partes.

O tribunal então, foi finalmente constituído em dezembro de 1987. Durante a primeira sessão ocorrida em janeiro de 1988, o Tribunal, juntamente com as partes, estabeleceram as datas para a entrega das argumentações escritas e orais, a língua a ser utilizada durante o procedimento, que seria o inglês e o local da arbitragem, tendo designado a cidade de Washington D.C.

Em suma, na reclamação apresentada, a empresa requereu que fosse determinada: (i) a obrigação incondicional (do Sri Lanka) de garantir a "plena proteção e segurança" do investimento, de acordo com o previsto no artigo 2º do TBI; (ii) o cumprimento das obrigações constantes do artigo 4 (2) de TBI, através do qual se estabelecia uma compensação adequada em função da destruição da propriedade do Requerente, em circunstâncias não justificadas pela ação ou necessidades da situação e (iii) finalmente, a

reclamante requereu que ficasse determinada a responsabilidade do Governo de cobrir os danos causados, de acordo com as normas do direito internacional relacionadas a responsabilidade do Estado.¹⁹⁰

A competência do Centro, de acordo com a reclamação, estaria baseada em um Acordo Bilateral de Investimentos celebrado entre o Reino Unido e a República Democrática do Sri Lanka em 1980.

Hong Kong, país de origem da empresa APPL, foi incorporado ao tratado por meio do artigo 11, que previa a extensão dos termos desse acordo aos territórios em que as relações internacionais ocorressem sob a responsabilidade do Reino Unido, por meio de uma troca de notas ocorrida em 1981.

Através de memoriais, o Sri Lanka submeteu ao Tribunal de Arbitragem as suas considerações, contrapondo o pedido inicial, afirmando que a criação da empresa estava fadada ao fracasso desde o início e que os esforços para a sua reestruturação foram sepultados em janeiro de 1987, quando teve início a guerra civil entre os rebeldes do grupo LTTE e o governo do país.

Nestes termos, a maioria das reclamações de danos deveriam ser negadas em função de uma “ilusão de rentabilidade”.

Em suma, a defesa do Sri Lanka estava baseada em três elementos: (i) a situação financeira desesperadora da Serendib's, tal como foi refletida no *Memorandum of Understanding* de 22 de dezembro de 1986, dificilmente poderia ser revertida, (ii) havia a inclusão, no pedido, de ativos que não foram atingidos pela destruição, como o centro de incubação na costa oeste; (iii) a natureza especulativa de projeções relativas a rentabilidades futuras.¹⁹¹

¹⁹⁰ No original: (i) - *the unconditional obligation of "full protection and security" provided for in Article 2 of the Bilateral Investment Treaty; (ii) - the more specific and clearly defined obligation stated in Article 4(2) of that Treaty requiring adequate compensation of the destruction of the Claimant's property under circumstances not justified by combat action or necessities of the situation; and (iii) - finally, the Claimant indicated that the Government's liability extends to cover "damage caused under customary rules of international law on State responsibility" (lines 9 and 10 on page 6 of the Claimant's Memorial).* Award of the Tribunal (June 27, 1990) Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 29.01.2009.

¹⁹¹ No original (em inglês): *The Respondent's propositions concerning the claimed damages are composed of three elements: (a) Serendib's desperate financial situation as reflected in the Memorandum of Understanding dated December 22, 1986, could hardly become reversed to evidence future expected profitability; (b) the inclusion of assets and other elements which were never touched by the destruction, such as the hatchery on the west coast; (c) the speculative nature of the projections concerning any possible future profitability.* Award of the Tribunal (June 27, 1990). Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 29.01.2009

Com relação às diversas questões jurídicas e de fato, o Estado apresentou as seguintes argumentações: (i) que a operação da STF em 28 de janeiro de 1987 era o exercício legítimo de soberania; (ii) que qualquer dano ocorrido na Fazenda de Camarão Serendib naquela data era necessário, em função das circunstâncias ou não causadas pelo Governo; (iii) que a perda financeira ocorrida em função da destruição de bens permanece não comprovada e (iv) a AAPL não sofreu qualquer perda de lucros futuros razoavelmente previsíveis.¹⁹²

A decisão final deu ganho de causa para o investidor, condenando o governo do Sri Lanka ao pagamento de uma indenização em função dos danos provocados no valor de quatrocentos e sessenta mil dólares.

3.2.3 A interpretação do Tribunal Arbitral com relação ao consentimento do Estado

O pedido de instauração de um procedimento de arbitragem apresentada pela empresa AAPL contra o Estado da República Democrática Socialista do Sri Lanka, foi baseado na destruição das instalações da Fazenda de Camarão Serendib Seafoods.

Os danos ocorreram durante uma ação das forças de segurança do país contra o grupo rebelde TAMIL em janeiro de 1987.

Após várias tentativas, por parte da empresa, de resolver a questão de uma forma amigável, o falta de sucesso dessa empreitada levou a AAPL a apresentar uma reclamação perante o ICSID.

A importância do caso *AAPL v. Sri Lanka* para o estudo desenvolvido neste trabalho se deve ao fato de ter sido o primeiro caso em que a jurisdição de um tribunal foi baseada no consentimento expresso em um TBI.

Até então, a maioria dos casos apresentados, estavam baseados em cláusulas arbitrais inseridas nos contratos de investimentos firmados entre o investidor, de origem de um Estado contratante da Convenção de Washington, o um outro Estado, também contratante da

¹⁹² No original (em inglês): *The Respondent's position on the various legal and factual issues led to the following conclusions: (i) that the STF operation on January 28, 1987 was a legitimate exercise of sovereignty; (ii) that any damage which occurred at the Serendib shrimp farm on that date was either necessary under the circumstances or not caused by the Government; (iii) that AAPL's financial loss due to destruction of assets remains unproven and (iv) that AAPL suffered no loss of any reasonably foreseeable future profits.* Award of the Tribunal (June 27, 1990). Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 29.01.2009

Convenção. A jurisdição do ICSID, em outros casos, também era fundamentada na legislação de investimentos vigente no Estado Receptor.¹⁹³

O TBI em questão corresponde ao acordo entre o Governo do Reino Unido da Grã Bretanha e Norte da Irlanda e o Governo da República do Sri Lanka para a Promoção e Proteção de Investimentos. A reclamação da empresa foi baseada no artigo 8 (1) do TBI disposta nos seguintes termos:

Cada Parte Contratante consente em se submeter ao Centro Internacional para a Resolução de Disputas de Investimento (adiante designado "o centro") para a resolução por conciliação ou arbitragem nos termos da Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados aberto para assinatura em Washington em 18 de Março de 1965 quaisquer litígios que surjam entre essa Parte Contratante e ou nacional ou empresa nacional ou da outra parte contratante relativos a um investimento.¹⁹⁴

Importante ressaltar que neste caso, ao contrário do procedimento do caso Pirâmides, o tribunal não realizou uma discussão detalhada com relação à jurisdição *ratione voluntatis*, isso porque o governo do Sri Lanka não argüiu objeções com relação à jurisdição, similares àquelas argüidas pelo Egito no caso Pirâmides, e por isso o tribunal não discutiu questões jurisdicionais.

Tanto que, na primeira oportunidade que teve para se manifestar, através da apresentação de seus memoriais escritos, submetido ao Tribunal em 18 de junho de 1988, o Sri Lanka se ateve à questão de mérito. Em momento algum argüiu qualquer tipo de exceção de foro, em função da ausência de consentimento do Estado.

Neste sentido, o artigo 8 do TBI foi redigido de forma a impossibilitar uma interpretação diversa. As partes, através do Tratado, consentiram de forma expressa, em se submeterem a conciliação ou arbitragem no âmbito do ICSID, no caso de conflito surgido de um investimento.

¹⁹³ ZIADÉ, Nassib G. *Some recent decisions in ICSID cases.* ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 6 (fall 1991). p. 515 Disponível em <http://icsid.worldbank.org>. Acesso em 23.01.2009. No original: *One point of interest in the AAPL v. Sri Lanka caso concerns consent to jurisdiction. Hitherto, in the overwhelming majority of ICSID cases, consent to ICSID jurisdiction has resulted from arbitration clauses contained in investment agreements concluded between the foreign investor and the host State. ICSID jurisdiction has also been founded on investment legislation promulgated by the host State*

¹⁹⁴ No original (versão em inglês) *Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any legal disputes arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.* Award of the Tribunal (June 27, 1990). Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> Acesso em 20.01.2009.

O Tratado continha um dispositivo que estabelecia de forma incondicional o consentimento de cada Estado contratante para submeter qualquer disputa sobre investimentos ao ICSID, submetido pelo investidor nacional do outro Estado Contratante.¹⁹⁵

Neste caso, se houvesse uma manifestação por parte do Sri Lanka, contestando o consentimento dado à jurisdição do ICSID, certamente o Estado não teria sucesso, porque a redação do artigo, neste caso, não permitiria uma interpretação diversa daquela dada.

No entanto, o caso *AAPL v. Sri Lanka* estabeleceu um novo precedente sobre a jurisdição do ICSID, considerando apenas o texto de um TBI.

Para dimensionar a importância do consentimento via TBI para a arbitragem no ICSID, basta observar que grande parte dos casos apresentados ao Centro foi iniciada com base no consentimentos dados através de dispositivos inseridos em tratados.¹⁹⁶

3.3 A influência da jurisprudência criada pelas decisões do caso *Pirâmides* e do caso *AAPL x Sri Lanka* nos casos submetidos ao ICSID envolvendo países Latino Americanos

A primeira parte desse capítulo foi destinada a uma análise dos casos *Pirâmides* e *AAPL x Sri Lanka*, que representa um divisor de águas na jurisprudência do ICSID, no que tange a interpretação da lei como um ato de consentimento do Estado.

Estas decisões significaram não só um entendimento mais amplo da idéia de consentimento do Estado, especificamente, mas também uma ampliação da jurisdição do Centro, de uma forma geral.

Estas decisões mostraram que os árbitros (no caso de uma arbitragem) ou conciliadores (no caso de uma conciliação) estão dispostos a ampliar a jurisdição *ratione voluntatis*, interpretando os termos da Convenção de uma forma mais aberta, permitindo que as leis de promoção de investimentos vigente no âmbito de um país sejam consideradas

¹⁹⁵ BAKER, James Calvin. *Foreign direct investment in less developed countries: the role of ICSID and MIGA*. London : Greenwood Publishing Group, 1999. p. 84. No original: *This treaty contained a provision that established the unconditional consent of each contracting state to submit any investment disputes to conciliation or arbitration before ICSID upon the request of an investor who is a national of the other contracting state*

¹⁹⁶ RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006. p. 323.

como uma atitude de aceitação da jurisdição do Centro para decidir sobre qualquer conflito relacionado à matéria, travado com um investidor estrangeiro privado.

Sem dúvida estes laudos influenciaram as decisões emitidas em outros casos, criando uma jurisprudência totalmente favorável a este entendimento.

O objetivo aqui é verificar a semelhança entre estes casos, e alguns casos apresentados perante o ICSID em que figuram como parte, Estados Latino Americanos.

Para tanto, o presente trabalho fará a análise das legislações sobre investimentos de alguns países Latino Americanos que ratificaram a Convenção de Washington, com o objetivo de verificar se estes Estados, através da suas respectivas leis, fazem menção ao centro como possível foro de discussão sobre um conflito decorrente de um investimento em que estejam envolvidos, de forma a permitir que um tribunal do ICSID faça uma interpretação tal como nos casos *Pirâmides* e *AAPL x Sri Lanka*.

Após se fará uma análise de alguns casos envolvendo estes mesmos Estados, apresentados ao Centro, com o objetivo de verificar até que ponto a jurisprudência criada por estas duas decisões influenciou nos casos envolvendo estes Estados, e a discussão dos tribunais arbitrais sobre o consentimento do Estado.

Estes países serão a Argentina, Chile, Paraguai.

3.3.1 O caso da Argentina.

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 idéia de que tal fato geraria maior influxo de IDE o que corresponderia a uma vantagem competitiva importante no plano regional.¹⁹⁷

A adesão do país à Convenção de Washington ocorreu em uma época de significativo crescimento da economia e dos investimentos como resultado momentâneo do

¹⁹⁷ 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.

Plano de Conversibilidade¹⁹⁸ 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 acordos bilaterais¹⁹⁹ de investimentos, sendo que 44 foram ratificados.

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 tão pouco 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, apenas dispõe que:

Os investidores estrangeiros que investem capital no país através de qualquer uma 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.

²⁰⁰

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.

¹⁹⁸ Ver: 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.

¹⁹⁹ 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; Hungría 01 octubre 1997; India 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; Suíza 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 15.01.2009.

²⁰⁰ Lei 21.382, art. 1º. (versão em espanhol): ARTICULO 1 - *Los inversores extranjeros que inviertan capitales en el país en cualquiera de las formas establecidas en el Artículo 3 destinados a la promoción de actividades de índole económica, o a la ampliación o perfeccionamiento de las existentes, tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales, sujetos a las disposiciones de la presente ley y de las que se contemplen en regímenes especiales o de promoción.*

O artigo, ressalta ainda que os investidores estrangeiros também estarão sob o julgo 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.

Conforme já mencionado, 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.

Nestes termos, considerando o propósito do presente trabalho, apresenta-se alguns trechos dos TBI's firmados entre a República da Argentina e países como o Chile, Estados Unidos da América e a França, a título de exemplo:

O TBI firmado com Chile, no que tange a solução de controvérsias entre o Estado e o investidor de origem do outro Estado estabelece que:

Artigo X: Solução de Controvérsias relativas a investimentos

(1) Toda controvérsia sobre os investimentos de acordo com o presente Tratado, entre uma parte contratante e um nacional ou empresa da outra parte contratante, será, na medida do possível, solucionada através de consultas amigáveis entre as duas partes da controvérsia.

(2) Se a controvérsia não for solucionada ao final de seis meses a partir do momento em que foi iniciada por uma outra das partes, será submetida, a pedido do nacional ou da empresa - à jurisdição nacional das Partes Contratantes envolvidas na controvérsia - à arbitragem internacional de acordo com as condições descritas no parágrafo 3.

Uma vez que o nacional ou a sociedade tenha submetido a controvérsia à jurisdição da parte contratante ou à arbitragem internacional, a eleição de um ou outro desses procedimentos será definitiva.

(3) Em caso do recurso à arbitragem internacional a controvérsia poderá ser apresentada perante um dos órgãos de arbitragem designados (...)

Ao Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), criado pela Convenção de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros

Estados, aberto para assinatura em Washington em 18 de março de 1965, quando cada Estado parte no presente Convênio tenha aderido. Caso esta condição não ocorra, cada Parte Contratante dará seu consentimento para que a controvérsia seja submetida à arbitragem, nos termos das Regras do Mecanismo Complementar do CIRCI.

A um tribunal *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNICTRAL).²⁰¹

Com relação ao TBI assinado com os Estado Unidos, o artigo que trata sobre as disputas de investimentos dispõe:

ARTIGO VII 1. Para efeitos do presente artigo, uma disputa de investimento é uma disputa entre uma parte e uma empresa nacional ou da outra Parte decorrentes ou relacionados a (a) um acordo entre investimento e que parte dessa empresa nacional ou (b) uma autorização de investimento concedida pela autoridade da parte do investimento estrangeiro (caso exista essa autorização existe) a tal nacional ou empresa; ou (c) de uma alegada violação de quaisquer direitos conferidos ou criada pelo presente Tratado no que diz respeito a um investimento.

2. No caso de uma disputa sobre investimento, as partes em litígio deve inicialmente procurar uma resolução através da consulta e negociação. Se o litígio não for resolvido amigavelmente, o nacional ou empresa em causa pode optar por submeter o litígio de resolução: (a) ao tribunal ou tribunais administrativos da parte em disputa, ou (b) em conformidade com qualquer lei aplicável, previamente acordados procedimentos de resolução de litígios, ou (c) em conformidade com os termos do n.º 3.

3.(a) Desde que o nacional ou empresa em questão não tenha enviado a diferença para resolução nos termos do n.º 2 (a) ou (b) e que tenham decorrido seis meses a partir da data em que o litígio tenha iniciado, o nacional ou empresa em questão pode optar pelo consentimento por escrito para a submeter a disputa à arbitragem: (i) ao Centro Internacional para a Resolução de Disputas de Investimento ("Centro"), instituído pela Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, assinada em Washington, 18 de março de 1965 ("Convenção ICSID"), desde que a parte tenha ratificado tal convenção; ou (ii) o Mecanismo Suplementar do Centro, ou (iii) em

²⁰¹ *No original (versão em espanhol): Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones – artículo X: Solución de controversias relativas a inversiones (1) Toda controversia relativa a las inversiones en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un nacional o sociedad de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia. (2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del nacional o sociedad. --o bien a jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; --o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Una vez que un nacional o sociedad haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva. (3) En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del nacional o sociedad; Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones (CIADI), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones sobre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Convenio haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI; A un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Disponível em <http://www.sice.oas.org/BITS/ARGCH-1.ASP>. acesso em 30.01.2009*

conformidade com regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNICTRAL); ou (iv) a qualquer outra instituição arbitragem, ou de acordo com qualquer outra arbitragem regras, que possam ser mutuamente acordadas entre as partes em litígio. (b) Quando o órgão ou empresa em questão tenha consentido, qualquer das partes no litígio, pode iniciar a arbitragem, de acordo com a escolha de forma especificada na autorização.²⁰²

A Argentina firmou um TBI com a França em 1991. O acordo prevê a possibilidade de solução de controvérsias de uma eventual controvérsia através da arbitragem internacional, podendo o investidor submeter à disputa às regras do ICSID.

A cláusula foi redigida nos seguintes termos:

Toda controvérsia relativa a investimento, nos termos do presente Acordo entre uma Parte Contratante e um investidor da outra parte contratante, será, tanto quanto for possível, resolvido amigavelmente entre as duas partes em causa. Se o litígio não puder ser resolvido dentro de um período de seis meses a partir do momento em que foi levantada por uma ou outra das partes em causa, será apresentada, a pedido do investidor:

Ou os tribunais nacionais da Parte Contratante envolvida no litígio

Ou a arbitragem internacional, nas condições descritas no parágrafo 3 abaixo:

Quando um investidor tiver apresentado a disputa para os tribunais da Parte Contratante em questão ou à arbitragem internacional, a escolha de uma ou outra destas modalidades será definitiva.

Em caso de recurso à arbitragem internacional, a diferença poderá ser submetida a um dos organismos designados abaixo, a opção do investidor:

-ao Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (ICSID), instituído pela Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberta para assinatura em Washington, 18 de março de 1965, quando cada estado parte no presente Acordo aderiram a ele. Enquanto essa condição não for

²⁰² *No original (versão em inglês):* **ARTICLE VII 1.** For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority (if any such authorization exists) to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment. 2. In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute for resolution: (a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or (c) in accordance with the terms of paragraph 3. 3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration: (i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("Centre") established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, done at Washington, March 18, 1965 ("ICSID Convention"), provided that the Party is a party to such convention; or (ii) to the Additional Facility of the Centre, if the Centre is not available; or (iii) in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNICTRAL); or (iv) to any other arbitration institution, or in accordance with any other arbitration rules, as may be mutually agreed between the parties to the dispute. (b) Once the national or company concerned has so consented, either party to the dispute may initiate arbitration in accordance with the choice so specified in the consent. Disponível em <http://www.sice.oas.org/BITS/ARGCH-1.ASP> . acesso em 30.01.2009

cumprida, cada Parte Contratante concorda em submeter que a disputa ao complementar do ICSID.

- a um tribunal *ad hoc* estabelecido de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).²⁰³

Os demais TBI's ratificados pela Argentina possuem cláusula de arbitragem, sendo o ICSID apresentado em todos os casos como possível foro de solução para uma eventual controvérsia.

Analisando os termos desses acordos, e fazendo um paralelo com o caso *Sri Lanka* constata-se que o Estado Argentino, por meio dos TBI's firmados com vários países, ao fazer menção o ICSID, acaba por dar seu consentimento à sua jurisdição, dando oportunidade aos investidores estrangeiros de ingressarem com pedido de instauração de um procedimento de conciliação ou de arbitragem no ICSID.

Esta constatação é corroborada pelas decisões relacionadas a jurisdição *ratione voluntatis* proferidas nos casos envolvendo o Estado Argentino.

Até janeiro de 2009 treze casos haviam sido julgados por Tribunais Arbitrais do ICSID.

Em função do grande número de pedidos apresentados no ICSID em face da Argentina, grande maioria iniciada após a grande crise de 2001, o Estado acabou por criar a Unidade de Assistência para a Defesa Arbitral (UNADAR), com o objetivo de criar uma estratégia de defesa.

Em muitos casos, a Argentina argüiu uma exceção de foro, com base na ausência de consentimento do Estado Argentino.

²⁰³ No original (versão em francês): *Tout différend relatif aux investissements, au sens du présent Accord, entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante est, autant, que possible, réglé à l'amiable entre le deux Parties concernées. Si le différend n'a pu être dans un délai de six mois à partir du moment où il a été soulevé par l'une ou l'autre des Parties concernées, il est soumis, à la demande de l'investisseur: Soit aux juridictions nationales de la Partie contractante impliquée dans le différend, Soit à l'arbitrage international, dans les conditions décrites au paragraphe 3 ci-dessous. Une fois qu'un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l'arbitrage international, le choix de l'une ou de l'autre de ces procédures reste définitif. En cas de recours à l'arbitrage international, le différend peut être porté devant l'un des organes d'arbitrage désignés ci-après, au choix de l'investisseur: au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) créé par la "Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats" ouverte à la signature à Washington de 18 mars 1965, lorsque chaque Etat partie au présent accord aura adhéré à celle-ci. Aussi longtemps que cette condition n'est pas remplie, chacune des Parties contractantes consent à ce que le différend du mécanisme complémentaire du CIRDI, à un tribunal d'arbitrage ad hoc, établi selon le règles d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Disponible em http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_France_f.pdf. Acesso em 10.02.2009.*

No caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3)*²⁰⁴, a Argentina apresentou sua defesa, na qual alega a ausência de consentimento do Estado à jurisdição do ICSID.

Este caso surgiu de uma controvérsia decorrente de um contrato de concessão celebrado em 1995 entre uma empresa francesa, a *Compagnie Générale des Eaux*, através de sua filial argentina, a *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A.* (CGE), e a Província Argentina de *Tucumán*. A CGE prestou serviços até outubro de 1998.

O contrato de concessão foi fruto de uma decisão do governo da Província de *Tucumán* de privatizar seus serviços de água e esgoto, operadas até então por um órgão estatal administrado pela própria província.

Em dezembro de 1996, a CGE apresentou um pedido de instauração de um procedimento arbitral em face da República da Argentina, sob o argumento de que, desde que assumira a operação dos serviços de água e esgoto, passara a enfrentar problemas relacionados diretamente a infra-estrutura antiquada e inapropriada e ainda tarifas que não refletiam a realidade dos custos de manutenção e operação do sistema.

A CGE pleiteava uma indenização de US\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de dólares).

O estudo sobre a jurisdição do ICSID, apresentada no capítulo II do trabalho, ressalta a necessidade de atendimento de três pré-requisitos que precisam ser atendidos, a fim de caracterizar a jurisdição do centro, quais sejam, *ratione personae*, *ratione materiae* e *ratione voluntatis*.

No caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* foi levantada a questão da existência ou não de jurisdição *ratione voluntatis*.

O pedido de instauração do procedimento de arbitragem no ICSID foi apresentado, com base no artigo 8 do TBI firmado entre a França e a Argentina, através do qual, os dois Estados partes concordavam em submeter eventual controvérsia surgida diretamente de um investimento, entre um dos Estados Contratantes e um investidor de origem do outro Estado Contratante, ao ICSID.

A República Argentina, com vistas a caracterizar a ausência de jurisdição do ICSID neste caso, embasou sua defesa nos seguintes dispositivos: O artigo 25 da Convenção de Washington, a que se refere ao artigo 8 do TBI e limita o consentimento do Estado a

²⁰⁴ Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 02.02.2009.

disputas sobre investimentos que surjam entre um Estado Contratante (ou qualquer subdivisão política ou agência de um Estado Contratante designada para o Centro para o Estado) e um nacional de outro Estado Contratante; o artigo 25 (3) da Convenção ICSID, que afirma que em relação à competência do Centro que o "consentimento de uma subdivisão política de um Estado exige a aprovação desse Estado-Membro, a menos que notifique o Centro que essa aprovação não é necessária; e a cláusula 16.4 do Contrato de Concessão, que prevê a apresentação de questões de interpretação ou aplicação à jurisdição exclusiva dos tribunais de contencioso administrativo em Tucumán.²⁰⁵

Em suma, alegou que não fez parte do Contrato de Concessão, sequer havia participado das negociações que resultaram na sua celebração.

Não havia dado seu consentimento e muito menos, designado a província de *Tucumán* como uma subdivisão política nos termos do artigo 25 (3) da Convenção de Washington.

O contrato de concessão, por sua vez, não fazia referência ao TBI nem ao ICSID. Com relação a solução de controvérsias, a cláusula 16.4²⁰⁶ do contrato de concessão estabelecia que, tanto as questões relativas a interpretação ou a aplicação do contrato deveria ser submetida a jurisdição do Tribunais de *Tucumán*.

Nestes termos, a jurisdição do centro não estaria caracterizada, inviabilizando, portanto, a instauração do procedimento de arbitragem no ICSID.

O tribunal não acatou as argumentações e com relação à questão da suposta ausência de consentimento da República da Argentina e se manifestou no seguinte sentido:

Por último, o tribunal verifica que a cláusula 16.4 do Contrato de Concessão não declarou este Tribunal incompetente para conhecer do presente caso, uma vez que essa disposição não constitui nem pode constituir uma renúncia por parte da CGE dos seus direitos ao abrigo do artigo 8º do *BIT* para reclamar contra a República Argentina.

²⁰⁵ Trecho do Laudo *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*. Pág. 17. No original: *El artículo 25(1) del Convenio del CIADI, al que se refiere el artículo 8 del TBI, que limita el consentimiento jurisdiccional de los estados a diferencias relativas a inversiones que surjan "entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por esse Estado) y un nacional de otro Estado Contratante"; El artículo 25(3) del Convenio del CIADI, que dispone con respecto a la jurisdicción del Centro que el "consentimiento de una subdivisión política ... de un Estado contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria"; e La cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, que dispone el sometimiento de cuestiones de interpretación o aplicación a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán* Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 03.02.2009

²⁰⁶ Cláusula 16.4 do contrato de concessão (versão em espanhol) - *A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Tucumán.*

[...]Neste caso, as alegações levantadas pela CGE contra o demandado com base na violação por parte da República da Argentina do *BIT* por atos e omissões do governo e dos atos das autoridades do *Tucumán*, que as demandantes alegam deveriam ser atribuídas ao governo central. do modo como estão formuladas, tais alegações contra a República da Argentina, não estão sujeitos à jurisdição dos tribunais de *Tucumán*, simplesmente porque, *ex hypothesi*, as alegações não são baseados no contrato de concessão, mas no *BIT*.

Desse modo, não se pode considerar que a cláusula 16.4 do Contrato de Concessão impede o investidor de apresentar, com base na Convenção de Washington, contra a República da Argentina, uma reclamação decorrente da violação do *BIT* Argentina-França.²⁰⁷

No caso *CMS Gás Transmission Company v. República Argentina (Case N° ARB/01/8)*²⁰⁸, a questão da ausência de jurisdição também foi argüida pela Argentina, mas o tribunal, assim como no caso *ARB/97/3* entendeu que a exigência de esgotamentos dos recursos internos e a ausência de consentimento ao ICSID no contrato de concessão não correspondiam a uma condição para estabelecer a jurisdição do Centro, sendo o consentimento do Estado à submissão de uma controvérsia ao ICSID caracterizada pelos termos das cláusulas do TBI EUA-Argentina.

A objeção da Argentina sobre a ausência de consentimento do Estado para submeter eventual conflito decorrente do contrato de concessão firmado com a CMS a um tribunal formado de acordo com as regras do ICSID, estaria caracterizada pela previsão contratual no Contrato de Concessão, através do qual se estabeleceu que as soluções de controvérsias deveriam ser apresentadas aos Tribunais Federais de Buenos Aires, ou seja, a Argentina não teria consentido em submeter eventual disputa, decorrente desse contrato, ao ICSID.

²⁰⁷ Trecho do Laudo *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*. Pág. 21-22. *No original: 53. Por último, el Tribunal dictamina que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer de este caso porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina [...]En este caso las reclamaciones planteadas por CGE en contra de la demandada se fundamentan en la violación por la República Argentina del TBI por medio de actos y omisiones de ese gobierno y actos de las autoridades de Tucumán que las demandantes afirman deben ser atribuidas al gobierno central. Del modo en que están formuladas, estas reclamaciones contra la República Argentina no caen bajo la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, tan sólo debido a que, ex hypothesi, dichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI. 54. De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia.* Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 03.02.2009

²⁰⁸ Laudo *CMS Gás Transmission Company v. República Argentina (Case N° ARB/01/8)* Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 04.02.2009

A CMS, obviamente, se opôs a estes argumentos, alegando que o pedido inicial está ligado às infrações, cometidas pela Argentina ao TBI e não especificamente ao contrato de concessão.

Neste ínterim, o Tribunal decidiu da seguinte forma:

A tarefa desse Tribunal, novamente, é facilitada pelo fato de que em vários casos recentes do ICSID foram examinadas e decididas questões acerca das disposições comparáveis aos contratos e ao alcance do Tratado. Primeiro, se encontra bem estabelecido que o consentimento à jurisdição do ICSID é uma solução que exclui qualquer outro recurso, nos termos do artigo 26 da Convenção. O tribunal, no caso *Lanço* seguiu, por exemplo, que:

“quando as partes outorgam seu consentimento à arbitragem do ICSID, estas perdem o direito de buscar uma solução de controvérsias em outro foro, seja nacional ou internacional, o que supõe, portanto, a não interferência de outro foro na arbitragem do ICSID, uma vez que este haja sido instituído”

Nem no caso *Lanço*, nem no presente caso se apresenta uma exigência quanto ao esgotamento dos recursos internos como condição prévia para a jurisdição do ICSID, capaz de levar a intervenção de outras jurisdições. O tribunal também concluiu no caso *Lanço* que:

“Na verdade, a oferta feita pela Argentina aos seus investidores através do Tratado Argentina-EUA não pode ser prejudicada por uma sujeição aos tribunais internos argentinos, referido no contrato de concessão”.

Seguindo em parte os precedentes do caso *Lanço*, outro tribunal do ICSID sustentou no caso *Compañía de Aguas del Aconquija* que:

“A cláusula 16.4 do contrato de concessão não desqualificou a jurisdição deste tribunal para conhecer este caso, porque referida disposição não constitui e nem pode constituir uma renúncia por parte da CGE de seus direitos amparados pelo artigo 8 do BIT para apresentas as reclamações atualmente pendentes contra a República Argentina (...) Estas reclamações não se fundamentam no Contrato de Concessão mas no BIT (...) Desse modo, não se pode considerar que a cláusula 16.4 do Contrato de Concessão impede que o investidor apresente uma reclamação com base na Convenção do ICSID contra a República da Argentina, na qual imputa a República Argentina uma violação do BIT Argentina-França”.

[...]

Este tribunal compartilha dos pontos de vista apresentados nesses precedentes. Afirma, por conseguinte, que os termos da licença ou as suas condições que dispõe sobre a apresentação de certas categorias de litígios aos tribunais nacionais na Argentina, não são obstáculos ao exercício da jurisdição por um tribunal do ICSID nos termos do Tratado, uma vez que as funções destes instrumentos são diferentes.²⁰⁹

²⁰⁹ *Laudo CMS Gás Transmission Company v. República Argentina (Case Nº ARB/01/8)*. Pág. 28-29 Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 04.02.2009. No original (versão em espanhol): *La tarea de este Tribunal nuevamente se ve facilitada por el hecho de que en varios casos recientes del CIADI se ha debido examinar y decidir acerca de disposiciones comparables relativas a los contratos y los alcances del Tratado. Primero, se encuentra bien establecido que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI es una solución que excluye cualquier otro recurso de conformidad con el Artículo 26 del Convenio. El tribunal en el caso Lanco sostuvo, por ejemplo, que: "...cuando las partes otorgan su consentimiento al arbitraje CIADI, éstas pierden su derecho a buscar la solución de controversias en otro foro, sea nacional o internacional, y supone por tanto la no-interferencia de otro foro con al arbitraje CIADI una vez éste se haya instituido". Ni en el caso Lanco ni en el presente caso se plantea una exigencia en cuanto al agotamiento de los recursos internos como condición previa de la jurisdicción del CIADI que pudiera llevar a la intervención de otras jurisdicciones. El tribunal también concluyó en el caso Lanco que: "En efecto, el ofrecimiento realizado por el la República Argentina a sus inversores en el Tratado ARGENTINA-EEUU no puede ser*

Mais uma vez, um Tribunal Arbitral do ICSID, indo ao encontro do entendimento predominante no Centro, que teve origem no caso *AAPL x Sri Lanka*, interpreta a manifestação do Estado em um TBI, no sentido de submeter eventual conflito sobre investimentos ao ICSID, como consentimento do Estado.

Mesmo nos casos em que este tipo de manifestação é feita com o simples propósito de promover a arbitragem internacional e o ICSID, os tribunais arbitrais constituídos no âmbito do Centro tendem a interpretar a questão dessa forma.

Os tribunais do ICSID insistem na posição de que a preferência pelos Tribunais Nacionais manifestada em um contrato de investimento não é óbice ao exercício da jurisdição do Centro, manifestada em um TBI.

Outro caso envolvendo a Argentina, em que se discutiu a questão de jurisdição e a suposta ausência de consentimento do Estado Argentino para submeter uma reclamação perante do ICSID ocorreu no caso *Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12)*.²¹⁰

A Azurix Corporation., sociedade anônima constituída no Estado de Delaware, Estados Unidos de América, por meio de um contrato de concessão passou a explorar os serviços de distribuição de água potável e saneamento na província argentina de Buenos Aires em 1999.

Esta empresa apresentou um pedido de instauração de um procedimento de arbitragem perante o ICSID contra a República da Argentina em setembro de 2001, em função de uma suposta violação de obrigações assumidas por este país por meio do acordo firmado com os Estados Unidos sobre Promoção e Proteção de Investimentos em 1991.

menoscabado por un sometimiento a los tribunales internos argentinos a los que se remite el Contrato de Concesión” Siguiendo en parte el precedente del caso Lanco, otro tribunal del CIADI sostuvo en Compañía de Aguas del Aconquija: “[L]a cláusula 16.4 del Contrato de Concesión no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer de este caso porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de CGE de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina.(...) [D]ichas reclamaciones no se fundamentan en el Contrato de Concesión sino que alegan una causa de pedir bajo el TBI.(...) De este modo, no se puede considerar que la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia”. [...] Este Tribunal comparte los puntos de vista expresados en esos precedentes. Afirma por consiguiente que las cláusulas de la Licencia o de sus Condiciones que disponen la presentación de ciertas categorías de controversias a los tribunales nacionales de la República Argentina no constituyen un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción por parte de un tribunal del CIADI en los términos del Tratado, dado que las funciones de estos instrumentos son diferentes

²¹⁰ Laudo *Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12)* disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> . Acesso em 03.02.2009.

Basicamente as supostas infrações cometidas pela Argentina estavam ligadas às medidas implantadas pelo governo, em resposta à crise econômica que assolou o país. A Azurix pleiteava uma indenização pelos danos e prejuízos sofridos, bem como a adoção de todas as medidas necessárias para evitar prejuízos futuros.

A Argentina, por sua vez, apresentou um memorial através do qual questionava a jurisdição do centro para decidir sobre a questão, pois, o contrato de concessão, ao eleger o foro para solução de eventuais disputas, especificava que as partes deveriam se submeter ao contencioso-administrativo da cidade de *La Plata*. A possibilidade de solução de conflitos pela via arbitral não foi cogitada pelo contrato de concessão em questão.

A Azurix se opôs a tese apresentada pela Argentina, com relação a ausência de jurisdição do Centro para decidir sobre a questão, argüindo que as cláusulas sobre jurisdição previstas no contrato de concessão se referiam a licitação e se aplicava às controvérsias referente a interpretação e execução do contrato especificamente.

De acordo com o entendimento dos tribunais do ICSID, as cláusulas contratuais sobre jurisdição não excluem a jurisdição dos tribunais internacionais estabelecidas através de um tratado.²¹¹

O tribunal, no que tange ao consentimento das partes, decidiu que:

Artigo VII (4) (a) Acordo de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI) refere-se ao consentimento das partes do APPRI - Estados Unidos e Argentina - para submeter à resolução de qualquer disputa em relação ao investimento à arbitragem obrigatória, de acordo com a escolha do nacional ou empresa em questão, e também prevê que este consentimento é equivalente ao consentimento escrito exigido pelo capítulo II da Convenção. Argentina assinou a Convenção em 21 de Maio de 1991 e a Convenção entrou em vigor em 18 de novembro de 1994. O convite feito pelas partes do APPRI aos investidores para solucionar suas reclamações, *inter alia*, através da arbitragem, foi aceita pelo requerente na sua carta de 12 julho de 2001, dirigida ao Reclamado e ao Secretário-Geral do Centro, em que concordara com a jurisdição do ICSID. Além disso, a apresentação do pedido de arbitragem é, por si só, prova suficiente de consentimento do Requerente. Por conseguinte, o tribunal declara que ambas as partes manifestaram o seu consentimento em submeter-se à jurisdição do ICSID.²¹²

²¹¹ Laudo *Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12)* pag. 17-19. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 03.02.2009.

²¹² Laudo *Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12)* pag. 30-31. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 03.02.2009. No original (versão em espanhol): *El Artículo VII(4)(a) del APPRI se refiere al consentimiento de las partes del APPRI - Estados Unidos de América y Argentina - a someter la solución de toda controversia en materia de inversión a arbitraje obligatorio según la elección que haga el nacional o la sociedad en cuestión, y establece asimismo que dicho consentimiento equivale al consentimiento por escrito exigido por el Capítulo II del Convenio. Argentina suscribió el Convenio el 21 de mayo de 1991, y el Convenio entró en vigencia en relación con Argentina el 18 de noviembre de 1994. La invitación formulada por las partes del APPRI a los inversores para que solucionaran sus reclamaciones, inter alia, a través de arbitraje, fue aceptada por la Demandante en su carta de fecha 12 de julio de 2001,52 dirigida a la Demandada y al Secretario General del Centro, en que consintió*

Novamente o tribunal entendeu que a Argentina consentira através de um TBI, em submeter ao ICSID eventual controvérsia originada diretamente de um investimento.

Os argumentos apresentados pela Argentina de que não consentira em submeter conflitos decorrentes desse investimento às regras do Centro não prevaleceu, nem mesmo o argumento de que a Azurix já havia optado por apresentar a reclamação perante os Tribunais locais em detrimento a arbitragem internacional foi considerado.

Com relação à questão da exceção de foro argüida pela Argentina, o Tribunal esclareceu que:

Esse raciocínio é que os tribunais têm seguido em arbitragem em casos de reclamações apresentadas com base no APPRI, salvo se, como se referiu, se disponha o instrumento de outro modo, como no NAFTA. O exemplo mais recente envolve o mesmo APPRI e o mesmo Reclamado. No caso *CMS*, o Tribunal se referiu as diversas decisões do ICSID que têm sustentado que " as reclamações de caráter contratual são diferentes das reclamações no âmbito de um tratado, mesmo que tivesse havido ou atualmente haja um outro recurso perante os tribunais nacionais, decorrente de violação do contrato, isso não impediria de submeter as reclamações à arbitragem, nos termos do tratado. Este tribunal está convencido de que, ainda mais, esta perspectiva se aplica à presente controvérsia, uma vez que *CMS* não apresentou nenhuma disputa aos tribunais nacionais e que, mesmo que tivesse feito com base na cláusula da NMF, o que não é o caso, esta não determina o exercício de escolha da *CMS*. Tanto as partes como as ações, são diferentes". Nenhuma das partes no presente processo é uma parte em processos perante tribunais locais. Mesmo quando Azurix se juntou a ABA como demandante perante estes tribunais, não haveria identidade de partes, porque a Argentina não é parte em quaisquer um destes procedimentos.²¹³

Existem hoje, 48 casos envolvendo o Estado da República da Argentina, sendo que até janeiro de 2009, 13 casos haviam sido concluídos, enquanto o restante está pendente da decisão final.

la jurisdicción del CIADI. Además, la presentación de la solicitud de arbitraje es de por sí prueba suficiente del consentimiento de la Demandante. Por lo tanto, el Tribunal determina que ambas partes han manifestado su consentimiento a someterse a la jurisdicción del CIADI.

²¹³ *Laudo Laudo Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12) pag. 48-49. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. Acesso em 03.02.2009. Este razonamiento es el que han seguido consistentemente tribunales arbitrales en casos de reclamaciones planteadas en el marco de los APPRI a menos que, como se ha señalado, se disponga de otro modo en el instrumento rector, como ocurre en el TLCAN. El ejemplo más reciente es relativo al mismo APPRI y la misma Demandada. En CMS, el tribunal se remitió a decisiones de diversos tribunales del CIADI que han sostenido que "debido a que las reclamaciones de carácter contractual son diferentes de las reclamaciones bajo un tratado, aún cuando hubiese habido o actualmente haya un recurso ante los tribunales nacionales por violación del contrato, ello no impediría someter reclamaciones a arbitraje en los términos del tratado. Este Tribunal está convencido de que con mayor razón aún este punto de vista se aplica a la actual controversia, puesto que CMS no ha presentado ninguna controversia a los tribunales nacionales y que, aún cuando TGN lo hubiese hecho —que no es el caso—, ello no determinaría el ejercicio de la opción alternativa respecto de CMS. Tanto las partes como las acciones según los distintos instrumentos, son diferentes".*

O que pode ser constatado 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 instaurar uma demanda internacional, mesmo quando essa exigência é expressa em um contrato firmado pelas partes.²¹⁴

A natureza das disputas entre o Estado Argentino e os investidores envolvem 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.

No entanto, considerando a jurisprudência predominante, que teve origem no caso *AAPL v. Sri Lanka*, a simples intenção de levar disputas travadas com investidores de origem dos países com os quais a Argentina firmou TBIs foi suficiente para caracterizar o consentimento do Estado.

3.3.2 O caso do Chile

O Chile aderiu ao *ICSID* em 24 de setembro de 1991. O tratado passou a vigorar 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.²¹⁵

²¹⁴ PETERSON, Luke Eric. *Tratados bilaterais de investimentos e formulação de políticas de desenvolvimento*. Revista Brasileira de Comércio Exterior. n° 90. Jan-Mar 2007. pag. 04-30.p. 17.

²¹⁵ Ver: Chile: Country Strategy Paper 2007-2013. European Commission. Disponível em http://ec.europa.eu/external_relations/chile/csp/07_13_en.pdf. Acesso em 01.02.2009.

O que levou o Chile a ratificar a Convenção de Washington foi justamente 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.

A lei de investimentos adotada pelo Chile não prevê a arbitragem como via para a solução de um conflito decorrente de um investimento. Com relação a 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.

Artigo 10: Se for emanadas disposições legais que os detentores de investimentos estrangeiros ou de empresas formado com capital de investimento estrangeiro que consideram discriminatória, eles poderão solicitar que se elimine a discriminação, a não ser que tenha decorrido um período superior a um ano a contar da promulgação de tais regras. O Comitê de Investimento Estrangeiro, em um prazo não superior a 60 dias contados a partir da data de apresentação do pedido, se pronunciará sobre o pedido, ou recusando-se ou adotando as medidas administrativas necessárias para eliminar a discriminação ou solicitando a autoridade competente que se manifeste, se essas medidas ultrapassam os poderes da comissão.

Em caso de falta de um pronunciamento do Comitê, uma recusa, ou se não for possível eliminar a discriminação administrativamente, aos titulares de investimentos estrangeiros ou de empresas com capital estrangeiro, poderão recorrer o sistema de justiça ordinária, para que esta declare se há ou não discriminação e, em caso afirmativo, que aplique a lei correspondente.²¹⁶

É importante ressaltar que esta lei data de 1974, muito antes do Chile cogitar a possibilidade de participar o ICSID, época em que ainda vigia os ideais da doutrina Calvo nos países latino americanos, de qualquer forma, mesmo com a ratificação da convenção de Washington, o decreto lei que regula os investimentos estrangeiros no país não sofreu

²¹⁶ Estatuto do Investimento Estrangeiro. Decreto lei nº 600 (versão em espanhol) *Artículo 10: Si se dictaren normas jurídicas que los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en cuyo capital participe la inversion extranjera estimaren discriminatorias, estos podran solicitar se elimine la discriminacion, siempre que no haya transcurrido un plazo superior a un ano desde la dictacion de dichas normas. El Comite de Inversiones Extranjeras, en un plazo no superior a 60 dias contados desde la fecha de presentacion de la solicitud, se pronunciara sobre ella, denegandola o adoptando las medidas administrativas que corresponda para eliminar la discriminacion o requiriendo a la autoridad pertinente la adopcion de estas, si dichas medidas excedieren las facultades del Comite. En caso de falta de pronunciamiento oportuno del Comite, de una resolucion denegatoria, o si no fuese posible eliminar la discriminacion administrativamente, los titulares de inversiones extranjeras o las empresas en cuyo capital aquella participe, podran recurrir a la justicia ordinaria a fin de que esta declare si existe o no discriminacion, y en caso afirmativo, que corresponde aplicarle la legislacion general* Disponível em http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/Chile/ChDc600_s.asp#ES. Acesso em 02.02.2009.

mudanças no que tange a previsão da arbitragem como possível meio para a solução de disputas.

Com relação aos Tratados Bilaterais, da análise dos 38 TBI's vigentes no âmbito da legislação chilena²¹⁷, constata-se que em todos os casos o ICSID é apresentado como possível foro para solução de um eventual conflito surgido de um investimento.

Com o objetivo de exemplificar a afirmação feita, transcreve-se alguns trechos dos acordos firmados pelo Estado do Chile com Espanha, Itália e o Uruguai, especificamente as cláusulas de arbitragem inserida nos acordos.

O TBI firmado com a Espanha prevê a arbitragem como solução para eventuais disputas entre um Estado e o investidor de origem do outro Estado. A cláusula que trata da questão foi redigida nos seguintes termos:

Artigo 10- Controvérsia entre uma Parte e um Investidor da outra Parte

1. Toda controvérsia relativa a investimentos, de acordo com o presente Tratado, entre uma Parte Contratante e um Investidor da outra Parte Contratante, será, na medida do possível, solucionada através de consultas amigáveis entre as partes envolvidas na disputa.

2. Se a controvérsia não for solucionada ao final de seis meses, a partir do momento em que foi apresentada por uma parte, será submetida, a escolha do investidor:

- às jurisdições nacionais na Parte Contratante envolvida na controvérsia
- à arbitragem internacional de acordo com o parágrafo 3.

Um vez que o investidor tenha submetido a controvérsia à jurisdição das Partes Contratantes ou à arbitragem internacional, a eleição de um ou outros desses procedimentos será definitiva.

3. No caso de recurso à arbitragem internacional, a controvérsia poderá ser apresentada perante um dos órgãos designados abaixo, a escolha do investidor:

Ao Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), criado pela Convenção de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberto para assinatura em Washington em 18 de março de 1965, quando cada Estado parte no presente Convênio tenha aderido. Caso esta condição não ocorra, cada Parte Contratante dará seu consentimento para que a controvérsia seja submetida a arbitragem, nos termos das Regras do Mecanismo Complementar do CIRCI.

A um tribunal *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).²¹⁸

²¹⁷ 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 septiembre 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.

O TBI firmado com Itália, por sua vez, especifica que no caso de divergências decorrentes de investimentos entre um Estado e o nacional do outro Estado, decorrente de investimentos, a solução poderá ser alcançada de acordo com o que estabelece o artigo 9 do instrumento:

Artigo 9

As soluções de controvérsias entre investidores e as Partes Contratantes

1. Toda controvérsia relativa a investimentos que surjam entre investidores de uma das Partes Contratantes e a outra Parte Contratante, a respeito de questões reguladas pelo presente acordo será, na medida do possível, solucionada através consultas amigáveis entre as partes da controvérsia.

2. Se estas consultas não apontarem para uma solução, dentro de seis meses contados desde a reclamação escrita por uma das Partes, a controvérsia poderá ser submetida, à escolha do investidor:

- ao órgão jurisdicional competente da Parte Contratante em cujo território está situado o investimento ou;

- à arbitragem internacional, de acordo com o disposto nos parágrafos 3 e seguintes do presente artigo.

A escolha de um ou outros desses procedimentos será definitiva.

3. No caso de se recorrer a arbitragem internacional, a controvérsia será submetida, à escolha do demandante, a um dos órgãos de arbitragem designados abaixo:

Ao Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), criado pela Convenção de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberto para assinatura em Washington em 18 de março de 1965, quando cada Estado parte no presente Convênio tenha aderido. Caso esta condição não ocorra, cada Parte Contratante dará seu consentimento para que a controvérsia seja submetida a arbitragem, nos termos das Regras do Mecanismo Complementar do CIRCI.

A um tribunal *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) ao qual se refere a resolução da Assembléia Geral da ONU 31/98 de 15 de dezembro de 1976. Os árbitros serão três. Se os mesmos

²¹⁸ No original (versão em espanhol) **Artículo 10 Conflicto entre una Parte e Inversionistas de la otra Parte**
1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia. 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista: - o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia; - o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva. 3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno e los órganos de arbitraje designados a continuación o elección del inversionista: - Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de Marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Tratado haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I.; - A un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). Disponível em <http://www.sice.oas.org/Investment>. Acesso em 02.02.2009.

não forem nacionais das partes contratantes, deverão ser nacionais de Estados com os quais as partes tenham, relações diplomáticas.²¹⁹

O TBI firmado com o Uruguai também possui uma cláusula, através da qual as Partes Contratantes prevêm a possibilidade de solução de controvérsias por meio da arbitragem do ICSID:

Artigo 8: Solução de Controvérsias entre uma parte Contratante e um investidor da outra Parte Contratante:

1. As controvérsias surgidas no âmbito desse acordo entre investidores de uma das Partes Contratantes e a outra Parte Contratante, que tenha realizado investimentos no território dessa primeira, serão, na medida do possível, solucionada através consultas amigáveis entre as partes da controvérsia.

2. Se estas consultas não indicarem uma solução dentro de três meses contados desde a reclamação escrita apresentada por uma das Partes, a controvérsia poderá ser submetida, à escolha do investidor:

- aos tribunais competentes da Parte Contratante em cujo território efetuou o investimento ou;

- à arbitragem internacional, de acordo com o disposto nos parágrafos 4 e seguintes do presente artigo.

3. Tendo o investidor encaminhado a controvérsia ao tribunal competente da Parte Contratante, em cujo território se efetuou o investimento, ou a tribunal arbitral, a escolha de um ou outro procedimento será definitiva.

4. No caso de se recorrer à arbitragem internacional, a controvérsia será submetida, à escolha do demandante, a um dos órgãos de arbitragem designados abaixo:

Ao Centro Internacional de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), criado pela Convenção de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberto para assinatura em Washington em 18 de março de 1965, quando cada Estado parte no presente Convênio tenha aderido. Caso esta condição não ocorra, cada Parte Contratante dará seu consentimento para que a controvérsia seja submetida a arbitragem, nos termos das Regras do Mecanismo Complementar do CIRCI. A um tribunal *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) ao qual se refere a resolução da Assembléia Geral da ONU 31/98 de 15 de dezembro de 1976. Os árbitros serão três. Um designado pela Parte Contratante em cujo território se efetuou

²¹⁹ No original (versão em espanhol): Artículo 9 Solución de las Controversias entre inversionistas y Partes Contratantes 1. Toda controversia relativa a las inversiones que surjan entre inversionista de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en controversia. 2. Si estas consultas no aportan una solución, dentro de los seis meses contados desde la reclamación escrita de una de las Partes, la controversia podrá ser sometida a elección del inversionista: - al órgano jurisdiccional competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión, o - al arbitraje internacional de conformidad a lo dispuesto en los párrafos 3 y siguientes del presente Artículo. La elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva. 3. En caso de recurrirse al arbitraje internacional, la controversia será sometida a elección del demandante, a alguno de los órganos de arbitraje designados a continuación: a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el "Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. b) a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido, salvo acuerdo contrario de las Partes, en conformidad con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.) al cual se refiere la Resolución de la Asamblea General de la ONU 31/98 del 15 de diciembre de 1976. Los árbitros serán tres. Si los mismos no son nacionales de las Partes Contratantes, deberán ser nacionales de Estados que tengan relaciones diplomáticas con ellas. Disponível em <http://www.sice.oas.org/Investment>. Acesso em 02.02.2009.

o investimento, um designado pela outra parte no procedimento e um terceiro árbitro, que presidirá p tribunal, designado pelos árbitros assim seleccionados. Se o terceiro árbitro não for designado no prazo de trinta dias, cotados desde a designação dos outros árbitros, sua designação será feita pelo Presidente do tribunal de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional em Paris.²²⁰

Os demais acordos seguem o mesmo padrão.

A constatação feita da análise dos acordos bilaterais permite afirmar que o Chile está propício a ser demandado perante um tribunal arbitral formado de acordo com as regras da Convenção de Washington.

Vários casos apresentados no ICSID tem enfatizado esta questão ao apoiarem 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

Os casos apresentados contra o Chile não fogem à regra e a jurisprudência produzida no âmbito do ICSID, envolvendo este Estado confirma esta afirmação.

²²⁰ No original (versão em espanhol): *ARTICULO 8: SOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE* 1. Las controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo, entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, serán, en la medida de la posible, solucionadas por medio de consultas amistosas. 2.Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de tres meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia: a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o a arbitraje internacional, en las condiciones descritas en el párrafo 4 de este Artículo. 3.Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva. 4.En el caso de opción por el recurso de arbitraje internacional la controversia podrá ser sometida a uno de los siguientes órganos de arbitraje, a elección del inversionista: al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto para la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme al Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I.; a un Tribunal de Arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (U.N.C.I.T.R.A.L.), adoptadas por Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976. El Tribunal de Arbitraje estará compuesto por tres árbitros, uno designado por la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, uno designado por la otra parte en el procedimiento y un tercer árbitro, que presidirá el Tribunal, designado por los dos árbitros así seleccionados. Si el tercer árbitro no fuere designado en el plazo de treinta días, contado desde la designación de los otros dos árbitros, su designación será asignada al Presidente del Tribunal de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio en París. Disponível em <http://www.sice.oas.org/Investment>. Acesso em 02.02.2009.

²²¹ PETERSON, Luke Eric. *Tratados bilaterias de investimentos e formulação de políticas de desenvolvimento*. Revista Brasileira de Comércio Exterior. n° 90. Jan-Mar 2007. pag. 04-30.p. 17.

O Chile possui um pequeno número de casos, três no total²²², sendo que a questão da jurisdição do Centro foi levantada na disputa entre *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/04/7).

O caso, no entanto, não discute a existência ou não do consentimento do Estado Chileno, propriamente dito, mas o alcance do consentimento dado, ou seja, o Chile argumentava que o seu consentimento havia sido dado após a ocorrência do fato caracterizador da ofensa ao direito do demandante.

Neste caso, a decisão foi favorável ao Estado Receptor, merecendo destaque as considerações feitas pelo Tribunal com relação ao consentimento do Estado à jurisdição do Centro.

d) A análise jurisdicional do Tribunal

185. De acordo com as peculiaridades do caso e a exceção à jurisdição *ratione temporis* apresentada, o ponto controvertido a ser solucionado se refere ao alcance do consentimento, apresentado pelo CHILE, através do artigo 2 do ACORDO. Por isso, o Tribunal considera relevante analisar os princípios que regulam o consentimento da jurisdição do Centro.

[...]

204. De fato, a jurisdição do Centro depende de circunstâncias fáticas concretas que não podem ser modificadas pelas alegações jurídicas das partes, nem por sua conduta dentro de um procedimento de consultas amigáveis. Um Tribunal de Arbitragem (e o Secretário Geral em casos evidentes) é o único que pode determinar se o Centro tem ou não jurisdição sobre uma disputa e não as partes, dessa maneira, o mero fato de um Estado renunciar, ainda que de maneira expressa (ao contrário que aconteceu no presente caso), a oposição de exceções à jurisdição do Centro, é um fato irrelevante para os efeitos da determinação objetiva a jurisdição do ICSID que, deve ser realizada pro um Tribunal de Arbitragem durante a fase instrutória do mecanismo de solução de litígios previstos no ACORDO e à luz das disposições do próprio ACORDO e do artigo 25 da Convenção de Washington.

[...]

217. Não obstante o exposto, o Tribunal concorda plenamente com a abordagem feita pela recorrente de que o artigo 2.3 do ACORDO trata só da competência do Centro para os litígios antes da sua entrada em vigor. Não existem nesta disposição uma expressão excluindo a jurisdição do Centro para os litígios que tenham surgido após a entrada em vigor do acordo, dizem respeito a acontecimentos anteriores à presente data, sendo esta limitação *ratione temporis* que foi incluída em outros acordos sobre a Promoção e Protecção Recíproca de Investimentos detidos pelo Chile, mas não no acordo em questão.

[...]

221. Neste aspecto, o Tribunal deve se esforçar para analisar se as três reivindicações alegadas por VIEIRA como violações do acordo fazem parte ou não da mesma controvérsia que o CHILE alega que surgiu antes de 29 de março de 1994, ou se é apenas um antecedente daquelas que surgiram após, caso em que o Centro teria jurisdição sobre esta disputa.

[...]

²²² ARB/04/07 *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile* (aguardando decisão final); ARB/01/7 *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (decisão final proferida em 25.05.2004) e ARB/98/2 *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (aguardando decisão final).

265. Levando em conta o exposto, este tribunal conclui que a negatova chilena a CONCAR para pescar exclusivamente em águas interiores e não em águas exteriores mediante a negativa para ampliar, regularizar e uniformizar ou reconsiderar a Resolução nº 291, é uma controvérsia ou reclamação que surgiu antes da entrada em vigor do ACORDO.²²³

Em que pese a decisão favorável ao Estado, nota-se que o entendimento do Tribunal, neste caso, não difere daqueles casos onde se põe em discussão a existência ou não do consentimento por parte do Estado.

No caso em questão, a vitória do Chile ocorreu por uma questão temporal, se o fato que gerou a controvérsia tivesse ocorrido após a assinatura do Tratado, a decisão com relação à jurisdição do Centro certamente seria diferente.

A análise deste caso, bem como dos outros dois em que o Chile atua como Demandado, apresenta um dado interessante relacionado ao consentimento do Estado. O Chile, ao contrário da Argentina, por exemplo, não costuma questionar a existência ou não do consentimento.

Neste caso em particular, a discussão está ligada a uma questão temporal. O Chile não questiona o consentimento dado através do TBI, mas a época em que foi dado.

²²³ Laudo Arbitral ARB/04/7 Sociedad Anónima Eduardo Vieira x República do Chile. No original: **d) Análisis Jurisdiccional del Tribunal** 185. *De acuerdo con las peculiaridades del caso y de la excepción a la jurisdicción racione temporis antes expuesta, el punto controvertido a resolver se refiere al alcance del consentimiento manifestado por CHILE a través del artículo 2 del ACUERDO. Por ello, este Tribunal considera relevante analizar los principios que regulan el consentimiento a la jurisdicción del Centro. [...] 204. En efecto, la jurisdicción del Centro depende de circunstancias fácticas concretas que no pueden ser modificadas por los alegatos jurídicos de las partes, ni por su conducta dentro de un procedimiento de consultas amistosas. Un Tribunal de Arbitraje (y el Secretario General en casos evidentes) es el único que puede determinar si el Centro tiene o no jurisdicción sobre una disputa y no las partes, de esta manera, el mero hecho de que un Estado renuncie aún de manera expresa (como no ha acontecido en nuestro caso) a oponer excepciones a la jurisdicción del Centro, es un hecho irrelevante para los efectos de la determinación objetiva de la jurisdicción del CIADI que, como se manifiesta, debe ser realizada por el Tribunal de Arbitraje dentro de la etapa adversarial del mecanismo integral de solución de controversias previsto en el ACUERDO y a la luz de las propias disposiciones del ACUERDO y del artículo 25 del Convenio de Washington. [...] 217. No obstante lo anterior, este Tribunal coincide plenamente con el planteamiento realizado por la DEMANDANTE en el sentido de que en el artículo 2.3 del ACUERDO únicamente se excluye de la jurisdicción del CENTRO a aquellas controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor, no existiendo en esta disposición una manifestación expresa en el sentido de excluir de la jurisdicción del CENTRO a aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, están relacionadas con hechos acontecidos con anterioridad a esta fecha, siendo ésta una limitación racione temporis que sí ha sido incluida en otros Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por CHILE, pero no en el ACUERDO que nos ocupa.[...] 221. A este respecto, este Tribunal se abocará a analizar si los tres reclamos alegados por VIEIRA como violatorios del ACUERDO son o no la misma controversia que CHILE argumenta surgió con anterioridad al 29 de marzo de 1994, o si está última es un mero antecedente de las que, en su caso, hubieren surgido con posterioridad, caso en el cual el Centro sí tendría jurisdicción sobre la presente disputa. 265. Tomando en cuenta lo anterior, este Tribunal concluye que la negativa chilena a CONCAR para pescar exclusivamente en aguas interiores y no en aguas exteriores mediante la denegación para ampliar, regularizar, uniformar o reconsiderar la Resolución No. 291, es una controversia o reclamación que surgió con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del ACUERDO.* Disponível em www.worldbank.org/icsid Acesso em 08.02.2009.

Esta é a posição adotada pelo Chile nos outros dois procedimentos de arbitragem que ainda tramitam no Centro, levando a concluir que o entendimento vigente no país vai ao encontro daquele vigente no âmbito do ICSID, qual seja, de que ratificação do TBI com cláusula arbitral caracteriza o consentimento do Estado à jurisdição do ICSID.

Ao contrário de outros países da América Latina, o Chile uma consciência maior das implicações que envolvem a inserção de uma cláusula de arbitragem no Tratado Bilateral.

O Chile tem ciência de que, nos termos em que a cláusula foi redigida, fica caracterizado o consentimento do Estado Chileno e conseqüentemente, viabiliza uma demanda no âmbito do ICSID.

3.3.3 O caso do Paraguai

O Paraguai ratificou a Convenção de Washington em janeiro de 1983. Considerado o segundo país mais pobre da América do Sul, tem sua economia baseada na agricultura e na agroindústria.

Tendo em conta as condições econômicas e políticas, é provável que justamente falta de investimentos tenha levado o país a ratificar a Convenção de Washington, vista como um meio de atrair investidores.

A lei sobre investimentos paraguaia foi editada em 1991 e *corresponde* a *Ley de Inversiones n° 117/91*. Ao contrário dos demais casos, a lei prevê a arbitragem internacional como solução para eventuais disputas decorrentes de investimentos, mas não estipula um órgão específico, senão vejamos:

Art. 9º – Os investidores nacionais e estrangeiros, assim como as entidades do Estado, incluindo os entes autárquicos e as demais entidades de direito público, que contratarem com o investidor estrangeiro, poderão submeter disputas aos tribunais nacionais ou internacionais, de acordo com as normas legais nacionais e internacionais pertinentes.²²⁴

²²⁴ No original: *Art. 9o. - Los inversionistas nacionales y extranjeros, así como las entidades del Estado, incluyendo los entes autárquicos y las demás entidades de derecho público, que contrataren con el inversor extranjero, podrán acordar someter sus diferencias a tribunales arbitrales nacionales o internacionales, de conformidad con las normas legales nacionales e internacionales pertinentes.* Disponível em <http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/Par/Pry117.asp>. Acesso em 10.02.2009

A lei de investimentos do Paraguai permite uma interpretação um pouco mais ampla, no que tange a possibilidade de internacionalização de uma disputa sobre investimentos com um investidor estrangeiro.

A apresentação de uma eventual disputa, para a solução de um Tribunal do ICSID, no entanto, com base tão somente na legislação sobre investimento, parece não ser possível, pois ausente o consentimento do Estado.

A lei em questão não se preocupou em promover o ICSID, estabelecendo-o como possível foro de solução de controvérsias sobre investimentos.

Por outro lado, a apresentação de demandas perante o ICSID por investidores estrangeiros de origem dos países com os quais o Paraguai firmou TBI's, com base nas cláusulas desses tratados, é perfeitamente possível ante a caracterização do consentimento do Estado Paraguai, nos termos do entendimento vigente no âmbito do Centro.

O Paraguai, até janeiro de 2009 havia firmado 27 TBI's, todos ratificados e, portanto, vigentes no âmbito da legislação nacional.

Seguindo a estrutura adotada neste capítulo, a título de exemplificação, transcreve-se trechos de TBI's firmados pela República do Paraguai com o Peru e Equador, especificamente as cláusulas sobre solução de controvérsias.

No Tratado Bilateral firmado com o Peru, a cláusula VIII que dispõe sobre as controvérsias entre o Estado e o investidor estrangeiro estipula que:

Artigo VIII : Controvérsias entre uma Parte Contratante e um Nacional da outra Parte Contratante

(1) Para a solução de controvérsias relacionadas a investimentos entre uma Parte Contratante e um Nacional da outra Parte Contratante e sem prejuízo do disposto no artigo 9 do presente instrumento (Controvérsias entre as Partes Contratantes), as partes interessadas celebrarão consultas para solucionar as diferenças, se possível, pela via amistosa.

(2) Se através dessas consultas não for possível solucionar a controvérsia num prazo de seis meses, a partir do pedido de resolução da disputa, o nacional poderá submeter a disputa tanto à jurisdição nacional da Parte Contratante, em cujo território se realizou o investimento ou a arbitragem internacional. Neste último caso, o nacional terá as seguintes opções:

(a) O Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), criado pela Convenção sobre Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberto para assinatura em Washington, D.C., em 18 de março de 1965.

(b) a um tribunal “*ad hoc*”, salvo se acordado de outra forma pelas partes da controvérsia, será estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)

(3) No caso de se recorrer a jurisdição nacional, o nacional não poderá apelar para a arbitragem internacional, mencionado no parágrafo 2 do presente artigo, salvo se, no período logo após 18 meses a partir da citação, não haja sentença definitiva ou executória e as partes, de comum acordo,

desistam de continuar na instância judicial, para submeter a controvérsia à arbitragem internacional.²²⁵

Seguindo o mesmo padrão, o acordo firmado com o Equador também possui uma cláusula que trata sobre as controvérsias com investidores estrangeiros, disposta nos seguintes termos:

Artigo VII: Controvérsia entre uma Parte Contratante e um investidor da outra Parte Contratante

1. Para solucionar as controvérsias relativas aos investimentos entre uma Parte Contratante e um investidor da outra Parte Contratante, e sem prejuízo do disposto no artigo 9 do presente acordo (controvérsias entre as Partes Contratantes), as partes interessadas celebrarão consultas para solucionar o caso, dentro do possível, pela via amigável.

2. Se estas consultas não permitirem a solução da controvérsia em um prazo de seis meses, a partir do pedido de solução da controvérsia, o investidor poderá submeter a disputa à jurisdição nacional da Parte Contratante, em cujo território se realizou o investimento ou à arbitragem internacional. Neste último caso, o investidor tem as seguintes opções:

a. O Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (CIRCI), criado pela Convenção sobre Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, aberto para assinatura em Washington, D.C., em 18 de março de 1965.

b. a um tribunal “*ad hoc*”, salvo se acordado de outra forma pelas partes da controvérsia, será estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (UNICTRAL)

3. No caso de se recorrer a jurisdição nacional, o nacional não poderá apelar para a arbitragem internacional, mencionado no parágrafo 2 do presente artigo, salvo se, no período logo após 18 meses a partir da citação, não haja sentença definitiva ou executória e as partes, de comum acordo, desistam de continuar na instância judicial, para submeter a controvérsia à arbitragem internacional.²²⁶

²²⁵ No original (versão em espanhol): *ARTÍCULO VIII: Controversias entre una parte Contratante y un Nacional de la otra Parte Contratante: (1) Para resolver las controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9 del presente Convenio (Controversias entre las Partes Contratantes), las partes interesadas celebrarán consultas para solucionar el diferendo, en lo posible, por vía amistosa. (2) Si estas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses a partir de la fecha de solicitud de arreglo de la diferencia, el nacional puede someter la disputa tanto a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o al arbitraje internacional. En este último caso el nacional tiene las siguientes opciones: a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington, D.C., el 18 de marzo de 1965; b) Un tribunal ad hoc que, salvo otro parecer acordado entre las partes en controversia, será establecido bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). (3) En caso de recurrir a la jurisdicción nacional, el nacional no puede apelar al arbitraje internacional mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, salvo en el evento que luego de un período de 18 meses a partir de la citación con la demanda, no haya sentencia definitiva y ejecutoriada y las dos partes, de común acuerdo, desistan de continuar en esa instancia judicial, para someter la controversia al arbitraje internacional.* Disponível em <http://www.sice.oas.org/BITS/PERPARTC.ASP>. Acesso em 10.02.2009.

²²⁶ No original (versão em espanhol): *ARTICULO VIII: Controversia entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante 1. Para resolver las controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, y sin perjuicio con lo dispuesto en el Artículo 9 del presente Convenio (Controversias entre las Partes Contratantes), las Partes interesadas celebrarán consultas para solucionar el caso, en lo posible, por vía amistosa. 2. Si estas consultas no*

Até janeiro de 2008, eram três o número de reclamações apresentadas contra o República do Paraguai²²⁷. Tendo em vista o objetivo do trabalho, conforme já exposto, passa-se a análise do caso *Eudoro A. Olgúin v. Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/98/5)*.²²⁸

Em outubro de 1997 o Sr. Eudoro Almando Olgúin, nacional da República do Peru, apresentou um pedido de instauração de um procedimento de arbitragem contra a República do Paraguai.

O Sr. Eudoro possuía uma empresa de fabricação e distribuição de produtos alimentícios e de acordo com o pedido apresentado, não teria recebido um tratamento condizente com as regras estipuladas no Tratado Bilateral de Promoção e Proteção de Investimentos firmados entre o Paraguai e o Peru.

O Paraguai se opôs a instauração do procedimento, alegando em suma que²²⁹: (i) as operações realizadas pelo reclamante não poderiam ser caracterizadas como investimentos; (ii) desconhecia a existência das obrigações atribuídas pelo demandante ao Paraguai; (iii) o Banco Central do Paraguai havia efetuado um pagamento ao Sr. Olgúin relacionado às questões que envolviam a disputa; (iv) o demandante já havia renunciado ao direito de iniciar uma demanda em face do Paraguai; (v) a inaplicabilidade do sistema de solução de

permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses, a partir de la fecha de solicitud de arreglo de la diferencia, el inversionista puede someter a disputa tanto a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante, en cuyo territorio se realizó la inversión o el arbitraje internacional. En este último caso el inversionista tiene las siguientes opciones: a. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por la Convención relativa al arreglo de diferencias entre Estado y Nacionales de otro Estado, abierto a la firma en Washington D.C., el 18 de marzo de 1965; b. Un Tribunal Ad-hoc, que salvo otro parecer acordado entre las partes de la controversia, será establecido bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). 3. En caso de recurrirse a la jurisdicción nacional, el inversionista no puede apelar al arbitraje internacional mencionado en el numeral 2 del presente Artículo, salvo en el evento que luego de un período de 18 meses a partir de la citación con la demanda no haya sentencia y las dos Partes, de común acuerdo, desistan de continuar en esa instancia judicial, para someter la controversia al arbitraje internacional. Disponível em <http://www.sice.oas.org/BITS/ECPARA.ASP>. Acesso em 10.02.2009

²²⁷ ARB/07/29 Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay; ARB/07/09 Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay; ARB/98/05 Eudoro A. Olgúin v. Republic of Paraguay.

²²⁸ Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 10.02.2009.

²²⁹ Trecho do laudo arbitral ARB/98/05 *Eudoro A. Olgúin v. Republic of Paraguay*. No original: *Por medio de carta de fecha 21 de mayo de 1998, la República del Paraguay comunicó al Centro su rechazo a la solicitud de arbitraje presentada por el Sr. Olgúin, por lo siguiente: (i) negar que las operaciones realizadas por el Demandante, fueron inversiones; (ii) desconocer la existencia de las obligaciones de garantía atribuidas por el Demandante a Paraguay; (iii) afirmar la existencia de un pago efectuado por el Banco Central del Paraguay al Sr. Olgúin a raíz de los hechos en disputa; (iv) la renuncia escrita del Demandante al derecho a iniciar toda acción ulterior contra las autoridades paraguayas por estos hechos; (v) la inaplicabilidad de los mecanismos de solución de controversias contemplados por el CBI, por haber optado el Sr. Olgúin por la vía jurisdiccional, renunciando así al arbitraje internacional; (vi) la inexistencia de una controversia entre la República del Paraguay y el Sr. Olgúin; y (vii) la falta de consentimiento previo de las partes a someter la disputa a arbitraje ante el CIADI.* Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 10.02.2009.

controvérsias em função do Demandante já ter optado por outra via jurisdicional, renunciando assim à arbitragem internacional; (vi) a inexistência de uma controvérsia entre as partes e por fim, (vii) a ausência de consentimento prévio entre as partes, para submeter uma disputa ao ICSID.

Com relação a oposição à jurisdição do Centro, o Paraguai em agosto de 1999 apresentou formalmente uma exceção à jurisdição do ICSID²³⁰, sob os argumentos de que a jurisdição deve ser aceita expressamente, uma vez que a mera ratificação à Convenção não caracteriza o consentimento, ademais, o TBI firmado com o Peru não significava que o Paraguai havia consentido em se submeter a qualquer controvérsia relativa a investimento a um Tribunal do ICSID.

Feitas suas devidas considerações, o tribunal proferiu sua decisão com relação à jurisdição, dispondo que:

(a) Este Tribunal tem faculdade para resolver sobre sua própria competência e, conseqüentemente, neste caso, sobre a exceção apresentada sobre a jurisdição do *ICSID*. (b) A República do Paraguai é um Estado contratante da Convenção sobre Solução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados e o senhor Olguín é um nacional de outro Estado Contratante (a República do Perú). (c) As Repúblicas do Paraguai e o Perú celebraram em 31 de janeiro de 1994 o Acordo sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (o *BIT*). A celebração por parte da República do Paraguai do BIT constituiu o consentimento escrito que exige o artigo 25, inciso 1º da Convenção que criou o *ICSID*. Esta afirmação está fortemente respaldada pela doutrina e por muitos laudos elaborados por tribunais de arbitragem do *ICSID*. Entre outros, podem ser citados os seguintes: i) “Bilateral Investment Treaties” de Rudolf Dolzer e Margrete Stevens, publicado com o patrocínio do ICSID em 1995, págs. 132 y ss; ii) Laudo arbitragem *Asian Agricultural Products Limited c/. República Socialista Democrática de Sri Lanka* de 27 de junho de 1990 (Caso *ICSID* No. ARB/87/3) [...]. Neste caso em particular, o consentimento do Paraguai é mais claro, já que o artigo 8 do BIT assinala, claramente, que quando ocorrer controvérsias entre as parte contratante, elas celebrarão consultas para solucioná-las, e se assim não foi possível, em um prazo de 6 meses, a pessoa que realizou o

²³⁰ Trecho do laudo arbitral ARB/98/05 Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay. No original *Con fecha 2 de agosto de 1999, la República del Paraguay opuso formalmente la excepción a la jurisdicción del CIADI, expuso los argumentos en los que fundaba esa excepción y adjuntó documentos para respaldar sus argumentaciones. En resumen, ellas son las siguientes: (a) Para estar sujeto a la jurisdicción del CIADI un Estado debe aceptar expresamente esa jurisdicción pues “...la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a arbitraje a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.” (Preámbulo del Convenio del CIADI). (b) El hecho de que la República de Paraguay celebrara con la República del Perú, el 31 de enero de 1994, el “Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, no significa que Paraguay haya dado su consentimiento a someterse a la jurisdicción del CIADI, porque: i. Las inversiones financieras especulativas no están protegidas por el CBI; y ii. Para estar protegidas por el CBI, las inversiones que se realicen deben haber sido admitidas de previo por el Estado en el que se realizan y las del señor Olguín no lo fueron; Mediante escrito de fecha 31 de agosto de 1999, la parte demandante se refirió a la excepción a la jurisdicción del Centro planteada por la República del Paraguay, expuso las razones por las que ella considera que esa excepción debe ser rechazada y presentó documentos en apoyo de su posición.* Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 10.02.2009.

investimento poderá submeter a disputa, entre outros, à arbitragem internacional do Centro Internacional de Solução de Controvérsias sobre Investimentos. III DECISÃO: Pelas razões expostas, o Tribunal de Arbitragem por unanimidade, resolve rechaçar a exceção a jurisdição do Centro Internacional de de Solução de Controvérsias sobre Investimentos opostas pela República do Paraguai e declara que tem competência para seguir analisando esta arbitragem.²³¹

A análise de algumas decisões proferidas pelos Tribunais Arbitrais do ICSID permite concluir que a ausência de uma cláusula arbitral específica no contrato de investimento, atribuindo ao ICSID a competência para decidir sobre o conflito surgido do negócio acordado, não é óbice para apresentação de um pedido de instauração de um tribunal arbitral nos termos da Convenção de Washington.

Se houver um Tratado Bilateral sobre investimentos vigente, firmado por dois Estados soberanos contratantes da Convenção de Washington, prevendo a possibilidade de solução de controvérsias por um tribunal formado de acordo com as regras do ICSID, numa divergência decorrente de um contrato de investimento firmado por um Estado e um investidor de origem do outro Estado membros do TBI, é muito provável que o tribunal se dê como competente para analisar e julgar o caso apresentado.

²³¹ Trecho do laudo arbitral ARB/98/05 *Eudoro A. Olgún v. Republic of Paraguay*. No original: *II. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCEPCIÓN DE JURISDICCIÓN: 25. Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal de Arbitraje no elaborará sobre los hechos que han sido aceptados por las partes, a saber: (a) Este Tribunal tiene facultades para resolver sobre su propia competencia y, consiguientemente, en este caso, sobre la excepción planteada a la jurisdicción del CIADI; (b) La República del Paraguay es un Estado Contratante del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y el señor Olgún es nacional de otro Estado contratante (la República del Perú); (c) Las Repúblicas del Paraguay y del Perú celebraron el 31 de enero de 1994 el “Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (el “CBI”). La celebración por parte de la República del Paraguay del CBI constituye el consentimiento escrito que exige el artículo 25, inciso 1º del Convenio que creó el CIADI. Esta afirmación está fuertemente respaldada por la doctrina y por muchos laudos dictados por tribunales de arbitraje del CIADI. Entre otros, pueden citarse los siguientes: i) “Bilateral Investment Treaties” de Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, publicado con el patrocinio del CIADI en 1995, págs. 132 y ss; ii) Laudo dictado en el arbitraje *Asian Agricultural Products Limited c/. República Socialista Democrática de Sri Lanka* el 27 de junio de 1990 (Caso CIADI No. ARB/87/3); iii) Decisión sobre jurisdicción dictada en el arbitraje de *Tradex Hellas S.A. c/. República de Albania*, el 24 de diciembre de 1996 (Caso CIADI No ARB/94/2, especialmente el párrafo D.1); iv) Laudo dictado en el arbitraje de *American Manufacturing & Trading, Inc. c/. República de Zaire*, el 21 de febrero de 1997 (Caso CIADI No ARB/93/1, especialmente los párrafos 5.20 y 5.23); iv) Decisión sobre jurisdicción dictada en el arbitraje de *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. c/. República Eslovaca*, el 24 de mayo de 1999 (Caso CIADI No ARB/97/4, especialmente los párrafos 37 y 38). En este caso particular, el consentimiento de Paraguay es más claro ya que el artículo 8 del CBI señala, claramente, que cuando se presenten controversias entre las partes contratantes, ellas celebrarán consultas para solucionarlas y si ello no es posible en un plazo de 6 meses, la persona que realizó la inversión puede someter la disputa, entre otros, al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. III. DECISIÓN: 31. Por las razones expuestas el Tribunal de Arbitraje, por unanimidad, resuelve rechazar la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones opuestas por la República del Paraguay y declara que tiene competencia para seguir tramitando este arbitraje. En consecuencia, el Tribunal ha dictado la resolución necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con la Regla de Arbitraje 41. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 10.02.2009*

Os árbitros tem apresentado interpretações cada vez mais audaciosas para fundamentar a competência do tribunal com base das disposições do *BIT'S*, chegando a utilizar a cláusula da nação mais favorecida para estender os acordos ao sistema de solução de controvérsias mais favorável à proteção dos direitos dos investidores privados.²³²

A redação da Convenção de Washington é muito clara ao estabelecer que a simples ratificação do acordo não representa o consentimento do Estado, exigido como forma de caracterizar a jurisdição do centro.

O consentimento expresso e por escrito ainda precisa ser dado. Acontece que nem sempre os contratos de investimentos possuem uma cláusula arbitral atribuído ao centro a competência para solução de uma eventual controvérsia surgida do negócio.

Os tribunais então têm manifestado o entendimento de que o Estado pode consentir em submeter eventual controvérsia às regras do Centro através da sua legislação de promoção e proteção de investimentos.

Importa ressaltar que esta hipótese não representa nenhuma inovação jurisprudencial, esta possibilidade foi inclusive prevista no Relatório dos Diretores Executivos apresentada em 1964, ao dispor que “um Estado por oferecer em sua legislação sobre promoção de investimentos, que submeterão à jurisdição do Centro as controvérsias decorrentes de determinadas classes de investimentos”.²³³

Ou seja, o fato de um Estado implementar uma lei de promoção e proteção de investimentos na legislação do seu país, e através dessa lei consentir expressamente em submeter ao centro eventual disputa surgida com o investidor estrangeiro, não apresenta maiores implicações.

No entanto, o fato de um Estado oferecer de uma forma muito geral e não individualizada, a possibilidade de submeter ao centro uma controvérsia surgida de um investimento, pode gerar uma série de controvérsias.

São estes casos que merecem um cuidado todo especial por parte dos árbitros, no momento de analisar se o Centro possui ou não jurisdição para decidir sobre a questão. Os árbitros devem se assegurar de que o consentimento do Estado existe e de que realmente há a pretensão de se submeter à arbitragem do ICSID.

²³² GODINHO, Thiago Zanini. *Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID*. Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba. V.2, n.2, jul/dez 2005. p.141

²³³ Relatório dos Diretores Executivos (versão em espanhol) – *V Jurisdicción del Centro (...) Consentimiento* 24.[...] *Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción de Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.*

Provavelmente se fez referência, na Convenção de Washington, à necessidade da cláusula arbitral ou um compromisso arbitral, no entanto, o relatório dos Diretores executivos se limitou a dizer que o consentimento não precisa ser dado em um único instrumento.

O resultado foi que, no que diz respeito ao consentimento por escrito do Estado, os tribunais do ICSID adotaram uma interpretação inovadora que dá um amplo domínio à jurisdição dos seus tribunais.²³⁴

Se determinadas cláusulas podem ser consideradas como verdadeiras cláusulas compromissórias, outras se apresentam como compromissos da parte dos Estados a concluir ulteriormente cláusulas compromissórias quando demandado por um investidor, enquanto outras se aproximam de uma declaração de intenção da parte do Estado receptor do investimento.²³⁵

O presente estudo permitiu concluir que os governos precisam estar cientes que ao estabelecer uma legislação nacional de proteção e promoção de investimentos, bem como ao aderirem a um TBI, no qual estipulam tribunais internacionais como meio de solucionar uma eventual disputa decorrente de investimentos, estes instrumentos poderão permitir que os investidores estrangeiros carreguem a discussão para o âmbito internacional, passando por cima de procedimentos legais vigentes no âmbito da legislação nacional do Estado hospedeiro, aplicáveis ao caso específico.

O caso da Argentina, em especial, mostra que os investidores estrangeiros podem recorrer à arbitragem do ICSID tendo por base as cláusulas do TBI, ressaltando a amplitude e o impacto do entedimento gerado pelos casos *Piramides* e *AAPL x Sri Lanka*.

²³⁴ STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri. São Paulo : Manole, 2003. p. 107.

²³⁵ GODINHO, Thiago Zanini. *Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID*. Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba. V.2, n.2, jul/dez 2005. p.144

CONCLUSÃO

Os procedimentos de conciliação a arbitragem realizados no âmbito do ICSID ocupam uma posição de destaque na solução de divergências sobre investimentos, no contexto mundial.

O trabalho desenvolvido foi focado na análise desse tipo peculiar de solução de conflitos, criada com objetivo de facilitar o fluxo de investimentos, focando sua atividade no estabelecimento de um clima favorável e seguro, tanto para os investidores como para os Estados Receptores dos investimentos.

A pesquisa desenvolvida para elaboração do primeiro capítulo permitiu estabelecer um panorama do fluxo de investimentos, desde o sua origem tida com o surgimento das empresas transnacionais, a relação entre investidor estrangeiro e o Estado, bem como a situação conflituosa entre os mesmo e a ausência de mecanismos adequados à sua solução até o surgimento do ICSID em 1965.

O final do século XIX é caracterizado pelo início da expansão do capital estrangeiro, originário de países Europeus e destinados para o resto do mundo. O período de relativa paz e estabilidade no qual estava inserida a Europa influenciou diretamente o movimento exploração dos mercados localizados na América do Norte, na América do Sul, na África e na Rússia.

O afastamento do poder da Igreja Católica após a conclusão dos Tratados que culminam da Paz de Vestfália e a estabilidade e paz que a nova sociedade internacional, formada por países iguais e independentes, foi capaz de proporcionar, também influenciaram diretamente as relações comerciais e econômicas entre os países.

As primeiras empresas transnacionais surgem, ainda no século XIX e desenvolvem novos meios de produção e comercialização dos seus produtos, dando início a um fluxo de investimentos que ultrapassavam as fronteiras do Estado.

No século XIX a competência para solução de controvérsias envolvendo investidores e Estados, era plena e exclusiva dos Estados, motivo pelo qual as divergências acabavam por se tornar altamente politizadas.

Com o passar dos anos e com o desenvolvimento do direito internacional, houve um incentivo à arbitragem como método alternativo e pacífico de solução de controvérsias relacionadas a investimentos.

De qualquer forma, a pesquisa mostrou que, principalmente durante a primeira metade do século XX, as divergências entre os investidores estrangeiros e os Estados Receptores cresceram em proporção considerável.

Esta situação levou o Banco Mundial a idealizar um foro especializado em dirimir este tipo de conflito.

Baseado na idéia de proteção jurídica ao investimento e na ausência de uma instância própria, apta para solucionar um eventual conflito entre um Estado e um ente privado em matéria de investimentos estrangeiros, surgiu a idéia, no seio do BM, de criar um órgão especializado em dirimir conflitos surgidos entre investidor e o Estado Receptor do investimento, o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

O segundo capítulo foi destinado ao estudo do ICSID, criado pela Convenção de Washington de 1965. Foram analisadas as principais características do Centro, o nascimento da idéia no âmbito do BM, a participação dos Estados, as manifestações de repúdio dos países Latino Americanos, que aos poucos cederam à idéia, as questões relacionadas à sua estrutura institucional, as partes, os procedimentos e a jurisdição.

Chegou-se a constatação de que a proposta inicial do Centro de fornecer um mecanismo neutro e imparcial de solução de controvérsias, com vistas à incentivar o fluxo de investimentos para os países em desenvolvimento e fornecer segurança jurídica ao investidor privado estrangeiro foi atingida.

O Centro em si, promove através da conciliação ou da arbitragem, a resolução do conflito, permitido que entes privados demandem em face de um Estado Soberano, com vistas a proteção do seu investimento, além de proteger o Estado, do uso da proteção diplomática por parte do investidor.

No entanto, o acesso ao Centro é permitido apenas aos Estados e aos nacionais do Estados que ratificaram o Tratado. Há ainda exigências relacionadas a matéria da controvérsia, e a necessidade do consentimento expresso das partes envolvidas.

Com relação ao consentimento do Estado, objeto de estudo do trabalho, as pesquisas desenvolvidas demonstram que embora o texto da Convenção ressalte a necessidade de manifestação das partes, expressando seu interesse de submeter ao ICSID eventual conflito decorrente de um determinado investimento, os tribunais tem interpretado o art. 25 da Convenção de uma maneira mais ampla.

O consentimento do Estado, dado por meio de sua legislação de promoção e proteção de investimentos foi um assunto discutido durante as negociações para elaboração

da Convenção e consta no Relatório dos Diretores Executivos, entretanto, a leitura do texto do relatório não deixa dúvidas quanto a necessidade de uma interpretação atenta da redação do dispositivo da lei, pois a mera referência ao ICSID não pode ser interpretada como um ato de consentimento.

O último capítulo do trabalho foi dedicado à resposta do problema proposto que consiste na análise da existência de consentimento ao ICSID, por parte dos Estados argentino, chileno e paraguaio, a partir da análise da suas legislações sobre investimentos e dos acordos bilaterais firmados, bem como dos laudos produzidos pelos tribunais arbitrais constituídos de acordo com a Convenção.

Partindo-se da análise de dois casos emblemáticos, *Piramides* e *AAPL x Sri Lanka*, realizou-se um estudo sobre a posição adotada pelos árbitros em relação ao consentimento dos Estados como condição necessária para a submissão de uma disputa à jurisdição do ICSID.

Em ambos os casos houve um suposto consentimento do Estado requerido, em submeter as controvérsias derivadas diretamente de investimentos à arbitragem internacional através da legislação nacional sobre investimentos (no caso *Piramides*) e através de um TBI (no caso *AAPL x Sri Lanka*).

A pesquisa feita permitiu concluir que os Estados, objeto da pesquisa, a partir do final da década de 80 passaram a promover uma abertura dos seus mercados, promovendo uma maior abertura para o IDE.

Esta atitude adotada por parte dos Estados, implicou numa mudança das suas respectivas leis e também, na celebração de tratados internacionais, com vistas a promover os investimentos estrangeiros no âmbito dos seus territórios.

Nestes contextos, a promoção do ICSID como foro de solução de conflitos é visível. As leis sobre investimentos, de um modo geral, não fazem menção ao Centro, no entanto, os TBIs assinados por estes três países oferecem a possibilidade de se recorrer a este mecanismo de solução de disputas.

Os TBIs assinados e ratificados pelo Chile, Argentina e Paraguai, regra geral, incluem dispositivos, através dos quais se estabelece determinados padrões de tratamento do investimento, proteção contra nacionalização ou expropriação e recurso à arbitragem internacional em caso de conflito.

A referência ao ICSID aparece em todos os TBI's analisados. Talvez a conseqüências políticas e legais dessa menção não tenha sido profundamente analisada ou levadas em conta na época em que foram firmados.

A redação desses acordos permite que investidores estrangeiros apresentem reclamações perante o ICSID, com base na violação do tratado. Os laudos emitidos sobre a jurisdição *ratione voluntatis* comprovam esta afirmação.

A instauração de uma arbitragem, com base em um TBI, ocorreu pela primeira vez no caso *AAPL x Sri Lanka*. A questão posta perante o Tribunal, neste caso, refere-se a viabilidade do consentimento do Estado ser dado através de TBI e até que ponto a apresentação do ICSID como possível foro de solução obriga o Estado.

O Tribunal se deu por competente e admitiu a possibilidade do consentimento do Estado por meio de TBI. Esta tendência seguiu até os dias de hoje, fato este comprovado nos laudos emitidos pelo Centro com relação à jurisdição.

Aliás, a grande maioria os casos apresentados, decorrem de supostas violações dos Tratados Bilaterais firmados

Não obstante um determinado contrato de investimento prever a competência exclusiva dos Tribunais Nacionais para solução de uma disputa e a arbitragem sequer ser mencionada, a tendência seguida pelos tribunais é a de conhecer a jurisdição, tendo em vista o tratado assinado.

Entende-se que, desde a sua constituição, a Convenção sempre frisou a necessidade das partes expressarem a sua vontade de submeter uma disputa em que estejam envolvidos ao Centro, mas os Tribunais tem interpretação esta 'vontade' de uma forma muito extensiva.

Da análise de 109 TBI's foi possível concluir que os três países estão passíveis de serem demandados perante o centro.

Os dispositivos que tratam sobre as soluções de controvérsias entre um Estado e o nacional do outro Estado parte do tratado, regra geral, fazem referência ao ICSID de forma vaga o suficiente para permitir que os tribunais arbitrais se dêem por competentes para analisar e decidir o caso.

Por outro lado, o mesmo não se pode falar das leis vigentes ns Estados da Argentina, do Chile e do Paraguai. Da análise das três leis de investimentos vigentes nos três Estados mencionados, foi possível concluir que a possibilidade de serem demandados é praticamente nula.

Ao contrário da lei de promoção e proteção de investimento epígia, as leis de investimentos citadas não fazem menção ao ICSID como foro de solução de disputas de investimentos. Com exceção do lei do Paraguai, a arbitragem internacional sequer é mencionada.

O cenário apresentado merece atenção dos governos, que ao negociarem tratados bilaterais de investimentos ou redigirem suas leis de promoção e proteção de investimentos, precisam atentar não só para a relevância de um clima favorável ao investimentos, mas também para a prerrogativa que os Estados Soberanos possuem de regular seus interesses em áreas sensível para a economia do país.

A redação de um tratado bilateral ou de uma lei de investimentos pode levar o investidor a desconsiderar os sistemas legais locais em favor da arbitragem internacional. Não que isso corresponda a um fato negativo, mas é importante que o Estado esteja ciente dos riscos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro : Forense, 1992, v. I,

BAKER, James Calvin. *Foreign direct investment in less developed countries: the role of ICSID and MIGA*. London : Greenwood Publishing Group, 1999.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Cláusula compromissória e compromisso*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

BARRAL, Welber. *Tribunais internacionais: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

BARRETO FILHO, Fernando P. de Mello. *O tratamento nacional de investimentos estrangeiros*. Brasília: FUNAG, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária*. Ijuí : Ed. UNIJUÍ, 2001. 400 p

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARREAU, Dominique; JULLIARD, Patrick; e FLORY, Thiebaut. *Manuel du Droit International Économique*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1990

CARREAU, Dominique. JULLIARD, Patrick. *Droit International Économique*. 4 ed. Paris: LGDJ, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CASELLA Paulo Borba, coordenador. *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 1999

CORREA, Carlos. e KUMAR, Nagesh. *Protecting Foreign Investment: Implications of a WTO regime and Policy Options*. Londres: Zed Books, 2003.

CORREA, Carlos M. *Acuerdo sobre medidas em matéria de inversiones*. In: Temas de derecho industrial y de la competencia: derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 107-142.

DAL RI JUNIOR, Arno. *História do Direito Internacional, comércio e moeda; cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; PIMENTEL, Luiz Otavio. *Investimento estrangeiro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, c2005. 783p. (DeCITA ; n. 3)

ERRO, Marc. *A revolução russa de 1917*. Sao Paulo: Perspectiva, 1974.

FERNANDES. Micaela Barros Barcelos. *Laudos arbitrais estrangeiros-reconhecimento e execução: teoria e prática*. Curitiba : Juruá, 2003.

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial internacional*. Paris: Librairie Dalloz, 1965.

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

History of the ICSID Convention. Documents concerning the origin and the formulation of the convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States, Washington, D.C, ICSID

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

JOEL, Carmichael. *História resumida da revolução russa*. Rio de Janeiro : Zahar. 1967.

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

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na arbitragem privada*. [S.l.]: Max Limonad, 1988.

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

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

MOOREHEAD, Alan. *A revolução russa*. São Paulo: Ibrasa. 1960.

OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). *Relações internacionais e globalização: grandes desafios*. 2 ed. Ijuí: UNIJUI, 1999. 318p.

PIMENTEL, Luis Otávio; REIS, Murilo Gouvêa (Org.). *Direito Comercial Internacional: arbitragem*. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

RACINE, Jean-Baptiste. *L'arbitrage commercial International et l'ordre public*. Paris. LGDJ, 1999.

RECHSTEINER, Beat Walter. *ARBITRAGEM PRIVADA INTERNACIONAL no Brasil depois da nova lei 9307 de 23.09.1996 : teoria e prática*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. 252 p.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

SCHREUER, Christoph H., *The ICSID Convention: A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001

SHIHATA, Ibrahim F.I. *The World Bank in Changing World*, Franziska Tschofen e Antonio R. Parra, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 267

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.

STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, São Paulo : Manole. 2003.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2.ed. atual. Brasília: UnB, 1997.

THUROW, Lester C. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã*. 2. ed Rio de Janeiro Rocco, 1997.

Teses e dissertações

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.

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.

RAMINA, Larissa Liz Odreski. *O alcance e os limites da jurisdição do centro internacional para solução de controvérsias relativas a investimentos (CISCI): teoria e prática do capítulo II da Convenção de Washington de 1965*. 2006. 703 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2006.

SCHELEE, Paula Christine. *Os padrões de tratamento do investimento estrangeiro: o direito brasileiro frente ao direito internacional*. 2005. 162 p. Dissertação. Mestrado em Direito área de Relações Internacionais – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005.

STUART, Ana Maria. *O bloqueio da Venezuela em 1902: suas implicações nas relações internacionais da época, com especial atenção às posições do Brasil e da Argentina*. 1989 (Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo)

Textos

AMERASINGHE, C.F., *The jurisdiction of the international centre for the settlement of investment disputes*. Indian Journal of International Law, 1979.p. 166-227.

AVERBUG, Marcelo. *ARGENTINA: O PLANO DE CONVERSIBILIDADE (1991-2001)* in MODENESI, André de Melo. *Regimes Monetários: Teoria e a Experiência do Real*. Modenesi. Manole

AVILA, Gabriela Alvarez. *Las características del Arbitraje del CIADI*. Anuário Mexicano de Derecho Internacional. Vol II, 2002.

AZEVEDO, Débora Bithiah de. *Acordos para a promoção e a proteção de investimentos assinados pelo Brasil*. Maio/2001. Consultoria legislativa da câmara dos deputados. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema3>

BROCHES, Aron. *Settlement of financial na economic disputes between governments and private individuals or corporations*. In *Convention on the settlement of investments disputes between states and nationals of other states: documents concerning the origin and the formulation of the convention*. VII, Washington: ICSID, 1968

_____. *The Convention of Settlement of Investment Disputes between Sates na Nationals of other States*. In: *Recueil des Cours (Collected Courses of the Hague Academy of International Law)* Leyde: Sijthoff, 1973

_____. *Denying ICSID's jurisdiction: the ICSID award in Vacuum Salt Products Limited*. *Journal of International Arbitration*, v. 13, n. 3, p. 21-30, 1996.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *A arbitragem como método de solução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros*. In CASELLA Paulo Borba, coordenador. *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 1999

Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. Apud CORREA, Carlos. e KUMAR, Nagesh. *Protecting Foreign Investment: Implications of a WTO regime and Policy Options.* Londres: Zed Books, 2003.. p. 55-6

DELAUME, Georges R., *How to draft an ICSID arbitration clause.* ICSID Review Foreign Investment Law Journal.

_____. *Le Centro International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI).* Journal du Droit International, 1982. p. 775-843

_____. *The Pyramids Stand – The Pharaohs Can Rest in Peace.* ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. p 231-269, 1993.

_____. 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, 155-178, 1998.

GODINHO, Thiago Zanini. *Evolução da interpretação do consentimento das partes nas arbitragens do ICSID.* Revista Brasileira de Direito Internacional. Curitiba. V.2, n.2, jul/dez 2005

KLEINHISTERKAMP, Jan, *O Brasil e as Disputas com investidores estrangeiros.* in CHEREM, Monica Teresa Costa Sousa. JÚNIOR, Roberto Di Sena, Organizadores. *Comercio internacional e desenvolvimento : uma perspectiva brasileira.* São Paulo : Saraiva, 2004.

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

MAGALHÃES, José Carlos (Org.). *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais.* São Paulo: Mania de Livro Ltd., 1998, p. 71-91.

PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRDI-ICSID).* Revista de Informação Legislativa n. 140 out/dez, 1998. p. 87-93

PETERSON, Luke Eric. *Tratados bilaterias de investimentos e formulação de politicas de desenvolvimento.* Revista Brasileira de Comércio Exterior. nº 90. Jan-Mar 2007. pag. 04-30

POZNANSKI, B. *The nature and extent of an arbitrator's power in international commercial arbitration.* Journal International Arbitrage., 1987

SACERDOTI, Giorgio. *Bilateral treaties and multilateral instruments on investments Protection.* *Recueil des Cours*, p. 216-455, 1987.

SHIHATA, Ibrahim F.I. *Towards a greater depoliticization of investment disputes: the roles of ICSID and MIGA*. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, v. 1 (1986-1). p. 1-25.

VALLS, Lia. *História da Rodada Uruguai do GATT*. Estudos em Comércio Exterior Vol. I nº 3 – jul/dez 1997.

VIZENTI, Paulo Fagundes. *A nova ordem global: relações internacionais do século 20*

ZIADÉ, Nassib G. *Some recent decisions in ICSID cases*. 6 (fall 1991). p. 514-525.

Documentos eletrônicos

A multilateral framework for investment?. Disponível em http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/ferrarini_wti_investment.pdf.

Caso *Mavrommatis Palestine Concessions*. Disponível em http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/.

Caso *Nottebohm*. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf.

Caso *Barcelona Traction*. Disponível em http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf

Convenção de Seul de 1985. Disponível em www.miga.org

Declaração Ministerial de Singapura. Disponível em www.wto.org

Decreto nº 698 de 08.12.1992. Disponível em www.planalto.gov.br

FMI. Manual de balança de pagamentos. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>

Havana Charter for an International Trade Organization (1948) Disponível em www.unctad.org

ICSID. Convenção de Washington. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>

_____. *INFORME DE LOS DIRECTORES EJECUTIVOS ACERCA DEL CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS*. Disponível em <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>

_____. *ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/5/Rev.2, February 1, 1993*. Disponível em www.worldbank.org/icsid. Acesso em 05.09.2008.

_____. Laudo arbitral *ARB/ 81/1. Amco Asia Coporation and Others v. Republic of Indonesia*. Disponível em www.worldbank.or/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/87/3 *Asian Agricultural Products Limited x Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/84/3 *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited x Arab Republic of Egypt*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/97/3 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/01/8. *CMS Gás Transmission Company v. República Argentina*

_____. Laudo arbitral ARB/01/12 *Azurix Corp. v. Argentine Republic*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/04/7 *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/98/5. *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

_____. Laudo arbitral ARB/72/1. *Holiday Inns S.A and others v. Morocco*. Disponível em www.worldbank.org/icsid

MERCOSUL. Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL. Disponível em www.mercosul.gov.br

_____. Protocolo de Ouro Preto. Disponível em www.mercosul.gov.br

NAFTA. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* Disponível em http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=628

OCDE. *A multilateral Agreement on investment*. Relatório do Comitê sobre Investimentos Internacionais e Empresas Multinacionais e do Comitê de Movimento e Transações Invisíveis. Disponível em <http://www1.oecd.org/daf/mai/htm/cmitcime95.htm>

_____. *THE MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT DRAFT CONSOLIDATED TEXT II. SCOPE AND APPLICATION DEFINITIONS* Disponível em <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

_____. Código de Liberalização de Movimento de Capitais. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/62/4844455.pdf>

OMC. Projeto de Texto, Reunião Ministerial de Cancun. Disponível em www.wto.org

_____. Decisão do Conselho Geral da OMC de 1º de agosto de 2004. Disponível em www.wto.org

ONU. *United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII) (1962) Permanent sovereignty over natural resources*. Disponível em www.unctad.org

_____. *United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX) (1974)*. Disponível em www.unctad.org

SCHLEE, Paulo Christine. *Investimentos*. Disponível em http://www.iribr.com/cancun/paulo_christine_schlee.asp

UNCITRAL. *Convenção de Nova York de 1958*. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf

UNCTAD. *Conjunto de principios y normas eqüitativos convenido multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas..* Disponível em <http://www.unctad.org>

_____. United National Conference on Trade and Development. UNCTAD/ITE/ITT/13. Disponível em <http://www.unctad.org>

_____. *Conjunto de principios y normas eqüitativos convenido multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas..* Disponível em <http://www.unctad.org>

Sites

MIGA. Site <http://www.miga.org>
ONU. Site <http://www.un.org>
FMI. Site <http://www.imf.org>
OCDE. Site <http://www.oecd.org>
UNCTAD. Site <http://www.unctad.org>
SICE. Site <http://www.sice.oas.org>